V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

JOSE MIGUEL BUSQUETS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teoria e filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho, Jose Miguel Busquets – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-272-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teoria do Estado. 3. Filosofia do Estado. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Esta publicação - "Teoria e Filosofia do Estado" - resulta da prévia seleção de artigos, e do fecundo debate que se seguiu à apresentação oral dos trabalhos, no Grupo de Trabalho homônimo, o qual se reuniu em 9 de setembro do ano em curso, durante o V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Montevidéu (Uruguai), nos últimos dias 8 a 10 de setembro.

O V Encontro – enfatizando a problemática das “instituições e o desenvolvimento no momento atual da América Latina” como tema central – permitiu que, às margens do Rio da Prata, na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai (UDELAR), se ferisse intensa discussão acadêmica, unindo teoria e empiria na abordagem do fenômeno político-jurídico.

Assim e por meio de abordagem interdisciplinar, o GT "Teoria e Filosofia do Estado" proporcionou, entre outros aspectos, a discussão vertical de problemáticas diferentes e complementares, tais como os vínculos entre a Ciência Política e o Direito, o papel do Estado, com as suas possibilidades, dificuldades e perspectivas de futuro, o direito de resistência, o federalismo, o desenvolvimento regional, as crises políticas, a responsabilidade política no presidencialismo e a jurisdição constitucional.

Por tudo, tem-se a certeza de que, mais uma vez, o GT "Teoria e Filosofia do Estado" cumpriu com os objetivos a que se propõe, nomeadamente o de levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição relevante acerca do Estado constitucional e democrático. E espera-se que a leitura dos trabalhos aqui publicados, tanto os de cunho normativo quanto os de feição empírica, contribuam de para enriquecer o cabedal de conhecimento sobre a temática geral do V Encontro, a saber, as “instituições e o desenvolvimento no momento atual da América Latina”.

Prof. Dr. Filomeno Moraes - Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Prof. Dr. José Miguel Busquets - Universidade da República do Uruguai (UDELAR)

O FUTURO DO ESTADO (?): SOBRE CRISES E TRANSFORMAÇÕES DA RELAÇÃO DIREITO E POLÍTICA E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS

THE FUTURE OF STATE (?): ABOUT CRISIS AND CHANGING IN THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND POLICY AND ITS CONSTITUTIONAL EFFECTS

Tássia Aparecida Gervasoni [1]
Iuri Bolesina [2]

Resumo

Atualmente, falar sobre o "Estado" é falar sobre sua(s) "crise(s)", sendo fator decisivo a globalização. Considerando que a "crise" afeta a soberania estatal, indispensável repensar o exercício desse poder, seus limites e possibilidades democráticas. Assim, o problema que se põe é a análise crítica de algumas alternativas em face da (re)definição entre os liames que unem os temas soberania, democracia e Constitucionalismo, notadamente quanto às implicações às relações entre Direito e Política, Constituição e Poder. Para tanto, utiliza-se do método de abordagem da fenomenologia hermenêutica, dos métodos de procedimento monográfico e histórico, da técnica de pesquisa por documentação indireta

Palavras-chave: Estado, Globalização, Soberania, Democracia, Constitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

Currently talking about the "State" is to talk about your (s) "crisis (s)", being decisive factor globalization. Whereas the "crisis" affects state sovereignty, essential to rethink the exercise of this power, its limits and democratic possibilities. Thus, the problem that arises is the critical analysis of some alternatives in the face of (re) definition of the bonds that unite the sovereignty issues, democracy and constitutionalism, especially the implications for relations between Law and Policy, Constitution and Power. Therefore, we use the hermeneutic phenomenology approach method, methods of procedure monographic and historical, research technique of indirect documentation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State, Globalization, Sovereignty, Democracy, Constitutionalism

[1] Doutora em Direito pela UNISINOS/Universidad de Sevilla. Mestre e Graduada em Direito pela UNISC. Coordenadora da Pós-Graduação em Direito lato sensu da IMED. Professora. Advogada.

[2] Doutorando e Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Civil pela IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa "Intersecções jurídicas entre o público e o privado". Professor da IMED. Advogado.

1. Introdução

Atualmente, falar sobre o "Estado" quase equivale a falar sobre sua(s) "crise(s)"[1] e, sem dúvida, essa abordagem reclama uma retomada histórica do passado, um diagnóstico do presente e uma perspectiva para o futuro. Além disso, é preciso um cuidado especial no estabelecimento dos marcos conceituais e temporais que regerão a análise. O que se considera "Estado"? Em que período? Que crise é essa? Enfim, são amostras de pressupostos que devem estar claros de antemão.

Um dos fatores essenciais à deflagração desse novo contexto que envolve o Estado é, sem dúvida, a chamada globalização, cujo conceito é tão esquivo quanto o da própria "crise". Talvez uma das únicas certezas desse quadro todo seja a de que o Estado está em um processo de transformação. A grande questão é saber o quão profundo é esse processo. De qualquer forma, a tradicional caracterização do Estado a partir dos elementos de povo, território e soberania mostra-se já insuficiente, de modo que se propugna por uma nova Teoria do Estado, que dê conta de justificar essas mutações e, a partir disso, essa nova e atual conformação. Nesse sentido, para o presente estudo, outro dado cuja referência imediata é obrigatória diz respeito à inseparabilidade da Teoria do Estado de uma Teoria da Constituição.

Clássica e historicamente o Constitucionalismo se ocupou de limitar o poder. Se a "crise" que assombra o Estado o afeta, em especial, no que diz respeito à soberania, diante de elementos como a fragmentação/diluição do poder, nada mais apropriado do que repensar o exercício desse poder e, corolário, seus limites e possibilidades democráticas. Assim é que os conceitos de soberania, democracia e Constitucionalismo se encontram para tratar do Estado e suas circunstâncias. O problema que se põe, de forma nucelar, é a análise crítica de algumas dessas alternativas que se apresentam em face da (re)definição entre os liames que unem os temas soberania, democracia e Constitucionalismo e, para os fins do presente trabalho, notadamente quanto às implicações (e complicações) que todo esse quadro de transformação do Estado Contemporâneo acarreta às relações entre Direito e Política, Constituição e Poder.

Para a realização de tal intento, o trabalho será divido em três partes. Num primeiro momento serão estabelecidos marcos e pressupostos essenciais que formarão as lentes pelas quais deverá ser lido todo o estudo, principalmente quanto ao desenvolvimento do Estado

[1] "Falar de crise(s) tornou-se referência ao longo das últimas décadas do Século XX e ganhou contornos de inevitabilidade nos primeiros anos do Século XXI, supostamente frente à desconstrução dos paradigmas que orientaram a construção dos saberes e das instituições da modernidade, projetando um conjunto de respostas as mais variadas para o enfrentamento e/ou tratamento das desconstruções próprias destes tempos (pós) modernos." (BOLZAN DE MORAIS, 2005, p. 9).

Constitucional. Na segunda parte, serão analisadas as transformações que a (re)visão do próprio conceito de Estado e, corolário, de sua Teoria – inseparável da Teoria da Constituição –, mormente a partir da noção de soberania, acarretam ao exercício da democracia e ao papel do Constitucionalismo, com atenção especial aos problemas do Estado Social e aos efeitos da chamada globalização. Por fim, pretende-se apresentar e avaliar criticamente as transformações do Estado e da Constituição, que apresentam um novo contexto para as relações entre o Direito e a Política, inovando as perspectivas, possibilidades e dificuldades de desenvolvimento e desempenho democrático das instituições (com destaque para o Poder Judiciário) que corporificam o Estado de Direito Contemporâneo. No trabalho, utiliza-se do método de abordagem da fenomenologia hermenêutica, dos métodos de procedimento monográfico e histórico, da técnica de pesquisa por documentação indireta.

2. O desenvolvimento do Estado Constitucional e outros pressupostos essenciais

A "forma" em que o Estado chega à contemporaneidade é legado, em seus traços mais gerais, da modernidade. E aqui se diz forma no sentido de que o Estado é uma espécie de "contorno" no qual cabem diferentes conteúdos e possibilidades. Nesse sentido, interessante a abordagem de Canotilho sobre o Estado adjetivado (CANOTILHO, 2002, p. 25-40).

Pode-se dizer, destarte, que o Absolutismo foi o primeiro conteúdo do Estado Moderno, cujo surgimento é atribuído à necessidade de um Estado forte, centralizador, diante da fragmentação e da instabilidade de poder verificada até então; a figura estatal, nesses moldes, aparece como uma perspectiva positiva e necessária de estabilização social; de certa forma, a resposta encontrada, nesse contexto, foi o advento do Estado Absolutista (e, corolário, a reunificação do poder na figura do rei).[2]

Neste modelo, um descontentamento partirá, sobretudo, da classe burguesa, que embora detentora de poderio econômico via-se despida de poder e influência políticos, diante de sua concentração na figura do monarca (além do desagrado em relação aos privilégios concedidos à nobreza e ao clero). Daí que a Revolução Francesa (ou, burguesa) de 1789 marca a superação dessa fase, dando sustentáculo ao Estado Liberal, em que o direito passa a dominar a política e o poder do Estado é reduzido, cabendo-lhe, basicamente, a garantia da liberdade individual.

[2] No mesmo sentido "As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do *Estado Moderno*. A aspiração à antiga unidade do Estado Romano, jamais conseguida pelo Estado Medieval, iria crescer de intensidade em conseqüência da nova distribuição de terra" (DALLARI, 1998, p. 70).

Empenhando-se na busca e na elucidação de um conceito para o Estado de Direito, Böckenförde elenca como aspectos básicos do termo a renúncia a toda ideia e/ou objetivo transcedental do Estado (cujo fundamento é o indivíduo); a limitação do Estado face os direitos individuais; e, em síntese, a separação de poderes (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19-20).

Apresenta-se, num primeiro momento, um conceito ou uma concepção formal de Estado de Direito, identificada como Estado de Direito burguês, cuja lógica liberal esforça-se em garantir a liberdade e a propriedade, preocupando-se, especialmente, com a igualdade formal dos cidadãos (embora se possa antecipar que a noção de Estado de Direito – noções de legalidade, de vinculação do poder à figura da lei – incorpora diferentes elementos de conteúdo – liberal, social, democrático – ao longo do tempo) (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014).

Há, inclusive, quem associe o liberalismo como uma *teoria antiestado*, já que o aspecto central é o indivíduo e suas iniciativas, cabendo à atividade estatal, quando ocorre, um espaço reduzido e previamente reconhecido (e regulamentado pela lei – legalidade). Em regra, ao Estado incumbe a tarefa de manutenção da ordem e da segurança (até mesmo para que eventuais disputas sejam resolvidas de forma imparcial, sem interferência da força privada), além de proteger as liberdades civis e pessoais, no sentido de assegurar a liberdade econômica dos indivíduos no mercado capitalista (Estado Mínimo). Com efeito, o papel do Estado é negativo, pois todas as intervenções que extrapolem estas tarefas são más, por enfraquecerem a independência e a iniciativa individuais (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 56).

Sustenta-se que, como contraposição ao modelo absolutista, o modelo liberal se formaliza como Estado de Direito, afastando-se de uma simplista formulação como *estado legal*, pois pressupõe não apenas uma regulação jurídico-normativa qualquer, mas uma ordenação calcada em determinados conteúdos. A partir disso, como *liberal*, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, orientando-se pela limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata, cuja efetividade normativa é garantida, genericamente, através da imposição de sanções diante de eventuais atitudes desconformes com a hipótese normativa (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 94).

À medida que o poder monárquico absolutista teve que ceder espaço às concepções da burguesia, verificam-se restrições à disposição política sobre o direito. Essa pretendida limitação, por sua vez, só podia ser alcançada por intermédio do próprio direito, que, para tanto, devia ser superior ao direito estabelecido, ao mesmo tempo em que não poderia ser válido como suprapositivo (para evitar o retorno a um direito preestabelecido e imutável, típico das sociedades pré-modernas). A solução para o problema foi oferecida, assim, pela Constituição, que enquanto direito positivo (e não natural) dividiu-se em dois complexos de normas, um

regulamentando as condições de surgimento e validade do outro (a normatização estava normatizada – regulamentações processuais) e, de outro lado, também foram especificadas exigências de conteúdo para o direito escrito (na forma de direitos constitucionais), cuja não-observância acarretava sua nulidade (GRIMM, 2006. p. 9).

Assiste-se, ademais, à consagração dos chamados direitos de primeira dimensão, os quais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado (direitos de defesa), justificando a designação "negativos" (SARLET, 2009, p. 46-47).

Todavia, é sabido que a igualdade formal – pressuposto da liberdade – preconizada pelo Estado Liberal por meio da lei não assegurou a igualdade material, intensificando-se as críticas a esse modelo, cuja legitimidade viu-se esvaziada[3], provocando a luta e a busca por definições materiais do Estado de Direito, o que reflete diretamente na interpretação, bem como no próprio conteúdo e natureza/característica dos direitos fundamentais.

Assim, se até então os direitos fundamentais se prestavam a garantir a liberdade individual frente ao Estado, a essa função irá se acrescer a de delimitar e controlar o Estado tanto quanto a de legitimar e estimular a realização de objetivos e tarefas materiais por esse mesmo Estado. Nas palavras de Böckenförde:

> Este vacío de legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin Duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada uma de las ideologías políticas. Y, cara al pluralismo ético-espiritual y político, dejó de ser posible el recurso a una tradición racional común, como ocorrió en el concepto temprano del Estado de Derecho orientado desde el individualismo. Hasta qué punto se diluye entonces el concepto tradicional del Estado de Derecho puede hacerse patente de modo especial en el cambio que se produce en la interpretación de los derechos fundamentales; si los derechos fundamentales se interpretaban como uma garantia que delimitaba la libertad individual frente al Estado, ahora, junto a esa función de defensa o incluso quizá de forma más acentuada, aparecen como instituiciones objetivas o bien como una definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales por este (2000, p. 32).

[3] Segundo Dallari, o Estado Liberal criou as condições para a sua própria superação: "Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e de margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o direito de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade" (1988, p. 277).

É fato que as relações sociais foram se modificando, fazendo com que daquela realidade do modelo de Estado Liberal emergisse a necessidade de outra postura do Estado. Assim, já no final do século XIX, um novo fator foi injetado na filosofia liberal: era a justiça social, vista como a necessidade de apoiar os indivíduos quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção, ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade e a sensibilidade essenciais ao atendimento de condições básicas a sua sobrevivência e desenvolvimento. Um novo espírito de ajuda, cooperação e serviços mútuos começa, então, a se desenvolver e se torna mais forte com o advento do século XX (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 60).

Esta nova conformação culminou no advento do Estado Social, do qual se exigia uma postura intervencionista, assegurando a realização dos direitos de cada cidadão, mediante, inclusive, prestações que se concebiam como deveres estatais. Daí que ao Estado Social atribui-se o surgimento dos chamados direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais), cuja nota distintiva é a sua dimensão positiva, já que reclamam do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. Isso se dá em decorrência dos impactos da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, deixando evidente que a consagração formal da liberdade e da igualdade não garantia o seu efetivo gozo (SARLET, 2009, p. 47).

Ganha tônica, neste contexto, um conceito material de Estado de Direito[4], que se caracteriza pela compreensão de vinculação do poder do Estado a determinados valores e princípios superiores do Direito (a preocupação é de que se estabeleça uma situação jurídica justa em sentido material). A partir da sua conformação como *social*, o Estado de Direito acrescenta àquela juridicidade liberal um conteúdo social, de modo que se soma à concepção até então predominante de restrição à atividade estatal a ideia de prestações a serem implementadas pelo Estado (promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica), cujo método assecuratório de efetividade passa a ser a lei. Assim, de limitadora do poder estatal, a lei passa a ser, privilegiadamente, no modelo social, um instrumento de ação concreta do Estado, apesar da noção de normas programáticas, que acabou sendo desvirtuada e relativizando o dever de atuação do Estado.[5]

[4] "La Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil, y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivación jurídica de los <<valores fundamentales>> del orden de la vida en común" (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 40).

[5] Dão sequência ao argumento Streck e Bolzan de Morais: "A lei assume uma segunda função, qual seja a de *instrumento de ação concreta do Estado,* aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios. Sua efetivação estará ligada privilegiadamente à promoção das condutas desejadas. O personagem principal é o grupo que ser corporifica diferentemente em cada movimento social." Anotam, ainda, que apesar dessa transformação, tanto no

Já na passagem para o Estado Democrático de Direito, em um contexto de recrudescimento da noção dos direitos fundamentais, por sua vez, a Constituição – que assume função principiológica – vê-se ampliada e expandida para abarcar os conteúdos da realidade. Ao assumir o feitio *democrático,* o Estado de Direito passa a se nortear pelo objetivo da igualdade, não lhe sendo suficiente, assim, a limitação do poder estatal (modelo liberal) ou a promoção da atuação estatal (modelo social), mas sustentando a pretensão à transformação do *status quo.* Nesse novo quadro, a lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, desatrelando-se das funções de sanção (modelo liberal) ou de promoção (modelo social). O fim a que pretende no Estado Democrático de Direito é a constante reestruturação das próprias relações sociais (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 94).

O Estado Democrático de Direito é marcado pela instrumentalidade e pela normatividade (força normativa) da Constituição, já que oferece aos cidadãos mecanismos jurídico-legais (constitucionais) para exigir o cumprimento dos direitos (agora também ampliados) previstos desde o modelo anterior.

A atuação do Estado (enquanto Democrático e de Direito) passa a ser marcada por um conteúdo de *transformação do status quo* (repisando que nos modelos anteriores o conteúdo era de adaptação social), aparecendo a *lei* como um *instrumento de transformação* por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade; os mecanismos utilizados intensificam seu papel promocional e o Estado passa a ser transformador das relações comunitárias. De fato, diferentemente dos anteriores, o Estado Democrático de Direito carrega em si um caráter transgressor, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, inclusive, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado. É nesse sentido, pois, que se afirma que no Estado Democrático de Direito há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Legislativo (Estado Liberal) e do Poder Executivo (Estado Social) para o Judiciário (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 98).

É nesse contexto, finalmente, que se fala em direitos de terceira dimensão (direitos de solidariedade e fraternidade), resultantes de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências. A nota distintiva desses direitos reside, basicamente, na sua titularidade

Estado Liberal quanto no Estado Social, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 97).

coletiva, exigindo esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação (SARLET, 2009, p. 48).

Essa é, em linhas gerais, a história contada da evolução do Estado Constitucional, em suas variadas formas ao longo desse percurso. Imbricada com o desenvolvimento e as transformações da Constituição e dos direitos fundamentais, trata-se, sem dúvida, de uma (re)construção teórica muito rica e complexa e que, talvez por isso, se não intencionalmente, por vezes, acaba escamoteando alguns detalhes que, embora "detalhes", são importantes. Importantes, inclusive, a ponto de fazer diferença na narrativa da história ou, pelo menos, na perspectiva que dela se tem.

Essas, entre outras, são as especificações e críticas que se pretendem formular na sequência, ao analisarem-se as transformações que a (re)visão do próprio conceito de Estado e, corolário, de sua Teoria– inseparável da Teoria da Constituição –, mormente a partir da noção de soberania, acarretam ao exercício da democracia e ao papel do constitucionalismo.

3. (Re)visitando a teoria do Estado a partir da(s) crise(s): os problemas do Estado Social e os efeitos da globalização sobre o conceito de soberania

Não obstante as ricas construções jurídicas e da ciência política que se têm acerca da evolução estatal (de liberal à social e, finalmente, consagrando-se em Estado Democrático de Direito), o ponto nevrálgico para a análise que aqui se pretende desenvolver se dá no entorno do chamado Estado Social, o qual é relatado, normalmente, como uma conquista das classes operárias que acabaram esmagadas pela igualdade meramente formal do Estado Liberal-burguês (aliás, capitalismo e Estado – na concepção moderna – nascem juntos).[6] Esse é um dos mitos desconstruídos por Antônio José Avelãs Nunes, em "As voltas que o mundo dá... Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social".

Inicialmente, volta-se o autor às raízes do Estado de Direito Liberal, lembrando que, "de acordo com os cânones do liberalismo [...], a economia funciona por si, segundo as suas próprias leis, à margem da política: a economia é a esfera de acção dos particulares, inteiramente separada da política, do estado." O que justifica, pois, "a ideia de que *o direito (o estado) deve*

[6] "A tese aqui desenvolvida entende a formação do Estado moderno e do constitucionalismo como vinculados à formação e desenvolvimento do sistema capitalista. Capitalismo e Estado estão indissociavelmente ligados, são parte da mesma evolução histórica. [...] A vontade do Estado moderno de se afirmar como entidade econômica e de ser superior aos demais Estados gerou a rivalidade econômica entre os Estados e a concepção do poder econômico como potencial militar. Não à toa, o capitalismo, ou seja, a razão econômica da nova sociedade internacional, está em estreita relação com a razão de Estado" (BERCOVICI, 2008, p. 44).

parar à porta das fábricas." Daí a simples posição de *guarda-noturno* a que foi remetido o Estado capitalista liberal do século XIX, restrito às funções de garantir a defesa da ordem social visando assegurar as liberdades individuais e de manter certas instituições e serviços necessários que sem a intervenção estatal não se realizariam (AVELÃS NUNES, 2011, p. 15).

A questão chave é, contudo: "a história ensina que a liberdade burguesa, utilizada no século XVIII como arma na luta contra os privilégios feudais (contra a *ditadura da feudalidade*), se transformou, no século XIX, numa arma da *ditadura da burguesia* contra as reivindicações operárias" (AVELÃS NUNES, 2011, p. 16).

Conforme já anotado, não se confirmou a velha crença liberal de que a economia e, por assim dizer, a própria sociedade, se confiadas à *mão invisível* e às *leis naturais do mercado* seguiriam pelo melhor curso possível. Falhado esse pressuposto que sustentava a separação da sociedade e da economia em relação ao Estado, como não deixa esquecer a história, passa-se a apostar (e confiar) justamente no Estado, atribuindo-lhe novas funções (AVELÃS NUNES, 2011, p. 29). Aliás, há defensores de que "[...] a idéia de uma economia desembaraçada e de todo controle social e político é absurda. A economia é um sistema de meios que devem ser postos a serviços de fins políticos" (TOURAINE, 1999, p. 21).

De qualquer modo, a perspectiva crítica que se pretende assinalar encontra guarida nas advertências de Avelãs Nunes. De modo muito enfático, o autor sustenta que o Estado Social foi a solução de compromisso encontrada pela burguesia para preservar o sistema capitalista, ameaçado pela revolta que se animava entre o proletariado. Os direitos sociais, antes vistos com reserva e contrariedade, são o anestésico mais satisfatório para a situação de crise (do Estado Liberal). Com efeito, abre-se mão de alguns dogmas liberais, mas preserva-se o capitalismo (AVELÃS NUNES, 2011, p. 30), e "o capitalismo é a economia de mercado quando esta recusa todo controle exterior e, pelo contrário, procura agir sobre a sociedade inteira em função de seus próprios interesses. O capitalismo é a sociedade dominada por sua economia" (TOURAINE, 1999, p. 21).

Enfim, "ameaçada a estabilidade burguesa, a ruptura da sociedade capitalista só podia ser evitada (adiada) a partir do estado". Sublinha o professor português: "como o estado liberal não podia continuar a assegurar esta missão, o *estado capitalista* teve de assumir outra veste: assim nasceu o *estado social.*" Contudo, este novo modelo estatal "não se propõe a construção de uma *nova ordem social,* mas a salvação e a consolidação de ordem burguesa, mudando alguma coisa para que tudo continue na mesma [...]" (AVELÃS NUNES, 2011, p. 32).

Além disso, "o Estado Social incorpora um novo caráter ao liberalismo, vinculando à liberdade liberal a igualdade própria da tradição socialista." Desse modo, as transformações do

Estado nessa passagem não beneficiaram apenas as classes trabalhadoras como o estabelecimento de determinados direitos, mas significou, em muitos setores, "[...] a possibilidade de investimentos em estruturas básicas alavancadoras do processo produtivo industrial [...] que viabilizaram, muitas vezes, o investimento capitalista" (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 37).

Apesar da adjetivação atual do Estado como Democrático (de Direito), não se pode afirmar uma "superação" do modelo social, tendo em vista que o denominado Estado Democrático de Direito surge como um aprofundamento do próprio *Welfare State*, na medida em que se verifica a permanência da tradicional questão social e, ao mesmo tempo, a incorporação de um caráter transformador (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 41).

O que se tem afirmado reiteradamente é a crise do modelo/projeto social. Conforme Bolzan de Morais, o fim do Estado de Bem-Estar Social está no cerne do que designa como crise estrutural do Estado. Esse aspecto da crise é trabalhado sob três perspectivas: crise fiscal-financeira (a partir do que se sustenta a necessidade de um rearranjo sustentável das estruturas sociais ante seus pressupostos econômicos); crise ideológica (o questionamento que se coloca diz respeito às formas de organização e gestão adotadas por esse modelo, que acaba burocratizado); crise filosófica (trata-se da incapacidade do Estado Social de consolidar o projeto antropológico que lhe compõe o sentido e da transformação do indivíduo liberal em *cliente* da administração) (2011, p. 42-49).[7]

Enfim, essas são algumas transformações do Estado que parecem colocá-lo em crise, porém, existem outros aspectos que o atacam diretamente em seu núcleo conceitual, a soberania. Pode-se afirmar que, "em sentido estrito, na sua significação moderna, o termo Soberania aparece, no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o Poder estatal, sujeito único e exclusivo da política", tornando-se esse atributo, especialmente no que tange à afirmação de independência ante qualquer poder externo, traço característico e essencial do Estado moderno (CRUZ, 2002, p. 8).

O Estado nacional soberano que nasceu na Europa e se espalhou pelo mundo é comumente definido por meio de três elementos ou condições de existência: povo, território e poder político. Como característica muito própria, a soberania aparece como um "poder supremo e aparentemente ilimitado, dando ao Estado não só capacidade para vencer as

[7] Algumas dessas constatações são reforçadas, de certa forma, por Sorensen, que embora não se ocupe diretamente desse aspecto aponta que a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de os Estados adimplirem com seus deveres debilita o seu vínculo com os próprios cidadãos (SORENSEN, 2010, p. 106).

resistências internas à sua acção como para afirmar a sua independência em relação aos outros Estados" (MIRANDA, 2007, p. 33).

Conforme Arguelhes, a história do conceito de soberania está intimamente ligada à formação do Estado moderno, tornando-se incontestável na Europa ao final da Guerra dos Trinta Anos pelo Tratado de Westfália (1648). De um lado, as diversas comunidades políticas tinham se organizado em *Estados,* os quais exerciam, internamente, um poder absoluto; de outro, externamente, não reconheciam poder maior que o seu próprio (2009. p. 763).

Ocorre que o processo que se convencionou chamar de globalização, na medida em que, dentre outros aspectos, traz à tona uma série de outros atores na arena internacional (a começar por grandes empresas, mas também outros organismos), "destitui" o Estado como fonte única de poder, atingindo-o, portanto, exatamente naquele que, nas origens, foi seu traço definidor.

Para Bolzan de Morais, por exemplo, o fato de o Estado não ser mais o centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, revela um aspecto da crise que se pode chamar de conceitual (diversas outras "faces" dessa crise são abordadas), justamente porque isso o afeta no plano da soberania, que constitui o núcleo conceitual do Estado desde (e, sobretudo, nas) suas feições modernas. Caracterizando esse atributo e sua identificação com o Estado moderno:

> Assim, a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontrastável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível. Neste viés, pode-se dizer que a soberania moderna é aquela típica do Estado-Nação. Aquela caracterizada por uma estrutura de poder centralizado e que exerce o monopólio da força e da política – legislativa, executiva e jurisdicional – sobre um determinado território – como um espaço geográfico delimitado por suas fronteiras – e a população – como um conjunto de indivíduos que é reconhecido como cidadão/nacional – que o habita. Assim, a soberania constituiu, é constitutiva e constituída pela ideia de Estado-Nação ou Estado Nacional, própria da modernidade, de regra nomeado Estado Moderno (2011, p. 27).

Em uma construção analítica rigorosa na tentativa de apresentar diversos pontos de vista sobre essas transformações, Sorensen argumenta que os estudiosos dos principais âmbitos da ciência social tem se concentrado sempre nos Estados soberanos e, a partir disso, desenvolve sua obra entre duas perspectivas que se referem ao tema: o ponto de vista "del repliegue" – segundo o qual o Estado tem perdido influência e autonomia – e o ponto de vista "del estado-céntrico" – segundo o qual, ao contrário, o Estado vem se fortalecendo. Desse modo, os mais variados argumentos são analisados, durante toda a obra, sobre três perspectivas teóricas distintas: realista, liberal e crítica. Os realistas tendem a sustentar que os Estados seguem fortes;

os liberais, que o Estado está cada vez mais enfraquecido; e, os críticos, tendem a apontar um processo complexo de transformação do Estado. Esse autor vai sustentar, inclusive (e até na contramão de algumas teorias), que todo esse espectro de crise não infirma a soberania do Estado, na verdade a confirma e reforça, em determinados pontos (2010, p. 21-27).

Para alguns autores, "este processo de fenecimento da Soberania está, muito provavelmente, vinculado com o fenecimento do próprio Estado," chegando ao extremo de "especular, já sem muita preocupação com erro essencial, que o Estado – pelo menos o Estado Constitucional surgido das revoluções burguesas do Século XVIII – esteja exaurido. Acabou" (CRUZ, 2002, p. 12 e 21). Para outros, o argumento acerca do suposto enfraquecimento da soberania do Estado não passa de uma tentativa globalizadora e neoliberal – partida de novos modelos associativos de mútua interdependência estatal – de fortalecer a soberania do mercado, a qual encontra na soberania nacional uma barreira ao projeto recolonizador das gigantescas associações de capital.[8]

Segundo Arguelhes, "internamente, o Estado parece ser incapaz de assegurar a unidade das sociedades cada vez mais plurais e fragmentadas, tornando-se apenas mais um ator importante dentre outros [...] que participam dos processos decisórios na comunidade." De outra banda, "externamente, embora não exista uma autoridade última no âmbito internacional, processos como os de integração e formação de blocos regionais dificultam a aplicação do conceito tradicional de soberania." Conclui o autor, a partir disso, que continua inegável a importância do Estado, ainda que sobre a questão da soberania possam pairar dúvidas (será ainda a soberania no sentido do Tratado Westfália?) (2009, p. 766-767).

De todo modo, o Estado não pode ser considerado como uma forma de organização ultrapassada; apesar de toda(s) a(s) sua(s) alegada(s) crise(s), trata-se de uma figura que "ainda persiste na atualidade como o princípio fundamental de integração das sociedades e o local de formação das identidades coletivas", ou seja, como o elemento essencial em torno do qual se organiza a vida internacional. "Entretanto, essa persistência é acompanhada de um conjunto de mudanças que, longe de serem superficiais, são de ordem estrutural e contribuem para redesenhar a figura do Estado" (CHEVALLIER, 2009, p. 23).

[8] "De titularidade internacionalizada e invisível, esta nova e dissimulada soberania dos mercados executa o projeto recolonizador das gigantescas associações de capital, que ignoram por completo os direitos dos povos e das Nações periféricas a romper as cadeias do subdesenvolvimento e espancar as trevas da noite em que a globalização os mergulhou" (BONAVIDES, 2003, p. 21).

Antes de identificar essas mudanças como necessariamente materialização de uma crise, impõe-se a advertência de que desde sempre os Estados têm experimentado mudanças, de modo que a transformação é a regra e não a exceção (SORENSEN, 2010, p. 33).

Além disso, como bem anota Sorensen, o debate sobre o suposto fim da soberania e, de certo modo, assim, da própria estrutura estatal (pelo menos no molde tradicional), não raro se desenvolve a partir de um erro categorial, uma confusão da realidade material do Estado com a instituição jurídica da soberania. A soberania, conforme ensina o professor dinamarquês, tem por núcleo jurídico a independência constitucional, que assegura aos Estados o pertencimento à ordem internacional em igualdade de condições. Portanto, formal e juridicamente todos os Estados são iguais, no sentido de que têm os mesmos direitos e obrigações na órbita internacional. Substantivamente, contudo, são enormes as desigualdades. Disso que se trata a realidade material do Estado, relacionada à capacidade real para a ação e controle próprio, bem como do controle de uma série de fluxos e condições transfronteiriços, fatores que, embora influenciem no jogo de soberania, com este conceito não se confundem (2010, p. 140-141).

Outro autor que analisa essas variações é Chevallier, que interroga sobre a dimensão das transformações que todos os Estados conheceram, ainda que em diferentes graus e momentos (o autor chega a mencionar a co-existência de "Estados pré-modernos" – embora se considere o Estado um produto da modernidade, a formulação se esclarece pelo contexto da obra – modernos e pós-modernos) e, além disso, afirma que a concepção tradicional de Estado deve ser reavaliada (2009, p. 20).

A hipótese parte da constatação da historicidade de um modelo estatal que foi construído na Europa Ocidental e que sofreu transformações profundas junto à sociedade (que também foi se modificando). A partir daí é traçado um detalhado panorama do que se vai chamar de "Estado pós-moderno", contrastando esses novos contornos aos do Estado moderno, de modo a demonstrar como e a partir de quais mecanismos essa "evolução" foi ocorrendo. Por isso será dito que esse Estado pós-moderno apresenta-se tanto como uma "hipermodernidade", na medida em que ela leva ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade (tais como o individualismo) e, simultânea e paradoxalmente, como uma "antimodernidade", na medida em que se desvincula de certos esquemas da modernidade (como a própria ideia de soberania) (CHEVALLIER, 2009, p. 20).

Na verdade, a expansão de poderosos aparelhos de Estado na modernidade é subproduto lógico de uma construção simbólica herdada desse período, revestindo o Estado de atributos da Razão e o erigindo à condição de garante do bem-estar coletivo. Entretanto, essa concepção e, corolário, o movimento de expansão estatal, entra em crise ao final do século XX,

especialmente devido à "influência de duas dinâmicas, uma interna, outra externa, que se conjugaram: (1) a reavaliação do lugar do Estado, da relação Estado/sociedade; e (2) a internacionalização (globalização) que contribui para minar certas posições conquistas pelo Estado" (CHEVALLIER, 2009, p. 29), conforme, inclusive, referido anteriormente.

Discute-se, com efeito, uma *soberania pós-moderna*, que considere a complexidade das (des)estruturas institucionais que se superpõem hoje, a qual o modelo de Estado construído na modernidade já não consegue dar conta. Impõe-se repensar o caráter soberano do Estado contemporâneo, que não mais se constitui em uma ordem "toda-poderosa", absoluta; pelo contrário, tudo aponta para o seu esmaecimento ou, pelo menos, para a sua transformação, mormente quando se trata de apontá-lo como elemento caracterizador do poderio estatal (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 33).

Diante de tudo isso, evidencia-se a necessidade de uma nova (ou, pelo menos, reformulada) Teoria do Estado, que o situe nesse quadro fragmentado de poder. Na linha do que defendem muitos autores, uma tal teoria não pode vir desacompanhada de uma Teoria da Constituição.[9] Aliás, a Constituição é indissociável do Estado ("a Constituição é estatal, pois só é possível com o Estado. O Estado é pressuposto pela Constituição [...]") (BERCOVICI, 2004) e, conforme se pretende demonstrar na sequência, reúne sob o mesmo manto Direito e Política, de modo que as transformações do Estado repercutem inevitavelmente nessas relações.

4. Ainda sobre as transformações do Estado e da Constituição: implicações para o Direito e a Política

Como Chevallier destaca, as transformações do Estado refletem um quadro mais profundo de transformações da própria sociedade e, assim, também o Direito e a Política haverão de se modificar. "Se é verdade que o poderio soberano do Estado se exprimia pelo canal jurídico, a reconfiguração dos aparelhos do Estado é inevitavelmente acompanhada de uma transformação em profundidade do direito." Logo, "à emergência de um *Estado pós-moderno* corresponde inevitavelmente o surgimento de um *direito pós-moderno*" (2009).

Essa narrativa, desde o início, na verdade, permite a visualização clara de que um novo papel se delineou para a Constituição e o Estado e, assim, para o próprio Direito, especialmente a partir do século passado. Nesse momento, impõe-se relembrar e reforçar a secular relação de alternância de dominação ora do Direito sobre a Política, ora desta sobre aquele, cuja

[9] Por todos, BERCOVICI, 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>.

necessidade de equilíbrio (para que o poder fosse ao mesmo tempo racional e exercido de forma limitada) encontrou resposta na Constituição, que é direito positivo (determinado pelo homem e não um dado da natureza), mas também contempla exigências de conteúdo (direitos constitucionais vinculantes) a serem observados (e impõe limites à política) (GRIMM, 2006, p. 3-10, passim).

A partir disso pode-se afirmar que a Constituição é, na expressão de Streck, *o elo conteudístico* que une "Política e Direito" na conformação do Estado (2002, p. 105). Na teoria luhmanniana (embora não se tenha nenhuma intenção de aprofundamento dessa matriz teórica, cuja menção deve-se apenas à adequação do exemplo ao dado que se sustenta), a Constituição é exatamente um mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político, embora não seja estrutura de nenhum desses sistemas, e sim faz parte do entorno. Cada sistema observa esse acoplamento a partir de seu código próprio; logo, para o sistema jurídico, a Constituição é a lei suprema, ao passo que para o sistema político a Constituição constitui um instrumento político, de modo que ambos os sentidos desenvolvem-se separadamente. Além disso, por meio da Constituição se constata um aumento na irritabilidade recíproca entre o sistema jurídico e o político em decorrência da limitação das zonas de contato entre ambos, verificando-se, por outro lado, um aumento nas possibilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas na forma jurídica e de o sistema político servir-se do direito como instrumento de realização dos seus objetivos (SAAVEDRA, 2006, p. 58).

De todo modo, instaura-se uma infinidade de debates acerca da (in)separabilidade desses dois sistemas e das interferências recíprocas que podem ou não ser admitidas. Sem pretensões de proceder ao exame do êxito dessas variadas teses e tentativas, cumpre lembrar que talvez a expressão mais radical dessa tentativa de separação entre o Direito e a Política se deva ao positivismo jurídico, que tem como objetivo central a obtenção de um conceito autônomo de Direito. Nesse sentido, a constatação e a crítica de Barzotto destacam como ideal motivador do positivismo (que tematiza o direito surgido no Estado Liberal) a segurança, que depende da objetividade e previsibilidade na identificação do Direito, este, por sua vez, autônomo em relação à moral (valores) e à política (poder). Ainda assim, "que o positivismo advogue a separação do direito em relação à moral é um truísmo. O que deve causar estranheza ao leitor é o fato de se sustentar que o positivismo defende igualmente a separação do direito da política" (BARZOTTO, 2004, p. 21).

A problemática da (des)vinculação da política e da moral às decisões judiciais é abordada, de certa forma, também por Dworkin, ao apresentar o método que chama de "leitura moral", enquanto uma forma particular de ler e executar uma Constituição política. Esse método

propõe que todos interpretem e apliquem os dispositivos constitucionais abstratos considerando que eles referem princípios morais de decência e justiça e, dessa forma, insere-se a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. A partir disso, a grande questão torna-se a de decidir quem terá a autoridade suprema para compreender e interpretar esses princípios. Para Dworkin, parece não restar dúvida de que, no sistema estadunidense atual, essa autoridade cabe aos juízes. Em apertada síntese, pode-se dizer que Dworkin objetiva demonstrar que a própria Constituição, através de suas cláusulas, impõe questões morais, as quais podem ser mais adequadamente resolvidas se retiradas da Política e transferidas para a Corte Judicial, cujas decisões são fundadas em princípios e não pelo critério da maioria política de ocasião (2006. p. 1-59, passim [introdução]).

Retomando o contexto do positivismo jurídico, passou-se a considerar "Direito" o que está contido na lei, a qual, na situação atual, é feita segundo o jogo das forças políticas, especialmente considerando-se seu âmbito de origem: o Poder Legislativo. Daí que o termo política incorporou uma conotação muito próxima das ações de natureza político-partidária e a lei, por sua vez, passou a ser a expressão da vontade do grupo que predomina em determinado momento da vida de um povo – a maioria (ainda que seja muitas vezes um instrumento de interesses individuais ou grupais contrários aos do próprio o povo) (DALLARI, 1996, p. 57).

Ressalva que tende a amenizar o receio da ideia de aceitação de uma proximidade entre Direito e Política passa pela consideração de dois níveis: a) o nível da criação do direito, em que não se considera possível esse afastamento (pelo menos não sob as condições do direito positivado); e b) o nível da aplicação do Direito, cuja separação da política é institucional (no sentido de proteger a jurisdição de influências políticas externas, como por parte de órgãos públicos e partidos políticos), mas perfeitamente possível (GRIMM, 2006, p. 11-15, passim).

Essa despolitização interna no momento de aplicação do Direito, contudo, está longe de significar que o procedimento da aplicação judicial do direito seja internamente apolítico, ou seja, não permita decisões constitutivas ou não possa desenvolver nenhum tipo de efeito político que, inclusive, ultrapasse o efeito político das normas gerais. Tal separação só seria possível se a legislação deliberada pelo legislador pudesse determinar por completo a decisão de todos os fatos isolados, isso é, se todos os casos possíveis de ocorrer estivessem previamente regulamentados em lei. Uma ordem jurídica nesses termos deveria ser livre de lacunas e contradições, além de ser inequívoca na linguagem e independente de mudança social, o que, evidentemente, não é possível. A realidade trata do oposto, isso é, a aplicação das normas jurídicas suscita dúvidas que precisam ser esclarecidas pelo intérprete, tornando inevitáveis as influências da pré-compreensão, da origem e socialização, das preferências políticas (ainda que

elas não possam ser determinantes, mas se reconhece a sua influência) e ideológicas dos juízes (GRIMM, 2006, p. 15).

Nesse sentido, assinala-se a problemática implícita trazida pelo paradigma do Estado Democrático de Direito consistente na tensão entre jurisdição e legislação; ocorre que as normas jurídicas e, em especial, as normas constitucionais, em muitos casos não podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas, porém, tais valorações são, em regra, subjetivas/pessoais (daí a mencionada relação tensionante entre o Direito e a Política) (STRECK, 2002, p. 102).

De outro lado, a separação entre Direito e Política pressupõe uma vinculação legal que se revela problemática no atual estágio de complexidade das relações sociais. Há uma exigência implícita de que a Política forneça realmente programas decisórios à aplicação do Direito, por meio dos quais possam ser resolvidos, no âmbito do Judiciário, os conflitos instaurados. O que se verifica na prática, contudo, é uma extrema dificuldade de se manter essa regulamentação atualizada. Isso se deve, basicamente, a dois fatores: a) o fracasso parcial do autodirecionamento da sociedade por meio do mercado, que precisou ser substituído pela regulamentação estatal (em níveis extremamente altos); e b) a acelerada mudança social, que aumenta a velocidade com a qual o Direito existente envelhece e reclama substituição (ou atualização). Tais elementos tornam complexa essa atividade estatal, que já não consegue se antecipar por completo e, consequentemente, não pode oferecer uma regulamentação de forma normativa (GRIMM, 2006, p. 17-18).

Daí a afirmação, especialmente com relação às alegadas criações do Direito via jurisprudência, de que o limite entre a Política e o Direito não pode ser definido formalmente no Estado contemporâneo, além da justiça moderna não poder ser "apolítica" nesse sentido, devendo-se reconhecer, hoje mais do que nunca, que o Poder Judiciário também é "governo". Com efeito, sua definição não pode ser encontrada na suposição de que não estabelece regras *erga omnes* ou de que não é "co-legislador", impondo-se justamente o reconhecimento imediato de que não lhe resta às vezes outro recurso do que sê-lo (ZAFFARONI, 1995, p. 24-25).

Segundo Chevallier, um dos principais aspectos das transformações em curso diz respeito à configuração da sociedade contemporânea como uma verdadeira "sociedade do Direito", cujo lugar é cada vez mais importante na vida social. "A passagem pela regra jurídica aparece como indispensável para colocar certos princípios fora de risco, estabilizar uma situação, satisfazer algumas reivindicações; o direito tende a tornar-se uma 'panaceia'" e, assim, é chamado a substituir outros modos de regulação para resolver os diversos problemas da sociedade. "O 'abuso de direito' seria a marca de uma 'sociedade de desconfiança', na qual

cada um tem necessidade de se sentir protegido por uma trama cerrada de regras redutoras da incerteza." Esse socorro ao Direito pelas relações humanas que antes se submetiam a modo de regulação extrajurídicos e/ou fundados na confiança acarreta uma "juridicização crescente do tecido social" (2009, p. 134).

Nesse sentido, ganha projeção aquilo que se habituou chamar de *judicialização da política,* associada à centralidade e ascensão assumida pela função jurisdicional, particularmente ante o crescimento do seu papel como *jurisdição constitucional*. É o ponto de partida para a caracterização do que Bolzan de Morais designa de *crise funcional* do Estado (2011, p. 56-57).[10]

Fazendo uma conexão com outros aspectos de crise vistos anteriormente, a sacralização da jurisdição constitucional assenta-se como "consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que se executa como de mal-estar [...]" seja por seus desvios, suas crises e fragilidades, suas desestruturas e incapacidades, ou mesmo pelos limites que decorrem de sua própria base paradoxal, tentando colar uma democracia social a uma economia de exclusão (capitalismo) (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 60).

No contexto brasileiro, especificamente, alterações na forma de atuação do Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional, como reflexo dos aspectos vistos começaram a ser percebidas claramente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que coroou o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Além disso, os compromissos assumidos por essa Constituição brasileira, destacadamente aqueles previstos em seus três primeiros artigos, faz com que seja classificada, segundo a sua estruturação, como constituição dirigente, por não se reduzir a um mero ordenamento político, mas também contemplar aspectos que a permitam ser vista como ordenamento econômico e social (MOREIRA, 2008).

A propósito, duas são as alternativas que o constitucionalismo contemporâneo (pós-guerra) estabelece à jurisdição constitucional: a garantia dos direitos fixados no ordenamento-macro, sem qualquer capacidade de estabelecer posições jurídicas singulares; ou a vinculação à eticidade substantiva da comunidade, que os autoriza a agir de forma a aproximar a norma da

[10] Sobre referida crise funcional: "entendida esta na esteira da multiplicidade dos *loci* de poder, gerando a referida perda de centralidade e exclusividade do Estado, pode ser sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhe são inerentes no modelo clássico da tripartição de funções, bem como outras que se conjugam com as demais atribuições públicas estatais, seja pela concorrência que recebem de outras *agências* produtoras de decisões de natureza legislativa, executiva e/ou jurisdicional, seja, a muito mais, pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com a perspectiva de vê-las suportadas no caráter coercitivo que seria próprio às decisões de Estado, decorrência direta de sua *crise conceitual"* (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 56-57).

realidade. Sem dúvida, é na segunda hipótese que se encontra a concepção de jurisdição compatível com os objetivos do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2002, p. 34-35).

Assim, uma dimensão política do papel da jurisdição constitucional, que já não pode mais ser negada, desperta a partir da Constituição de 1988, embora não tenha se estabelecido sem resistência ou oposição. Já na década de 1990 constatam-se importantes investidas contra esse novo aspecto da justiça constitucional, como, por exemplo, através da chamada reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional 45, pela qual se cogitou, por exemplo, o estabelecimento de um órgão externo de controle do Poder Judiciário (em sede de reformas discutia-se também a privatização de estatais, o fim dos monopólios e a reforma política).

Tal papel político, assim, viu-se realçado, de um lado, pelo processo de modernização econômica, marcado pelo intervencionismo do governo no ordenamento jurídico, em especial por intermédio das medidas provisórias e, por outro, pela vigência de uma nova Constituição – a Constituição de 1988, que ampliou consideravelmente o elenco dos direitos fundamentais e que, repleta de novos direitos e garantias individuais e coletivas, acabou por conferir a importante e difícil missão ao Judiciário de zelar por esses interesses (SADEK, 2001, p. 8).

Daí se afirmar que "o Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano [...] para um de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana" (VIANNA, 1999, p. 53). Diante, então, de um novo contexto para o Estado e para o exercício de sua soberania, cujas transformações restaram evidentes, uma nova realidade contextual apresenta-se às relações entre o Direito e a Política, conduzidas pela Constituição, igualmente inovando as perspectivas, possibilidades e dificuldades de desenvolvimento e desempenho democrático das instituições que corporificam o Estado de Direito contemporâneo.

5. Considerações finais

As grandes transformações proporcionadas pela chamada globalização têm afetado a configuração tradicional que se tinha em relação ao Estado, especialmente no que tange ao conceito de soberania. Note-se – no que há de se reconhecer razão em Sorensen –, não se trata necessariamente de um enfraquecimento ou fortalecimento do Estado e sua soberania, mas de uma transformação. Aliás, conforme visto, desde sempre o Estado tem evoluído para "formas" (ou melhor, conteúdos) diferentes, o que faz questionar a sua própria colocação em crise.

De qualquer forma, diante de novos atores que surgem na arena internacional e diante da inter-relação mais intensa entre os próprios Estados, diversos polos de Poder surgem, o que,

por si só, já rompe com a centralização de poder típica do Estado Moderno. O Poder exercido em concorrência é uma marca do que se pode chamar, inicialmente, de pós-modernidade. Sendo assim, percebe-se que a Teoria do Estado carece de uma releitura, que se ocupe da abordagem e justificação desse novo dado. Paralelamente, essa releitura exige que se repense, também, a própria Teoria da Constituição, o próprio Constitucionalismo, que historicamente se preocupou em conformar e organizar o exercício do Poder.

O que se pode apontar, a título conclusivo e, também, propositivo de futuras pesquisas, é a necessidade de repensar a teoria da Constituição a partir da reconfiguração do próprio Estado. Trata-se da necessidade de uma nova justificação para as relações entre Direito e Política, Constituição e Poder, as quais (como não poderia deixar de ser) acompanharam (construindo e sendo construídas) o Estado ao longo dos séculos até a sua conformação Contemporânea, padecendo das mesmas crises e sofrendo as mesmas críticas. Com efeito, as revisões demandadas, para aparar de modo satisfatório as arestas da pós-modernidade, não poderão cindir essas imbricações.

6. Referências

ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

AVELÃS NUNES, António José. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Constituição e Política: uma relação difícil. **Revista Lua Nova**. n. 61 – 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>. Acesso em: 09 Junho 2012.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. As crises do Estado. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. v. 25, n° 56, 2002, p. 25-40. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRUZ, Paulo Marcio. Soberania, Estado, globalização e crise. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Ano VII. n. 15. p. 7-24, dezembro/2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA, Nelson Camatta. Dignidade humana na Constituição Dirigente de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 12, dez./jan./fev. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/12/>. Acesso em: 30 Out. 2011.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado** – Más allá del mito del repliegue. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TOURAINE, Alain. **Como sair do liberalismo?** Bauru, SP: EDUSC, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck [et. al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crises, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.