

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**Tássia Aparecida Gervasoni**

**O “DIREITO EM TRÂNSITO” NA “PÓS-MODERNIDADE”: perspectivas do  
Constitucionalismo para a (re)configuração do Estado Democrático de Direito**

**São Leopoldo, RS, Brasil**

**2015**

Tássia Aparecida Gervasoni

O “DIREITO EM TRÂNSITO” NA “PÓS-MODERNIDADE”: perspectivas do  
Constitucionalismo para a (re)configuração do Estado Democrático de Direito

Tese apresentada como requisito parcial para  
obtenção do título de Doutor em Direito, pelo  
Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –  
UNISINOS.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes.

São Leopoldo, RS, Brasil

2015

G386d Gervasoni, Tássia Aparecida.  
O “direito em trânsito” na “pós-modernidade” :  
perspectivas do constitucionalismo para a (re)configuração  
do estado democrático de direito / Tássia Aparecida  
Gervasoni. – 2015.  
286 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos  
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.  
"Orientador: Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes."

1. Cosmopolitismo. 2. Estado de direito. 3. Pós-  
modernismo. 4. Direito constitucional. I. Título.

CDU 342

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Bibliotecário: Flávio Nunes – CRB 10/1298)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “O “DIREITO” NA “PÓS-MODERNIDADE”: perspectivas do Constitucionalismo para a (re)configuração do Estado Democrático de Direito”, elaborada pela doutoranda Tássia Aparecida Gervasoni, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de fevereiro de 2016.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

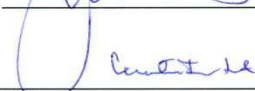
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Jose Luis Bolzan de Morais



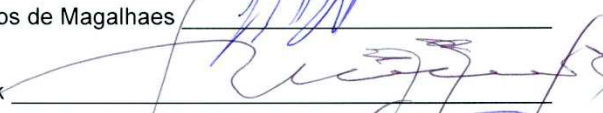
Membro: Dr. Gustavo Ferreira Santos



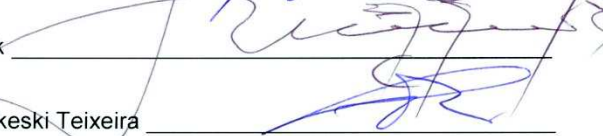
Membro: Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes



Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



*Ao Felipe, por ter resgatado este sonho que eu havia desistido de sonhar, e por tantas outras vezes em que mudou a minha vida... pela presença em cada palavra, cada sorriso, cada lágrima... por merecer toda a minha admiração, gratidão e amor.*

## AGRADECIMENTOS

Não foram poucas as vezes durante essa jornada em que afirmei e, de fato, pensei, ter empregado minhas melhores palavras na construção da tese. No entanto, existem algumas pessoas que sempre terão o melhor de mim, pelo menos, o melhor que eu tiver e puder oferecer. Já ouvi e já disse em outros momentos da minha vida profissional que trabalhos decisivos como este, que exigem extrema dedicação e atenção, são solitários, pois afastam aqueles que não conseguem compreender ou aceitar que uma pesquisa passe a ser prioridade absoluta – a expressão pode parecer exagerada, contudo (por erro meu, talvez), é profundamente verdadeira. Mais uma lição e surpresa dessa experiência: quando você mais precisar e, ao mesmo tempo, quando menos merecer, algumas pessoas permanecerão, fazendo-se mais presentes do que nunca.

Aos que permaneceram, participaram, sofreram juntos a cada “crise”, comemoram a cada ideia, concluem a tese ao meu lado... Minha mãe, Elgreci, por todos os sacrifícios de uma vida dedicada ao meu futuro, que, para ela, nunca foi outro que não este, estudar. Minha irmã, Tamiris, pelo amor e cumplicidade incondicionais, mas, principalmente, pelos “puxões de orelha”, os mais cortantes e ao mesmo tempo mais doces do mundo e que só ela sabe conduzir. Meu cunhado/irmão, Iuri, que honrando o “bullying eterno” que nos une me apontou muitas ideias que me “atormentaram” durante toda a tese e ainda me perseguem, por todos os livros, todas as conversas, toda a parceria, por tudo (assim resumo aquilo porque certamente já agradei inúmeras vezes pessoalmente). Ao meu marido, Felipe, não sei pelo que agradecer primeiro, tampouco como, pois tenho certeza de que a conclusão desse trabalho não seria possível sem tua presença e incentivo constantes.

Além das pessoas que sempre estiveram ao meu lado e aí permaneceram nos “meus momentos de crise”, há aquelas que foram surgindo ao longo do caminho e que também foram extremamente importantes. Ao meu orientador, professor Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes, agradeço pela orientação mais sincera e segura de toda a minha formação acadêmica, por ter me proporcionado lições, sobretudo, de vida, que talvez sequer mensure, e por toda a influência intelectual que se reflete nesse estudo e continuará repercutindo em trabalhos futuros. Ao meu co-orientador no período de Doutorado Sandúiche na Universidad de Sevilla, professor Dr. Alfonso de Julios-

Campuzano, pela acolhida, pela preocupação e atenção comoventes a mim e ao meu trabalho, e por todos os valiosos ensinamentos, pessoais e profissionais, que fez questão de compartilhar.

Também agradeço a todos os professores da Universidade do Vale do Rio dos Sinos com os quais tive o privilégio de aprender diretamente, não apenas pelas obras, mas pelas aulas e banca de qualificação do projeto de tese. Por todos, agradeço pelas brilhantes contribuições dos professores Dr. Lenio Luiz Streck, Dr. Vicente de Paulo Barretto e Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira, decisivamente presentes na elaboração da tese e, certamente, em pesquisas que ainda virão.

À Universidade do Vale do Rio dos Sinos enquanto instituição, sobretudo, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, sou grata por ter sido um divisor de águas na minha vida, por ter me permitido encontrar tantas pessoas que se tornaram cruciais na minha trajetória, outras tantas que se tornaram amigas, dentre as quais não poderia deixar de agradecer à parceria que se formou de imediato com a querida Daiane Moura de Aguiar, em nome que representa da melhor forma os amigos que fiz para a vida.

Ao integrantes do Grupo de Pesquisa Estado & Constituição, exemplarmente conduzido pelo professor Bolzan, agradeço por todos os encontros e discussões que, além das profundas reflexões, em sua dinâmica harmoniosa e bem humorada amenizou os momentos de tensão que inevitavelmente acompanham uma tese.

À Secretaria, pelo empenho constante em ajudar, em especial, na pessoa da Vera Loebens, pelo sorriso acolhedor com que sempre me recebeu e pela agilidade em todos os auxílios que precisei.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES pela concessão de bolsa de estudos que me permitiu a realização do Doutorado Sanduíche no exterior, uma das melhores e mais ricas experiências que já tive.

Por fim, assumindo o aspecto mais difícil dos agradecimentos, ao lado da dificuldade em encontrar as palavras certas a expressarem sentimentos tão intensos, agradeço, ainda que de forma inominada, a todos aqueles que estiverem comigo, torceram por mim, familiares, amigos, professores, colegas de trabalho, alunos, meu mais sincero “muito obrigada”!

*“It is an interesting reflection on the general climate of thought before the twentieth century that no one had suggested that the universe was expanding or contracting. It was generally accepted that either the universe had existed forever in an unchanging state, or that it had been created a finite time in the past more or less as we observe it today. In part this may have been due to people's tendency to believe in eternal truths, as well the comfort they found in the thought that even though they may grow old and die, the universe is eternal and unchanging.”*

*(HAWKING, Stephen. **A Brief History of Time**. New York: Bantam Books, 1998. p. 6)*

*“Hoje a abstração já não é a do mapa, do duplo, do espelho ou do conceito. A simulação já não é a simulação de um território, de um ser referencial, de uma substância. É a geração pelos modelos de um real sem origem nem realidade: hiper-real. O território já não precede o mapa, nem lhe sobrevive. É agora o mapa que precede o território - precessão dos simulacros - é ele que engendra o território cujos fragmentos apodrecem lentamente sobre a extensão do mapa. É o real, e não o mapa, cujos vestígios subsistem aqui e ali, nos desertos que já não são os do Império, mas o nosso. O deserto do próprio real.”*

*(BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulação**. Lisboa: Relógio D'Água, 1981. p. 8)*



## RESUMO

O tema do estudo é a situação do Estado e do Direito na “pós-modernidade” e as perspectivas do Constitucionalismo para a (re)configuração do Estado Democrático de Direito em um novo paradigma espaço-temporal. Busca-se responder ao problema de como situar o Estado e o Direito entre integração e interferência do Direito internacionalizado diante da(s) insuficiência(s) das instituições jurídico-políticas nacionais e do próprio Constitucionalismo de modo a filtrar um novo Direito (o “Direito em trânsito”) e possibilitar a (re)configuração do Estado Democrático de Direito a partir dos direitos humanos e da perspectiva cosmopolita. A primeira parte da tese visa a reconstrução do percurso histórico que permitiu edificação e a consolidação do Estado e do Direito modernos, de modo a compreendê-los em sua estrutura, funcionamento e fundamentos a partir da origem. Por sua vez, a segunda parte reveste-se de um aspecto substancialmente crítico, pretendo a desconstrução e a revisão do que até então se apresentou. Insere-se a pesquisa em um contexto que não apenas reconhece, como assume e aproveita-se da crise para a crítica e para a renovação. A metodologia empregada compreende uma abordagem fenomenológico-hermenêutica, um método de procedimento monográfico (com contribuições complementares do método histórico e do método comparativo) e a documentação indireta como técnica de pesquisa. Confirmou-se ao final da pesquisa que Estado e Direito enfrentam uma crise grave o suficiente para deslocá-los no espaço-tempo, como consequência da própria crise da modernidade, cujas dificuldades de aceitação impedem o avanço das discussões e a proposição de alternativas. Outra importante constatação diz respeito à identificação de um “Direito em trânsito”, *circular* e *metatemporal*, composto por um duplo movimento, *geográfico* e *histórico*, como reflexo direto do cenário globalizado e pós-moderno. As inevitáveis mudanças operadas por esses eventos impõem a busca de novas possibilidades. Embora anacrônicas, as instituições modernas ainda podem desempenhar algum papel na pós-modernidade (uma função *contra-fáctica* que se contraponha a forças prejudiciais aos direitos humanos e aos preceitos democráticos cosmopolitas), assim como o Constitucionalismo pode resgatá-las.

**Palavras-chave:** Cosmopolitismo. Crise. “Direito em trânsito”. Estado. Pós-modernidade.

## ABSTRACT

This study focuses on the condition of State and Law in “postmodernity” and the prospects of Constitutionalism for (re)configuration of the Democratic Rule of Law in a new space-time paradigm. It seeks to address the problem of how to situate State and Law between integration and interference of the internationalized Law in face of the inadequacies of national legal-political institutions and Constitutionalism itself in order to distill a new Law (the “Law in transit”) and enable the (re)configuration of the Democratic Rule of Law based on human rights and from a cosmopolitan perspective. The first part of this dissertation aims to track the historical trajectory that allowed building and consolidating the modern State and Law so as to understand the origin of their structure, operation and foundations. The second part is substantially critical in nature, where I propose the deconstruction and review of what has been presented. This research is developed within a context that not only recognizes but also admits and takes advantage of the crisis for criticism and renewal. The adopted methodology comprises a hermeneutic phenomenological approach, a monographic method (with complementary contributions of the historical and comparative methods), and indirect documentation as a research technique. It was confirmed at the end of the research that State and Law are facing a serious enough crisis to displace them in space and time as a result of the crisis of modernity itself, whose difficulties to be accepted prevent continuation of debate and construction of alternatives. Another important finding is related to the identification of a *circular* and *metatemporal* “Law in transit”, consisting of a double movement, geographical and historical, as a direct reflection of today’s globalized and postmodern scenario. The inevitable changes wrought by these events require the search for new possibilities. Even though they are anachronistic, modern institutions may still play a role in postmodernity (a counterfactual condition that offsets the harmful forces against human rights and the precepts of cosmopolitan democracy), as they can be recovered by Constitutionalism.

**Keywords:** Cosmopolitanism. Crisis. “Law in transit”. State. Postmodernity.

## RESUMEN

El tema de este estudio es la situación del Estado y del Derecho en la posmodernidad y las perspectivas del Constitucionalismo para la (re)configuración del Estado Democrático de Derecho en un nuevo paradigma espacio-temporal. Se busca responder la problema de cómo situar el Estado y el Derecho entre integración y interferencia del Derecho internacionalizado ante la(s) insuficiencia(s) de las instituciones jurídico-políticas nacionales y del mismo Constitucionalismo, a fin de filtrar un nuevo Derecho (el "Derecho en tránsito") y posibilitar la (re)configuración del Estado Democrático de Derecho a partir de los derechos humanos y desde la perspectiva cosmopolita. La primera parte de la tesis se centra en la reconstrucción del recorrido histórico que permitió la edificación y consolidación del Estado y del Derecho modernos, buscándose comprenderlos en su estructura, funcionamiento y fundamentos desde su origen. En la segunda parte, desde un punto de vista fundamentalmente crítico, se pretende realizar la deconstrucción y revisión de lo presentado anteriormente. La investigación se sitúa en un contexto que no solo se reconoce, sino que se asume y se aprovecha, en sus aspectos de crisis, para la crítica y la renovación. La metodología empleada comprende un abordaje fenomenológico-hermenéutico, un método de procedimiento monográfico (con aportes complementarios del método histórico y del método comparativo) y la documentación indirecta como técnica de investigación. Al final del estudio, se confirmó que el Estado y el Derecho enfrentan una crisis lo suficientemente grave como para desplazarlos en el espacio-tiempo, como consecuencia de la misma crisis de la modernidad, cuyas dificultades de aceptación impiden el avance de las discusiones y la propuesta de alternativas. Otra importante constatación dice respecto a la identificación de un "Derecho en tránsito", *circular y metatemporal*, compuesto de un doble movimiento, *geográfico e histórico*, como reflejo directo del escenario globalizado y posmoderno. Los inevitables cambios operados por esos eventos imponen que se busquen nuevas posibilidades. Aunque anacrónicas, las instituciones modernas aún pueden cumplir algún papel en la posmodernidad (una función *contrafáctica* que se contraponga a las fuerzas perjudiciales para los derechos humanos y para los preceptos democráticos cosmopolitas), así como el Constitucionalismo puede rescatar las instituciones modernas.

**Palabras clave:** Cosmopolitismo. Crisis. "Derecho en tránsito". Estado. Posmodernidad.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	13
ESTADO E DIREITO, MODERNIDADE E(M) CRISE .....	25
2 O ESTADO E O DIREITO NA MODERNIDADE: AS ORIGENS CLÁSSICAS .....	26
2.1 A modernidade e suas faces ocultas... Reveladas no Estado e no Direito .....	28
2.2 A formação do Estado em torno da ideia de unidade do poder: a “irrupção” da soberania .....	36
2.2.1 Os precedentes teóricos da soberania .....	40
2.3 A consolidação do Estado e a expressão da soberania em âmbito externo – a Paz de Vestfália e o surgimento de uma sociedade internacional .....	49
3 O ESTADO DE DIREITO E AS INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS DOS PRIMÓRDIOS DO CONSTITUCIONALISMO .....	60
3.1 Transformações do Estado e do Direito: o surgimento do Constitucionalismo moderno e a influência das experiências jurídicas pré-modernas .....	62
3.2. O Constitucionalismo forjado na Revolução Americana e seu legado: a importância da noção de supremacia da Constituição .....	72
3.3. O Estado de Direito Liberal e o Constitucionalismo derivado da Revolução Francesa .....	79
3.4 Ao Estado Social e seus dilemas: reconstrução social e/ou preservação do sistema? .....	92
4 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E DEMOCRACIA: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO ESTADO CONSTITUCIONAL (E OUTROS IMPASSES).....	102
4.1 Do Estado legislativo de Direito ao Estado Constitucional: o Constitucionalismo Contemporâneo do pós-segunda guerra .....	103
4.2 O Estado Democrático de Direito e a (re)conciliação com o Constitucionalismo Contemporâneo .....	112
4.2.1 Dignidade da pessoa humana e direitos humanos: (des)enlaces do pós-guerra.....	123
4.3 O Constitucionalismo Contemporâneo em outro contexto: novas dificuldades para além das antigas promessas ainda não cumpridas .....	130
ESTADO E DIREITO NA “PÓS-MODERNIDADE” .....	136
5 TRANSFORMAÇÕES PARADIGMÁTICAS, ESTADO E DIREITO NA “PÓS-MODERNIDADE” (?): EFEITOS DE UMA CRISE?.....	137
5.1 A crise da modernidade, a crise do capitalismo, a crise da razão, a crise.....	138
5.2 Antes, durante ou depois? A “pós-modernidade” e as (in)versões da crise...	145

5.3 Globalização e soberania: crise(s) e transformações do Estado .....	158
5.4. Pós-modernidade e globalização: Estado e Direito em novo espaço-tempo	168
5.4.1 “Novos espaços” e “novas interações” do e para o Constitucionalismo ..	170
6 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS: O ESTADO E O DIREITO ENTRE INTEGRAÇÃO OU INTERFERÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL(IZADO) .....	176
6.1 Os direitos humanos como um mínimo ético comum e algumas dificuldades de concretização.....	177
6.2 A (re)ação das instituições jurídico-políticas forjadas na modernidade – sobre a relação direitos e deveres entre Estado e cidadão num contexto internacionalizado .....	188
6.3 Sobre fronteiras e novos horizontes: a questão do cosmopolitismo .....	197
7 O “DIREITO EM TRÂNSITO”, CIRCULARIDADE E “METATEMPORALIDADE”: UM DEBATE NA PERSPECTIVA DO COSMPOLITISMO .....	207
7.1 A recepção das decisões tomadas em nível internacional para o Direito nacional (“Direitos diferentes” ou um “novo Direito” está surgindo?) – sobre o primeiro movimento do “Direito em trânsito” .....	209
7.1.1 A circularidade do “Direito em trânsito” – o <i>movimento geográfico</i> .....	215
7.2 As “insuficiências” das instituições locais/nacionais e do Direito vinculado a “um Estado” – sobre o segundo movimento do “Direito em trânsito” .....	222
7.2.1 A “ <i>metateporalidade</i> ” do “Direito em trânsito” – o <i>movimento histórico</i>	230
7.3 Diagnóstico da afetação do Estado e do Direito “desde fora” e (avaliação das) possibilidades do Constitucionalismo (em uma nova formatação) para controlar/filtrar o “Direito em trânsito” nacional/internacional e moderno/pós- moderno – sobre movimentos em dupla via .....	235
7.3.1 Cosmopolitismo, direitos humanos e o papel contra-fáctico do Estado e suas instituições .....	244
8 CONCLUSÕES .....	253
9 REFERÊNCIAS .....	269

## 1 INTRODUÇÃO

A novidade do espaço-tempo presente parece ser uma constante: novas formas de comunicar(-se) e de conhecer(-se), novas formas de relacionar-se, novas formas de sentir e de ser, novas formas de nascer, viver e morrer, novas formas de libertação e opressão, por meio de igualmente novas formas de manifestação e atuação do poder, ou mesmo novos poderes.

Quase tudo é inovação e invenção no “velho mundo”, o “mundo de sempre”, que (re)povoado pelo desconhecido acaba entrando em crise(s). Esse tem sido, pelo menos, um diagnóstico frequente para tantas mudanças e tamanho despreparo para recebê-las.

Fenômenos como a globalização, especialmente quanto aos seus efeitos sobre as mais diversas relações e instituições, costumam fomentar inúmeras discussões, ainda que não se trate propriamente de um evento inédito. Aliás, apesar de acentuada a partir do final do século XX, seus desdobramentos vêm sendo tão amplamente estudados e observados por diferentes áreas do conhecimento que lhe acompanha um caráter de habitualidade no interior de debates sociológicos, filosóficos ou mesmo jurídicos.

Em contrapartida, são muitas as abordagens repetitivas, que deixam de explorar diferentes articulações que se desenvolvem nesse contexto, como a que concerne à necessidade de repensar o próprio Estado e o Direito; outras abordagens mostram-se puramente descritivas, ocupando-se de identificar preocupações para as quais não se apresentam alternativas, pois se limitam a apontar transformações que soam, a essa altura, quase como um truísmo, como a conhecida crise do Estado no que toca à soberania. Tudo isso compõe um quadro que evidencia, desde já, a necessidade de incursões mais aprofundadas e pontuais sobre o tema e suas variadas conexões.

Destacando daí um ponto específico, nota-se que, atualmente, falar sobre o “Estado” praticamente equivale a falar sobre sua(s) “crise(s)”<sup>1</sup>, mas o que se considera

---

<sup>1</sup> Tema muito bem explorado por BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Estado. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9: “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.”

“Estado”? Em que período? Que “crise” é essa? Enfim, são amostras de pressupostos que devem ser avaliados de antemão. Um dos fatores essenciais à deflagração desse novo contexto que envolve o Estado é, sim, a globalização, que, no entanto, é de conceito tão esquivo quanto o da própria “crise” e, assim, também precisa ser (re)discutido. O que é fato, inegável, é que o Estado está em um processo de transformação. A grande questão é saber o quão profundo é esse processo.

Se a “crise” que assombra o Estado o atinge, 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. Só não se pode ignorar que qualquer alternativa em face dessas (re)definições afeta invariavelmente o Direito.

No âmbito deste trabalho serão investigadas, em especial, as novidades e as crises que afetam mais diretamente ao Estado e ao Direito, de modo que, inevitavelmente, algumas concepções indissociáveis dessa relação (Constituição, direitos humanos e fundamentais, controle e legitimação do poder e seu exercício, Constitucionalismo...) percorrerão por completo o estudo.

Antecipando outros elementos que se farão presentes do início ao fim, é possível indicar, *a priori*, dois eventos propulsores de uma agitação espaço-temporal que será tematizada e problematizada como núcleo para o desenvolvimento da pesquisa: (a já mencionada) globalização e, sobretudo, “pós-modernidade”. Trata-se de um contexto tão tumultuado e impetuoso que, antes de ser assumido como referência, precisa ser praticamente “domado”.

Com a expressão “pós-modernidade”, a indicar, dentre outros sentidos, a superação e/ou crise da modernidade, sintetizam-se todas as novidades e suas conseqüentes dificuldades para o Estado e para o Direito, já que se está tratando de uma transformação operada no paradigma de origem dessas instituições. Basicamente, quanto à estrutura, funcionamento e fundamentos, tanto o Estado quanto o Direito mantêm-se fieis às suas raízes, resistindo às mudanças que inundaram e redesenharam a realidade presente.

Diante disso, propõe-se como tema de estudo a situação do Estado e do Direito na “pós-modernidade” e as perspectivas do constitucionalismo para a (re)configuração do Estado Democrático de Direito em um novo paradigma espaço-temporal, cuja delimitação conta com pelo menos dois marcos temporais imprescindíveis e



claramente distintos: a modernidade e a “pós-modernidade”, ainda indefinida quanto a sua extensão e significado.

Apesar do acréscimo prefixal que poderia sinalizar certa continuidade ou progressão, um passo adiante em um caminho que se segue em linha reta, há um efeito muito mais sensível no que tem sido chamado de “pós-modernidade”, podendo representar, pelo menos em alguns pontos que serão devidamente aprofundados, um verdadeiro rompimento com o paradigma moderno. De qualquer forma, o pressuposto do qual se pretende partir é de que há um novo contexto impondo a (re)discussão das instituições jurídico-políticas forjadas na modernidade. Uma vez traçada a definição teórica e conceitual da “pós-modernidade”, será possível (re)encontrar o lugar e o papel ocupados pelo Estado, pelo Direito e por suas instituições. Quanto à delimitação espacial da pesquisa, não haverá fronteira, haverá trânsito, um contínuo movimento entre instâncias locais e internacionais, preconizando, inclusive, a ultrapassagem dessa distinção.

Outro fator que permite a especificação do tema consiste na utilização do discurso dos direitos humanos como vetor privilegiado e legitimador da análise, servindo de lente pela qual toda a abordagem deve ser apreciada. Tanto a (re)definição dos espaços ocupados pelas instituições jurídico-políticas destacadas quanto a rearticulação de suas funções para uma adequada (re)visão do Estado Democrático de Direito pautam-se pela garantia e pela efetivação dos direitos humanos, bem como por uma perspectiva democrática e social cosmopolita.

Mais até do que uma necessidade, tais mudanças e (re)adequações podem representar uma condição de sobrevivência do Estado e do Direito diante de tão adversas circunstâncias trazidas pela globalização e pela “pós-modernidade”. Especialmente a partir do final do século XX o Estado e o Direito enfrentam uma inédita conjuntura e acredita-se que essas transformações já se aprofundaram a tal ponto de possibilitar a visualização de um novo Direito, o “Direito em trânsito”, cuja ideia será desenvolvida com atenção especial e central na construção da tese.

Em linhas gerais, trata-se de um novo Direito, que se move das instâncias locais/nacionais às externas/internacionais<sup>2</sup> e destas para aquelas, além da agitação contextual promovida por fenômenos como a globalização que impõe a tarefa de situá-

---

<sup>2</sup> Considerando o contexto e a proposta que se pretende desenvolver, a ideia de instâncias externas engloba mais do que simplesmente as instituições internacionais, pois pode incluir, também, organizações e atores supranacionais, transnacionais, multinacionais, entre outros.



lo frente a diferentes paradigmas (modernidade e “pós-modernidade”) que ainda estão se (re)alocando.

Nesse deslocamento o Direito deixa de ter o Estado como fonte irradiadora exclusiva e, portanto, não pode mais ser pensado em uma forma meramente nacional. Essa transformação traz efeitos determinantes, já que a lógica da soberania precisa ser substituída por uma lógica de diálogo, cooperação e consenso entre todos os atores e instituições estatais e não-estatais para a produção e efetivação do novo Direito, que assume uma característica pluralista própria do paradigma “pós-moderno”.

A partir desses aspectos instaura-se o problema da presente tese: como situar o Estado e o Direito entre integração e interferência do Direito internacionalizado diante da(s) insuficiência(s) das instituições jurídico-políticas nacionais e do próprio Constitucionalismo de modo a filtrar esse “Direito em trânsito” e possibilitar a (re)configuração do Estado Democrático de Direito a partir dos direitos humanos e da perspectiva cosmopolita?

Um dos principais objetivos dessa busca consiste em definir um modelo de compreensão que ofereça um amplo diagnóstico contextual, capaz de contemplar os principais aspectos da crise (notadamente no que diz respeito à modernidade e à “pós-modernidade”) e identificar a situação do Estado e do Direito em meio a todas essas questões.

Indispensável, então, que se compreendam essas instituições na sua origem para conseguir demonstrar a sua insuficiência no contexto hodierno, considerando, sobretudo, que são praticamente as mesmas (ao menos no que concerne a sua estrutura básica e justificação teórica) dos primórdios do Constitucionalismo.

Esse é o caminho, também, para que se possa pensar em alternativas ao descompasso e à(s) crise(s) que se atribuem ao Estado e, conseqüentemente, ao Direito. Alternativa que precisa ser planejada numa via de mão dupla: do local para o internacional e do internacional para o local, só assim tornando possível a adaptação das instituições nacionais face ao poder e aos atores transnacionais.

Fato é que as instituições locais/nacionais sozinhas já não conseguem contornar todas essas novas relações e situações, o que faz todo sentido, quando se percebe que isso não ocorre num espaço limitado por fronteiras e nem se desenvolve e se sente isoladamente.

Diante disso, o desafio é conseguir situar o Estado e o Direito na pós-modernidade entre integração e interferência do direito internacionalizado, sobretudo, nos temas relativos aos direitos humanos. As instituições jurídico-políticas precisam estar preparadas para filtrar esse “Direito em trânsito”, impondo-se, assim, uma revisão do próprio modelo de Estado Democrático de Direito e justificando-se a importância do tema proposto.

A figura do Estado e suas instituições continuam tendo uma atuação decisiva, principalmente no exercício de uma função *contra-fáctica* para e a partir da defesa dos direitos humanos. Contudo, é preciso (re)articular e (re)vitalizar não apenas essa composição, mas também o Constitucionalismo enquanto discurso e ideologia que lhe sustenta, e a Teoria do Estado, que lhe dá justificação, de modo a permitir que esse aparato moderno responda às insuficiências que o enfraquecem e descompassam da realidade que segue rumo a um paradigma cada vez mais distante da modernidade.

Dessa forma o Estado Democrático de Direito pode e precisa ser (re)visto e (re)pensado de maneira a ser situado mais alinhadamente ao contexto contemporâneo, sem sucumbir à interferência do direito internacionalizado, mas cooperando e dialogando com outras instâncias numa perspectiva de integração.

Relativizado esse padrão, isso é, fragmentado o poder que antes emanava de forma preponderante, senão exclusiva, do Estado, cuja manifestação era privilegiada no Direito, tradicionalmente atrelado, portanto, a essa conjuntura estatal/nacional, há repercussões em todo o discurso de sustentação e justificação que historicamente perpassa(ram) essas instituições. Não à toa que se verificam diversas construções, por exemplo, acerca do Constitucionalismo, chamado de “novo”, “neo”, “trans”, “inter”, “multinível”, que também serão avaliadas ao longo do trabalho proposto. Além disso, a partir da internacionalização do Direito, ganha força e espaço o discurso dos direitos humanos, até mesmo como uma necessidade, pois como se pensar a relação direitos e deveres entre Estado e cidadão num contexto internacionalizado? Também a questão do cosmopolitismo reveste-se, pois, de especial importância, tendo despertado, inclusive, um interesse crescente.

Para responder ao problema da tese, diferentes objetivos serão perseguidos ao longo dos capítulos, os quais serão dispostos em duas partes. A primeira parte, “*Estado e Direito, modernidade e(m) crise*”, visa, essencialmente, a reconstrução do percurso histórico que permitiu edificação e a consolidação do Estado e do Direito modernos, de modo a compreendê-los em sua estrutura, funcionamento e

fundamentos a partir da origem. Serão examinadas as particularidades dos primórdios do Constitucionalismo, inclusive, no que contribuem para as transformações paradigmáticas que ao longo dos séculos foram moldando o Estado e o Direito – até que se constate algum distanciamento das condições originárias modernas, o que desaguará, adiante, nas discussões acerca do surgimento da “pós-modernidade”. Tendo em vista a intenção de assentar as bases que servirão de contraponto comparativo no segundo momento da tese, a primeira parte apresenta uma característica mais descritiva, no sentido de, efetivamente, permitir a construção de um retrato da modernidade e suas instituições.

No primeiro capítulo, então, serão retomadas as origens clássicas do Estado e do Direito, buscando os sentidos mais precisos em que a modernidade os condiciona – em certa medida, a compreensão da própria modernidade dará o tom da abordagem nesse momento inicial. Indispensável, portanto, que se investigue a formação do Estado em torno da ideia de unidade do poder, como reflexo imediato das aspirações modernas, o que será feito mediante o estudo dos precedentes teóricos à concepção de soberania até a sua expressão marcante na Paz de Vestfália, apontada como responsável pela que efetiva concretização do Estado moderno e pelo surgimento de uma sociedade internacional.

Ao segundo capítulo atribui-se a missão de averiguar o Estado de Direito e suas instituições à luz dos primórdios do Constitucionalismo, que será analisado, precisamente, mesmo antes dos marcos apontados como sua origem, pois pretende-se buscar desde as experiências pré-modernas algumas influências capazes de explicá-lo com maior profundidade. Evidentemente um olhar apurado precisa lançar-se sobre dois eventos cruciais para a formação do que hoje é designado como Constitucionalismo Contemporâneo, a Revolução Americana – da qual se herda, entre outras influências, a importância da noção de supremacia da Constituição – e a Revolução Francesa – que inaugura o Estado de Direito Liberal e as bases da estrutura jurídico-política ainda predominantes na sociedade ocidental. Em síntese, o segundo capítulo objetiva examinar as transformações do Estado e do Direito nessa fase de transição, passando pelo surgimento do Constitucionalismo até ser adjetivado de “Contemporâneo”, trajeto que é atravessado por grandes revoluções, duas guerras mundiais e, assim, vai lapidando o Estado de Direito, que assume feição liberal, social (cujas implicações também são cuidadosamente avaliadas no capítulo em questão) e, enfim, democrática.

Fechando a primeira parte da tese, o terceiro capítulo de imediato assume como referências o Constitucionalismo Contemporâneo e o Estado Democrático de Direito como Estado Constitucional, ocupando-se dos pressupostos teóricos e ocorrências concretas que conduzem e instauram essa conformação – com destaque para a Segunda Guerra Mundial e a consagração da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos como um de seus desdobramentos mais significativos. A modernidade atinge o seu auge e passa a ser medida em seus efeitos, responsabilizada por seus resultados e analisada pelas perspectivas que lhe restam, encerrando o ciclo proposto para essa primeira parte ao introduzir algumas dificuldades que começam a surgir em razão de antigas promessas não cumpridas.

Na sequência, a segunda parte da tese, *“Estado e Direito na pós-modernidade”*, reveste-se de um aspecto substancialmente crítico, pretendendo a desconstrução e a revisão do que até então vinha sendo apresentado. Pauta-se pela inserção da pesquisa em um contexto que não apenas reconhece, como assume e aproveita-se da crise para a crítica e para a renovação. Se antes a modernidade foi retratada como um paradigma espaço-temporal de incomparável solidez, agora será preciso promover o entendimento daquilo que provoca seu abalo, ameaçando-lhe a própria continuidade. Nesse momento, crise, globalização e “pós-modernidade” encontram-se, sendo que dessa combinação resultará o conjunto de condições e possibilidades de existência do Estado, do Direito e de tudo o que a modernidade construiu. Assim, esse encontro permitirá diagnosticar a situação atual dessas instituições (explicando seus descompassos visíveis), bem como, ao desvendar a realidade que lhes cerca, traçar perspectivas e medidas necessárias a uma possível (re)adaptação, para o que serão invocados os direitos humanos e os aportes cosmopolitas.

Com efeito, o quarto capítulo da tese mergulha por inteiro na crise da modernidade, enfrentando as transformações paradigmáticas que a partir disso acometem o Estado e o Direito. Os dois eventos antes apontados como “propulsores de uma agitação espaço-temporal” e que perpassariam desde o núcleo da pesquisa serão dissecados nesse tópico – aqui é que o “contexto precisará ser domado”. De um lado, a globalização e os seus impactos, sobretudo, à soberania estatal e, conseqüentemente, à funcionalidade do Direito; de outro, a “enigmática pós-modernidade”, que carece de definição, delimitação e localização e que, por esse motivo, será observada, inicialmente, de maneira abrangente, pelo maior número de ângulos possíveis (como crise, como fase e como superação da modernidade). Diante

de tantas transformações será necessário, também, explorar os novos espaços e interações que emergem do e para o Constitucionalismo, especialmente quanto às possibilidades de justificação e fundamentação das instituições jurídico-políticas forjadas na modernidade e que (ainda) compõem a base estrutural do Estado e do Direito.

Alcançando-se o quinto capítulo será examinado o processo de internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos e da aproximação entre diferentes ordens constitucionais promovida pela disseminação desse discurso. Junto ao objetivo de localizar o Estado e o Direito entre integração ou interferência do Direito internacional(izado) estarão sinalizadas algumas dificuldades de concretização dos direitos humanos, associados a uma espécie de mínimo ético comum universal que viabilizaria o diálogo e a cooperação além das fronteiras. Aliás, a (re)ação das instituições jurídico-políticas forjadas na modernidade igualmente comporá essa fase da investigação, cuja importância é enaltecida pela relação “direitos e deveres” entre “Estado e cidadão” sensivelmente impactada pela internacionalização, em especial considerando-se a discussão em torno da “pertinência” das fronteiras (seja do ponto de vista teórico ou factual) em face de temas como a imigração – aos quais mostra-se mais acertada uma visão cosmopolita, que então começará a ser especificada.

Finalmente, o sexto e último capítulo do trabalho anseia reunir todos os componentes necessários a completar os desafios com que se comprometeu a pesquisa desde enquanto ainda um projeto. Para tanto, restará, ainda, a tarefa de situar o Estado e o Direito na “pós-modernidade” entre integração e interferência do Direito internacional(izado) e, principalmente, avaliar sua afetação “desde fora”, propondo a renovação das possibilidades do Constitucionalismo (em uma nova formatação) para controlar/filtrar o “Direito em trânsito” internacional/nacional e moderno/”pós-moderno”, servindo-se do discurso dos direitos humanos e do cosmopolitismo para a formatação de um papel *contra-fáctico* ao Estado e suas instituições. A partir disso, espera-se consolidar a caracterização do “Direito em trânsito”, o que deverá ser feito a partir da averiguação de alguns pontos pré-determinados, como (i) a recepção das decisões tomadas em nível internacional para o Direito nacional (aspecto relacionado com primeiro movimento, o “movimento geográfico” que lhe imprime “circularidade”) e (ii) as insuficiências das instituições locais/nacionais e do Direito vinculado a “um Estado” (enfoque que revela o segundo

movimento do “Direito em trânsito”, o “movimento histórico”, responsável por sua “metatemporalidade”).

Considerando o problema, objetivos e metas estabelecidos, acredita-se que a metodologia e perspectivas oferecidas por uma abordagem fenomenológico-hermenêutica mostram-se como as mais adequadas à pesquisa proposta. Fundamentada, especialmente, na linha traçada pelas obras de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, a fenomenologia hermenêutica pode ser compreendida a partir da máxima “para as coisas elas mesmas!”, já que a proposta, em concordância com o método adotado, não caracteriza a quididade real dos objetos da investigação, mas o seu modo, o seu como, em oposição a construções soltas no ar ou descobertas acidentais.<sup>3</sup>

A fenomenologia acrescenta um aspecto prático para a filosofia trazido pela sua hermenêutica, “na medida em que descreve o ser humano como ser-no-mundo que desde sempre já se compreende a si mesmo no mundo, mas só se compreende a si mesmo no mundo porque já antecipou sempre uma compreensão do ser.” A partir disso o compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender no mundo como um continente de conteúdos que é a própria transcendência. “Este mundo ao mesmo tempo somos nós e projetamos sobre tudo o que se deve dar. Assim vai-se formar a chamada estrutura da circularidade, isto quer dizer, na medida em que já sempre somos mundo e ao mesmo tempo projetamos mundo.” Com efeito, “estamos envolvidos com os objetos do mundo e descrevemos o mundo no qual se dão os objetos.”<sup>4</sup>

Além disso, a fenomenologia hermenêutica representa a ruptura com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, tendo em vista que “[...] a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade.” Mais do que isso, a linguagem constitui o mundo, sendo, portanto, ação. Desse modo, “o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (Auslegung) e passa a ser produtivo (Sinnggebung).”<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 66.

<sup>4</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 65-66.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 20-21.

Importante também mencionar que, utilizando-se desse método, a presente pesquisa atende aos postulados epistemológicos da Linha de Pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, na qual está inserida.

Como método de procedimento, será utilizado o monográfico, no sentido de que a abordagem trata de um tema específico e bem delimitado, opondo-se a formas “manualescas” ou “enciclopédicas”. Muito embora a elaboração de uma tese monográfica não implique o abandono da perspectiva panorâmica, há que se reconhecer as diferenças entre usar um panorama como pano de fundo, como o pretendido, e elaborar um quadro panorâmico. A opção metodológica justifica-se pelo entendimento de que *“quanto mais se restringe o campo, melhor e com mais segurança se trabalha.”*<sup>6</sup>

Isso não afasta, contudo, em alguns momentos, a utilização complementar do método histórico e do método comparativo, pois serão analisados os aspectos históricos que contribuíram para a consolidação dos fenômenos abordados, bem como sua evolução e seus reflexos na sociedade e nas instituições atuais<sup>7</sup>, além de se realçar semelhanças e explicar divergências entre esferas nacionais e internacionais relativas ao Estado e ao Direito<sup>8</sup>, numa tentativa de esclarecimento e justificação de suas inserções no contexto contemporâneo.

Quanto à técnica de pesquisa, será empregada a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica, como a consulta em livros, periódicos e jurisprudência, além de diversas notícias atuais de jornais e outras fontes, inclusive, digitais (tendo

---

<sup>6</sup> ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 21. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 10.

<sup>7</sup> Sobre o método histórico, segundo LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 82: “Assim, o método histórico consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na sociedade de hoje, pois as instituições alcançaram sua forma atual através de alterações de suas partes componentes, ao longo do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época. Seu estudo, para uma melhor compreensão do papel que atualmente desempenham na sociedade, deve remontar aos períodos de sua formação e de suas modificações. [...] O método histórico preenche os vazios dos fatos e acontecimentos, apoiando-se em um tempo, mesmo que artificialmente reconstruído, que assegura a percepção da continuidade e entrelaçamento dos fenômenos.”

<sup>8</sup> Acerca do método comparativo, assevera LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 82: “Considerando que o estudo das semelhanças e diferenças entre diversos tipos de grupos, sociedades ou povos contribui para uma melhor compreensão do comportamento humano, este método realiza comparações com a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências.”



em vista que um dos objetivos do trabalho implica em retratar a realidade política e social experimentada pelas instituições do presente), o que permitirá o estudo nos termos propostos.

Também é imprescindível destacar que a pesquisa insere-se no âmbito do projeto “ESTADO E CONSTITUIÇÃO: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos”, que visa justamente responder “quais as implicações de uma transição paradigmática do direito a partir da incidência de um direito internacional convencional dos direitos humanos para o futuro do Estado Nacional e do constitucionalismo, considerando a moderna integração entre Estado e Constituição?”. Referido projeto é coordenado pelo professor orientador da presente tese, a qual se encontra igualmente vinculada ao Grupo de Pesquisa Estado & Constituição e à Rede de Pesquisa/CNPQ “Estado e Constituição” – REPE&C, composta por diversos grupos de pesquisa, de diferentes instituições e países, reunidos em busca do desenvolvimento de estudos críticos e aprofundados de importantes temas, sempre conectados à temática da “internacionalização do direito a partir dos direitos humanos”.

Esses fatores também evidenciam a adequação da tese à Linha de Pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, que visa discutir sobre o Estado e responder às demandas sociais a partir da concretização dos direitos sociais-fundamentais, destacando a necessidade da investigação da efetividade do Direito e da aplicabilidade das normas, por meio de uma revisão dos conceitos predominantes na doutrina, jurisprudência, Teoria do Estado e Teoria do Direito.

Por fim, sem deixar qualquer dúvida quanto à relevância da pesquisa, sublinha-se que o trabalho apresentado ousa questionar a modernidade como um “tipo de verdade” (que é, ou foi), tal qual representou, por muito tempo, a ideia do universo enquanto eterno e imutável: um conforto ou consolo àqueles que envelhecem e morrem. O trecho de “*A Brief History of Time*”, que epigrafa e inspira esta tese, tanto quanto seu autor, Stephen Hawking, consagrado mundialmente por teorias que, anos depois, o próprio contestaria, simboliza todos os medos e receios que possam ser opostos ao que se seguirá de agora em diante – muitos dos quais, aliás, serão apontados no texto. É fato, porém, que a crença e a esperança na eternidade e imutabilidade do universo não foram suficientes para convencer e mudar a realidade,



tendo sido derrubadas cientificamente pela constatação de que o universo não existe desde sempre e muito menos do modo como é hoje observado. Se o universo está em permanente transformação, independentemente de em que sentido seja, todo “o resto” está, tudo pode mudar (ou ter mudado).

Em síntese, a tese propõe-se a explorar aspectos atuais e indispensáveis à compreensão do Estado e do Direito em um novo mundo que se descortina e que ainda aguarda uma reflexão teórica consistente e prospectiva, para que o “mapa não preceda ao território” (“*Simulacros e simulação*” de Jean Baudrillard), para que a solução não preceda ao problema – que precisa, portanto, ser definido e aclarado com urgência. “Rejeitar ou ignorar” a “pós-modernidade” pode ser tão eficaz e promissor quanto negar a mutabilidade (e, quem sabe, finitude) do universo.

## ESTADO E DIREITO, MODERNIDADE E(M) CRISE

*“É impossível compreender seu tempo para quem ignora todo o passado; ser uma pessoa contemporânea é também ter consciência das heranças, consentidas ou contestadas.”<sup>9</sup>*

Os capítulos iniciais da tese têm por objetivo primordial a reconstrução do percurso histórico que permitiu edificação e a consolidação do Estado e do Direito modernos, visando compreendê-los a partir da origem. Dividida em três capítulos, essa fase inicial do estudo, em seu primeiro capítulo, então, retoma as raízes clássicas do Estado e do Direito, com destaque para os precedentes teóricos da soberania, que reflete uma aspiração racional de unidade do poder tipicamente moderna. No segundo capítulo, remete-se aos primórdios do Constitucionalismo, desde as experiências pré-modernas que influenciaram seu surgimento até a formação do que hoje é designado como Constitucionalismo Contemporâneo, perpassando, portanto, a Revolução Americana e a Revolução Francesa, bem como duas guerras mundiais, eventos que forjaram Estado e Direito em suas feições liberal, social e, enfim, democrática. Encerrando essa primeira parte, o terceiro capítulo incorpora as referências construídas até então (Constitucionalismo Contemporâneo e Estado Democrático de Direito como Estado Constitucional) e aprofunda-se na análise de fatores responsáveis e decorrentes dessa conformação, como a consagração da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos a partir do pós-guerra, mas também os primeiros sinais de crise e dificuldades que começam a questionar a modernidade e suas promessas.

---

<sup>9</sup> RÉMOND, René. **Introdução à história de nosso tempo**: do antigo regime aos nossos dias. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1981. p. 30.

## 2 O ESTADO E O DIREITO NA MODERNIDADE: AS ORIGENS CLÁSSICAS

Há quem diga que a história é escrita da frente para trás, como se fosse da direita para a esquerda, do final ao início, em uma narrativa sempre proposital e inevitavelmente atrasada com relação aos seus fatos marcantes e determinantes, já que só depois de tomar-se certa distância é possível observar com a nitidez necessária o que se passou e como o passado se distingue do presente ou do futuro de onde se fala.

A propósito, o adjetivo *modernus*, derivado de *modus*, faz referência ao “atual”, ao próprio dos dias que se vive, diferentemente do “ontem”. Desse modo, “[...] a modernidade consiste em pensar que o ontem difere radicalmente do hoje e que o amanhã de nenhum modo será igual ao hoje.” É justamente quando se passa a entender como indispensável uma distinção substantiva entre o “ontem” e o “hoje” que o adjetivo “moderno” surge. A necessidade de um novo vocábulo para destacar o presente indica que se lhe percebe como algo radicalmente distinto do que se tinha visto até então: “o aparecimento desse neologismo implica a consciência de uma ruptura na continuidade histórica: o que foi já não é; se vivem «tempos novos».”<sup>10</sup>

Mais usualmente, até, diz-se que a história é escrita pelos vencedores (de uma guerra, de uma disputa ideológica...), sendo por tal razão, inclusive, um tanto quanto parcial (se é que a imparcialidade, de alguma forma, existe), visto que os narradores, em geral, teriam a prerrogativa de legar sua versão uniangular do que é contado, diante da subjugação dos vencidos.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> SOTELO, Ignacio. Estado moderno. In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Filosofía política II. Teoría del Estado**. Madrid: Trotta, 1996. p. 26-27: “Con el fin de explicitar esta última [a modernidade], conviene recordar algo tan lejano que ya está casi por completo olvidado: el adjetivo *modernus*, que se deriva de *modus*, como *hodiernus* de *hodie*, y que no conoce el latín clásico – empieza a emplearse a partir del siglo IV d.C. –, hace referencia, como es bien sabido, a lo actual, a lo propio de los días que vivimos, como diferente de lo que ayer fue. [...] Pues bien, la modernidad consiste en pensar que el ayer difiere radicalmente del hoy y que el mañana de ningún modo será igual al hoy. La historia se concibe como una marcha continua desde un origen a un fin, ambos conocidos en sus líneas generales. [...] El adjetivo «moderno» surge, justamente, cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy. El que sea necesario subrayar el presente con un vocablo nuevo supone que se lo percibe como algo radicalmente distinto de lo anterior, que toma con ello el cariz de lo ya superado. La aparición de este neologismo implica la conciencia de una ruptura en la continuidad histórica: lo que fue ya no es; se viven «tiempos nuevos».”

<sup>11</sup> Para trazer melhor luz a essa ideia: “Percebam que a minha visão de modernidade não é definida como um período histórico do qual não podemos escapar, mas sim como uma narrativa (por exemplo, a cosmologia) de um período histórico escrito por aqueles que perceberam que eles eram os reais protagonistas. ‘Modernidade’ era o termo no qual eles espalhavam a visão heróica e triunfante da história que eles estavam ajudando a construir. E aquela história era a história do capitalismo imperial (havia outros impérios que não eram capitalistas) e da

Quanto a isso, cabe de imediato uma ressalva. Não se ignoram as críticas à modernidade, por seus traços hegemônicos e intuito colonizador, que impuseram ao mundo uma história e um tempo vividos na Europa ocidental.<sup>12</sup> Contudo, mesmo tendo solapado aspectos particulares e culturais de outras realidades, a modernidade, a partir de algumas características, foi uma espécie de legado que predominou, de modo que talvez deva a sua essência justamente a esse fato ou, ao menos, a essa pretensão hegemônica. É com essa visão que será enfrentado o tema neste primeiro capítulo, não tratando da defesa de uma ou outra postura, mas da investigação dos fatores que contribuíram para a formação desse quadro, fazendo jus ou não às críticas que se lhe dirigem, em maior ou menor escala, mas que não será aqui determinada.

Dito isso, considerando e unindo as perspectivas inicialmente apontadas, o que se pode dizer acerca da modernidade, enquanto marco paradigmático da história da sociedade ocidental? Em que ponto nessa trajetória se volveu os olhos ao passado e se percebeu que o presente já não mais lhe correspondia? E será que, de fato, já se avançou ainda mais nesse percurso, pondo-se a modernidade em crise ou mesmo finda, como apontam alguns filósofos para a pós-modernidade? Que(m) triunfa(rá)?

Enquanto berço do atual modelo de Estado e de boa parte das principais instituições jurídico-políticas contemporâneas, se realmente a modernidade está em crise, há muito mais que também precisa ser recuperado/superado/revisto.

Nesse sentido, este primeiro capítulo objetiva resgatar as origens clássicas do Estado e do Direito, herança moderna fundamental que foi e continua sendo diretamente afetada pelo que se passa nesse marco que divide o tempo entre antes e depois de sua ocorrência.

---

modernidade/colonialidade (que é a cosmologia do moderno, imperial e dos impérios capitalistas da Espanha à Inglaterra e dos Estados Unidos). MIGNOLO, Walter D. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF: Dossiê: Literatura, língua e identidade**. Niterói, n.34, p. 287-324, 2008. Disponível em: <<http://www.uff.br/cadernosdeletrasuff/34/traducao.pdf>>. Acesso em: 08 Dez. 2014. p. 316-317.

<sup>12</sup> Nesse sentido, a afirmação é corroborada por Boaventura, ao conceber “[...] a modernidade ocidental como um paradigma sócio-cultural que se constitui a partir do século XVI e se consolida entre finais do século XVIII e meados do século XIX.” Além de distinguir “na modernidade dois pilares em tensão dialética – o pilar da regulação social e o pilar da emancipação social [...]”, o modo como o autor concebe cada um desses pilares é, na sua visão, “adequada às realidades europeias, sobretudo dos países mais avançados, mas não às sociedades extra-europeias para onde se expandiu a Europa.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. 1. reimp. Volume 4. São Paulo: Cortez, 2010. p. 31.

## 2.1 A modernidade e suas faces ocultas... Reveladas no Estado e no Direito

Discorrer sobre a modernidade é um desafio: exige um esforço e uma capacidade de, por palavras, (re)construir um largo período de tempo essencialmente significativo para a conformação da sociedade (sobretudo, ocidental) contemporânea e suas instituições político-jurídicas, dentre as quais se destacam, para os propósitos deste trabalho, o Estado, o Direito e todos os elementos indispensáveis à compreensão do seu funcionamento (Constituição, direitos humanos e fundamentais, controle e limite do poder). Reclama, também, certo exercício de autocrítica, pois o indivíduo, o sujeito que tanto se exalta está em cada um, o que pode ser doloroso em alguns momentos, diante da constatação de que se é responsável também pelas desventuras desse percurso. Portanto, ainda mais desafiadora é a tentativa que aqui se faz não só de retratar a modernidade<sup>13</sup>, mas revelar os seus equívocos, compreender sua(s) crise(s) e, tudo isso, como parte de um todo muito maior, que acena, inclusive, com a possibilidade de uma nova era (a “pós-modernidade”<sup>14</sup>).

Como promete o aforismo “cada escolha, uma renúncia”, a opção feita por trabalhar nesse contexto mais amplo impõe, paradoxalmente, a necessidade de uma delimitação mais precisa quanto aos aspectos que serão abordados, pois é certo que a modernidade influenciou diferentes setores da organização social (economia, ciência, artes, arquitetura, tecnologia, religião...), de modo que o presente estudo propõe-se a examinar alguns dos traços característicos da modernidade<sup>15</sup> que tenham

---

<sup>13</sup> A ruptura que a modernidade provoca com relação ao passado é tão marcante que torna complexa qualquer tentativa de (auto)compreensão, pois “la modernidad ya no puede ni quiere tomar sus criterios de orientación de modelos de otras épocas, tiene que extraer su normatividad de sí misma. La modernidad no tiene otra salida, no tiene más remedio que echar mano de sí misma. Esto explica la irritabilidad de su autocomprensión, la dinámica de los intentos proseguidos sin descanso hasta nuestros días de «fijarse», «contrastarse» a sí misma.” HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. (Doce lecciones). Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989. p. 18.

<sup>14</sup> A expressão “pós-modernidade” exige cautela, notadamente diante das várias significações que lhe são imputadas, justificando-se, inicialmente, sua colocação entre aspas. De modo geral, o entendimento acerca do significado dessa enigmática expressão pode ser aclarado com o auxílio de uma vasta e qualificada bibliografia de que se fará uso ao longo do trabalho. Contudo, este aprofundamento específico e imprescindível precisa ser desenvolvido com cuidado, razão pela qual é reservado a um momento posterior, em que as ideias fundamentais para que se chegue a este ponto de forma fluida estejam já suficientemente estruturadas.

<sup>15</sup> Poderia ser feita uma enunciação superficial? Evidente que sim. Segundo Giddens, que intenta desenvolver uma análise institucional da modernidade com ênfases cultural e epistemológica e, desse modo, destacando-se substancialmente da maioria das discussões em curso, uma primeira aproximação do que seja a “modernidade” “[...] refers to modes of social life or organisation which

repercutido de forma mais intensa e determinante na formação e evolução do Estado e do Direito.

Tamanha é essa força modeladora que representa a modernidade e tudo o que concorre para a sua definição que mesmo o conceito de “tempo” sofre o impacto de sua emergência. A classificação ainda hoje usual que divide a história – notadamente em Antiguidade, Idade Média e Idade Moderna – só se pode formar a partir da perda do carácter puramente cronológico de expressões como “idade moderna”, “mundo moderno”, que passam a designar o carácter distintivo de uma época enfaticamente nova.<sup>16</sup>

Tais implicações à ideia de “tempo” operadas por essa nova era também são notadas por Capella, que aborda a concepção moderna de “tempo” como o “tempo do progresso”, o qual penetra socialmente a modernidade. Trata-se, primeiramente, e este é um ponto crucial, de uma sociedade em que tudo é suscetível de racionalização: o novo sistema capitalista, que supera o feudalismo, aplica essa lógica ao âmbito produtivo; a sociedade recorre também à razão para justificar e legitimar (profanamente) o poder político, firmando-se um Estado laico. De todas essas mudanças emerge “uma nova concepção de tempo, a crença na possibilidade de um sentido profano da história [...], sentido em que se vê precisamente em progredir, em melhorar gradualmente, por passos, a situação do ser humano no mundo.”<sup>17</sup>

Aliás, quanto à situação do homem nesse novo tempo, o antropocentrismo renascentista marca a sua grande renovação na modernidade, invertendo o esquema medieval de relação do homem com o seu entorno. Trata-se, agora, de uma relação que deixa de ser perpassada pela divindade. O homem moderno assume o comado da história, reivindica sua responsabilidade moral nos acontecimentos mundanos e na determinação da própria existência. “A relação com o mundo deixa de estar mediada,

---

emerged in Europe from about the seventeenth century onwards and which subsequently became more or less worldwide in their influence. This associates modernity with a time period and with an initial geographical location, *but for the moment leaves its major characteristics safely stowed away in a black box.*” (grifo nosso). GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990. p. 1.

<sup>16</sup> HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. (Doce lecciones). Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989. p. 16.

<sup>17</sup> CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudadanos siervos**. Madrid: Trotta, 1993. p. 21: “De estos cambios nace una nueva concepción del tiempo, la creencia en la posibilidad de un sentido profano de la historia – no ya un sentido escatológico sagrado –, sentido en que se ve precisamente en progresar, en mejorar gradualmente, por pasos, la situación del ser humano en el mundo.”

e o homem, enquanto agente moral e político, emerge na modernidade como dono de sua vida e de seus atos.”<sup>18</sup>

Esse ponto remete à definição de modernidade trabalhada por Touraine (que opõe o pensamento centrado na sociedade ao pensamento centrado na modernidade): “a modernidade define-se pelo fato de dar *fundamentos não sociais* aos fatos sociais, de impor a submissão da sociedade a princípios ou a valores que, em si mesmos, não são sociais. Está aí o que causa surpresa.” O autor recorda que “as sociedades autoproduzidas, definidas por seus instrumentos e suas obras, não apelavam, tanto na sua análise como na sua ação, a nenhum princípio não social”, colocando em confronto a ideia de “sociedade” e “comunidade”. No entanto, a passagem da “comunidade” à “sociedade” imposta violentamente por uma elite dirigente não explica, tampouco seria capaz de germinar a capacidade de autotransformação e racionalização, levando-o a definir a modernidade pela intervenção de princípios anticomunitários.<sup>19</sup> Dentre todos esses princípios, dois componentes são indispensáveis para a existência da modernidade: *a crença na razão e na ação racional e o reconhecimento dos direitos do indivíduo.*<sup>20</sup>

O primeiro é traço evidente da civilização moderna: diz respeito à ciência e à tecnologia, ao cálculo e à precisão, que refletem a ampliação dos domínios técnico-científicos a setores cada vez mais diversos da vida e da sociedade. Ainda assim, o mais importante a enfatizar é que a razão funda-se sobre ela mesma e sobre um conceito de verdade que não é apreendido em outros termos, como econômicos ou políticos. A razão é, pois, um fundamento não social da vida social, diferentemente do religioso ou do costume, tipicamente definidos em termos sociais. Sobre o segundo princípio fundante da modernidade, tem-se “a afirmação de um universalismo que

---

<sup>18</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, Derecho y Justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000. p. 32: “El hombre moderno reafirma su condición de sujeto de la historia y reivindica su responsabilidad moral en los acontecimientos mundanos, en la determinación de su existencia y de su propia transcendencia humana. La relación con el mundo deja de estar mediada, y el hombre, en cuanto agente moral y político, emerge en la modernidad como dueño de su vida y de sus actos.”

<sup>19</sup> Conforme acrescenta e esclarece Julios-Campuzano, “Lo moderno conduce así al nihilismo como un proceso que tiene su génesis en la escisión del individuo entre «yo» y «comunidad», concibiendo a ésta última como algo distinto y opuesto al «yo», olvidando que existir es coexistir.” JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, Derecho y Justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000. p. 65. Para mais sobre o tema, recomenda-se BARCELLONA, Pietro. **Postmodernidad y comunidad**. El regreso de la vinculación social. Traducción de Héctor Claudio Silveira Gorski, José Antonio Estévez Araujo, Juan-Ramón Capella. Madrid: Trotta, 1992.

<sup>20</sup> TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 86-87.



concede a todos os indivíduos os mesmos direitos, sejam quais forem seus atributos econômicos, sociais ou políticos.”<sup>21</sup>

Em conclusão, “uma sociedade moderna funda-se sobre dois princípios que não são de natureza social: a ação *racional* e o reconhecimento de *direitos universais* a todos os indivíduos.” Desse modo, a plena modernidade não pode ser senão o oposto do modelo comunitário.<sup>22</sup> Já não se trata de uma forma de vida social, “mas o par de forças opostas e complementares que dão a uma sociedade um controle completo dela mesma”, sendo, por um lado, criação, ação, trabalho e, por outro, liberdade ilimitada e rejeição de toda “moralização” da vida pública que colocasse o homem em outra condição que não esta.<sup>23</sup>

O sujeito moderno, destarte, está destinado a dominar o mundo, a dar ordem ao suceder-se dos acontecimentos. A natureza não o condiciona, pois é o próprio homem que a toma, na construção de um “mundo artificial” que se torna possível pela apropriação da técnica. A teoria, assim, “se transformou na apologia do existente enquanto produto da própria «representação científica» que institui a ordem das relações. A teoria se converteu na autolegitimação da técnica segundo o critério da eficácia do resultado.”<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 86-87.

<sup>22</sup> Em sentido tanto diverso, GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990. p. 115-116: “One view, broadly associated with political conservatism, portrays the development of modernity as breaking down the old forms of ‘community’, to the detriment of personal relations within modern societies. This standpoint was prominent in the late nineteenth century and still claims its representatives today. [...] Somewhat similar ideas have been advanced by authors standing on the other side of the political spectrum, sometimes influenced directly by Marxism. While their language is less that of ‘mass society’ and more that of capitalism and commodification, their general thesis is not altogether different from that of the first group of writers. Modern institutions are seen to have taken over large areas of social life and drained them of the meaningful content they once had. The private sphere is thus left weakened and amorphous, even though many of life’s prime satisfactions are to be found there because the world of ‘instrumental reason’ is intrinsically limited in terms of the values it can realize. [...] The idea of the decline of community has been effectively criticised in the light of empirical research into city neighbourhoods, and many have drawn upon such investigations in order to challenge these two positions. Thus in criticising Louis Wirth’s interpretation of the anonymous nature of urban life, Claude Fischer has sought to show that modern cities provide the means of generating new forms of communal life, largely unavailable in premodern settings. According to the proponents of this third view, communal life either manages to survive under modern circumstances or actively becomes resurgent.”

<sup>23</sup> TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 86-87.

<sup>24</sup> BARCELLONA, Pietro. **Postmodernidad y comunidad**. El regreso de la vinculación social. Traducción de Héctor Claudio Silveira Gorski, José Antonio Estévez Araujo, Juan-Ramón Capella. Madrid: Trotta, 1992. p. 16: “El sujeto moderno, surgido para dominar el mundo del devenir, para dar orden al sucederse de los acontecimientos, se ha convertido en el horizonte de todo lo que deviene. La teoría, que es separación y opción, decisión que establece distinciones y diferencias, criterios de juicio y distancia del objeto, se ha transformado en apología de lo existente en cuanto



O tom carregado desse quadro pintado em cores bem vivas é que esses novos conhecimentos e destrezas, todavia, compõem a mesma base que proporciona uma crescente capacidade destrutiva real da humanidade, o que se considera como “custos do progresso”. A crença no mito de melhorar progressivamente “tende a ver, sobretudo, o crescimento da capacidade produtiva e não tanto os efeitos desse crescimento produtivo sobre as pessoas no sistema social realmente existente.”<sup>25</sup>

Apesar de ter permanecido oculto, este outro lado existe. Tanto que a modernidade pode ser descrita como um fenômeno de dois gumes (ou duas faces, como Janus, segundo Bauman<sup>26</sup>). O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua expansão a nível mundial propiciaram oportunidades de uma existência segura e gratificante para os seres humanos que jamais fora alcançada por qualquer tipo de sistema pré-moderno. Contudo, a máscara que encobria seu lado sombrio foi arrancada pelos acontecimentos do século passado.<sup>27</sup>

Daí porque o horror que acompanha inseparavelmente a memória coletiva do Holocausto, por exemplo, é a corrosiva suspeita de que esse trágico episódio “possa ter sido mais do que uma aberração, mais do que um desvio no caminho de outra forma reto do progresso, mais do que um tumor canceroso no corpo de outra forma sadio da sociedade civilizada.” Desconfia-se, ao final, “que o Holocausto não foi uma antítese da civilização moderna e de tudo o que ela representa” – ou se pensa que ela representa, mas que pode simplesmente ter revelado o outro lado, um reverso da

---

producto de la propia «representación científica» que instituye el orden de las relaciones. La teoría se ha convertido en la autolegitimación de la técnica según el criterio de la eficacia del resultado.”

<sup>25</sup> CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudadanos siervos**. Madrid: Trotta, 1993. p. 22: “De otra parte, esta creencia tiende a ver sobre todo el crecimiento de la capacidad productiva y no tanto los efectos de ese crecimiento produtivo sobre las personas en el sistema social realmente existente.”

<sup>26</sup> Para desenvolver esse argumento, o autor conta que há alguns poucos anos, um jornalista do *Le Monde* entrevistou algumas vítimas sequestradas no Holocausto. “Uma das coisas mais interessantes que descobriu foi uma incidência anormalmente alta de divórcios entre os casais que passaram juntos pela agonia da experiência de reféns. Intrigado, sondou os divorciados para saber as razões de sua decisão. A maioria dos entrevistados lhe disse que nunca pensara em divórcio antes do seqüestro. Durante o apavorante episódio, no entanto, ‘abriram seus olhos’ e ‘viram o companheiro sob nova luz’. Maridos habitualmente bons ‘revelaram-se’ criaturas egoístas, preocupadas exclusivamente com o próprio estômago; dinâmicos homens de negócio exibiram uma covardia asquerosa; ‘homens vividos’ e escolados desmoreram e pouco fizeram além de lamentar sua iminente danação. O jornalista perguntou-se qual das duas encarnações de que esses Janus [antigo deus romano de dupla face] pareciam capazes era a verdadeira e qual era a máscara. Concluiu que a questão estava mal formulada. Nenhuma era ‘mais verdadeira’ que a outra. Mas a outra estava sempre presente, embora normalmente invisível. O aspecto mais fascinante dessa descoberta, no entanto, é que, não fosse pela ousadia dos seqüestradores, a ‘outra face’ provavelmente teria permanecido escondida.” (sic). BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 24-25.

<sup>27</sup> GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990. p. 7.

mesma sociedade moderna cuja face mais familiar se admira. Ocorre que essas duas faces, como em Janus, estão presas confortavelmente e de forma perfeita ao mesmo corpo. O mais aterrorizante é que existe a possibilidade de que “as duas faces não possam mais existir uma sem a outra, como verso e reverso de uma moeda.”<sup>28</sup>

No mesmo sentido posiciona-se Morin, concluindo que a barbárie tem-se mostrado como um ingrediente das grandes civilizações que jamais poderá ser suprimido, pois já “[...] não é apenas um elemento que acompanha a civilização, ela é uma de suas partes integrantes. A civilização produz barbárie, e, principalmente, ela produz conquista e dominação.”<sup>29</sup>

Assim, o progresso, que é a palavra de ordem da modernidade, a mola propulsora do organismo social, seja do ponto de vista institucional ou pessoal, mostra debilidade justamente no plano moral, condenando à barbárie a vida pública e permitindo à humanidade tanto a capacidade para o genocídio instantâneo como para um gradual, a pequenas doses, de onde se infere que “o progresso é fundamentalmente uma capacidade material omnidirecional: também na direção da barbárie e do extermínio.”<sup>30</sup>

Referido progresso, assinala-se, é planejado, meticulosamente calculado, pois é causa e consequência da razão, o “dogma” da modernidade – culto que o Iluminismo, a partir do século XVIII, em especial na Europa, ao enaltecer o poder da razão e depositar aí suas esperanças para o progresso da humanidade, completa.

Como resultado final, o pensamento iluminista, dissidente de um contexto religioso extremado, ao defender uma razão desagrilhada remodela as ideias do providencial, sem, contudo, removê-las. Então, “um tipo de certeza (lei divina) foi substituído por outro (a certeza de nossos sentidos, da observação empírica), e a providência divina foi substituída pelo progresso providencial.”<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 26.

<sup>29</sup> MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie européias**. Tradução de Daniela Cerdeira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. p.16-17.

<sup>30</sup> CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudadanos siervos**. Madrid: Trotta, 1993. p. 23: “Es precisamente en el plano moral donde la ilusión del imaginario colectivo muestra su lado débil. La época «del progreso» ha condenado oficialmente cierta barbarie en la vida «pública» – de esa mejora es testimonio el derecho penal ilustrado –, pero en ella la humanidad ha obtenido la capacidad tanto para el genocidio instantáneo como para el gradual, microfísico, a pequeñas dosis. El «progreso» es fundamentalmente de una capacidad material omnidireccional: también en la dirección de la barbarie y del exterminio.”

<sup>31</sup> GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990. p. 48: “Enlightenment thought, and Western culture in general, emerged from a religious context which emphasised teleology and the achievement of God’s grace. Divine providence had long been

Conforme anunciado, as concepções tipicamente modernas de progresso e razão consolidam-se como elementos inseparáveis, como elos de uma mesma sólida corrente que separa (ou tenta separar) o passado do presente. Não obstante, no plano ético essa correlação não surte os mesmos efeitos obtidos que em outros domínios, como o científico (avanços tecnológicos, surgimento de um pensamento crítico...), o econômico (grandes navegações, capitalismo...) e o político (Estado laico, racionalização do poder...).

Isso porque no âmbito moral acomoda-se uma racionalidade instrumental que converte a eficácia dos resultados em um dogma quase religioso, de tal modo que o primado da eficácia, em nome da razão técnica, acaba por esvaziar-se de conteúdo concreto.<sup>32</sup>

Em relação ao Estado e ao Direito a ascensão dessa prioridade à condição de postulado quase que absoluto produz efeitos determinantes de atuação e (con)formação que os perseguem até os dias de hoje. Nesse ponto, novamente o Holocausto é exemplificativo, por tratar-se do evento que levou a razão e a eficácia às últimas consequências.

Há que se ressaltar, contudo – como o faz Bauman ao conduzir esse exemplo –, que a ocorrência do Holocausto em si não foi determinada pela burocracia moderna ou pela cultura da racionalidade instrumental que ela resume, tampouco que esse conjunto de fatores vá sempre resultar em genocídios ou outros fenômenos catastróficos. A questão chave é, entretanto, que os preceitos da racionalidade instrumental são simplesmente incapazes de evitar tais fenômenos, pois inexiste nessas regras algo que faça ver como impróprios os métodos de "planejamento social" usados no Holocausto, que classifique como irracionais as ações que conduziram àqueles resultados. Esse contexto e tudo o que lhe dá sentido permite que se tome a sociedade como objeto de administração, como aquela "natureza" a ser "controlada", "dominada" e "melhorada" pelo homem. Não foi outra a atmosfera em que a ideia do Holocausto pode ser concebida, desenvolvida e executada. Foi o espírito da racionalidade instrumental e sua forma moderna, burocrática de institucionalização

---

a guiding idea of Christian thought. Without these preceding orientations, the Enlightenment would scarcely have been possible in the first place. It is in no way surprising that the advocacy of unfettered reason only reshaped the ideas of the providential, rather than displacing it. One type of certainty (divine law) was replaced by another (the certainty of our senses, of empirical observation), and divine providence was replaced by providential progress."

<sup>32</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, Derecho y Justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000. p. 139-140.

que tornaram as “soluções” do Holocausto não apenas possíveis, mas eminentemente “razoáveis”.<sup>33</sup>

A partir desse ponto é preciso ceder lugar a um silogismo conclusivo que se antecipa: se a modernidade marcou o apogeu da razão, levando-a ao seu limite, o corolário lógico é ascensão de quem a tem. Retorna-se, pois, à figura do homem, o ser racional protagonista da história com o qual se iniciou a abordagem.

Esse aspecto da modernidade, em especial, relaciona-se com outro elemento decisivo para a construção da identidade desse período e suas posteriores derivações: o individualismo. Inicialmente, retome-se a suposição básica do racionalismo: a confiança plena no valor da razão como instrumento de conhecimento e ação. É esse o meio que permitirá o domínio da natureza e, por conseguinte, da sociedade. “Assim, o racionalismo será, com sua conquista do conhecimento, um fundamento essencial para o individualismo, para o protagonismo do homem individual na sociedade e na história.”<sup>34</sup>

Frequentemente o individualismo tem sido destacado pejorativamente, identificado com a ideia de egoísmo e apontado como um dos grandes males contemporâneos. Possivelmente o seja, todavia, com essa mesma frequência se omite o fato de que o individualismo enquanto fenômeno não é um todo homogêneo e unívoco, escondendo, por detrás de suas muitas sombras, luzes que não podem ser ignoradas, como a face oculta da autonomia, princípio guia da modernidade e, ao mesmo tempo, um dos seus mais valiosos legados.<sup>35</sup>

No mesmo sentido Habermas destaca a liberdade subjetiva como um símbolo da modernidade, realizando-se na sociedade, em termos de perseguição racional de

---

<sup>33</sup> O autor reforça seu argumento com a demonstração de que a opção pelo extermínio de judeus “não foi concebida na visão singular de um monstro alucinado” e sim a partir de cálculos puramente racionais. Uma vez estabelecido o objetivo, a Alemanha livre de judeus, a emigração foi a primeira tentativa de solução prática para alcançar-se a meta de Hitler. Com a ampliação do domínio alemão essa alternativa foi perdendo fôlego. Cogitou-se, então, enviar os judeus a Madagascar, à época colônia da França, a essa altura derrotada, mas a enorme distância, o volume de espaço que seria necessário em navios e a presença naval britânica em alto mar motivaram o arquivamento do projeto que já se arquitetava há pelo menos um ano. Evidentemente que muitos outros fatores estiveram envolvidos nessa decisão cujo resultado é conhecido de todos: a meta de ver-se livre dos judeus acabou encontrando como meio mais efetivo de realização o extermínio físico. Definido isso, o restante resumiu-se à burocracia estatal, planejamento, orçamentos e projeção da tecnologia e dos equipamentos mais adequados. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 35-37.

<sup>34</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982. p.146.

<sup>35</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, Derecho y Justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000. p. 27-29.

interesses privados, autonomia e auto-realização éticas, bem como no âmbito do Estado, enquanto participação na formação política da vontade coletiva, a qual todos tenham, em princípio, igual direito.<sup>36</sup>

Esse traço moderno teve reflexos em quase todos os aspectos da realidade: na aparição da biografia como gênero literário descritivo de uma vida humana individual, no retrato enquanto forma de pintura desconhecida na idade média, na origem do que hoje é chamado de “ciências humanas”. Essa concepção, tão representativa também dos interesses e necessidades da burguesia ascendente, reclamará ao homem a liberdade frente à coação, de modo que se corporificará, ainda que implicitamente, na ideia dos direitos fundamentais, como a primeira formulação histórica dos direitos do indivíduo. Por fim, a liberdade que o individualismo propugna concernente a Deus e ao próprio homem culminará nessa mesma reivindicação com relação ao Estado e ao poder.<sup>37</sup>

Razão e individualismo, portanto, embora não sejam os únicos preceitos modernos sentidos fortemente até os dias atuais, são conceitos fundamentais à compreensão desse período e das instituições que aí foram forjadas. O Estado e o Direito nas suas feições contemporâneas deitam suas raízes nesse notável tempo histórico. A partir daqui, os esforços se voltam, justamente, à tentativa de deixar nítidas essas origens, para que, em momento oportuno, possam ser contrastadas com a alegação de uma nova era.

## **2.2 A formação do Estado em torno da ideia de unidade do poder: a “irrupção” da soberania**

Enquanto elemento chave para a diferenciação da modernidade, a razão foi levada a todos os âmbitos da vida e da organização sociais. O sistema de produção, as artes, a arquitetura, as formas jurídicas de regulação, o exercício do poder, tudo passa a ser (re)avaliado sob esse prisma e aquilo que não o atende é menosprezado.

A inegociável exigência de justificação racional debilitou o sistema organizacional baseado em premissas e dogmas religiosos, cujo fundamento provinha

---

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. (Doce lecciones). Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989. p. 109.

<sup>37</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982. p.151-156.

de uma divindade inexplicável do ponto de vista agora reclamado, mas até então inquestionada. Seria o prenúncio do fim das meta-razões?

Assim, a absoluta originalidade do modo de organização política que nasce sob o nome de Estado reside no fato de “constituir a primeira forma de poder totalmente dessacralizada, sem outros fundamentos que não a necessidade racional de sua existência para manter a ordem”, sendo justamente esta secularização do poder político o que o constitui em *absoluto*. Somente Deus era absoluto, mas a secularização racionalista atribui tal qualidade ao poder do Estado, inquestionável e inquestionado, capaz de criar ordem, uma ordem que, por sua vez, só pode encontrar fundamento seguro na razão.<sup>38</sup>

Aliás, tanto a forma de organização político-social em si quanto o termo “Estado” que lhe identifica como ente original e originário da modernidade apresentam-se como inéditos no contexto de transição da Idade Média para a Idade Moderna.<sup>39</sup> Ao passo que na Grécia predominava a ideia da *polis*, entre os romanos a *res publica*, também *civitas* e *regnum* tendo sido utilizadas para designar outros tipos de realidade política, a palavra “Estado” não figurava nesse léxico, pelo simples motivo de que ainda não tinha sido inventada, não tinha um significado concreto, trata-se de um neologismo “cujo êxito deve-se ao fato de que a realidade significada por ele era

---

<sup>38</sup> SOTELO, Ignacio. Estado moderno. In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Filosofia política II. Teoría del Estado**. Madrid: Trotta, 1996. p. 32: “La originalidad del Estado consiste en constituir la primera forma de poder totalmente desacralizada, sin otro fundamento que la necesidad racional de su existencia para mantener el orden. Justamente, esta secularización del poder político, su desprendimiento de la órbita teológica o moral, es lo que lo constituye en *absoluto*.”

<sup>39</sup> O que leva Streck e Bolzan de Moraes a questionarem a denominação “Estado Moderno” que tem origem nesse contexto. Presta-se, pois, a diferenciar-se de um Estado Antigo? Houve uma continuidade ou uma descontinuidade? Se este modelo é, de fato, inédito, não seria mais apropriado chamar-se o Estado dito moderno, simplesmente, de “o Estado”? “Independentemente do “nome da coisa” ou do mérito dos argumentos alinhavados a favor de uma tese ou de outra, é importante deixar assentado que o Estado Moderno é uma inovação. A começar pelo fato de que, no feudalismo, o Poder é individualizado – encarna-se num homem que concentra na sua pessoa os instrumentos da potência e a justificação da autoridade (poder carismático, na acepção de Weber). Como contraponto, no Estado Moderno, a dominação passa a ser legal-racional, definida por Weber como aquela decorrente de estatuto, sendo seu tipo mais puro a “dominação burocrática”, onde qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma; ou seja, obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer. Como se pode perceber, a dominação legal-racional, própria do Estado Moderno, é a antítese da dominação carismática, predominante na forma estatal medieval.” STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 41.



uma realidade nova, diferente em muitos aspectos da que contemplaram os escritores políticos da antiguidade e do medievo.”<sup>40</sup>

Um conjunto de circunstâncias que descreve o período medieval deixando ainda mais evidente esse contraste com relação à modernidade é colocado por Fioravanti, ao conceituar a Constituição medieval como uma Constituição mista, por “referir-se a uma realidade política e social composta e plural, oposta a toda tentativa de uniformização.” A própria disposição para reconhecer-se em uma lei fundamental comum provém da consciência de que referida lei nada mais é do que a síntese da pluralidade de pactos e acordos que as distintas partes, as distintas realidades territoriais, as distintas ordens estabeleceram entre si.<sup>41</sup>

Tamanha diversidade, fragmentação e pluralidade de poderes, instrumentos de normatização e costumes acarretam conflitos e disputas que culminam em caos. Nesse momento, a tão cultuada razão manifesta-se decisivamente, já que racionalmente o Estado surge como a única possibilidade de acabar com as guerras civis, porque ao concentrar em si a tomada de decisão, elimina a base dos litígios. A “unicidade” é, portanto, requisito para a “ordem”.<sup>42</sup>

Como efeito imediato, tem-se o surgimento do Estado, ao qual se atribui como um dos fatores determinantes justamente a necessidade de um elemento forte e 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

---

<sup>40</sup> D'ENTREVES, Alessandro Passerin. **La noción de estado**: una introducción a la teoría política. Barcelona: Ariel, 2001. p. 54: “La palabra «Estado» es un neologismo que no fue acogido por las lenguas europeas hasta una época relativamente reciente y cuyo éxito se debió al hecho de que la realidad significada por él era una realidad nueva, diferente en muchos aspectos de la que contemplaron los escritores políticos de la antigüedad y del Medievo.”

<sup>41</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 63-64: “Así, la constitución medieval es mixta porque se refiere a una realidad política y social compuesta y plural, opuesta a todo intento de uniformización, dispuesta a reconocerse en una ley fundamental común sólo porque es consciente del hecho de que esa ley no viene de arriba, sino que por el contrario es la síntesis de la pluralidad de pactos y acuerdos que las distintas partes, las distintas realidades territoriales, los distintos órdenes, han estipulado entre ellos. Esos pactos y acuerdos no sustituyen a la ley fundamental. Por el contrario, están comprendidos en esa ley y por ello – en definitiva – son confirmados por esa ley.”

<sup>42</sup> No mesmo sentido as lições de SOTELO, Ignacio. Estado moderno. In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Filosofía política II**. Teoría del Estado. Madrid: Trotta, 1996. p. 32: “[...] El Estado surge como la única posibilidad de acabar con las guerras civiles, y ello porque, al centrar en un solo la toma de decisión, elimina la base de los litígios. [...] La pluralidad desemboca en querellas y luchas y, al final, en caos; la unicidad, en cambio, es la condición formal de la orden. La razón universal, la razón abstracta de las nuevas ciencias físico-naturales, se revela así la lógica propia del poder, una vez que ha descrito a la naturaleza humana en términos de poder.”

advento do Estado (e, corolário, a reunificação do poder na figura do rei) que, em um primeiro momento, assumirá a forma absolutista.

Considerado esse quadro convém reproduzir a interrogação de D'Entreves acerca da origem do Estado: é possível demarcar com precisão o momento do seu nascimento? As grandes dificuldades daí decorrentes são óbvias. Por outro lado, a questão de perguntar-se quando e onde surgiu o Estado não tem sentido sem que se defina previamente o que se entende por tal designação ou, pelo menos, sem que se especifiquem quais de seus traços peculiares (unidade territorial, nacionalidade, monopólio da força, etc.) devem ser tomados como determinantes para a constatação de sua existência. De todo modo, segundo o filósofo italiano, a questão “só adquire um sentido mais preciso quando se contempla ao Estado desde o ponto de vista do Direito”, já que “o Estado Moderno é um ordenamento jurídico” e, enquanto tal, “o poder que exerce não é mera força”, mas uma força que opera segundo um conjunto de normas a partir das quais se pode deduzir que “existe” um Estado. Sendo assim, a pergunta inicial se transforma e passa a girar em torno de “como” se forma a ideia moderna de um poder supremo e exclusivo regulado pelo Direito e, ao mesmo tempo, criado por ele? Em outros termos, o “problema do nascimento do Estado Moderno não é outro que o do nascimento e afirmação do conceito de soberania.”<sup>43</sup>

A partir disso, há todo um aporte teórico que se constituiu e se consolida com vistas a justificar a ideia de formação do Estado enquanto unidade necessária de poder, a começar, notadamente, pelas referências à soberania.

---

<sup>43</sup> D'ENTREVES, Alessandro Passerin. **La noción de estado**: una introducción a la teoría política. Barcelona: Ariel, 2001. p. 123: “[...] preguntar cuándo y dónde surgió el Estado moderno no tiene sentido si previamente no se ha definido lo que se entiende por «Estado moderno» o, por lo menos, se ha llegado a concretar cuál de entre sus notas peculiares debe considerarse como determinante para constatar la existencia del mismo: la unidad territorial, la homogeneidad étnica o nacional, el monopolio de la fuerza o cualquier otro rasgo que, aislada o conjuntamente, caracterizan la compleja experiencia de la moderna estatalidad. El interrogante en cuestión sólo adquiere un sentido más preciso cuando se contempla al Estado desde el punto de vista del Derecho. El Estado moderno es un ordenamiento jurídico. El poder que ejerce no es mera fuerza, sino fuerza que se pone en práctica según un conjunto de normas de las que, precisamente, deducimos que «existe» un Estado. Así, aquella pregunta se transforma en esta otra: ¿cómo y de qué manera se ha formado la idea moderna de un poder supremo y exclusivo regulado por el Derecho y al mismo tiempo creador de éste, y no sometido a otros poderes, al menos del modo en que están sometidos a él aquellos sobre quienes se ejerce? Planteado de este modo, el problema del nacimiento del Estado moderno no es otro que el del nacimiento y afirmación del concepto de soberanía.”



### 2.2.1 Os precedentes teóricos da soberania

No final do século XVI, a materialização do conceito de soberania em termos jurídicos e políticos conduz ao rompimento da última barreira que mantinha o tempo na Idade Média. A fragmentação do poder, leis e costumes dá lugar à unidade, a religiosidade cede espaço à laicidade, tudo perpassado pela razão, que segue à frente do cortejo para a Modernidade.

Enquanto pretensão de racionalização jurídica do poder, a soberania expressa a transformação da força em poder legítimo e a transformação do poder de fato em poder de Direito. Na sua significação moderna, indissociável da figura do Estado, indica, “[...] em toda sua plenitude, o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política.” Tanto que permitirá ao Estado estabelecer-se na forma absolutista, impondo-se sobre a organização medieval ao suprir a “necessidade de unificação e concentração de poder, cuja finalidade seria reunir numa única instância o monopólio da força num determinado território e sobre uma determinada população, e, com isso, realizar no Estado a máxima unidade e coesão.”<sup>44</sup>

Tradicionalmente a soberania é descrita por um duplo aspecto. Internamente, representa a autoridade suprema e exclusiva do Estado, sem qualquer poder superior ou equivalente, pelo que é capaz de manter a unidade e a coerência sociais nos seus limites territoriais. Externamente, a soberania significa a independência e a igualdade (pelo menos jurídica e formal) de um Estado perante os demais, também nesse caso inexistindo poder ou autoridade mais elevados (supraestatal).

Essa divisão acaba produzindo efeitos concretos que a confirmam, acarretando problemas e questionamentos distintos no tocante a cada esfera de sua manifestação. Do ponto de vista interno, pode-se dizer que a soberania é hoje menos controvertida, “visto que é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia”, com capacidade para subordinar os demais poderes sociais. Assim entendida, a soberania “fixa a noção de predomínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais”. Partindo desses pressupostos, Estado ou poder estatal e soberania coincidem

---

<sup>44</sup> MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998. p. 1179.

amplamente, de modo que “onde houver Estado haverá pois soberania”, compreendendo a negação desta última a negação do próprio Estado.<sup>45</sup>

A identificação da soberania na figura do Estado resulta de teorizações e sistematizações que remontam ao século XVI, “quando a instabilidade política fez necessárias novas formas de se pensar o exercício do poder político.” Não por acaso as duas obras fundamentais sobre o tema, *Les Six Livres de la République* (1576), de Jean Bodin, e *Leviathan* (1651), de Thomas Hobbes, foram escritas em períodos de intensa guerra civil.<sup>46</sup>

Dentre os motivos que destacam a obra de Bodin (1530-1596) e a apontam como marco teórico inaugural da soberania, ao menos no que diz respeito a sua sistematização enquanto conceito jurídico e político, garantindo-lhe “um lugar importante na história do pensamento político”, está o fato de ter desvinculado a ideia de poder soberano da teologia que a amarrava à teoria do direito divino, inserindo-a na teoria constitucional.<sup>47</sup>

Por sua própria experiência de vida, Bodin talvez julgasse conhecer os riscos da anarquia, pois testemunhou o massacre da noite de São Bartolomeu (1572), episódio marcado pela morte de milhares de protestantes franceses, os chamados *huguenotes*, em disputas com os reis católicos.<sup>48</sup> Em *Os Seis Livros da República*, sua principal produção intelectual, publicado apenas quatro anos depois, nota-se o empenho pelo reestabelecimento da paz e da ordem, que se fundamenta na elevação do poder real “[...] como centro da unidade nacional, acima de todas as seitas religiosas e partidos políticos.”<sup>49</sup>

Inspirado nesse cenário, portanto, é que o jurista francês desenvolve o conceito de soberania no sentido que irá transformar a filosofia política, especialmente no que

<sup>45</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 132-133.

<sup>46</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009. p. 764.

<sup>47</sup> Na mesma linha, a compreensão de George H. Sabine, destacando que “[...] el libro alcanzó en su época una gran reputación y todos los eruditos le han reconocido un lugar importante en la historia del pensamiento político. Su importancia se debe menos al esfuerzo realizado para resucitar el sistema de Aristóteles que al hecho de que sacó a la idea del poder soberano del limbo de la teología en el que la había dejado la teoría del derecho divino. Al hacerlo así, llegó a un análisis de la soberanía y a la inclusión de esta idea en la teoría constitucional.” SABINE, George H. **Historia de la teoría política**. Revisada por Thomas Landon Thorson. Traducción de Vicente Herrero. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 313.

<sup>48</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 556.

<sup>49</sup> SABINE, George H. **Historia de la teoría política**. Revisada por Thomas Landon Thorson. Traducción de Vicente Herrero. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 313.

diz respeito a sua relação com a figura do Estado, lembrando que apesar de a Idade Média conhecer o termo "soberano", pelo qual *Le roi est souverains par dessus tous* para tutela geral do reino, não conhecia o termo soberania, que assumirá um significado profundamente distinto.<sup>50</sup>

Na abertura do oitavo capítulo do primeiro livro, lê-se que a soberania é o poder absoluto e perpétuo do Estado<sup>51</sup> e que, mesmo sendo-lhe um elemento necessário, não se identificava ainda quem lhe houvesse definido. Para Bodin, o Estado é um governo de muitas famílias, distinto de outros grupos pelo elemento comum que os unifica, a sujeição à autoridade suprema que reside no preceito da soberania.<sup>52</sup>

Apesar da dupla tarefa assumida em *République*, de refutar as lições de “imoralidade” de Maquiavel e afirmar-se como Aristóteles de seu tempo quanto às questões políticas, o traço singular do pensamento de Bodin que o consagra como marco da teoria moderna do Estado reside na definição do poder político como forma necessária da existência social, ocupando-se antes da caracterização desse poder do que qualquer outra questão. A soberania de Bodin é absoluta, pois não sofre limitações e desconhece autoridade mais elevada; é indivisível, sendo por essência *una*, de modo que eventual delegação só se dá integralmente; e perpétua, transcendendo as vicissitudes do tempo.<sup>53</sup>

Não obstante a centralidade dessa construção no sistema político de Bodin, o caráter absoluto atribuído à soberania protagonizou também acirradas controvérsias

<sup>50</sup> MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998. p. 1181.

<sup>51</sup> Quanto ao uso dos termos Estado e República, conforme previne Skinner, “não há dúvida de que Bodin continua a falar de *la République* em vez de *l'État*, e que Richard Knolles, ao traduzir para o inglês *Os seis livros da república*, em 1606, de modo geral preferiu traduzir o termo principal de Bodin por *commonwealth* em vez de *State*. Não obstante, fica evidente, a partir da análise que Bodin faz do conceito, que para ele o Estado constituiu um aparelho de poder distinto, sendo instrutivo o fato de que não só ele por diversas vezes se refere a tal aparelho como *l'État*, como também que Knolles considerou cabível traduzir esse termo sistematicamente por “Estado”, empregando o termo, com certa coerência, em sentido visivelmente moderno.” SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 622-623..

<sup>52</sup> BODIN, Jean. **Les six livres de la republique**. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583. Présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993. p. 74: “La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République [...]”

<sup>53</sup> CHATELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 46-47.

entre os intérpretes de sua obra, questionando-se até que ponto o jurista pretendia que os poderes do soberano fossem considerados absolutamente ilimitados.<sup>54</sup>

Exemplificando as mencionadas dissensões teóricas, têm-se, de um lado, autores como Skinner, que vê em Bodin, a partir de *Os seis livros da República*, “um defensor praticamente irreduzível do absolutismo”<sup>55</sup>; em outro sentido<sup>56</sup>, os que identificam no jurista francês a preferência pela monarquia real (oposta à “monarquia senhorial” e à “monarquia tirânica”) – ainda que, de fato, não seja possível apontar concessões por parte de Bodin “no que lhe parece ser o essencial: a absoluta soberania do Estado, princípio necessário e transcendente da sociedade enquanto República.”<sup>57</sup>

Inequivocamente, Bodin sustentava a soberania como “um direito perpétuo humanamente ilimitado e incondicionado de fazer, interpretar e executar as leis”, imprescindível ao estado bem ordenado e elemento distintivo de um corpo político desenvolvido em contraste com grupos mais primitivos. Contudo, não se pode afirmar que o exercício desse poder era, efetivamente, tão ilimitado quanto algumas proposições sugerem.<sup>58</sup> Bodin não deixa dúvida, por exemplo, quanto à limitação imposta ao soberano pela lei de Deus e pelas leis da natureza.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 564.

<sup>55</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 556.

<sup>56</sup> Há que se recordar que “a afirmação da soberania perpétua e absoluta não significa absolutismo, mas que a soberania absoluta é a soberania perfeita, ou seja, aquela que consistem em um poder capaz de responder eficazmente às necessidades legislativas dos súditos. A soberania absoluta é a que supera os obstáculos que tornavam o poder do Estado imperfeito, incapaz de zelar pelos direitos dos súditos. É a capacidade de decidir, de forma autônoma, em última instância.” BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 66.

<sup>57</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 48.

<sup>58</sup> Novamente as lições de George H. Sabine embasam os argumentos lançados: “En términos generales, la soberanía significaba para Bodino un derecho perpetuo humanamente ilimitado e incondicional de hacer, interpretar y ejecutar leyes. Consideraba como algo necesario en todo estado bien ordenado la existencia de tal derecho y creía que ello constituía la diferencia característica entre un cuerpo político desarrollado y los grupos más primitivos. Pero el ejercicio del poder soberano que consideraba como justificable no era de ningún modo tan ilimitado como sugieren sus definiciones, y el resultado de ello es una serie de restricciones que crean mucha confusión en la teoría.” SABINE, George H. **Historia de la teoría política**. Revisada por Thomas Landon Thorson. Traducción de Vicente Herrero. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 319:

<sup>59</sup> Posição que pode ser confirmada em trechos de sua obra, como indica a seguinte passagem: “Mais quant aux lois divines et naturelles, tous les Princes de la terre y sont sujets, et [il] n'est pas en leur puissance d'y contrevenir, s'ils ne veulent être coupables de lèse-majesté divine, faisant guerre à Dieu, sous la grandeur duquel tous les Monarques du monde doivent faire joug, et baisser la tête en tout e crainte et révérence. Et par ainsi la puissance absolue des Princes et seigneuries souveraines, ne s'étend aucunement aux lois de Dieu et de nature.” BODIN, Jean. **Les six livres de la**

Aliás, nesse aspecto situam-se Bodin e sua filosofia política entre o velho e o novo, deixando de ser medieval, mas sem chegar a ser moderno.<sup>60</sup> A soberania é teorizada racionalmente, laicizada e sistematizada, porém, os costumes do reino, o direito divino e as leis da natureza permanecem como eixos ainda significativos. Por mais que a análise do Estado como um poder onipotente e impessoal abra caminho para o mundo moderno, a moderna teoria do Estado ainda está por ser elaborada, contando, claro, com esses alicerces já assentados.<sup>61</sup>

A enunciação efetivamente moderna da teoria do Estado encontrará concretude definitiva em Thomas Hobbes (1588-1679), cujas ideias se completam em três de suas principais obras: *The elements of law natural and politic* (1640), *De cive* (1642 – escrito originalmente em latim) e o clássico *Leviathan* (1651).<sup>62</sup> Muito embora o filósofo inglês não se afaste por completo das premissas delineadas por Bodin, alguns pontos de sua tese diferenciam-se com nitidez, na medida suficiente para consagrá-lo como um dos maiores filósofos políticos da Idade Moderna.

Mais do que um importante episódio, Hobbes pode ser considerado o capítulo de estreia da modernidade, por ter sido o primeiro dos grandes filósofos modernos a relacionar diretamente a teoria política como um sistema de pensamento inteiramente moderno, em amplitude suficiente para abarcar e explicar, a partir de princípios

---

**république.** Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583. Présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993. p. 80.

<sup>60</sup> Conforme SABINE, George H. **Historia de la teoría política.** Revisada por Thomas Landon Thorson. Traducción de Vicente Herrero. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 314: “La filosofía política de Bodino era una mezcla singular de cosas viejas y nuevas, del mismo modo que lo fue todo el pensamiento filosófico del siglo XVI. Su autor había dejado de ser medieval sin llegar a ser moderno.”

<sup>61</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 625.

<sup>62</sup> Em análise comparativa acerca dessas obras, Bobbio considera que “dentro das obras políticas de Hobbes, o *De Cive* é a mais orgânica e homogênea: enquanto os *Elements*, nos primeiros treze capítulos, contêm um pequeno tratado sobre a natureza humana, e o *Leviatã*, além do tratado inicial sobre a natureza humana [...] contém uma quarta parte de crítica filosófica e às Escrituras, o *De Cive* – nas três partes em que é dividido – só trata de matéria estritamente atinente ao Estado, visto em sua origem, estrutura e relações com a Igreja. Essa pequena obra se beneficia, certamente, do fato de ter sido concebida como parte integrante de um sistema de filosofia; com efeito, em comparação com as outras duas, ela ganha sistematicidade e, portanto, em concisão e, às vezes, em clareza. O *Leviatã* é, de longe, uma obra mais rica e mais vigorosa; mas, em comparação com ela, o *De Cive* ganha, em precisão e em rigor, o que perde em complexidade. Enquanto o *Leviatã* revela melhor a grandeza e a genialidade pessoal de Hobbes, o *De Cive* mostra a acuidade de sua inteligência, sua paixão pela exatidão, seu espírito sutilmente lógico.” BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes.** Tradução de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 90-91.

científicos, todos os fatos naturais, incluindo a conduta humana em seus aspectos individuais e sociais.<sup>63</sup>

Ao resumir o significado da filosofia política hobbesiana, Bobbio, um de seus mais notáveis estudiosos, afirmou “que ela expressa a primeira teoria moderna do Estado moderno”. De fato, se a formação do Estado, após longa e sangrenta luta pela unidade do poder, “coincide com o reconhecimento e com a consolidação da supremacia absoluta do poder político sobre qualquer outro poder humano” – supremacia absoluta que atende por soberania –, nada mais acertado que atribuir a sua formulação teórica inicial a Thomas Hobbes, o grande idealizador da unidade do poder estatal.<sup>64</sup>

Que a motivação de Hobbes é devida a sua crença de que os homens, por sua índole egoísta e passional, em estado de natureza, isto é, sem Estado, estariam condenados a viver em guerra, miséria e insegurança é um truísmo.<sup>65</sup> Ainda assim, ou por isso mesmo, é preciso que seja dito. Sua experiência de vida talvez sequer tenha-lhe permitido acreditar em algo diferente. Em conhecida passagem de sua autobiografia, Hobbes chegou a afirmar que quando do seu nascimento, em Westport, na Inglaterra, sua mãe teria dado à luz gêmeos: ele próprio e o medo, referindo-se ao fato de ter nascido prematuramente, assim que sua mãe recebera a notícia da iminente invasão da Armada Espanhola.<sup>66</sup>

Tanto a formação quanto a maturidade de Hobbes compreendem uma época marcada pelo conflito e pela instabilidade. O filósofo testemunhou a Guerra dos Trinta Anos, uma guerra religiosa que abalou a unidade do poder não apenas na Inglaterra,

---

<sup>63</sup> SABINE, George H. **Historia de la teoría política**. Revisada por Thomas Landon Thorson. Traducción de Vicente Herrero. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 354.

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 65-66.

<sup>65</sup> Na segunda parte de *Leviathan*, iniciando o capítulo XVII onde expõe as causas, a geração e definição de um Estado, Hobbes afirma que o desígnio que conduz os homens a instituírem restrições sobre si mesmos ao criar o Estado é o desejo de abandonar a condição miserável de guerra a que estão fadados quando guiados por suas paixões naturais, sem um poder visível para infligir o temor da punição. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Or matter, form and power of a commonwealth ecclesiasticall and civil. London: Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651. p. 103: “The final cause, end, or design of men (who naturally love liberty, and dominion over others) in the introduction of that restraint upon themselves, in which we see them live in Commonwealths, is the foresight of their own preservation, and of a more contented life thereby; that is to say, of getting themselves out from that miserable condition of war which is necessarily consequent, as hath been shown, to the natural passions of men when there is no visible power to keep them in awe, and tie them by fear of punishment to the performance of their covenants, and observation of those laws of nature set down in the fourteenth and fifteenth chapters.”

<sup>66</sup> POGREBINSCHI, Thamy. Thomas Hobbes. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009. p. 436.



mas em praticamente toda a Europa, instaurando uma crise de autoridade cuja consequência direta foi a desordem e a anarquia que se lançaram sobre todo o continente.<sup>67</sup>

Certamente esse contexto foi determinante para que Hobbes visse na pluralidade de vontades individuais e nas diferentes opiniões um impeditivo para que os homens se organizassem, tornando-se, conseqüentemente, incapazes de se proteger contra o inimigo comum. A unificação dessas vontades a uma só era condição, portanto, para a segurança e para a sobrevivência. Quando, então, a multidão se une para formar uma única vontade, uma única pessoa, tem-se o Estado (*Civitas*, em latim). Eis o nascimento do grande *Leviathan*, o deus mortal ao qual todos os homens, sob o Deus imortal, devem sua paz e defesa.<sup>68</sup>

É preciso que se deixe claro que “o pacto pensado por Hobbes não é um pacto bilateral entre povo e soberano, mas sim um pacto multilateral de cada homem com cada homem para reconhecer como soberano a um terceiro.” Aliás, por não participar do pacto é que ao soberano não derivam obrigações que não sejam relativas à manutenção da paz, cujo alcance é a razão pela qual é reconhecido como autoridade ao acumular em si toda a força e poder com que submeterá aos demais. A pluralidade de poderes particulares implica a guerra, a unificação dos poderes na pessoa do soberano permite a paz, pois só uma pessoa está autorizada a decidir sobre as condições de convivência. Desse modo, “o Estado não é uma simples associação, é a institucionalização do poder político.”<sup>69</sup>

Individualmente considerado, o homem é fundamentalmente *potência*, exercida de forma ilimitada diante da inexistência de um poder comum, de modo que para conter-lhe só se pode pensar em uma potência que desconheça limites. Como essa

---

<sup>67</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 66-67.

<sup>68</sup> HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Or matter, form and power of a common-wealth ecclesiasticall and civill. London: Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651. p. 106.

<sup>69</sup> SANTILLÁN, José F. Fernández. **Hobbes y Rousseau**. Entre la autocracia y la democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 1988. p. 35: “El pacto ideado por Hobbes no es un pacto bilateral entre pueblo y soberano, sino un pacto multilateral de cada hombre con cada hombre para reconocer como soberano a un tercero; este tercero, cuya autoridad ha sido reconocida por todos, acumula la fuerza y el poder con los cuales obligará a todos al mantenimiento de la paz. En Hobbes aparece claramente la relación directa entre la pluralidad de los poderes particulares y la guerra de una parte, y la unificación de estos poderes en la persona del soberano y la paz de otra. Antes del pacto existían muchas fuerzas y voluntades individuales en permanente conflicto, después del pacto (si bien continúan subsistiendo estas voluntades individuales), se autoriza a uno solo a decidir cuáles serán las condiciones de convivencia y a usar los medios necesarios para hacerla respetar. El Estado no es un simple asociación, es la institucionalización del poder político.”



condição, invariavelmente, dada a natureza humana, conduz à guerra e à anarquia, “a instauração da sociedade política – *commonwealth, civitas* –, do Estado, pressupõe que os cidadãos, de comum acordo, despojem-se integralmente de sua potência individual e a transfiram para a autoridade pública.”<sup>70</sup>

Dessa passagem decorre a característica marcante do poder soberano em Hobbes: é absoluto, sequer sendo soberano se lhe faltar esse atributo, pois “soberania e caráter absoluto são *unum et idem*.” Nesse ponto, “embora se possa dizer que ‘absoluto’ não comporta superlativo, não chega a ser paradoxal afirmar que o poder soberano de Hobbes é ainda mais absoluto do que o de Bodin.” Os limites admitidos pelo teórico francês – certas leis naturais e divinas – não se sustentam em Hobbes – que não lhes nega a existência, mas também não lhes reconhece força vinculante ou obrigatoriedade que não sejam no nível da consciência –, pois apenas as leis positivas, isso é, emanadas do próprio Estado, são aplicadas com a força de um poder comum.<sup>71</sup>

Na base do propalado absolutismo hobbesiano<sup>72</sup> encontra-se a oposição entre o poder absoluto e a anarquia, entre um soberano onipotente e a ausência total da sociedade, de onde decorre, ainda, a indivisibilidade e inalienabilidade da soberania, já que não há meio termo entre o reconhecimento dessa autoridade – e, logo, a existência do Estado – e a negação dessa autoridade – o que equivale à anarquia. Todos os poderes necessários ao governo são inerentes ao soberano, o que autoriza dizer que Hobbes libera completamente a soberania de quaisquer limitações, inclusive as sustentadas por Bodin.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 51.

<sup>71</sup> BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 108.

<sup>72</sup> Com a ressalva de Habermas de que “se assumirmos a perspectiva de Kant e olharmos para trás em direção a Hobbes, descobriremos um modo de ler que vê em Hobbes o teorizado de um Estado constitucional burguês sem democracia, muito mais do que o apologeta do absolutismo desenfreado.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 122-123.

<sup>73</sup> Como também conclui George H. Sabine: “En efecto, la sociedad sólo tiene una voz con la que pueda hablar y una voluntad que pueda imponer - las del soberano que la constituye en sociedad. Muy acertadamente Hobbes llama a su soberano de 'dios mortal' y une en sus manos la espada y el báculo. Esta teoría de las personas ficticias se encuentra también en la base del absolutismo de Hobbes. Para él no hay opción sino entre el poder absoluto y la anarquía completa, entre un soberano onipotente y la ausencia total de sociedad. [...] Es evidente también que la soberanía es indivisible e inalienable, ya que o bien se reconoce su autoridad y existe un estado, o no se reconoce y existe la anarquía. Todos los poderes necesarios al gobierno, tales como la legislación, la administración de justicia, el ejercicio de la fuerza y la organización de las magistraturas inferiores, son inherentes al soberano. Hobbes libera en absoluto a la soberanía de las limitaciones que, con falta de lógica, había dejado en pie Bodino.” SABINE, George H. **Historia de la teoría política**.

O pensamento hobbesiano, contudo, não é do despotismo nem só do absolutismo, é da soberania. Basta recordar a imagem do déspota no pensamento do século XVIII, como um animal selvagem com o qual não se pode conviver. Grandes nomes, como Locke e Montesquieu, atuaram na conversão do soberano absoluto de Hobbes em inimigo de todos, em uma besta merecedora de morte, porque desumanizada. Dada as suas tradições, interpretaram-no pela lente do medo, ignorando a soberania no Estado. O medo, chave para a compreensão da vida e da obra de Hobbes<sup>74</sup>, no entanto, é mau conselheiro para sua leitura. Perceba-se que enquanto o déspota é imaginado como um animal selvagem e fero, “o soberano hobbesiano é um ‘homem artificial’; mais até: embora constituído pelos homens, é um ‘deus’. Tem em comum com o déspota não ser controlado pelos súditos; porém, ao capricho do sultão opõe sua racionalidade.”<sup>75</sup>

Outra derivação do carácter absoluto do poder estatal nesses termos é a inexistência de distinção entre boas e más formas de governo. Nascida da comparação entre os soberanos que exercem o poder de acordo ou em desacordo com determinadas leis, tal distinção não se justifica diante de um soberano que exerce um poder verdadeiramente ilimitado, ou seja, sem regras condicionantes ou superiores. Se o perverso soberano é aquele que abusa do poder que lhe foi confiado, não tem sentido falar de excessos onde o poder é ilimitado, tornando contraditório o próprio conceito de abuso.<sup>76</sup>

Guiados por seus sentimentos, os homens tendem não apenas a dar nomes às coisas, como também de fazê-lo de acordo com aquilo que aprovam ou desaprovam. Assim, o que um aponta como tirano o outro chama de rei. Com efeito, esses nomes

---

Revisada por Thomas Landon Thorson. Traducción de Vicente Herrero. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 363-364.

<sup>74</sup> “[...] no cap. XXI do *Leviathan*, a referência de Hobbes aos ‘homens de coragem feminina’ (p.270) que temem o campo de batalha é quase uma confissão. Não foi ele, de tanto, o primeiro a fugir? Leal súdito que se considerou sempre, nunca se sentiu obrigado a tomar em armas. Mas seria a pouca coragem um defeito? É para homens que não querem morrer (como Hobbes, como a grande maioria de nós), é para que nós homens não queiramos morrer, que se constrói o Estado hobbesiano. O medo é estratégico nos itinerários do filósofo, pois decide às grandes opções de 1640 e 1651, pela reflexão política, pelo exílio, um intelectual que até então dividira o desejo entre os estudos clássicos e as novas ciências. Mas não serve o medo de cifra apenas em sua vida, ou na memória que deixa de sua vida – na elaboração hobbesiana de Hobbes, nas autobiografias e nas memórias justificativas –; é a chave também de sua obra.” RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 14.

<sup>75</sup> RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 41-43.

<sup>76</sup> BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 108.

todos designam, no fundo, não diferentes formas de Estado, mas diferentes opiniões a respeito da pessoa do governante.<sup>77</sup>

Munindo-se dos fundamentos inaugurados por Bodin e dos aportes definitivamente consolidados em Hobbes, pode-se dizer que a questão chave para o nascimento do Estado estava solucionada a partir da estabilização do conceito de soberania, que passará a constituir o núcleo conceitual e existencial do Estado.

### **2.3 A consolidação do Estado e a expressão da soberania em âmbito externo – a Paz de Vestfália e o surgimento de uma sociedade internacional**

O conceito de soberania costuma ser teorizado, nos termos já referenciados, em um duplo aspecto: internamente, “[...] significa a imposição eficiente da ordem jurídica do Estado”; externamente, “[...] significa a capacidade de se afirmar na concorrência com as grandes potências (tal como elas surgiram, depois da paz de Vestfália, no sistema dos Estados europeus).”<sup>78</sup>

Para tratar, sobretudo, dessa expressão da soberania em circunstâncias externas, ladeada ou confrontada por outras manifestações estatais de poder (ao menos juridicamente) equivalentes, a *Paz de Vestfália* representa, ao mesmo tempo – ao lado de *Leviathan* –, o ato inaugural da modernidade<sup>79</sup> e da formação de uma “sociedade internacional”, que consolida, de modo decisivo, a inter-relação entre Estados soberanos que nesses termos, necessariamente, se reconheçam.<sup>80</sup>

Originado da guerra religiosa, o conjunto de tratados conhecido como Paz de Vestfália põe fim à extenuante Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), deflagrada, principalmente, pela Reforma Protestante que divide a fé cristã entre pelo menos três diferentes confissões religiosas. A primeira com sede em Roma, que reconhece no papa o máximo poder político e religioso; a segunda luterana, que rompe com Roma

<sup>77</sup> HOBBS, Thomas. *De cive*. The English version. New York: Oxford University Press, 1987. p. 107.

<sup>78</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 167.

<sup>79</sup> MAGNOLI, Demétrio. Introdução: Além de Hobbes. In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). *História da paz*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 13.

<sup>80</sup> Não se desconhece, evidentemente, a ordem cronológica que insere esse marco (a partir dos Tratados de Münster e Osnabrück, 1648) entre Bodin (1576) e Hobbes (1651), cuja disposição adiada para este momento da investigação quebra a sequência temporal do curso histórico. No entanto, como a pretensão é extrair desse episódio um aporte conceitual distinto, que avança em relação ao próprio conceito de soberania ao situá-lo como condição para o “sistema internacional” e, assim, para a afirmação do Estado moderno nesse contexto, não se verifica qualquer prejuízo epistemológico a partir dessa opção.

e modifica pontos essenciais dos dogmas antigos (como a negação da preeminência do papa em assuntos eclesiásticos e políticos); a terceira calvinista, mais radical, que modifica substancialmente as estruturas hierárquicas, dogmáticas e políticas do cristianismo, sem admitir, por exemplo, poder político ao sacerdócio.<sup>81</sup>

Apona-se como estopim da guerra um episódio ocorrido em 23 de maio de 1618, afamado como “Defenestração de Praga”, ocasião em que os representantes católicos do imperador Habsburgo, ao tentarem impor-se na capital da Boêmia e fechar duas igrejas, foram atirados pelos protestantes por uma janela do castelo de Hradschin<sup>82</sup>. Folcloricamente, diz-se que os delegados católicos, ao sobreviverem milagrosamente à queda, tomaram o fato por sinal celeste de incentivo à guerra religiosa. Contudo, o que a história permite concluir concretamente é que potências católicas e protestantes entram em conflito, cada qual com suas ambições territoriais e políticas.<sup>83</sup>

Ao (re)estabelecer a paz, os tratados de Vestfália marcam a transição da política para um ambiente secular, desamarrada dos imperativos religiosos ao excluir a Santa Sé da política internacional, bem como o reconhecimento da soberania dos pactuantes com o fim efetivo do Sacro Império Romano, dando início ao sistema de equilíbrio de poder que se consolidará na Europa.<sup>84</sup>

Aliás, não se trata apenas do estabelecimento de um novo equilíbrio de poder – o que, por si só, considerado o contexto, seria suficiente mérito para garantir aos tratados um registro destacado na história –, mas da instituição de um novo parâmetro para as relações internacionais, pois o ato que encerra a Guerra dos Trinta Anos constitui também um “marco na construção da ordem europeia (sic) moderna em que a ‘razão de Estado’ sobrepõe-se aos princípios religiosos medievais da soberania universal do Papado [...]” Mesmo o ocaso do período medieval com o vingar do Estado em sua versão absolutista não afastou a religião do centro da política, resultando em mais um século de guerras religiosas. Daí a importância dessas novas

---

<sup>81</sup> ROMANO, Roberto. Paz de Westfália (1648). In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da paz**. São Paulo: Contexto, 2008. p. 69.

<sup>82</sup> CARNEIRO, Henrique. Guerra dos Trinta Anos. In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História das guerras**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2006. p.176.

<sup>83</sup> ROMANO, Roberto. Paz de Westfália (1648). In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da paz**. São Paulo: Contexto, 2008. p. 73.

<sup>84</sup> Nos termos sustentados por WIGHT, Martin. **Systems of states**. New Jersey: Leicester University, 1977. p. 113.

bases jurídicas e políticas fincadas para a ordem europeia, pautadas no pragmatismo da razão de Estado e do interesse nacional.<sup>85</sup>

Não por acaso o tratado de Vestfália é referenciado como o primeiro acordo internacional visando a garantia da soberania estatal, mediante promessas de não-intervenção entre os Estados e a separação entre religião e política. Foi o que possibilitou a reunião das condições essenciais para a própria caracterização do Estado de forma independente, como o monopólio da violência legítima, da norma jurídica e dos impostos. Efetivamente, Vestfália proclama a soberania laica acima do poder religioso, superando a *Respublica christiana* e dando o primeiro passo – em nível de mundo – para uma cultura política autônoma que, assim, inaugura o sistema europeu de Estados.<sup>86</sup>

Ao legitimar uma comunidade de Estados soberanos, o acordo vestfaliano marcou o triunfo do Estado no controle de seus assuntos internos e sua independência do ponto de vista externo, além de formular ideias gerais que repercutiriam futuramente (na formação das Nações Unidas, por exemplo), como a condenação da guerra e a consciência da necessidade de uma nova e melhor ordem. Ordem cujas negociações delinearam, ao menos inicialmente, uma “colcha de retalhos” de independência na Europa, na expressão de Watson para explicitar a realidade constituída a partir desse evento. As fronteiras traçadas entre os Estados determinavam também a responsabilidade de cada governo em relação ao que acontecia nos espaços circunscritos. Essa característica de ênfase na separação dos Estados europeus em substituição à unidade cristã, aliada à rejeição da ideia de que um papa ou imperador assuma autoridade universal, possibilita atribuir às determinações vestfalianas um caráter anti-hegemônico.<sup>87</sup>

Permitindo-se trazer à tona uma visão que, talvez, na falta de adjetivação mais precisa, possa ser chamada de menos otimista sobre esses relevantes fatos históricos – eis um aspecto incontroverso das abordagens que estão prestes a ser confrontadas –, importante repisar a dupla via do conceito de soberania, que se manifesta, completa e expressamente, a partir do contexto que vem sendo reconstruído.

---

<sup>85</sup> CARNEIRO, Henrique. Guerra dos Trinta Anos. In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História das guerras**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2006. p.164-165.

<sup>86</sup> ROMANO, Roberto. Paz de Westfália (1648). In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da paz**. São Paulo: Contexto, 2008. p. 82-85.

<sup>87</sup> WATSON, Adam. **The evolution of international society**. London: Routledge, 2002. p. 186-188, passim.

É típico do Estado a reivindicação da soberania, contudo, o componente que se quer destacar é que “a soberania, tal como tem sido definida desde o século XVI, não é uma asserção sobre o Estado, mas sobre o sistema inter-Estado.” Nesse sentido – agora, sim, revisitando premissas já assentadas –, voltando-se para o interior de suas fronteiras (as quais, dentro do sistema inter-Estados, precisam estar claramente definidas e legitimadas), o Estado tem a prerrogativa de implementar qualquer medida (ações políticas, leis, etc.) sem que lhe recusem obediência. Pode-se encontrar essa particular expressão da soberania mesmo nas formas primitivas de Estado, que também afirmaram autoridade no interior de seus reinos. Em contrapartida, olhando para fora, a soberania garante ao Estado o direito de não sofrer qualquer interferência (direta ou indireta) por outra autoridade no interior de suas fronteiras, sob pena de quebra da soberania. Relativamente a esta última significação, a noção de “soberania” envolve o reconhecimento mútuo dos Estados no interior do sistema que lhes reúne enquanto tais, o que autoriza a dizer que “a soberania é um conceito recíproco no mundo moderno.”<sup>88</sup>

Essa noção, ou melhor, essa dupla noção de soberania assume concretude e ganha aceitação normativa justamente na segunda metade do século XVII, com a Paz de Vestfália e o término da guerra, mas, ao contrário do que naturalmente se poderia inferir, a organização advinda dessa ocasião é acusada por autores, como Brown e Ainley, de “hipócrita”, dado o grau de intervenção que alguns governantes sempre mantiverem em relação a outros. De qualquer forma, essa crítica não nega que a pretensão de ser um soberano implica, ao menos em princípio, o reconhecimento da soberania de outros.<sup>89</sup>

Também denuncia a incongruência entre tais projeções teóricas e o real funcionamento do mundo moderno o fato de que sempre existiu resistência interna à autoridade do Estado, assim como interferência de alguns Estados nos assuntos de outro(s), de modo que nenhum Estado jamais foi soberano por completo, seja interna ou externamente, sobretudo considerando que “[...] Estados fortes não retribuem plenamente o reconhecimento da soberania de Estados fracos.”<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos**: ciência social para o século XXI. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 93-94.

<sup>89</sup> A visão e a crítica desses autores pode ser encontrada em BROWN, Chris; AINLEY, Kirsten. **Understanding international relations**. 3rd ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 116.

<sup>90</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos**: ciência social para o século XXI. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 94.



Reforça esse enunciado a distinção da soberania enquanto *status jurídico* e enquanto *conceito político*. No primeiro caso, "dizer que um estado é soberano é fazer um julgamento sobre sua posição legal no mundo, ou seja, que não reconhece superiores legais, que não é, por exemplo, uma colônia ou parte de um sistema suserano." Concernente ao segundo aspecto, implica em possuir certas capacidades que permitam a execução de determinadas tarefas. Uma diferença essencial entre esses dois significados de soberania é que o primeiro não admite gradação, isso é, Estados são ou não são soberanos do ponto de vista jurídico, sem espaço para meios termos. Já em relação à soberania enquanto conceito político as capacidades podem ser maiores ou menores, envolvendo claramente uma questão de grau, pois os poderes e capacidades de um determinado Estado podem crescer ou diminuir.<sup>91</sup>

Essas e outras brechas no conceito de soberania, especialmente no que o vincula a Vestfália e seus desdobramentos, levaram alguns autores a questionar os postulados teóricos cuja origem normalmente é atribuída ao (no âmago da crítica iminente, supostamente) paradigmático evento de 1648.

Em versão acentuada essas críticas denunciam o mito de Vestfália, questionando desde as alegadas justificativas dos diversos países para ingressarem na guerra (que não teria sido travada em defesa da expansão de uma pretensa ordem hegemônica do império habsburgo, mas por interesses territoriais específicos) até a concepção de soberania resultante desse processo. Segundo Osiander, a Paz de Vestfália não estabeleceu um sistema baseado na soberania estatal, mas confirmou e aperfeiçoou um sistema operacional de relações mútuas entre unidades políticas autônomas que, precisamente, não eram baseadas nesse conceito. Desde que "popularizada" por Bodin, a ideia de soberania recebeu mais importância quanto ao seu aspecto doméstico do que quanto a sua face externa, o que só veio a ocorrer, efetivamente, com a Revolução Francesa e o começo da industrialização. Assim, a

---

<sup>91</sup> BROWN, Chris; AINLEY, Kirsten. **Understanding international relations**. 3rd ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 116: "On the one hand, to say of a state that it is sovereign is to make a judgement about its legal position in the world, namely that it recognizes no legal superior, that it is not, for example, a colony or part of a suzerain system. On the other hand, to say that a state is sovereign generally implies that it possesses certain sorts of capacities; the ability to act in certain kinds of ways, to perform certain tasks. One essential difference between these two meanings of sovereignty is that the first is unqualified – states either are, or are not, legally sovereign – while the second clearly involves matters of degree; that is to say, both the tasks themselves can be added to and subtracted from without losing the basic idea, and the manner in which they are performed can be more or less effective. On the one hand we have sovereignty as a *status* which states either possess or do not possess; on the other we have sovereignty as a *bundle of powers and capacities* which can grow larger or smaller (sic)." (grifo do autor)



soberania conforme o atual entendimento não remonta aos eventos do século XVII, que não foram tão revolucionários quanto aparentam.<sup>92</sup> Trata-se mais da imagem mitificada construída no século XIX para dar à ordem internacional emergente uma ascendência mais nobre do que uma viragem crucial nas relações de poder.<sup>93</sup>

Não obstante a firmeza da divergência, negar o caráter inovador que Vestafália imprime às relações interestatais, destacadamente por blindar o núcleo político decisório das ingerências religiosas, é desconsiderar, em alguma medida, a própria história de consolidação do Estado enquanto autoridade independente, para o que foi indispensável tanto o desenvolvimento teórico do conceito de soberania quanto os episódios históricos como o de 1648 que o materializaram, principalmente na perspectiva externa, até então pouco contemplada pela teoria política.

Como observa Bobbitt, a Paz de Vestfália ratificou uma nova forma de Estado (*kingly state*)<sup>94</sup>, que embora não configure, ainda, o modelo que se consolidará na Europa e se disseminará por todo o ocidente (*territorial state*), é a sua semente; o que

---

<sup>92</sup> Ao final, as conclusões do autor são diretas: “If accepted, my reexamination here of the standard account of ‘Westphalia’ should alert us to a number of important insights: namely, that sovereignty as currently understood does not go back to the seventeenth century; that, even then and nevertheless, relations among autonomous actors were perfectly possible without waiting for the concept (in its current sense) to be invented; that the degree of autonomy of the actors might vary considerably (in part by their own choosing) without therefore necessarily leading to hegemonial domination or even empire (in the everyday meaning of the word); that, consequently, the dichotomy empire-sovereignty is a false one; that a low degree of autarchy of individual actors, on the one hand, and a high degree of transborder social linkage, on the other, will likely produce more elaborate forms of institutionalized cooperation; and that this has happened before and thus is not a revolutionary new phenomenon.” OSIANDER, Andreas. Sovereignty, international relations, and the Westphalian myth. **International organization**. Vol. 55, n. 2, 2001, p. 251-287. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org>>. Acesso em: 05 Dez. 2014. p. 260-281, passim.

<sup>93</sup> Apoiar essa interpretação Jens Bartelson, como constata-se do seguinte excerto de sua obra: “Within the discipline of modern international relations, the existence of an international society of states has long constituted a point of departure for further inquiry. On those relatively rare occasions when scholars have felt compelled to inquire into the historical origins of this international society, they have argued that the peace of Westphalia constitutes a crucial turning point, when papal and imperial claims to boundless authority were finally and decisively replaced by a system of territorial states. Yet it has been argued that this view of the origin of modern international society is nothing but a myth. According to the critique, this myth was created during the nineteenth century in order to endow the then emergent international order with a more noble ancestry.” BARTELSON, Jens. **Visions of world community**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 86.

<sup>94</sup> Nos termos em que o próprio autor esclarece, sobretudo para aclarar os conceitos de *territorial state* e *kingly state*: “The outcome of the Thirty Years’ War finally established the pre-eminence of the kingly state, although in such a way as to seed the next development in statecraft, the territorial state. Partly this had to do with the way the war was fought. [...] The territorial state had special concerns that contrasted with those of the kingly state. Whereas a kingly state was organized around a person, the territorial state was defined by its contiguity and therefore fretted constantly about its borders. For the territorial state, its borders were everything — its legitimacy, its defense perimeter, its tax base. The territorial state depended on vigorous trading systems because its domestic market might often be insignificant, and also because it derived a significant amount of its revenue from taxing imports.” BOBBITT, Philip. **The shield of achilles: war, peace, and the course of history**. New York: Anchor Books, 2003. p. 95-121, passim.

se verifica de imediato é a substituição de uma visão de império continental dinástica (*princely state*) até então favorecida pelo alcance internacional da Igreja e do Sacro Império Romano, cuja derrocada permitiu a emergência de Estados verdadeiramente soberanos (pelo menos definitivamente desancorados das prescrições religiosas<sup>95</sup>). Em uma passagem, o paralelo traçado pelo autor entre Vestfália e Filadélfia – lembrando ter sido este o local, no segundo congresso, em que Thomas Jefferson redigiu a Declaração de Independência Norte-Americana – não deixa dúvida da importância que pode, sim, ser atribuída aos tratados em questão: Vestfália forneceu o modelo que seria adotado posteriormente pelas convenções constitucionais internacionais, representando para a Europa, em 1648, o que a Filadélfia significou para as colônias americanas em 1789.<sup>96</sup>

Além disso, é preciso ressaltar que a secularização das relações internacionais e a estrutura político-jurídica que se tornou referência a partir da Paz de Vestfália, garantindo-lhe a posição de marco aqui sustentada, não decorrem de um momento histórico descontextualizado. O acordo de paz não foi selado pela pura vontade e força política dos Estados envolvidos; “há mais de 150 anos antes disto, sobretudo com a Paz de Augsburg, em 1555, já estava em curso um processo de modificação da estrutura das relações internacionais que viria a culminar com a Paz celebrada em 1648.”<sup>97</sup>

Aliás, ao tratar desse específico contexto, impõe-se a menção ao holandês Hugo Grócio (1583-1645)<sup>98</sup> – especialmente, quanto a uma de suas mais aclamadas obras, *De Jure Belli ac Pacis*<sup>99</sup> (1625) –, cuja reputação como pai do direito internacional (trazendo a palavra “sistema” para o vocabulário da política

<sup>95</sup> Gerando, inclusive, agravos públicos pelo Papa Inocêncio X, que expressando a posição da Igreja, pronunciou-se nos seguintes termos: “The Peace of Westphalia ‘is null, void, invalid, damnable, reprobate, inane, empty of meaning and effect for all time,’ declared Pope Innocent X, reflecting a shrewd and percipient assessment of the implications of the treaty for a universalist Catholic Europe.” BOBBITT, Philip. **The shield of achilles: war, peace, and the course of history**. New York: Anchor Books, 2003. p. 116:

<sup>96</sup> BOBBITT, Philip. **The shield of achilles: war, peace, and the course of history**. New York: Anchor Books, 2003. p. 502-503.

<sup>97</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 83-84.

<sup>98</sup> “Huigh van Groot, ou simplesmente Hugo Grócio, nasceu em Delft, na Holanda, em 10 de abril de 1583. Num ambiente permeado por novidades políticas, por uma crescente pujança econômica e pela dinâmica dos debates religiosos, Grócio representou, certamente, a melhor expressão do florescimento que se fez conhecer como milagre holandês.” Conforme VITA, Caio Druso de Castro Penalva. Hugo Grócio. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009. p. 387.

<sup>99</sup> Em tradução para o português GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005.

internacional) está diretamente associada a Vestfália e ao término da Guerra dos Trinta Anos.<sup>100</sup> Não se desmerece, com essa assertiva, outros precursores da fundação do *direito* internacional, como Vitoria, Suárez ou Alberico Gentili, apenas se enaltece o fato de ter sido Grócio “o primeiro a transpor claramente essas questões internacionais da moral para o direito.”<sup>101</sup>

Esse registro torna-se obrigatório, de acordo com Bull, à medida que, muito embora concluída três anos após a sua morte, a Paz de Vestfália concretiza a ideia de sociedade internacional proposta por Grócio em *De Jure Belli ac Pacis*, daí a paternidade intelectual que lhe é reconhecida, por ter teorizado o primeiro acordo de paz geral dos tempos modernos. Ao acentuar a originalidade do “milagre holandês” (como chegou a ser chamado Grócio), Bull esclarece, na contramão do que normalmente se aduz, que esse conjunto de tratados não marca o início do sistema internacional moderno ou de um sistema de estados, de origem praticamente coincidente com o aparecimento de Estados soberanos, portanto, no final do século XV. Também não sinaliza o surgimento de um sistema de Estados-nação, que se desenvolverá apenas nos séculos XVIII e XIX. Da Paz de Vestfália frutifica uma autêntica sociedade internacional, mais do que um mero sistema, pois pressupõe a aceitação por parte dos Estados de regras e instituições que os vinculam em suas relações uns com os outros, bem como de um interesse comum que os mantêm.<sup>102</sup>

Para dar mais acurado sentido a tal distinção, há excertos do mesmo autor, em outra obra, segundo o qual existe uma sociedade de Estados (ou uma sociedade internacional) “quando um grupo de Estados, consciente de seus interesses e valores comuns, formam uma sociedade no sentido de que se consideram vinculados por uma série de normas comuns que regulam suas relações”, colaborando, ademais, no funcionamento de instituições que lhes são comuns. Um simples sistema de Estados (ou sistema internacional), por sua vez, exige apenas que dois ou mais Estados tenham razoável contato entre si, exercendo mutuamente suficiente impacto sobre as decisões do outro a ponto de se comportarem – em alguma medida – como partes de um todo. A partir disso, conclui-se que uma sociedade internacional pressupõe um

---

<sup>100</sup> WIGHT, Martin. **Systems of states**. New Jersey: Leicester University, 1977. p. 113.

<sup>101</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.655.

<sup>102</sup> BULL, Hedley. The importance of Grotius in the study of international relations. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam (Org.). **Hugo Grotius and international relations**. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 75.

sistema internacional, mas não sendo a recíproca verdadeira, tendo em vista ser possível a existência de um sistema internacional que não seja uma sociedade de Estados, por faltar-lhe os mencionados componentes.<sup>103</sup>

Se Hobbes “generalizou a partir da vida do indivíduo para a do Estado” – logo, a guerra como condição natural dos homens, que não teria fim sequer com o Estado soberano (Leviatã), apenas seria transferida para outro plano, pondo os Estados como inimigos por natureza –, “[...] Grotius partiu das vidas das pessoas em sociedade para a dos Estados em sociedade. A condição natural das sociedades é de potencial cooperação: ninguém é uma ilha auto-suficiente.” Portanto, não será o medo, mas a ambição que levará os Estados a aterm-se aos seus acordos.<sup>104</sup>

Desse modo, "em seu amplo impacto sobre o curso da história internacional a teoria de Grotius e a prática da Paz Westphalia marcharam juntos", solidificando o conceito de soberania<sup>105</sup>, que, se externamente avançou diante da possibilidade juridicamente reconhecida de os príncipes alemães formarem alianças fora do Império, por exemplo, internamente avançou no sentido de reafirmar a autoridade do Estado sobre a Igreja. Tanto que "as reivindicações do papado de ser uma instituição super-Estado com direito de pronunciar-se sobre a validade dos tratados celebrados entre as potências cristãs foram explicitamente rejeitadas." Mais uma vez se confirma a importância de Vestfália, que demonstrou na prática o que Grócio havia idealizado em teoria, ratificando "que a independência ou soberania dos Estados não era

<sup>103</sup> BULL, Hedley. **The anarchical society**: A Study of Order in World Politics. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002. p. 9-13: “[...] A *society of states* (or international society) exists when a group of states, conscious of certain common interests and common values, form a society in the sense that they conceive themselves to be bound by a common set of rules in their relations with one another, and share in the working of common institutions. [...] An international society in this sense presupposes an international system, but an international system may exist that is not an international society.” (grifo do autor). Em tradução espanhola, BULL, Hedley. **La sociedad anárquica**: Un estudio sobre el orden en la política mundial. Traducción de Irene Martín Cortés. Madrid: Catarata, 2005.

<sup>104</sup> BOBBITT, Philip. **A guerra e paz na história moderna**: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 493.

<sup>105</sup> Na definição trabalhada por Hugo Grotius, “chama-se soberano quando seus atos não dependem da disposição de outrem, de modo a poderem ser anulados a bel-prazer de uma vontade humana estranha. Dizendo ‘vontade humana estranha’, excluo aquele que exerce esse poder soberano e ao qual é permitido mudar de vontade. Excluo também seu sucessor que goza do mesmo direito que ele e que, em decorrência, possui o mesmo poder e não outro. Vejamos qual o objeto desse poder supremo. Ele é comum ou próprio. Do mesmo modo que o objeto comum da visão é o corpo e que seu objeto próprio é o olho, assim o objeto comum da soberania é o Estado que definimos anteriormente como uma associação perfeita.” GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 175-176.

incompatível com a sua sujeição à lei ou o reconhecimento de laços comuns da sociedade."<sup>106</sup>

Na atenta observação de Sabine, a importância de Grócio na história da ciência do Direito deriva justamente “de sua concepção de um direito que regulava as relações entre estados soberanos”, sendo apenas “necessário sublinhar a importância prática de tal coisa no século XVII.”<sup>107</sup>

As velhas doutrinas teológicas da Idade Média e quaisquer dos métodos herdados da tradição medieval não conseguiriam restabelecer a calma na Europa religiosamente cindida e restaurar o Direito, que só poderia ser recomposto vinculando-se “aos dados gerais de uma nova cultura em vias de triunfar em toda a elite intelectual e por toda Europa”, o que foi levado a cabo por Grócio.<sup>108</sup>

No decorrer da história, a esses aportes serão somadas as contribuições de Thomas Hobbes, que com *Leviathan*, ao formular um dos pilares teóricos clássicos do Estado soberano, completaria a passagem para a modernidade, cujos pressupostos

---

<sup>106</sup> BULL, Hedley. The importance of Grotius in the study of international relations. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam (Org.). **Hugo Grotius and international relations**. Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 77-78: “However, in their broad impact on the course of international history the theory of Grotius and the practice of the Peace of Westphalia marched together. The external sovereignty of states was advanced by recognition of the rights of German princes to form alliances outside the Empire, and by recognition of the independence of the Netherlands and of the Swiss Confederation. The internal sovereignty of states was advanced by reaffirmation of the authority of the state over the church, a doctrine as dear to the heart of Grotius as it was to the heart of Hobbes. The ambitions of the Austrian Habsburgs to restore a unified German Reich under their leadership were frustrated, even though the Habsburgs were not deprived of the right to seek to have their candidate elected to the office of Holy Roman Emperor, as some would have liked, and in the event continued to monopolize the office until Napoleon's abolition of the Holy Roman Empire in 1806, except for one brief period. The claims of the papacy to be a super-state institution with a right to pronounce on the validity of treaties concluded among Christian powers were explicitly rejected. (It was the common fate of the works of Grotius and of the Treaties of Westphalia to be denounced by Rome: the papacy for several centuries conducted a rearguard action against the very idea of international law, which it denounced as a Protestant science, and even as late as 1899 the Vatican was refused permission to send a delegation to the Hague Peace Conference because *De Jure Belli ac Pacis* was still on the Index.) At the same time the Westphalia treaties demonstrated in practice, just as Grotius had done in theory, that the independence or sovereignty of states was not incompatible with their subjection to law or their recognition of the common bonds of society.”

<sup>107</sup> SABINE, George H. **Historia de la teoría política**. Revisada por Thomas Landon Thorson. Traducción de Vicente Herrero. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 328: “La importancia que tiene Grocio en la historia de la ciencia del derecho no deriva de una teoría del estado ni de nada de lo que dijo en materia de derecho constitucional, sino de su concepción de un derecho que regulaba las relaciones entre estados soberanos. Apenas es necesario subrayar la urgencia práctica de tal cosa en el siglo XVII. [...] La contribución hecha por Grocio al campo especial del derecho internacional excede de los límites de una historia de la teoría política.”

<sup>108</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 640.

repousarão seguros, pelo menos por algum tempo. Muito ainda havia para se desdobrar, mas também muito havia para ser questionado.



### 3 O ESTADO DE DIREITO E AS INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS DOS PRIMÓRDIOS DO CONSTITUCIONALISMO

A experiência de constituição do Estado e dos contornos estruturais que o acompanham até os dias de hoje a partir do marco da modernidade não invalida, pelo menos não por completo, a contribuição e a influência das experiências pré-modernas, cujo contexto, com todos os seus problemas, necessidades e dilemas, reuniu um conjunto de circunstâncias responsáveis pela dinâmica da evolução histórica que lhe deixou no passado.<sup>109</sup>

Tomando-se em consideração o fluxo habitual de desenvolvimento das instituições, são, em geral, as insuficiências de um modelo que conduzem a sua superação. Essas insuficiências podem ser motivadas pelas questões mais diversas, mas o fato é que, em um determinado momento, o futuro invade o presente e as estruturas político-jurídico-sociais transformam-se em passado, pois já não correspondem às demandas da realidade.

Com respeito às carências do medievo, nada mais esperado que a tentativa de aperfeiçoamento, típica da modernidade, irrompa com vigor, devendo-se a isso, aliás, a própria “invenção” do Estado. Como dito de início, no entanto, as novidades inauguradas no tempo do império da razão não devem e nem podem ignorar sua precedência.

Assim como a figura do Estado costuma ter suas investigações iniciadas a partir desse ponto, em especial, ainda que momentos anteriores tenham lhe imprimido alguns sinais importantes, o Constitucionalismo, comumente, é enfatizado nas suas feições pós-revolucionárias, em boa parte pelo indiscutível prestígio das revoluções americana (1776) e francesa (1789), que alteraram definitivamente os paradigmas de compreensão do Estado de Direito e, assim, do Constitucionalismo.

---

<sup>109</sup> Essa referência a uma espécie de “continuidade” histórica que implica a contínua influência do passado no presente é também adotada por Saskia Sassen, que assume “a história” como ferramenta para um estudo analítico das transformações atuais. Para a autora “na história, o ‘novo’ raramente surge simplesmente *ex nihilo*. É profundamente imbricado no passado, principalmente mediante a histerese, através de uma dinâmica de inflexão que obscurece tais ligações com o passado.” Conforme justifica Sassen, “the scholarship on the earlier periods, with all its debates, produces a far more complex landscape than indicated by models of current social change, which are typically geared toward isolating key variables to create order where none is seen. Detailed historical accounts and debates open up the range of possibilities. Looking at this earlier phase is a way of raising the level of complexity in the inquiry about current transformations.” SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights**: from medieval to global assemblages. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 4-11.



O que se pretende destacar é que uma investigação que retome a Idade Média e algumas de suas conformações, passando, aí sim, pela transição à modernidade, tem muito a agregar ao entendimento e à justificação das instituições político-jurídicas hodiernas.

Compartilhando as mesmas preocupações relativas aos recortes habitualmente feitos na história do Constitucionalismo moderno, Dippel assinala que apesar de seus mais de dois séculos de existência – já que o único fato que parece estar fora de discussão é o seu surgimento ao final do século XVIII –, o conhecimento que se tem acerca desse trajeto é praticamente nulo. Ao mesmo tempo em que o Constitucionalismo consolida-se, guardadas algumas singularidades, como uma espécie de princípio político universal – quase todos os países do mundo possuem uma Constituição escrita segundo as bases do Constitucionalismo moderno –, não se sabe, em definitivo, como tudo isso aconteceu. Há importantes estudos, sem dúvida, que contribuem ao enriquecimento do que se conhece sobre o tema, mas ainda é pouco o que dizem acerca do Constitucionalismo moderno e sua história. Além disso, não raro tomando-se como ponto de partida o Estado-Nação, tais investidas teóricas tendem a carecer de perspectivas amplas, circunscrevendo-se, frequentemente, a uma acumulação de informação Estado por Estado.<sup>110</sup>

Nesse sentido, o presente capítulo objetiva examinar as transformações do Estado e do Direito nessa fase de transição, inicialmente, passando pelo surgimento do Constitucionalismo, que até ser adjetivado de “Contemporâneo”, em seu processo de amadurecimento vivencia, além de grandes revoluções, duas grandes guerras, sem olvidar que nesse curso o Constitucionalismo vai moldando (e vai sendo moldado, difícil determinar<sup>111</sup>) o Estado de Direito, que incorpora feições liberal, social e, enfim, democrática.

---

<sup>110</sup> DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Traducción de Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 41-42.

<sup>111</sup> Acerca da vinculação entre Constitucionalismo e Estado (forma típica da Idade Moderna), para extirpar qualquer dúvida, recorre-se a Grasso quando este lhes reconhece uma conexão de fatores e elementos de caráter ideal e espiritual. Segundo o autor, “Aunque surgidos en épocas diferentes y también entre discordancias, Estado moderno y constitucionalismo tuvieron en común su origen ideal, en cuanto fenómenos derivados de los movimientos históricos: racionalismo y secularización.” GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del constitucionalismo después del estado moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.93-94.

### 3.1 Transformações do Estado e do Direito: o surgimento do Constitucionalismo moderno e a influência das experiências jurídicas pré-modernas

A “forma” em que o Estado chega à contemporaneidade é legado, em seus traços mais gerais, pelo menos, 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. Seguindo a linha de Canotilho sobre o Estado adjetivado<sup>112</sup>, pode-se dizer que o absolutismo foi o primeiro conteúdo do Estado moderno.<sup>113</sup>

Em relação ao seu surgimento, conforme visto, aponta-se como um dos fatores determinantes a necessidade de um Estado forte, centralizador, diante da fragmentação e da instabilidade de poder verificada até então, cuja resposta encontrada, nesse contexto, foi o advento do Estado absolutista (e, corolário, a reunificação do poder na figura do rei).

A própria inteligibilidade da locução política “Estado” na sua realidade contemporânea exige a remissão a elementos históricos que ilustram a natureza governativa da sociedade ocidental, desde a Antiguidade, passando pela Idade Média. Esse paralelo permitirá a compreensão da figura estatal moderna enquanto novidade que é, de fato: “uma nova representação de poder grandemente distinta daquela que prevaleceu em passado mais remoto ou até mesmo mais próximo, como foi o largo período medievo.”<sup>114</sup>

Como já assinalado no capítulo anterior, o período medieval foi marcado pelo entendimento de que todo poder terreno, assim como todo preceito jurídico, retiravam sua legitimação e validade do direito natural de derivação divina. Grande parte das regras jurídicas relativas ao comportamento dos sujeitos e à organização do poder procediam da formação espontânea dos costumes, elaboradas, portanto, empiricamente e, assim, desapegadas de qualquer racionalização e imposição formal. Ao exemplo da “Constituição mista”, segundo os termos de Fioravanti<sup>115</sup>, a legislação

---

<sup>112</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da constituição. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 25-40, 2002. Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

<sup>113</sup> Tal como sustentam Streck e Bolzan de Moraes, ao referirem-se ao Estado Absolutista como “uma primeira versão”, ou uma “primeira expressão do Estado Moderno”. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45-46.

<sup>114</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19.

<sup>115</sup> Os aportes em questão podem ser buscados em FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 55-70.

escrita da época “constituía uma fonte parcial com disciplinas fragmentárias, disseminadas, complementares e, não obstante, explicativas com respeito às demais manifestações do direito.” Com a irrupção absolutista e suas conseqüentes inovações, afirma-se a preeminência e, inclusive, a onipotência da lei escrita, tendo em vista que à unificação pretendida é imprescindível o monopólio da produção normativa, o que se dará por meio de normas positivas cuja única fonte autorizada é o ente estatal.<sup>116</sup>

O mesmo traço também é notado por Ferrajoli, que ao refletir sobre o passado e o futuro do Estado de Direito sustenta dois modelos normativos diferentes: “o modelo paleo-iuspositivista de *Estado legislativo de Direito* (ou Estado legal), que surge com o nascimento do Estado moderno como monopólio da produção jurídica;” e o “modelo neo-iuspositivista de *Estado constitucional de Direito* (ou Estado constitucional),” produto das Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias que desenvolvem na Europa depois da Segunda grande guerra.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> Sobre esses aspectos discorre Pietro Giuseppe Grasso: “Para el objetivo de la presente exposición, hay que considerar sobre todo dos elementos esenciales del derecho positivo europeo introducidos en la Edad Moderna, que conocieran desarrollos adicionales en épocas sucesivas: el Estado y la preeminencia de la ley escrita, impuesta mediante un acto formal de una autoridad. a) Diferentemente de las formas anteriores de gobierno, consideradas como resultado causales de acontecimientos imprevistos, el Estado se definía en cambio como una construcción artificial, calculada, abstracta, de la razón, preordenada conforme a un designio preciso, casi una ‘obra de arte’, un mecanismo, un edificio político. Además, en su enunciado primigenio, la soberanía como potestad suprema, independiente, original, se concebía prácticamente como resultado de operaciones lógicas consideradas suficientes para demostrar como insertado en el poder político un título radical absoluto de autojustificación, independiente de reglas heterónomas, simple, sintético. En sentido conforme a la concepción racionalista, amén de soberano el Estado se calificaba como ordenamiento ‘político’, pues se le consideraba legitimado para velar por todos los fines posibles de la coexistencia pacífica de una comunidad en un territorio determinado, en lugar de las complicadas y fragmentarias organizaciones medievales. b) Conforme al conocimiento general, durante la Edad Media toda potestad terrena, así como todo precepto jurídico, hallaba legitimación y validez en el derecho natural de derivación divina. Gran parte de las reglas de derecho positivo referentes a las relaciones entre los sujetos y a la organización de los poderes públicos se dejaban después al albedrío de la formación espontánea de costumbres elaboradas empíricamente, poco a poco y fuera de cualquier racionalización e imposición por parte de sujetos titulares de imperio. La legislación escrita constituía una fuente parcial con disciplinas fragmentarias, diseminadas, complementarias y, sin embargo, explicativas respecto a las demás manifestaciones del derecho. Con las innovaciones del absolutismo llegaron, en cambio, a afirmarse, en línea de principio, la preeminencia e incluso la ‘omnipotencia’ de la ley escrita, ya que ésta se definía capaz de situarse como fuente única – como un monopolio – para la formación de las normas positivas.” GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del constitucionalismo después del estado moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 33-34.

<sup>117</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 14: “La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del *Estado legislativo de Derecho* (o *Estado legal*), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del *Estado constitucional de Derecho* (o *Estado constitucional*), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.”

O segundo modelo será retomado mais adiante. Quanto ao primeiro, o jurista italiano é categórico ao afirmar seu entrelaçamento, o alcance de sua realização histórica, precisamente “no momento em que se afirma o princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito válido”, independentemente, a partir de agora, de sua valoração como justo. Trata-se de uma mudança radical, pois o critério de validade das normas jurídicas passa a ser, exclusivamente, a despeito de seu caráter justo ou não, a sua proposição pela autoridade normativamente competente – o que opera, também, uma variação de paradigma para a ciência jurídica<sup>118</sup> (o Direito, como algo posto pela figura estatal, diferentemente de toda e qualquer experiência pré-moderna, distingue-se da ciência do Direito, agora enquanto seu objeto de estudo e análise).<sup>119</sup>

Em conformidade com a mentalidade da época, a lei na forma escrita “apresentava-se como o instrumento de expressão apto a fazer valer os cânones de racionalidade, clareza, precisão, eficácia adequados à imagem de uma Humanidade emancipada.” Mais do que isso, a lei receberia seu conteúdo a partir do trabalho de um legislador iluminado, alheio a paixões, tradicionalismos e religiosidade, completamente comprometido, portanto, com a racionalidade, o que acaba resultando, por consequência, no abandono gradual da eficácia do costume.<sup>120</sup>

Esse afastamento e até mesmo desconfiança com relação aos costumes aliado à expansão do racionalismo produzirão, como mencionado, importantes efeitos sobre o modo de entender a ciência jurídica. De um modo geral, essa postura assentará as bases metodológicas do fenômeno da codificação, como parte do processo da própria

<sup>118</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 16: “El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del *Estado legislativo de Derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que con su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido <<puesta>> por una autoridad dotada de competencia normativa.”

<sup>119</sup> A diferenciação do Direito (enquanto objeto) em relação à ciência do Direito encontra importante referência em Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, ainda que muito antes de o jurista austríaco tornar-se expoente do positivismo jurídico no início do século XX, a Escola Histórica do Direito (final do século XVIII e início do século XIX) e, após, a jurisprudência dos conceitos, tenham se firmado como marcos do formalismo jurídico alemão, construídos ao longo do século XIX. Pode-se dizer que a jurisprudência dos conceitos está para o contexto alemão o que a escola da exegese representou para o formalismo francês e, por que não, o que a jurisprudência analítica de John Austin (1790-1859) operou na Inglaterra.

<sup>120</sup> GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del constitucionalismo después del estado moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 35: “Conforme a la mentalidad de la época, la escritura se presentaba como el instrumento de expresión apto para hacer valer los cánones de racionalidad, claridad, precisión, eficacia adecuados a la imagen de una Humanidad emancipada.”

evolução do Direito que, desde o surgimento do Estado, foi privilegiando a figura da lei sobre o costume. Não obstante, esse movimento não implicou automaticamente a racionalização jurídica da multiplicidade de leis existentes, tanto que o período final do Antigo Regime ainda contava com uma enorme variedade e dispersão de fontes jurídicas, apesar de todos os esforços teóricos contrários. Diante, então, desse quadro complexo e ainda não satisfatoriamente alinhado, a técnica tipicamente racionalista aponta para a codificação, que consiste na ordenação racional de material de um determinado setor jurídico a partir da redação de novas regulações concretas que dessem conta de evitar contradições e lacunas – não sendo suficiente, portanto, a mera reunião de textos anteriores por um critério qualquer.<sup>121</sup>

Para sintetizar, o ponto mais relevante a que toda essa construção conduz, ainda na linha apresentada por Ruiz Miguel, é a constatação de que o Constitucionalismo procede das mesmas ideias centrais que trouxeram à tona a necessidade da codificação em matérias específicas, como civil e penal, especialmente se considerar-se que a Constituição, em um estágio inicial, ao menos, “não é mais que uma espécie de lei ordenara – um código ou, melhor, um supracódigo –, por mais que sua função seja regular o poder político.”<sup>122</sup>

<sup>121</sup> Segundo especifica o próprio autor: “El comentado abandono del principio de autoridad en el paso del pensamiento medieval al moderno, y en general la expansión del racionalismo y el nuevo concepto de razón, tuvo también importantes efectos en el modo de entender la ciencia jurídica. En la época moderna se tiende a desechar o minusvalorar la dedicación predominantemente exegética al *ius commune* en favor de una actitud más sistemática e independiente de textos jurídicos-positivos. Tal actitud sienta las bases metodológicas, así como de contenido e inspiración, del fenómeno de la codificación. Ese cambio en la ciencia jurídica se corresponde también con la evolución del propio Derecho, que al menos desde el surgimiento y asentamiento de los Estados modernos fue privilegiando cada vez más a la ley como fuente preferente sobre la costumbre y a la interpretación de la ley sobre la doctrina jurídica y los precedentes judiciales, es decir, en ambos casos haciendo dominar la voluntad del presente frente a la autoridad del pasado. [...] No obstante, ha de observarse que tales procesos no implicaron en la práctica por sí solos y automáticamente una especial racionalización jurídica de la multiplicidad de leyes existentes, pues el período final del Antiguo Régimen todavía se caracteriza por una gran variedad y dispersión de las fuentes jurídicas: así, en la España del siglo XVIII, a pesar de las forzadas unificaciones de los Derechos de los territorios históricos impuestas por Felipe V, se produce un fenómeno de «hipertrofia legislativa», producto también de la acumulación de viejas leyes en desuso que no se derogaban. [...] Frente a la complejidad y dispersión legislativas, se propusieron dos técnicas muy diferentes: una, tradicional y escasamente racionalista, es la de la *recopilación*, que reunía los textos tradicionales, fuera por orden cronológico o sistemático, pero amalgamando los distintos textos y dejando subsistir las contradicciones y carencias de la legislación recopilada; la otra, típicamente racionalista, es la *codificación*, esto es, la ordenación racional del material de un sector jurídico partiendo de nuevo o, al menos, redactando de nuevo las regulaciones concretas y tratando de evitar contradicciones, redundancias y lagunas.” MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Una filosofía del derecho en modelos históricos**: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2002. p. 270-271.

<sup>122</sup> MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Una filosofía del derecho en modelos históricos**: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2002. p. 276: “En realidad, el constitucionalismo procede de las mismas ideas fuerza que impulsaron la necesidad de la codificación en materia civil y penal, puesto que una constitución no es más que una especie de ley ordenada – un código o,



Não é novidade que a ideia de Constituição é muito mais antiga que o seu conceito, o qual surge tão somente em fins do século XVIII, acompanhado do Estado constitucional. Ainda assim, desde a antiguidade, desde os gregos e os romanos, pelo menos, é possível “detectar-se a ideia de que existem ou devem existir em toda comunidade política um conjunto de normas superiores ao direito ordinário cujo objeto seria preservar a continuidade da organização que rege essa comunidade.” Trata-se de um pensamento que ressurgiu na Idade Média e permanece na Idade Moderna, de modo que, mesmo inexistente uma prática racionalizada de Estado “constitucional”, a ideia de limitação do poder pelo Direito, no mínimo, para assegurar a permanência da forma política, era postulada nos âmbitos político e jurídico europeu dos séculos XVI e XVII.<sup>123</sup>

Não à toa que o tema central desenvolvido pelos constitucionalistas “é o claro reconhecimento do papel do Estado na sociedade, unido à determinação de controlar esse poder estatal e por limites para o seu exercício.” Das várias tentativas e teorias voltadas à solução desse dilema, a mais significativa para a época moderna tem sido a doutrina da separação dos poderes<sup>124</sup> – cuja união com o conceito de Estado

---

mejor, un supracódigo –, por más que su función sea regular el poder político. Tales ideas fuerza pueden reducirse básicamente a tres: en primer lugar, la primacía de la ley y la creencia en su valor renovador y transformador de la realidad; en segundo lugar, la exigencia liberal de someter a límites preestablecidos al poder político, garantizando al mismo tiempo ciertas libertades individuales, mediante la clara y segura atribución de los derechos y deberes correspondientes; y, en fin, la búsqueda de la seguridad jurídica mediante el conocimiento general que permite un texto escrito, simple y claro.”

<sup>123</sup> REYES, Manuel Aragón. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM/Trotta, 2007. p. 29: “Como es bien conocido, la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto. Este último no surge hasta que nace el Estado constitucional a finales del siglo XVIII; en cambio, desde la más remota Antigüedad, o al menos desde el mundo griego y romano, puede detectarse la idea de que existen o deben existir en toda comunidad política un conjunto de normas superiores al derecho ordinario cuyo objeto sería preservar la continuidad de la forma de organización que rige en esa comunidad. Esa idea, presente desde luego en los periodos de esplendor de la democracia ateniense y de la república romana, resurge en la Edad Media como base de la llamada «constitución estamental» y continúa en la Edad Moderna a través de la noción de *lex fundamentalis*. Es cierto que no existió, en modo alguno, con anterioridad al siglo XVIII, una práctica racionalizada de Estado «constitucional», pero no es menos cierto que aquella idea de limitación del poder por el derecho, al menos para asegurar la permanencia de la forma política, era postulada por sectores del pensamiento político y jurídico europeo de los siglos XVI y XVII [...]”

<sup>124</sup> Tanto que, segundo Matteucci, a despeito de outras definições do termo (como técnica de liberdade; representação do Governo das leis e não dos homens; expressão da racionalidade do direito e em face do poder...), “a definição mais conhecida de Constitucionalismo é a que o identifica com a divisão do poder ou, de acordo com a formulação jurídica, com a separação dos poderes”, muito embora essa limitação do Constitucionalismo ao princípio da separação dos poderes revele-se inadequada e errada: “inadequada, se se quiser compreender a dinâmica política real das nossas instituições parlamentares; errada, se se buscam novos princípios constitucionais capazes de impedir o arbítrio da maioria governativa. Na realidade, a separação dos poderes foi ideada e articulada para uma sociedade ainda aristocrática, com um regime político monárquico; hoje, ao

representativo, outro pilar do pensamento político ocidental, “constitui o fundamento principal de todos os sistemas de governo denominados «constitucionais».”<sup>125</sup>

Sendo assim, ao tomar-se o Constitucionalismo, genericamente, como uma forma de controle do poder político, reforçam-se as teses que se propõem a identificá-lo mesmo antes da configuração da estatalidade moderna; trata-se de um Constitucionalismo que costuma ser acompanhado pelo adjetivo “antigo”, com bases estruturais fincadas em um tempo distante, inclusive, das grandes revoluções (com destaque para a norte-americana de 1776 e a francesa de 1789) as quais se atribui a gênese do Constitucionalismo moderno.

Diz-se genericamente porque a expressão Constitucionalismo comporta concepções e explicações diferentes. Contudo, em um sentido amplo convergem acepções bastante extensivas, que permitem incluir no termo em questão as inúmeras figuras históricas de normas e limitações dos poderes públicos, estabelecidas em forma de direito positivo para impedir despotismos e autocracias. É nesse sentido que se fortifica a ideia de um Constitucionalismo antigo, próprio dos ordenamentos grego e romano, bem como de um Constitucionalismo da Idade Média europeia.<sup>126</sup>

De modo bastante claro, Fioravanti sustenta a existência e a possibilidade de verificação distintiva de um Constitucionalismo antigo, medieval e moderno, opondo-se à ideia geral e difundida de que o medievo, por sua dominação teocrática, pelo domínio do Império e da Igreja e por suas justificativas e legitimações de poder inafastavelmente dependentes de Deus, apareça entre parênteses, como “a idade do

---

invés, vivemos em sociedades democráticas, de sufrágio universal, quase sempre republicanas, ou onde a monarquia já não conserva os antigos poderes.” MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998. p. 248-252.

<sup>125</sup> VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 1-2: “El tema central que desarrollan los defensores del constitucionalismo, a diferencia de los utopistas o los absolutistas – ya se sitúen en posiciones de izquierda o de derecha – es el claro reconocimiento del papel del Estado en la sociedad, unido a la determinación de controlar ese poder estatal y poner límites para su ejercicio. De todas las teorías del Estado que han intentado dar una solución a este dilema, la doctrina de la separación de poderes ha sido la más significativa en la época moderna, tanto intelectualmente como por la influencia que ha ejercido sobre las estructuras institucionales. Esta doctrina, junto al otro pilar del pensamiento político occidental – el concepto de Estado representativo –, constituye el fundamento principal de todos los sistemas de gobierno denominados «constitucionales».”

<sup>126</sup> GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del constitucionalismo después del estado moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 79.



*eclipse da constituição*, compreendida entre o antigo e o moderno, a idade em que a consciência coletiva da necessidade de uma lei fundamental se dissolve.”<sup>127</sup>

Na tentativa de encontrar uma definição tipológica para o termo Constitucionalismo, Matteucci alude que o mesmo faz referência “a certos momentos de uma reflexão sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder, momentos próprios da história europeia desde o mundo antigo (grego, mas, sobretudo, romano).” De uma perspectiva mais politológica que historiográfica essa reflexão apresenta-se vinculada de forma bastante próxima ao constantemente afirmado princípio do *nómos basiléus*, levando o autor a associar a noção de Constitucionalismo não tanto a um período histórico ou a uma corrente de ideias políticas e sociais, mas a um “tipo ideal” para se pensar e refletir acerca da realidade histórica, ou uma categoria analítica para mostrar aspectos particulares da experiência política.<sup>128</sup>

Sobre as diferenciações entre Constitucionalismo antigo e moderno, em obra que carrega justamente este título<sup>129</sup> e se propõe à análise meticulosa do tema,

<sup>127</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 33-34: “Hay una idea general sobre el Medievo todavía bastante difundida, aunque ya no común. Es la idea del Medievo teocrático, dominado por la presencia rectora, en sentido universalista, del Imperio y de la Iglesia, dentro del cual las únicas autoridades políticas legítimas son aquellas directa o indirectamente vicarias de Dios: una época en la que todo el poder desciende de lo alto, a través de una cadena jerárquicamente ordenada. [...] La conclusión de tal planteamiento es también obligada: el Medievo, desde el punto de vista de la historia constitucional, aparece entre paréntesis, es la edad de la conciencia colectiva de la necesidad de una ley fundamental se disuelve. Pues bien, todo nuestro segundo capítulo está dedicado a rechazar esta tesis y a sostener así la existencia de una verdadera y auténtica *constitución medieval* [...]”

<sup>128</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. p. 23: “Con el término «constitucionalismo» se hace referencia generalmente a ciertos momentos de una reflexión sobre la experiencia político-jurídica relativa a la organización del poder, momentos propios de la historia europea desde el mundo antiguo (griego, pero sobre todo romano). Desde un punto de vista más politológico que historiográfico [...], esta reflexión presenta temas de gran afinidad, o, si se quiere, una profunda semejanza con el principio constantemente afirmado, el del *nómos basiléus*. Precisamente por esto, con «constitucionalismo» se indica no tanto un período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, en la que encontrase su propia unidad, sino un «tipo ideal» para reflexionar sobre la realidad histórica, o una categoría analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política: de esta concepción derivan, con un notable nivel de abstracción, algunos elementos que permiten cribar el material histórico.”

<sup>129</sup> Para oferecer um contraponto, segundo ARTOLA, Miguel. **Constitucionalismo en la historia**. Barcelona: Crítica, 2005. p. 6-7: “El constitucionalismo hace referencia a la totalidad del sistema político, que incluye normas y prácticas políticas. Todo sistema político estable se basa en una Constitución no escrita, aunque desde de 1776 se generalizaron las Constituciones escritas. Frente al constitucionalismo revolucionario, el romanticismo construyó la imagen de otro medieval, y a comienzos del siglo XX McIlwain interpretó la revolución americana como la defensa de los derechos de los súbditos británicos frente a la soberanía del Parlamento. Años después, Matteucci desarrolló

McIlwain põe em relevo uma essencial qualidade que espera ser uma obviedade no tocante ao percurso histórico e às sucessivas fases do Constitucionalismo: o fato de implicar uma limitação jurídica do governo e, portanto, a antítese do governo arbitrário, o oposto do governo despótico, do governo do capricho ao invés do Direito. Apesar das adições que foram sendo incorporadas a esse substrato inicial, “o mais antigo, o mais persistente e mais duradouro dos fundamentos do verdadeiro constitucionalismo ainda permanece o que foi quase desde o início, a limitação do governo pela lei”, limitações as quais, “se não a mais importante parte do nosso constitucionalismo, são, sem dúvida, a mais antiga.”<sup>130</sup>

Firmada essa ideia, McIlwain parte para uma revalorização do pensamento político medieval, onde, de fato, podem-se encontrar “não só as mais claras apologias do Governo limitado, como também, em consonância com elas, a mais explícita reivindicação do primado da função judiciária.” Primeiramente, quanto à limitação do governo, trata-se de consequência quase natural diante do fato de que a base do poder do rei consistia no dever de administrar os seus súditos, de aplicar-lhes justiça, mas enquanto um servo de Deus, de modo que se estabelece uma profunda diferença entre o rei e o tirano, como bem expressado pela célebre afirmação do bispo Isidoro de Sevilla, que contava com ampla aceitação durante a Idade Média: “serás rei, se procederes com justiça, do contrário não o serás.” Anote-se que o critério para julgar a retidão do comportamento do rei era precisamente o seu respeito pela lei.<sup>131</sup>

---

la tesis en un libro con un subtítulo paradójico: «Una revolución constitucional». Para entonces McIlwain había generalizado su discurso a fin de distinguir entre el constitucionalismo antiguo y el moderno, aunque el contenido no responde al título, ya que no es una comparación entre constitucionalismo histórico y moderno. La *Historia del constitucionalismo moderno* de Matteucci ha de ser entendida como la de los siglos XVI a XVIII.”

<sup>130</sup> McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Ithaca, New York: Cornell University, 1947. p. 21-22: “It is the long development of this earlier and less conscious phase that I am to treat in more detail, but before doing so may I point out in advance what I hope will become obvious in the historical treatment, namely, that in all its successive phases, constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule; its opposite is despotic government, the government of will instead of law. In modern times the growth of political responsibility has been added to this through the winning of the initiative in the discretionary matters of national policy by the people's representatives, and of that more anon; but the most ancient, the most persistent, and the most lasting of the essentials of true constitutionalism still remains what it has been almost from the beginning, the limitation of government by law. 'Constitutional limitations,' if not the most important part of our constitutionalism, are beyond doubt the most ancient.”

<sup>131</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998. p. 253-254.

Quanto à mencionada função judiciária, uma essencial ressalva conceitual há que ser feita a fim de que se possa confrontá-la com outra função de igual (ou maior) importância à época medieval, constituindo tal paralelo um elemento decisivo à compreensão dos períodos que se está recontando e à própria identificação do que, mais tarde, comporá o conceito de Constitucionalismo moderno e mesmo o mais contemporâneo.

Trata-se da diferenciação oriunda dos estudos de Bracton entre *gubernaculum* e *jurisdictio*, sendo a primeira o conjunto de poderes que correspondem ao Rei para exercer sua função de governo e, a segunda, o conjunto que compreende todos os direitos e faculdades dos súditos, que estão fora do âmbito da administração do soberano. Isso significa que o poder do Rei deve ser compreendido como um poder limitado pelo Direito, tendo em vista que os juízes devem proceder segundo a lei e não simplesmente de acordo com a vontade do soberano.<sup>132</sup>

Henry de Bracton foi juiz da corte do rei, tendo escrito, na primeira metade do século XIII, um tratado monumental sob o título *De legibus et consuetudinibus angliae*, obra que rapidamente tornou-se um clássico e acabou servindo de base de formação dos legistas ingleses até fins do século XVII. Para Bracton, "não há rei onde governa a vontade e não a lei", pois o soberano não possui mais poder do que aquele que lhe confere o Direito e, portanto, "o rei está subordinado à lei, porque é a lei que faz o rei". Trata-se, como se nota, de uma concepção da natureza do poder que realça a lei, limitando o poder real e que, mais tarde, envolverá a forma de Estado que hoje se denomina de monarquia limitada, em oposição à monarquia absoluta.<sup>133</sup>

Apesar da aparente clareza dessa passagem, Bracton suscitou acirradas divergências e contradições acerca da interpretação de seus escritos ao afirmar, ao lado das já mencionadas ideias, que o rei não tem par, muito menos superior. Conforme anota McIlwain, o enigma de Bracton, em realidade, é o enigma do Constitucionalismo medieval, para o qual propõe a seguinte interpretação: considerando a separação entre *gubernaculum* e *jurisdictio* que se apresenta como um traço essencial do Constitucionalismo de Bracton, tem-se que o poder autocrático

---

<sup>132</sup> ASENSIO, Rafael Jiménez. **El constitucionalismo**: procesos de formación y fundamentos del derecho constitucional. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 21.

<sup>133</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mònaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998. p. 254.

e irresponsável conferido ao rei circunscreve-se àquela área (*gubernaculum*), mas nunca além desse limite. Desse modo se estabelece uma separação muito mais profunda entre *gubernaculum* e *jurisdictio* do que a traçada contemporaneamente entre governo e Direito, estando o rei autorizado e legitimado a dispor conforme queira sobre as matérias relacionadas à função de administração efetiva, à função de governo.<sup>134</sup>

O grande impasse é que, das limitações que recaem, então, para aquilo que está além dos contornos administrativos e governativos, das (supostas) restrições que se podem impor ao rei, ainda que em nome da lei e do Direito, boa parte pertence à esfera teológica ou moral e não, a rigor, ao âmbito político ou jurídico. Assim, frequentemente tratava-se “de severas e respeitáveis admoestações, dirigidas por clérigos aos príncipes, com o propósito de lhes recordar os deveres morais e religiosos que têm para com seu soberano, que é Deus, antes do que para com seu povo.” De fato, a história medieval é permeada por esse contraste entre os princípios éticos ou religiosos e a realidade do exercício do poder.<sup>135</sup>

Em concreto, na Idade Média existia sempre a ameaça de revolução contra o governo opressivo, o que, muito embora possa ser “saudável”, não pode ser identificado como um tipo de controle constitucional ou jurídico. Nos contornos do que se poderia reconhecer como uma Constituição, o governo propriamente dito, apartado da concepção de *jurisdictio*, não se encontrava limitado, nem mesmo, a rigor, pela existência de direitos definíveis segundo a lei e não por vontade. Logo, torna-se relativamente fácil saber qual era o seu defeito mais importante desse sistema: a ausência de qualquer tipo de sanção efetiva dos limites jurídicos à vontade arbitrária, cuja adição só veio a ocorrer posteriormente – a adição do moderno controle político do governo requeria uma revolução, que, na França, por exemplo, ocorreu ao final do século XVIII.<sup>136</sup>

Resumidamente, “o poder do rei era indivisível, incontrolável, mas limitado.” No entanto, à falta de um órgão legal capaz e legitimado para julgar suas infrações à

---

<sup>134</sup> McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Ithaca, New York: Cornell University, 1947. p. 77-79.

<sup>135</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998. p. 254.

<sup>136</sup> McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Ithaca, New York: Cornell University, 1947. p. 90-91.

*iurisdictio*, o soberano “estava *sub Deo y sub lege*, mas não *sub curia* e, portanto, ninguém poderia julgar legalmente a violação da lei por parte do rei.”<sup>137</sup>

Por tudo isso infere-se que “o princípio da primazia da lei, a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado, é a maior contribuição da Idade Média para a história do Constitucionalismo.” Conforme visto, porém, no período medieval tais preceitos foram pouco eficazes, notadamente diante da inexistência de institutos e meios legítimos para controlar, juridicamente, o exercício do poder político. A descoberta e aplicação concreta desses mecanismos, contudo, é própria do que já se pode chamar de Constitucionalismo moderno, impondo-se referência à contribuição dos ingleses, cujas Cortes judiciárias proclamaram a superioridade das leis fundamentais sobre as do Parlamento no século XVII; dos americanos, que iniciaram a codificação do Direito constitucional e inauguraram a forma de governo democrático sob a qual vivem, desde o final do século XVIII até os dias de hoje<sup>138</sup>; e, finalmente, dos franceses, que legaram ao mundo uma revolução, no sentido mais preciso do termo, a qual consagrou de uma vez por todas o Estado de Direito, acompanhado de modernos meios de controle político do governo e limitação do poder, bem como de instrumentos de garantia de direitos, tudo sob os auspícios do Constitucionalismo que, enfim, encontrara a forma com que atravessaria os próximos (pelo menos dois) séculos.

### **3.2. O Constitucionalismo forjado na Revolução Americana e seu legado: a importância da noção de supremacia da Constituição**

Ao tratar da Revolução Americana e de todo o seu significado para o desenvolvimento do Constitucionalismo, algumas limitações historiográficas devem ser evitadas. Nem uma excessiva crença na continuidade histórica (ou no seu progresso) – que identifica na fundação do Constitucionalismo moderno na América do Norte uma mera e lógica sequência do processo de aquisição de liberdades e de

---

<sup>137</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. p. 40: “En suma, el poder del rey era indivisible, incontrolable, pero limitado. Sin embargo, faltaba un órgano legal capaz de juzgar las violaciones regias de la *iurisdictio*. Ello estaba *sub Deo y sub lege*, pero no *sub curia*, y por tanto nadie podía juzgar legalmente la violación de la ley por parte del rey.”

<sup>138</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónico, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998. p. 255.

limitações do poder político iniciado em solo inglês –, nem um exagerado ceticismo acerca da influência do passado – negando a herança inglesa – são desejáveis.<sup>139</sup>

Como alternativa intermediária, já que ausente a intenção de examinar todo o plexo ideológico de base da Revolução<sup>140</sup>, adotam-se pontos de partida para melhor situá-la historicamente, parâmetros pré-definidos para fazer confluir a análise ao objetivo maior em tela, que é a compreensão da experiência constitucional pós-revolucionária em que se fundam o Estado e o Direito contemporâneos.

Um primeiro pressuposto que tende a melhor guiar a investigação é o de que “a constituição não é uma criação *ex nihilo*.” Ainda que se esteja diante de uma extraordinária inovação política e conceitual – pois “[...] não se verifica uma relação de primazia entre uma determinada modificação ‘real’ no mundo da política e a ‘consequente’ alteração na fala e no discurso de uma época” –, não se trata do resultado de um surpreendente poder criativo de um grupo de pessoas iluminadas capazes de renovar todo um cenário político sem referências anteriores.<sup>141</sup>

Considerando, também, que algumas características inconfundíveis do Constitucionalismo Contemporâneo devem-se à particular trajetória de independência das treze colônias norte-americanas da Coroa britânica – cuja declaração documentada data de 04 de julho de 1776 –, dentre as quais se pretende destacar a noção de supremacia da Constituição e, conseqüentemente, o *judicial review* e o controle de constitucionalidade, determinados episódios históricos inevitavelmente precisarão ser reproduzidos – desobrigando-se, entretanto, de uma abordagem especificamente direcionada a esse intuito.

Confirmando essas impressões, Kramer observa e destaca duas questões sobre as controvérsias que antecederam 1776. Inicialmente, o autor avalia que o período de 1763-1776 foi marcado por uma série de divergências sobre o significado e interpretação adequados da *customary constitution*. Não se está, evidentemente, diante da causa final da Revolução, muito mais complexa, por sinal, mas também não resta dúvida de que entre os seus fatos geradores estão os persistentes esforços da

---

<sup>139</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, Finatec, 2008. p. 91.

<sup>140</sup> Para um mais detalhado estudo nesse sentido recomenda-se BAILYN, Bernard. **As origens ideológicas da revolução americana**. Tradução de Cleide Rapucci. Bauru, SP: EDUSC, 2003.

<sup>141</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, Finatec, 2008. p. 91-92.



Grã-Bretanha em privar os colonos americanos daquilo que os próprios entendiam como seus direitos constitucionais. Tanto que os colonos apresentaram suas queixas e reivindicações formal e juridicamente, justificando a inabalável auto compreensão como defensores da liberdade e da Constituição britânica em face das autoridades imperiais corruptas. Além de direcionar a leitura das Constituições criadas após a Revolução, essa anotação evidencia a defesa de um conceito de Constitucionalismo que não se pretendia abandonar uma vez alcançada a independência. O segundo elemento a ser notado é que a Revolução Americana não apenas foi articulada e justificada nos termos da Constituição britânica, como travada justamente por seus preceitos. No fundo, alternativas pacíficas foram insistentemente buscadas para combater as ações inconstitucionais do governo, sobretudo quanto à tributação, contudo, como a resistência americana continuava a ser vista como ilegítima e ilegal pela Coroa, as colônias viram-se obrigadas a invocar o direito supremo de revolução.<sup>142</sup>

Os revolucionários opuseram aos ingleses os direitos e liberdades que eles mesmos tinham criado e consolidado historicamente. Respeitosamente dirigiram-se ao monarca rogando a revogação dos tributos impostos pelo Parlamento, assumindo deliberadamente a condição de súditos subordinados à Constituição. De outro ângulo, o protesto americano também pode ser visto como um ato de fidelidade. Nenhum dos colonos queria a independência, a luta era pela restauração de um governo legítimo, de respeito aos preceitos e garantias constitucionais, bem como de uma estrutura política confederada, em que a ampla representatividade permitisse um governo equilibrado, especialmente a partir da inclusão e reconhecimento desse tipo de participação com relação às colônias.<sup>143</sup>

Seja com relação ao *Stamp Act* (que, implementado em 1765 sobre as treze colônias visando incrementar a arrecadação do império mediante a venda de selos oficiais cuja aposição era exigida em uma série de documentos, é considerado um elemento decisivo para a mudança de postura e enfrentamento dos atos do Parlamento inglês) ou outros tributos e atos, a oposição não surgiu por motivos financeiros, e sim políticos, já que tais obrigações, dirigidas diretamente às colônias,

---

<sup>142</sup> KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004. p. 36-37.

<sup>143</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1996. p. 80-81.



eram aprovadas no Parlamento de Westminster sem qualquer representação dos colonos. Logo, “[...] o problema não era o impacto financeiro imediato das medidas da metrópole, mas a sua motivação implícita, que compreendia a imposição de tributos aos colonos por um Parlamento no qual eles não estavam representados.”<sup>144</sup>

Não tardou para que o problema da jurisdição do Parlamento em solo norte-americano se agravasse, incutindo nos colonos a crença de que, mais do que políticas equivocadas, encarava-se um perigo maior, um complô contra a liberdade cujo “[...] perigo para a América do Norte era na verdade apenas a pequena parte, imediatamente visível, do todo maior cuja manifestação última seria a destruição da constituição inglesa, com todos os direitos e privilégios nela encerrados.” Essa crença transformou o sentido da luta dos colonos; a visão de que estavam diante de conspiradores contra a liberdade os impeliu à Revolução.<sup>145</sup>

Mais do que isso, tal modo de compreender o contexto político e as suas relações de poder repercutiram em todo o processo que culminaria na formação dos Estados Unidos da América. O regime inglês, glorificado no período que antecede a Revolução (o Parlamento foi considerado, por séculos, como o baluarte das liberdades inglesas; era o corpo representativo do povo inglês que tinha sido capaz de domar seu rei como nenhum outro europeu tinha conseguido. Não bastasse isso, o ato de questionar o Parlamento poderia significar a negação do próprio monarca, justificando a hesitação dos colonos em rebelar-se<sup>146</sup>), ao transformar-se em sinônimo de tirania passa a servir como uma espécie de base comparativa às avessas para a realidade que se almejava construir, principiando pela postura de desconfiança com relação ao legislador.

Desde as deliberações da assembleia de Virginia, ainda no ano de 1765, em que se declarou o ato impositivo de tributos pelo Parlamento inglês ilegal, inconstitucional e injusto, foi sendo talhado o lema revolucionário que oporia a figura da Constituição às leis do Parlamento – dotando-a de um sentido plenamente normativo, a ponto de prejudicar a validade e legitimidade da legislação que lhe fosse

---

<sup>144</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, Finatec, 2008. p. 111.

<sup>145</sup> BAILY, Bernard. **As origens ideológicas da revolução americana**. Tradução de Cleide Rapucci. Bauru, SP: EDUSC, 2003. p. 102.

<sup>146</sup> MORGAN, Edmund S. Constitutional history before 1776. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; WINKLER, Adam (Orgs.). **Encyclopedia of the American constitution**. 2<sup>nd</sup>. ed. New York: Macmillan, 2000. p. 532.

contrária –, inaugurando, ademais, um tipo de argumentação que se tornaria muito popular no curso da Revolução, no sentido de sustentar a superioridade da Constituição<sup>147</sup> – premissa que, mais tarde, comporia a consagração da tradição constitucional norte-americana.

Refletida na base da Constituição de 1787, a postura reticente com respeito ao legislador acabou gerando um texto substancialmente democrático, solidamente fundado sobre o poder constituinte do povo americano e radicalmente distinto da tradicional Constituição mista inglesa. A própria concepção de poder constituinte democrático nascia de uma intenção limitativa, “[...] com a finalidade de opor uma lei superior à lei de um poder constituído – o parlamento inglês – que havia saído dos confins de sua legítima jurisdição.”<sup>148</sup>

No alicerçar-se dessa diferenciação passa-se a conceber o texto constitucional como expressão da vontade do povo, não dos legisladores, fazendo da Constituição escrita muito mais do que uma invenção formal. Reconhecer a superioridade do poder que a aprova em face do poder legislativo ordinário foi decisivo para a consolidação da noção de superioridade das normas constitucionais, desencadeando uma série de outros efeitos, condicionantes, por exemplo, do exercício não apenas do Poder Legislativo, como também do Executivo e do Judiciário.<sup>149</sup>

Como desdobramento imediato da superioridade da Constituição, há outra notável contribuição da experiência norte-americana ao Constitucionalismo, que permitiu, inclusive, a materialização efetiva dessa premissa hierárquica inicial. Trata-se da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

Aproveitando a liberdade que a escrita concede, salta-se a história diretamente para o evento que foi categórico nesse sentido: o ano de 1803; a decisão do *Chief*

---

<sup>147</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 104-105.

<sup>148</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 106: “Se trata, por un lado, de una constitución inequívocamente democrática, sólidamente fundada sobre el poder constituyente del pueblo americano, que como tal no puede de ninguna manera considerarse como una especie de fruto póstumo de la tradicional constitución mixta inglesa [...]. Por ello, el ejercicio democrático del poder constituyente nacía desde el inicio, en esa realidad, en sentido limitativo, con la finalidad de oponer una ley superior a la ley de un poder constituído - el parlamento inglés - que se había salido de los confines de su legítima jurisdicción.”

<sup>149</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição da vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.242-243.

*Justice* John Marshall no emblemático *Marbury x Madison*.<sup>150</sup> O caso ostenta certo status mítico<sup>151</sup> como o precedente mais importante para o *judicial review*. Além de ter sido a primeira vez que a Corte declarou inconstitucional um ato do Congresso, estabelecia-se, daquele momento para a posteridade, a doutrina de que a Suprema Corte tem a palavra final no que diz respeito à apreciação da legislação sob a Constituição.<sup>152</sup>

Sobre a decisão de Marshall, um dos efeitos mais evidentes foi a afirmação consciente e intencional de que a Constituição dos Estados Unidos encontrava-se em grau de supremacia em relação às demais normas existentes, alusão da qual decorre a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade. Todo o voto cuidadosamente elaborado pelo *Chief Justice*, aliás, parece concorrer para esse desfecho. Primeiro, a dedicação em deixar clara a supremacia do texto constitucional sobre a legislação ordinária; em um segundo momento, a conclusão lógica de que não se pode admitir legislação incompatível com as (hierarquicamente superiores)

---

<sup>150</sup> Para resumo do caso, de circunstâncias bastante conhecidas: “William Marbury havia sido nomeado para o cargo de juiz de paz do distrito de Columbia nos últimos dias do mandato do presidente John Adams, mas não chegou a receber o ato de nomeação. Quando o sucessor de Adams, Thomas Jefferson, assumiu o cargo, ordenou ao secretário de Justiça, James Madison, que não concluísse a nomeação. Marbury requereu um *writ* à Suprema Corte, que era presidida por John Marshall, para ver concretizada sua investidura no cargo. A decisão proferida nessa questão provincial, localizada e politicamente situada na rivalidade entre Adams e Jefferson acabou por inaugurar a jurisdição constitucional.” Conforme relatado por PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, Finatec, 2008. p. 167.

<sup>151</sup> Reforçando essa aura sagrada, McConnell relata que em muitas aulas de direito constitucional nos Estados Unidos lê-se *Marbury x Madison* antes mesmo da Constituição, extremado, ao que parece em tom de crítica, que, em certo sentido, o “resto” do direito constitucional é uma série de notas de rodapé para o caso. Por seus próprios termos: “In the beginning is *Marbury v. Madison*. Almost all courses in American constitutional government begin with *Marbury*. It is literally true that in many constitutional law classes the students read and analyze *Marbury* before they ever read the Constitution. [...] And the picture of *Marbury* presented in most constitutional law classes is one in which the heroic chief justice, John Marshall, refutes one bad argument after another against judicial review, thus casting the Court in its majestic role as the expositor of the Constitution. Put aside the fact (to be addressed below) that this story bears little resemblance to what *Marbury v. Madison* was actually about in its own historical context. The key point is that constitutional law is defined, from the beginning, as the study not of the Constitution but of judicial review under the Constitution. In a sense, the rest of constitutional law is a series of footnotes to *Marbury*.” McCONNELL, Michael W. *Toward a More Balanced History of the Supreme Court*. In: WOLFE, Christopher (Org.). **That eminent tribunal: judicial supremacy and the Constitution**. New Jersey: Princeton University, 2004. p.142.

<sup>152</sup> LEVY, Leonard W. *Marbury v. Madison - 1 Cranch 137 (1803)*. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; WINKLER, Adam (Orgs.). **Encyclopedia of the American constitution**. 2<sup>nd</sup>. ed. New York: Macmillan, 2000. p. 1667.

previsões constitucionais. Restava apenas esclarecer a quem incumbiria proceder a tal exame para declarar dita inconstitucionalidade.<sup>153</sup>

É como se a resposta estivesse sendo articulada desde *The Federalist Papers*. Hamilton argumentava que nenhum ato legislativo contrário à Constituição poderia ser válido, pois isso equivaleria a dizer que os representantes do povo são superiores ao próprio povo. Sequer parecia racional supor que a Constituição autorizasse os representantes a substituir a vontade de seus constituintes, soando muito mais lógico que os tribunais fossem projetados para ser um organismo intermediário entre as pessoas e o legislador, a fim, entre outras coisas, de mantê-lo circunscrito aos limites atribuídos à sua autoridade. Com efeito, antecipando solução para o problema suscitado em 1803: “a interpretação das leis é a província própria e peculiar dos tribunais. A Constituição é, de fato, e deve ser considerado pelos juízes como, uma lei fundamental.” Sob o eventual risco de uma organização desse tipo conduzir à superioridade do Judiciário face ao Poder Legislativo, Hamilton manifestou que o poder do povo é superior a ambos e, estando a sua vontade declarada na Constituição, se a vontade do legislador lhe for oposta os juízes devem ser regidos pela Constituição, que é a lei fundamental, não pelo legislador.<sup>154</sup>

Efetivamente, a estrutura em questão possibilitou ao Judiciário estadunidense assumir um imenso poder político, que o acompanha até os dias de hoje. “A causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na constituição, em vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecerem inconstitucionais.”<sup>155</sup>

No recontar dos passos e traços da Revolução Americana e sua inestimável herança, margeia uma impressão de atualidade, provavelmente justificada por sua

---

<sup>153</sup> PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Universidade de Brasília, Finatec, 2008. p. 167-168.

<sup>154</sup> HAMILTON, Alexander. The Federalist 78. A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behavior. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. New York: Oxford University, 2008. p. 381-382: “The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. [...] Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws rather than by those which are not fundamental.”

<sup>155</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 113.

presença vigorosa na experiência do Constitucionalismo Contemporâneo. Ao fim, sem subestimar a riqueza dessa experiência histórica, motivo pelo qual em momento algum se cogitou esgotá-la, consola-se na advertência de Bailyn, de que “ninguém dominou todos os componentes escritos sobre a Constituição; ninguém jamais dominará. Há muita coisa, há movimento em muitas direções, ao mesmo tempo; [...] No entanto, nunca será suficiente. O assunto importa demais [...]”<sup>156</sup>

### 3.3. O Estado de Direito Liberal e o Constitucionalismo derivado da Revolução Francesa

O termo Estado de Direito é uma construção linguística surgida na teoria do Estado do liberalismo alemão. De acordo com Böckenförde, é possível, inclusive, indicar com exatidão sua primeira utilização, por Carl Th. Welcker, em 1813 (*Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*); logo depois, em 1824, a expressão reaparece com Joh. Christoph Freiherr von Aretin (*Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*). O ponto que intersecciona estes e outros autores que tenham trabalhado com a designação Estado de Direito nesse contexto é a compreensão de que não se trata de uma forma especial de Estado, tampouco de uma forma de governo, mas sim de uma nova “espécie” de Estado, um “Estado de direito racional”, “[...] que realiza os princípios da razão em e para a vida em comum dos homens, tal e como estavam formulados na tradição da teoria do direito racional.” Na busca de uma definição básica para o termo Estado de Direito, Böckenförde elenca os seguintes aspectos: (1) a renúncia a toda ideia e/ou objetivo transcendental do Estado (que tem por fundamento o indivíduo); (2) a limitação do Estado face os direitos individuais; e, em resumo, (3) a separação de poderes.<sup>157</sup>

Afirma-se, num primeiro momento, um conceito ou uma concepção formal de Estado de Direito, identificada inicialmente como Estado de Direito burguês, cuja lógica liberal esforça-se em garantir a liberdade e a propriedade, preocupando-se,

<sup>156</sup> BAILYN, Bernard. **As origens ideológicas da revolução americana**. Tradução de Cleide Rapucci. Bauru, SP: EDUSC, 2003. p. 287.

<sup>157</sup> “Sobre esta base el uso de este término se explica bien: el Estado de Derecho es el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional.” BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 19-20. No mesmo sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 219-220.

especialmente, com a igualdade formal dos cidadãos (embora possa-se 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).<sup>158</sup>

Tomando por base esses elementos mais amplos, é possível sustentar, como o faz Fioravanti, um *Estado moderno europeu*, “como uma realidade político-institucional que caracteriza a história europeia em um largo período de tempo, desde o século XIV até os nossos dias, até os Estados constitucionais e as constituições democráticas do nosso tempo”. A formação conhecida como Estado de Direito está compreendida no todo desse percurso, dominando a Europa do século XIX até a primeira metade do século XX. Dotada de uma Constituição liberal, a época do Estado de Direito apresenta-se como uma das grandes etapas do *Estado moderno europeu*, cujo marco decisivo foi Revolução Francesa<sup>159</sup> – o que, apesar dos registros böckenfördeanos, explica a particular atenção dirigida ao cenário francês.

Nesse contexto, uma despretensiosa e reduzida análise poderia dizer que a partir do estabelecimento do Estado absolutista, uma espécie de descontentamento germinará, sobretudo, por parte 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 de 1789 (ou, Revolução burguesa) marca a superação dessa fase, dando suporte 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.

A Revolução Francesa de 1789, fortemente influenciada pelos ideais do Iluminismo e da Independência Americana (1776), é considerada uma das maiores, senão a maior revolução da história da humanidade, chegando a ser apontada como marco inicial da Idade Contemporânea.<sup>160</sup> Sendo assim, a narrativa que pretende

---

<sup>158</sup> Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>159</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio. **El estado moderno en Europa**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2004. p. 13 e p. 26-27.

<sup>160</sup> No entender de Fábio Konder Comparato, “na Revolução Francesa, [...] todo o ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade. O que se quis foi apagar completamente o passado e recomeçar a História do marco zero [...]”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.



reconstruí-la sem abreviar a sua importância precisa ser mais do que despreziosa e reduzida.

Efetivamente, a partir desse evento inicia-se a consolidação de um novo paradigma de sistema constitucional, que decreta o fim da monarquia absolutista – assim como o *Antigo Regime* – e estabelece uma organização que terá por base os preceitos de *liberdade, igualdade e defesa da propriedade*. Dentre outras “variantes” do movimento constitucional (notadamente a experiência inglesa e o processo de independência das colônias norte-americanas com a Constituição de 1787), a expressão francesa foi possivelmente a que impactou diretamente com mais força o fenômeno constitucional.<sup>161</sup>

Para justificar a especial atenção, destarte, que a Revolução Francesa e seu conjunto de circunstâncias merecem, aproveitam-se as três razões elencadas por Hobsbawn a fim de demonstrar que tal Revolução, embora não tenha sido um fenômeno isolado, foi muito mais fundamental que qualquer outro fenômeno contemporâneo e teve consequências muito mais profundas: i) trata-se de uma revolução ocorrida no mais poderoso e populoso Estado europeu da época – em 1789, cerca de um em cada cinco europeus era francês; ii) diferentemente de toda as revoluções que a precederam e a seguiram, a Revolução Francesa foi “uma revolução *social* de massa, incomensuravelmente mais radical do que qualquer levante comparável”; iii) finalmente e, também nesse ponto destacando-se das demais revoluções contemporâneas, a Revolução Francesa foi a única ecumênica, “seus exércitos partiram para revolucionar o mundo; suas ideias verdadeiramente o revolucionaram.”<sup>162</sup>

Em relação a este último aspecto, nota-se que o próprio estilo abstrato e generalizante da Declaração Francesa de 1789 a distingue claramente da Declaração

---

<sup>161</sup> ASENSIO, Rafael Jiménez. **El constitucionalismo**: procesos de formación y fundamentos del derecho constitucional. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 65.

<sup>162</sup> HOBBSAWM, Eric. **The age of revolution, 1789-1848**. New York: Vintage Books, 1996. p. 54: “The French Revolution may not have been an isolated phenomenon, but it was far more fundamental than any of the other contemporary ones and its consequences were therefore far more profound. In the first place, it occurred in the most powerful and populous state of Europe (leaving Russia apart). In 1789 something like one European out of every five was a Frenchman. In the second place it was, alone of all the revolutions which preceded and followed it, a mass *social* revolution, and immeasurably more radical than any comparable upheaval. [...] In the third place, alone of all the contemporary revolutions, the French was ecumenical. Its armies set out to revolutionize the world; its ideas actually did so. The American revolution has remained a crucial event in American history, but (except for the countries directly involved in and by it) it has left few major traces elsewhere. The French Revolution is a landmark in all countries. Its repercussions rather than those of the American revolution, occasioned the risings which led to the liberation of Latin America after 1808.”



Norte-Americana de 1776. Ao passo que os americanos estavam empenhados em firmar sua independência e estabelecer o seu próprio regime político, os revolucionários franceses julgavam-se apóstolos de um mundo novo, destinados a levar a ideia de liberdade a todos os povos, em todos os tempos. Fazia-se presente um espírito de universalismo militante, o qual, efetivamente, difundiu-se em pouco tempo, não apenas na Europa, mas também em regiões distantes, como a América Latina.”<sup>163</sup>

Afora a importância de lançarem-se luzes mais intensas sobre a ocorrência revolucionária francesa, tem-se por igualmente indispensável a compreensão, ainda que de forma ampla, das suas condições de origem, ou seja, do contexto que a precedeu: o (surgimento do) Estado e a monarquia absolutista.<sup>164</sup>

Na França, a racionalização e a secularização da política, iniciadas a partir do século XVI, produzirão uma corrente doutrinária que enfatizará as instituições, ao invés dos homens, como fundamento do Estado. Os pressupostos teóricos edificados a partir daí permitirão à monarquia uma concentração de poder cada vez maior, ao ponto de o rei acumular um poder até então desconhecido, assumindo as atribuições legislativas, administrativas e de justiça e, conseqüentemente, despojando desses domínios os senhores feudais e as instituições eclesiásticas – o que não significa, por sua vez, que não seguia existindo uma sociedade estamental.<sup>165</sup>

No curso do desenvolvimento da sociedade absolutista, foi se constituindo um novo estrato burguês, procedente, em sua maioria, do estamento burguês tradicional e que, certamente, foi incluído no estamento burguês da sociedade estamental subsistente, mas que havia se configurado de forma mais racional que tradicional. Esta nova classe “viu obstaculizado o crescente desenvolvimento de suas potencialidades por uma ordem baseada nos limites estamentais, nos vínculos corporativos e feudais e no paternalismo estatal, fazendo com que começassem a refletir criticamente.” Ora direcionada de modo mais teórico-filosófico, ora orientada a

---

<sup>163</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135-137.

<sup>164</sup> Aponta-se como expressão máxima da consolidação desse regime o reinado de Luis XIV, o chamado Rei Sol, em relação ao qual se diz que “escogió el símbolo del sol como distintivo de su reinado mientras asistía a unos juegos públicos en 1662. Lo que le fascinaba no sólo era «su singularidad» y la luz que «comunica a las otras estrellas, que lo rodean como una corte», sino la expresión de la *justicia uniforme* con que irradia esta luz a todas las zonas de la tierra.” BARUDIO, Günter. **La época del absolutismo y la ilustración (1648-1779)**. Historia universal. Vol. 25. Traducción de Vicente Romano García. Madrid: Siglo XXI, 1992. p. 97.

<sup>165</sup> ASENSIO, Rafael Jiménez. **El constitucionalismo: procesos de formación y fundamentos del derecho constitucional**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 66.

um sentido mais econômico-prático, a reflexão partia “da incapacidade do homem para aperfeiçoar-se moralmente em uma situação que não fosse de liberdade”, de modo que, diante da “aceitação de que o rendimento da sociedade cresce em seu conjunto em um sistema de livre desenvolvimento do indivíduo”, as reflexões sobre a ordem social desaguam sempre no ideal de liberdade, no sentido de autodeterminação individual como princípio condutor.<sup>166</sup>

Conclusivamente, o Estado de Direito pós-revolucionário, dotado de uma Constituição que parte da presunção geral de liberdade em favor dos indivíduos, que confia à lei os limites de exercício dos direitos individuais e que se acautela – sempre visando à garantia de direitos – para evitar formas de governo absolutistas, é a consumação em si da essência liberal em forma estatal.<sup>167</sup>

Como contraposição ao modelo absolutista, o modelo liberal formaliza-se 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.<sup>168</sup>

De fato, a Revolução Francesa sequer “foi feita ou liderada por um partido ou movimento organizado, no sentido moderno, nem por homens que estivessem tentando levar a cabo um programa estruturado.” Não se trata de um movimento idealizado e promovido por “líderes”, mas de um grupo social bastante coerente que soube dar unidade efetiva a um conjunto de ideias gerais: “esse grupo era a

---

<sup>166</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006. p. 81-82: “[...] Este nuevo estrato burgués, al que su función había configurado de forma más racional que tradicional, vio obstaculizado el creciente desarrollo de sus potencialidades por un orden basado en los límites estamentales, los vínculos corporativos y feudales y el paternalismo estatal, lo que hizo que comenzase a reflexionar críticamente. La reflexión podía orientarse en ocasiones de un modo más teórico-filosófico, otras veces en un sentido más económico-práctico; partía, por tanto, ya de la incapacidad del hombre para perfeccionarse moralmente en una situación que no fuera de libertad, ya de la aceptación de que el rendimiento de la sociedad crece en su conjunto en un sistema de libre desarrollo del individuo: las reflexiones sobre el orden social desembocan en la libertad, en el sentido ya expuesto de autodeterminación individual como principio condutor.”

<sup>167</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio. **El Estado moderno en Europa**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2004. p. 35.

<sup>168</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 100.

‘burguesia’; suas ideias eram as do liberalismo clássico” – embora aos “filósofos” possa ser dado o crédito por, provavelmente, constituírem “a diferença entre um simples colapso de um velho regime e a sua substituição rápida e efetiva por um novo.”<sup>169</sup>

Assim, “O *Estado Liberal de Direito* apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal.” A serviço da legalidade, a figura da lei representa “uma *ordem geral e abstrata*, regulando a ação social através do *não impedimento* de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a *coerção* através da *sanção* das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo.”<sup>170</sup>

A incidência essencialmente diferenciada da lei, contudo, conforme se estivesse diante de uma ação estatal ou particular, expõe uma importante característica dessa fase inicial do Estado de Direito: a separação entre o Estado e os cidadãos. Em relação à Administração Pública, a lei estabelecia rigorosamente o que poderia ser feito; em relação aos particulares, o contrário, a prevalência da autonomia estendia-se enquanto não ultrapassasse os limites da lei. Portanto, o sentido e alcance da lei eram diferentes em cada caso: “subordinação da função administrativa, em face da proteção do interesse público pré-estabelecido legislativamente”, de um lado; “simples limitação e regulação da autonomia individual, em defesa do interesse individual”, de outro.<sup>171</sup>

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 –

<sup>169</sup> HOBBSAWM, Eric. **The age of revolution, 1789-1848**. New York: Vintage Books, 1996. p.58: “The French Revolution was not made or led by a formed party or movement in the modern sense, nor by men attempting to carry out a systematic programme. It hardly even threw up 'leaders' of the kind to which twentieth century revolutions have accustomed us, until the post-revolutionary figure of Napoleon. Nevertheless a striking consensus of general ideas among a fairly coherent social group gave the revolutionary movement effective unity. The group was the 'bourgeoisie'; its ideas were those of classical liberalism, as formulated by the 'philosophers' and 'economists' and propagated by freemasonry and in informal associations. To this extent 'the philosophers' can be justly made responsible for the Revolution. It would have occurred without them; but they probably made the difference between a mere breakdown of an old regime and the effective and rapid substitution of a new one.”

<sup>170</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 102.

<sup>171</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos e justicia. 4. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002. p. 28: “Era así diferente el sentido de la ley en cada caso: subordinación de la función administrativa, de cara a la protección del interés público preestablecido legislativamente; simple regulación y limitación de la autonomía individual, en defensa del interés individual.”

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.<sup>172</sup>

Esse entendimento que aparta o Estado dos sujeitos privados resulta da própria conjugação de princípios assumidos como pilares desse modelo, o princípio da legalidade ao lado do princípio da liberdade, cuja proteção exige que as intervenções estatais sejam admitidas apenas como exceção (liberdade no sentido mais amplo), ou seja, com expressa previsão legal (legalidade no sentido mais estrito). Nesse âmbito, à Administração Pública passa a estar proibido tudo o que não está, por lei, permitido, ao passo que para os cidadãos, aos quais se reconhece como regra a autonomia, tudo o que não estava proibido, estava permitido. Abreviadamente, essas características acabam por manifestar “os princípios fundamentais de toda Constituição autenticamente liberal, de todo Estado *liberal* de direito: a liberdade dos cidadãos (na ausência de leis) como regra, a autoridade do Estado (na presença de leis) como exceção.”<sup>173</sup>

Ainda que com tais conotações opostas, não apenas à ação dos indivíduos destina-se a lei; torna-se crucial o estabelecimento de um documento fundamental acerca dos limites do poder político, de modo a garantir os direitos individuais e traçar os marcos da atividade estatal, não só quanto à organização e limitação dos seus poderes como também pela divisão de suas funções. À Constituição escrita caberá tal papel, institucionalizando a separação dos poderes e vinculando as ações do Estado.<sup>174</sup> Segundo Bercovici, “o primado da constituição representava o primado da

---

<sup>172</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 61.

<sup>173</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos e justicia. 4. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002. p. 28-29: “[...] Estas afirmaciones no son más que un modo de expresar los principios fundamentales de toda Constitución auténticamente liberal, de todo Estado *liberal* de derecho: la libertad de los ciudadanos (en ausencia de leyes) como regla, la autoridad del Estado (en presencia de leyes) como excepción.”

<sup>174</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59.

política; portanto, deveria ser incorporada ao primado do direito posto pelo Estado, garantidor da estabilidade e da segurança, enfim, da ordem de mercado.”<sup>175</sup>

À medida que essas limitações explícitas ganham concretude (e, portanto, 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, ainda, especificando exigências de conteúdo para o Direito escrito (na forma de direitos constitucionais), que ao deixarem de ser observadas acarretavam sua nulidade.<sup>176</sup>

Por isso se diz que as Constituições liberais constituem-se em documentos eminentemente jurídicos, cuja prerrogativa maior é a imposição de limites ao Estado e a garantia dos direitos individuais negativos. Conforme assevera Bercovici, “o desejo de ‘terminar a revolução’, ou seja, de afastar a figura ameaçadora do soberano, é marcante nas constituições liberais do século XIX.” Alcançado o equilíbrio pretendido entre o rei e o parlamento, “as constituições liberais reduziram o seu espaço de abrangência, buscando sistematizar as relações entre os órgãos constitucionais e garantir os direitos individuais dos cidadãos.” Foi ainda no século XIX, portanto, que “as constituições perderam seu caráter revolucionário originário de direção fundamental para a construção de uma nova sociedade.” O modelo constitucional liberal, uma vez estabelecido, guiou-se pelo propósito de “garantir uma forma de governo moderada e balanceada, com tendência de equilíbrio dualista entre o monarca e o parlamento”, sendo que “a garantia dos direitos é remetida à lei.”<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 168.

<sup>176</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 9.

<sup>177</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 168.

Previsivelmente, ao Estado de Direito liberal que se (con)formava, sequioso de *estabilidade*, não interessava manter acesa a chama revolucionária. Na sua “busca – quase obsessiva – de um desenvolvimento gradual, tranquilo e ordenado, capaz de satisfazer em primeiro lugar à generalizada aspiração ao bem-estar individual [...]”, o liberalismo concentra-se em “privilegiar *a liberdade como segurança* da pessoa e dos bens, e assim põe em primeiro plano as liberdades civis, as «negativas».” Ainda que esse dado não sugira um retrocesso total quanto às liberdades «positivas», relativas à participação política – pois as assembleias representativas adquirem espaço frente às instituições monárquicas –, a sociedade liberal europeia não busca neste aspecto sua identidade. Para esta sociedade já não se faz necessário “*sentir-se constituinte, bastando-lhe o sentir-se sociedade* de indivíduos que progridem de maneira tranquila e ordenada, em plena segurança de suas posses e no desempenho dos fins que cada um se tenha atribuído”.<sup>178</sup>

Nessa perspectiva, as primeiras Constituições contrapõem-se ao poder absoluto do esquema monárquico, fazendo do Parlamento um limite à garantia da propriedade e da liberdade dos cidadãos, sendo compreensível, desse modo, que enquanto representante do povo que visa, especialmente, controlar e limitar o poder absoluto, o próprio Parlamento não conheça, em princípio, limitações (obviamente que, à medida que vai se consolidando o Constitucionalismo, também o controle da atividade do legislador passa a ser objeto de preocupação).<sup>179</sup>

Atendendo aos postulados do Constitucionalismo, o Estado (res) surge como titular da soberania, “como depositário do poder político supremo”, mas com a condição de ser classificado como uma “pessoa jurídica”, ou seja, “um ente ou sujeito

---

<sup>178</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Apuntes de historia de las constituciones. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1996. p. 98-99: “Frente a todo esto, el Estado liberal de derecho del siglo pasado manifiesta sobre todo *una fuerte necesidad de estabilidad*, la búsqueda – casi obsesiva – de un desarrollo gradual, tranquilo y ordenado, capaz de satisfacer en primer lugar la generalizada aspiración al bien-estar individual y capaz, por ello, de relegar decididamente al pasado las llamadas revolucionarias a la virtud de los ciudadanos. [...] En este sentido, el liberalismo vuelve indudablemente a privilegiar *la libertad como seguridad* de la persona y de los bienes, y así pone en primer plano las libertades civiles, las «negativas». Sin embargo, el aspecto participativo propio de las libertades políticas, las «positivas», no retrocede del todo. Las asambleas representativas, en cuanto elegidas de modo censitario, están destinadas a adquirir un espacio, aunque de manera contradictoria y en el contexto de una relación de competición-colaboración con la institución monárquica. Pero la sociedad liberal europea no busca en esta dimensión, y menos en la virtud tan invocada por los jacobinos, su identidad de fondo. Esta sociedad *ya no tiene necesidad de sentirse constituyente*; le basta con sentirse *sociedad* de individuos que progresan de manera tranquila y ordenada, en la plena seguridad de sus posesiones y en la actuación de los fines que cada uno se ha asignado.”

<sup>179</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 96.



artificial construído pela lei”, um tipo de “ente moral [...] alheio às paixões e inclinações autoritárias, manifestadas às vezes pelos monarcas ou chefes populares.”<sup>180</sup>

A partir do final do século XVIII a nação se arroga a soberania das leis; “a soberania ilimitada e absoluta de Hobbes vai se realizar na Revolução Francesa”, acarretando para o Estado uma nova dimensão político-jurídica, em nome da qual a Constituição vai ser criada pelo poder constituinte e não mais pelos estamentos. A lei, finalmente, passa a ser entendida como expressão da vontade geral. Inclusive, com a Constituição Francesa de 1791, a primeira Constituição escrita da França, “o poder executivo foi subordinado ao legislativo. Ao adotar o veto suspensivo do rei, propunha-se um governo misto cujo objetivo era o equilíbrio entre os poderes, tornando o rei representante da nação, ao lado da assembleia.”<sup>181</sup>

Entretanto, na relação entre a Constituição, a lei e seus respectivos papéis na experiência liberal do Estado de Direito pós-revolucionário, a Constituição acaba por ter sua importância reduzida ao ser destinada, ainda que nessa função considerada essencial, a “delinear a forma de governo em que se desenvolvem as relações político-institucionais”, ao passo que o Parlamento se agiganta, fortalecendo as reservas de lei que, nesta época, não estão submetidas ao controle de constitucionalidade – no período não apenas inexistente como rechaçado. Para Fioravanti, esse quadro é a consequência inevitável de encerrar-se o princípio da soberania exclusivamente na figura da lei, “isolando no tempo a imagem daquela outra soberania, do povo ou da nação, que na revolução se havia expressado de maneira constituinte como fundamento da constituição.”<sup>182</sup>

<sup>180</sup> GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del constitucionalismo después del estado moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.95: “Conforme a los postulados del constitucionalismo parecía conveniente configurar como depositario del poder político supremo un ente o sujeto artificial construido por la ley, o sea un ‘ente moral’ como se usaba decir en aquel tiempo, ajeno a las pasiones e inclinaciones autoritarias, manifestadas a veces por los monarcas o jefes populares.”

<sup>181</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 135-142.

<sup>182</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio. **El Estado moderno en Europa**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2004. p. 36: “En este espacio, la ley se encuentra con la constitución, y ésta termina así por ver reducida su relevancia en el ámbito de la experiencia liberal del Estado de derecho posrevolucionario. La constitución es esencial para delinear la forma de gobierno en la que se desarrollan las relaciones político-institucionales, y los parlamentos aumentan su peso, en general, para fortalecer las reservas de ley y de esta manera reducir la arbitrariedad de los ejecutivos, pero en su conjunto no puede situarse, en esta época, de manera clara *por encima de la ley*, de manera que produzca la invalidez de la ley que eventualmente contradiga a la misma constitución. Como sabemos, en el tipo histórico liberal, dominante en la época de los Estados nacionales de derecho, no por casualidad es desconocido, e incluso claramente rechazado, el control de constitucionalidad de las leyes del Estado. Es la consecuencia inevitable de un planteamiento de conjunto que tiende a encerrar el principio de soberanía en la ley en cuanto tal, y sólo en ella, alejando en el tiempo la imagen de aquella otra soberanía, del pueblo



Abre-se espaço, aqui, para o interessante comparativo de Artola, no sentido de que “a revolução, um acontecimento sem precedentes, na medida em que muda a natureza do sistema político e em ocasiões os fundamentos da sociedade, concebeu a Constituição como a forma escrita de contrato social.” O poder constituinte, como corolário, é o poder superior apto a intervir para a elaboração e aplicação do contrato-Constituição, cujo primeiro sujeito foi o povo por meio de seus representantes.<sup>183</sup>

De todo modo, mesmo destacando-se os aspectos formais que dominam o Estado de Direito em sua “versão” liberal, este modelo trazia “necessariamente uma conotação substantiva, relativa às funções e fins do Estado”, priorizando a proteção e promoção da liberdade e da autonomia individuais, a não intervenção estatal, ou, por outros termos, os direitos de defesa, de caráter negativo. O ponto central para a compreensão desse Estado de Direito que toma forma passa a ser a sociedade e suas exigências, assumindo o protagonismo que antes cabia à autoridade do Estado. Conseqüentemente, a lei, de “expressão da vontade do Estado capaz de impor-se incondicionalmente em nome de interesses transcendentais próprios, começa a conceber-se como instrumento de garantia dos direitos.”<sup>184</sup>

Mais do que nunca, são privilegiados os 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”.<sup>185</sup>

---

o de la nación, que en la revolución se había expresado de manera constituyente como fundamento de la constitución.”

<sup>183</sup> ARTOLA, Miguel. **Constitucionalismo en la historia**. Barcelona: Crítica, 2005. p. 13-14: “La revolución, un acontecimiento sin precedentes, en la medida en que cambia la naturaleza del sistema político y en ocasiones los fundamentos de la sociedad, concibió la Constitución como la forma escrita del contrato social.”

<sup>184</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos e justicia. 4. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002. p. 23: “Pero el Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba en primer plano era «la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad». La sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses transcendentales propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos.”

<sup>185</sup> 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. p. 46-47.

Por isso se diz, em geral, que o lema revolucionário francês “liberdade, igualdade e fraternidade” acaba por expressar a ordem cronológica em que foram se desenvolvendo as mencionadas dimensões. Os primeiros direitos a serem reconhecidos foram os chamados direitos de liberdade, direitos negativos que pressupunham a não intervenção estatal e a máxima liberdade ao indivíduo (foi a geração que imperou no auge do Estado Liberal burguês). A segunda geração será marcada pela conquista dos direitos sociais, que visam, em última análise, restaurar a enorme desigualdade que a liberdade e a igualdade formais acarretaram. Por fim, seguindo a classificação clássica (hodiernamente há autores que já vislumbram até a quinta geração, embora não unissonamente), a partir da Segunda Guerra Mundial, da consolidação da forma democrática dos Estados contemporâneos e de fenômenos como a globalização, surgem os direitos de terceira dimensão, de natureza transindividual, pertencentes às presentes e futuras gerações.

Esse transcurso de séculos narrado em poucas linhas serve apenas para permitir a precipitação de uma ressalva – e apenas isso, considerando que o tema será retomado adiante – que reclama, inevitavelmente, uma referência a Bobbio, que do ponto de vista teórico sempre sustentou o caráter histórico dos direitos humanos – também a discussão em torno da eventual diferença para com os direitos fundamentais fica adiada. Por mais fundamentais que sejam, dizia o filósofo italiano, são direitos históricos, pois nascem gradualmente, em determinadas circunstâncias caracterizadas pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes, não surgindo todos de uma vez e para sempre.<sup>186</sup>

Se hoje um certo consenso pode ser afirmado em torno dos direitos essenciais a uma sociedade democrática, é devido à sucessiva incorporação de direitos e liberdades a esse “catálogo” no transcorrer dos séculos, por iniciativa ora de reivindicações populares, ora de grupos ou elites. Consequentemente, por diferenciarem-se ao longo desse percurso, atendendo, sobretudo, às necessidades de cada contexto sócio-político e de cada época, tais reivindicações dão origem a diferentes tipos de “direitos”. Por isso a sua classificação usual em gerações, as quais correspondem a formatações de Estado de Direito específicos (associados diretamente às demandas sociais mencionadas), de modo que, basicamente, “cada modelo de Estado se identifica com uma geração de direitos que o nutriu

---

<sup>186</sup> BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991. p. 17-18.

ideologicamente e que, em alguns casos, teve relação com a própria superação do respectivo modelo estatal.” Com isso conclui-se que, em alguma medida, a crise de um determinado modelo de Estado representa a crise do sistema de direitos por ele reconhecido. Logo, “a crise do *Estado liberal* foi a crise do sistema de direitos por ele reconhecido [...]”, tal como deve suceder com as versões estatais posteriores e seus precípuos sistemas de direitos.<sup>187</sup>

Há que se recordar que as demandas revolucionárias de 1789, refletidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, eram exigências burguesas, “um manifesto contra a sociedade hierárquica de nobres privilégios, mas não em favor de uma sociedade democrática e igualitária.” Em geral, o burguês liberal clássico da época “não era um democrata, mas um devoto do constitucionalismo, um Estado secular como liberdades civis e garantias para a iniciativa privada, e governo de contribuintes proprietários.” Contudo, “oficialmente esse regime expressaria não apenas seus interesses de classe, mas a vontade geral do ‘povo’, que era, por sua vez (uma significativa identificação), ‘a nação francesa’.”<sup>188</sup>

No tocante ao Estado liberal e seus postulados, portanto, as objeções que levariam ao seu colapso encontravam-se presentes desde a sua formação de origem. A combinação de reconhecimento apenas de liberdades negativas, não intervenção estatal, consagração da propriedade como um direito natural e inviolável e igualdade em um plano meramente formal propiciaram um quadro insustentável de desigualdade e exclusão, cujas tentativas de superação conduziram ao polêmico modelo de Estado Social.<sup>189</sup>

<sup>187</sup> SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. **Derecho constitucional europeo: derechos y libertades**. Madrid: Sanz y Torres. 2005. p. 60-61: “[...] Estas generaciones se corresponden con los modelos de Estado de Derecho, de modo que cada modelo de Estado se identifica con una generación de derechos, que lo nutrió ideológicamente y que, en algunos casos, tuvo mucho que ver en la propia superación del respectivo modelo estatal. Así, de alguna manera, la crisis del *Estado liberal* fue la crisis del sistema de derechos por él reconocido, mientras que las voces discrepantes que se alzan contra el actual *Estado social* no están alejadas de la protesta acerca del contenido y la eficacia de los derechos económicos y sociales que se identifican con este último modelo de Estado.”

<sup>188</sup> HOBBSAWM, Eric. **The age of revolution, 1789-1848**. New York: Vintage Books, 1996. p. 59: “More specifically, the demands of the bourgeois of 1789 are laid down in the famous Declaration of the Rights of Man and Citizens of that year. This document is a manifesto against the hierarchical society of noble privilege, but not one in favour of democratic or egalitarian society. [...] But on the whole the classical liberal bourgeois of 1789 (and the liberal of 1789-1848) was not a democrat but a believer in constitutionalism, a secular state with civil liberties and guarantees for private enterprise, and government by tax-payers and property-owners. Nevertheless officially such a regime would express not simply his class interests, but the general will of ‘the people’, which was in turn (a significant identification) ‘the French nation’.”

<sup>189</sup> Na análise de Elías Díaz, antes mesmo do Estado Social de Direito, o Estado totalitário institucionaliza a ideologia fascista e apresenta-se como uma tentativa (frustrada) de superar as insuficiências do Estado Liberal. DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid:

### 3.4 Ao Estado Social<sup>190</sup> e seus dilemas: reconstrução social e/ou preservação do sistema?

Assim como as “insuficiências” do modelo estatal absolutista foram determinantes à conformação e consolidação do Estado de Direito Liberal, a superação deste modelo também foi deflagrada a partir de certas “inconformidades” e “debilidades” provocadas no seu desenvolver-se. Mais uma vez, condições político-econômico-sociais pretéritas auxiliam na compreensão das instituições e sua lógica de origem, funcionamento e superação/renovação.

Em relação ao Estado de Direito burguês, conforme antecipado, a incapacidade para conter os problemas sociais a que o próprio modelo deu causa revelava-se desde os seus primórdios. Uma estrutura estatal que se nutre da tríade formada por igualdade jurídica, liberdade civil (de aquisição) e garantia da propriedade, ao mesmo tempo em que alcança o pretendido rompimento das amarras feudais, não só permite como favorece as finalidades de lucro. “O princípio da personalidade juridicamente livre, igual e formadora de capital foi declarado como o princípio de todo o Direito civil”,

---

Taurus, 2010. p. 59: “El Estado totalitario en que, según expresión de sus propios teóricos, se concreta e institucionaliza la ideología fascista, intenta presentarse externamente como superador de las insuficiencias del Estado Liberal. La crítica llevada a cabo por el fascismo se dirige así de modo inmediato contra dos puntos, que desde esa perspectiva se consideran como los centrales en el liberalismo: el individualismo de la sociedad y el abstencionismo del Estado. En la concepción fascista, el individualismo liberal es sustituido por un transpersonalismo y organicismo social; paralelamente, el abstencionismo estatal viene a su vez sustituido por un Estado de estructura totalitaria. [...] en realidad, el fascismo no constituye en modo alguno una auténtica *superación* del liberalismo, sino más bien al contrario, un enmascaramiento de los peores defectos e inconvenientes de éste, agravados además como consecuencia de su organización totalitaria del poder.”

<sup>190</sup> Pertinente registrar a distinção feita por García-Pelayo quanto aos termos “*Welfare State*” e “Estado Social”, bem como referir que o presente trabalho tomará estes conceitos no sentido atribuído pelo autor à denominação “Estado Social”, enquanto uma configuração tipicamente contemporânea: GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985. p. 14: “El concepto de *Welfare State* se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de las cifras del presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices, y los problemas que plantea, tales como sus costos, sus posibles contradicciones y su capacidad de reproducción, pueden también ser medidos cuantitativamente. En cambio, la denominación y el concepto de Estado social incluyen no sólo los aspectos del bienestar, aunque éstos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos. En una palabra, el *Welfare State* se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusiva de nuestro tiempo – puesto que el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de bienestar –, mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época.”

e o abrandamento dos limites jurídicos com esse intuito aprofundou a desigualdade entre os indivíduos.<sup>191</sup>

Um sistema ancorado no ato “de possuir” acaba não só por “institucionalizar” uma nova forma de desigualdade, como também estabilizá-la e intensificá-la o que, conseqüentemente, traz à tona “uma nova falta de liberdade, agora social, sobre a base da igualdade jurídica.”<sup>192</sup>

Não é outro o significado dos direitos sociais: prover os meios sem os quais determinados direitos não podem ser exercitados. Em que medida a liberdade de expressão está garantida, por exemplo, a quem não sabe ler e escrever? Eis o traço mais radical que distingue um direito social de uma liberdade clássica ou, por outras palavras, um direito de segunda e primeira dimensão, respectivamente.<sup>193</sup> Enquanto estes protegem uma capacidade de fazer, aqueles estabelecem obrigações por parte do Estado para que tanto as liberdades quanto os demais direitos possam, efetivamente, realizarem-se.<sup>194</sup>

De fato, é lugar-comum que a liberdade preconizada pelo Estado burguês, ao privilegiar a igualdade formal por meio da lei não assegurou a igualdade material, intensificando-se as críticas a esse modelo, cuja legitimidade foi esmorecendo, provocando a luta e a busca por definições materiais do Estado de Direito, o que refletirá diretamente na interpretação, no conteúdo e natureza/característica dos direitos fundamentais e, assim, no próprio funcionamento da máquina estatal.

Se até então os direitos fundamentais serviam notadamente à garantia da liberdade individual, à função precípua de delimitar e controlar o Estado irá se acrescer a de legitimar e estimular a realização de objetivos e tarefas materiais por esse mesmo

<sup>191</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 34: “El principio de la personalidad jurídicamente libre, igual y formadora de capital se declaró como el principio de todo el Derecho civil.”

<sup>192</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 35: “El movimiento histórico que se puso en marcha con ello condujo necesariamente no solo a la desigualdad social basada en la posesión, sino que, con su estabilización y agudización, llevó también al antagonismo clasista de la sociedad, y con ello a una nueva falta de libertad, ahora social, sobre la base de la igualdad jurídica.”

<sup>193</sup> Oportunamente, assinala-se a nota de CID, Benito de Castro. Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. **Anuario de Filosofía del Derecho**. Valencia, n. XII, p. 679-687, 1995. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 11 Abr. 2014. p. 681: “Aunque sea una práctica bastante generalizada, resulta obvio que no puede tomarse la función prestacional como rasgo diferenciador de los derechos sociales frente a los derechos civiles y políticos. Y ello por la simple razón de que ni la «abstención» es exclusiva de los segundos, ni en la «prestación de los primeros»; en ambos tipos o grupos está presente y ausente, a un mismo tiempo, ese rasgo.”

<sup>194</sup> GARCÍA, Pedro de Vega. El problema de los derechos fundamentales en el estado social. **Anuario Jurídico de la Rioja**. Logroño, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 12 Maio 2014. p. 368.

Estado. Abre-se um vazio de legitimidade que só pode ser preenchido com novas definições, marcadamente materiais, do Estado de Direito, inspiradas em ideais de justiça e operando significativa transformação na interpretação dos direitos fundamentais.<sup>195</sup>

Por definição material de Estado de Direito compreende-se um conceito político que “não se refere à forma, mas ao conteúdo da relação Estado-cidadão, sob a inspiração de critérios substantivos de justiça” e que, em contraste com a concepção formal do Estado de Direito (ainda que, em realidade, os aspectos formais e materiais estejam mais para duas dimensões do Estado de Direito do que para elementos contraditórios), “não gira meramente em torno da legalidade, mas sim que entende que esta deve sustentar-se na legitimidade, em uma ideia de Direito como expressão dos valores jurídico-políticos vigentes em uma época.”<sup>196</sup>

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.<sup>197</sup>

Esses são os traços que começam a realçar feições voltadas a um modelo social de Estado, com a adição de novos componentes, a sinalizar uma lógica bastante distinta da liberal, que trará consigo uma série de importantes desafios teóricos e práticos. Uma das mutações mais evidentes dá-se com a atribuição e

---

<sup>195</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 32.

<sup>196</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985. p. 54: “[...] El Estado formal de Derecho se refiere a la forma de realización de la acción del Estado y concretamente a la reducción de cualquiera de sus actos a la ley o a la constitución, para lo cual establece unos determinados principios y mecanismos, a los que nos referiremos más adelante y que tienen su origen en la estructuración de los postulados liberales por la técnica jurídica (como, por ejemplo, principio de la legalidad, de la reserva legal, etc.); el Estado material de Derecho, también llamado «concepto político del Estado de Derecho» (M. Peters), no se refiere a la forma, sino al contenido de la relación Estado-ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia; no gira meramente en torno a la legalidad, sino que entiende que ésta ha de sustentarse en la legitimidad, en un idea del Derecho expresión de los valores jurídico-políticos vigentes en una época. Pero, en realidad, podría afirmarse que no se trata tanto de dos conceptos contradictorios, cuando de dos dimensiones o de dos momentos del Estado de Derecho: [...]”

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66-67.



responsabilização dos poderes públicos em proporcionar a todo cidadão prestações necessárias e serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, o que abarca, mais do que as tradicionais liberdades, a efetiva intervenção estatal nas condições de vida e relações sociais, sobretudo porque este aspecto torna-se vinculativo a partir da constitucionalização dos chamados direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural, abreviados pela afamada designação direitos sociais.<sup>198</sup>

Essa nova conformação, portanto, exigia do Estado 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 geração (direitos econômicos, sociais e culturais, como referido), cuja nota distintiva é a sua dimensão positiva, já que reclamam do ente estatal 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.<sup>199</sup>

Por isso costuma-se dizer que, de certa forma, o Estado Liberal criou as condições para a sua própria superação, já que as consequências da revolução industrial, que, por sua vez, só foi possível porque, em um primeiro momento, o Estado não interferiu nas atividades econômicas, foram determinantes para uma mudança de postura estatal. Os desníveis sociais causados em razão da submissão imposta pelos detentores do capital e a conformação de uma população predominantemente urbana, com a concentração de grandes massas proletárias, a necessitar de bens e serviços que sequer grupos privados poderiam ou gostariam de oferecer, fez com que até mesmo os proprietários passassem a necessitar de um Estado mais presente e ativo, seja para o atendimento dessas demandas em larga escala, seja para conter as ameaças de conflito e revolta provocadas pela miséria e que colocavam em risco “[...] a segurança do patrimônio, a regularidade e a continuidade das atividades econômicas e a própria estabilidade social.”<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 224.

<sup>199</sup> 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. p. 47.

<sup>200</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 59.



O resultado do aparente apoliticismo com o qual se vem descrevendo o Estado Liberal em relação às condições e transformações socioeconômicas que lhe povoaram foi uma sucessão de conflitos de classe que “[...] desvelaram a insuficiência do marco de liberdades burguesas quando se inibe do reconhecimento da justiça social.” Na linha diametralmente oposta (pelo menos no que diz respeito ao abandono das premissas de neutralidade e individualismo) e visando também lidar com os avanços do capitalismo, o Estado Social constitui-se como interventor direto nos processos socioeconômicos. Tanto que se aponta uma formação de origem híbrida desse modelo estatal, raiz de incompreensões que acompanham sua evolução até hoje, já que resulta da confluência de tendências ideológicas díspares: constitui-se historicamente como uma conquista política do socialismo democrático e, ao mesmo tempo, como produto de um pensamento liberal mais progressista (que, por sua vez, compreende o próprio aparato estatal como instrumento das demandas capitalistas).<sup>201</sup>

Reforçando essa percepção, García-Pelayo trabalha o Estado Social como uma tentativa de adaptação do Estado tradicional, leia-se, do Estado Liberal burguês, à sociedade industrial e pós-industrial, cujas condições históricas permitiram o desenvolvimento de uma nova função de Estado que não é socialista, tampouco capitalista, pelo menos não no sentido clássico do termo, mas que corresponde ao que o jurista espanhol chama de neocapitalismo.<sup>202</sup>

De acordo com Díaz, “o característico do Estado social de Direito é, sem dúvida alguma, o propósito de compatibilizar em um mesmo sistema dois elementos: um, o capitalismo como forma de produção, e outro, a consecução de um bem-estar social geral.”<sup>203</sup>

Essa composição heterogênea – embora não se descartem outras motivações – interfere tão profundamente na delimitação teórica do Estado Social que alcança, inclusive, suas bases fincadas na premissa de configurar-se um Estado de Direito “evolucionado” com relação ao modelo anterior. Trabalha-se, basicamente, com duas

---

<sup>201</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 223-224.

<sup>202</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985. p. 18-19.

<sup>203</sup> DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 2010. p. 113: “Lo característico del Estado social de Derecho es, sin duda alguna, el propósito de compatibilizar en un mismo sistema dos elementos: uno, es capitalismo como forma de producción, y otro, la consecución de un bienestar social general.”

correntes: uma sinaliza que o Estado Social consolida um aprofundamento do Estado Liberal, no sentido de continuidade e aprimoramento; um segundo posicionamento, por sua vez, defende que a lógica interna desses dois modelos é de tal monta inconciliável que a passagem de um ao outro simboliza uma verdadeira ruptura.<sup>204</sup>

Precisamente no fato de a essência desses conceitos supostamente não permitir uma compatibilização, especialmente tomando por base a natureza marcante dos direitos fundamentais em cada modelo, ampara-se a tese de que a conversão do Estado de Direito Liberal em Estado de Direito Social a partir do incremento de determinados conteúdos e obrigações não pode caracterizar uma relação de continuidade.

Compartilhando esse entendimento, García enfatiza que a mudança de postura exigida do Estado Social para o atendimento dos direitos prestacionais emergidos desse contexto altera a sua natureza. Retoricamente questiona o catedrático como se pode dizer que não muda um Estado quando a postura que lhe é reclamada para a garantia de direitos passa da abstenção à forçosa intervenção? Como não admitir essa variação “[...] quando o próprio significado dos direitos faz com que sua lógica interna seja radicalmente contrária?”<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> Sustentando essa ruptura, Ernst Forsthoff questiona se Estados tão diferentes, com estruturas jurídicas tão distintas, podem ser abrangidos pela mesma Constituição e, mesmo reconhecendo que o Estado Social é uma realidade fática e jurídica, resume sua posição da seguinte maneira: “El Estado de Derecho y el Estado Social no son compatibles en el plano constitucional y la Ley Fundamental debe ser entendida primariamente como una constitución liberal.” Para o professor alemão, não há uma solução de compromisso possível que permita a coexistência de um Estado Social de Direito enquanto “meio Estado Social e meio Estado de Direito”. Com efeito, até mesmo por respeito ao texto constitucional – neste caso, relativo ao seu contexto de origem –, deve-se priorizar a fórmula do Estado de Direito em seu sentido mais estrito e, tão somente na medida do possível, isso é, no que lhe for compatível, atender às demandas e conteúdos do Estado Social. Nos termos originais postos pelo autor: “[...] es preciso tener presente que – dicho en términos sencillos – no se consigue el Estado Social de Derecho con medio Estado social y medio Estado de derecho. Es decir, no es posible una solución de compromiso de modo que se escamoteara en una y otra vía lo que cada una de ellas resultara incómodo. Muy por el contrario, se trata de tomar el Estado de Derecho en su más estricto sentido y, sobre la base de su sistema conceptual, formas e instituciones, de contrastar hasta dónde y en qué medida es compatible con los contenidos y exigencias del Estado Social, y, en consecuencia, pueda abrirse a éste. En la elección de este punto de partida se sitúa una opción en favor del Estado de Derecho. Tal opción no se asienta en una elección individual, se da en la misma Ley Fundamental.” FORSTHOFF, Ernst. Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF Ernst; DOEHRING, Karl. **El estado social**. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1986. p. 45-80.

<sup>205</sup> Assim, indaga-se o autor: “Pero si resulta que junto al derecho de libertad clásico se introduce el elemento social, al Estado se le está pidiendo la misión contraria: intervenir lo más posible para que los individuos puedan gozar de los derechos de una manera efectiva. ¿Cómo se puede decir que el Estado liberal que garantiza los derechos mediante la abstención no cambia si resulta que para realización de los derechos materiales forzosamente tiene que intervenir? Y, naturalmente, ¿cómo se puede decir que no cambia la naturaleza del Estado, cuando el propio significado de los derechos hace que su lógica interna sea radicalmente contraria?” GARCÍA, Pedro de Vega. El problema de

Não obstante a qualidade e a importância de tais reflexões, “a maioria dos juristas [...] consideram vinculatórios e compatíveis, embora com as necessárias adaptações, os dois termos da fórmula [...]”; com efeito, o Estado Social de Direito representa, sim, uma das manifestações históricas do Estado de Direito.<sup>206</sup>

Em síntese, o Estado Social de Direito seria um passo adiante em relação ao Estado Liberal que, apesar de todas as suas variações, segue atendendo às exigências próprias de um Estado de Direito, tais como a supremacia da lei, a separação dos poderes, o primado da legalidade e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Ao passo que todos esses critérios permanecem constantes na estrutura do modelo social, não há como negar-lhe o caráter de autêntico Estado de Direito.<sup>207</sup>

Observando-se os valores e os fins que orientam o Estado Social (democrático e livre), constata-se que não há uma negação dos valores e fins preconizados pelo Estado Liberal (liberdade, propriedade, igualdade, segurança jurídica e participação via sufrágio), ao contrário, existe a pretensão de fazê-los mais efetivos. Novamente faz-se valer o argumento de que apenas o estabelecimento de garantias formais não necessariamente será suficiente para o exercício real de determinados direitos. O Estado Social reconhece a necessidade de condições existenciais mínimas para que essa relação se concretize, inclusive, no tocante à liberdade e outros pilares do modelo estatal tradicional que, portanto, não são rejeitados, mas revistos, ampliados.<sup>208</sup>

Dão sequência ao argumento Streck e Bolzan de Moraes, com os quais, aqui, sela-se a questão, ao entender-se que o Estado Social de Direito, tal qual o modelo anterior, “[...] tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal agregado pela convencionalmente nominada *questão social* [...]”. A ordem jurídica que se edifica a partir dessas circunstâncias compreende “[...] a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio

---

los derechos fundamentales en el estado social. **Anuario Jurídico de la Rioja**. Logroño, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 12 Maio 2014. p. 369.

<sup>206</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985. p. 52: “Sin embargo, la mayoría de los juristas (incluyendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal) consideran vinculatorios y compatibles, bien que con las necesarias adaptaciones, los dos términos de la fórmula, con la consecuencia de que el Estado Social de Derecho sería una de las manifestaciones históricas junto a otras del Estado de Derecho.”

<sup>207</sup> DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 2010. p. 105-106.

<sup>208</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985. p. 26.

não atingido pela sociedade liberal.” Consequentemente, já introduzindo outro elemento importante que afeta e é afetado por essa nova realidade, “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.” – Observa-se, contudo, que tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social, o fim ultimado ainda é a adaptação à ordem estabelecida.<sup>209</sup>

Em síntese, é possível visualizar no Estado Social um aprofundamento, um enriquecimento conteudístico em relação ao modelo estatal liberal, 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. Referido instrumento, destarte, de mero limitador do poder estatal, passa a ser, privilegiadamente, no modelo social, um mecanismo de ação concreta do Estado.

No entanto, a noção de que os direitos sociais estariam vinculados a normas programáticas acabou desvirtuando e relativizando o dever de atuação do Estado nesse âmbito, consubstanciando um dos grandes entraves à efetivação desses direitos até os dias de hoje.

Mesmo constitucionalizados – García-Pelayo lembra que a ideia de Estado Social apareceu na Constituição pela primeira vez em 1949, na Lei Fundamental da República Federal Alemã, também sendo mencionada na Constituição Espanhola de 1978, enquanto forma de Estado<sup>210</sup>, pois não se pode olvidar a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, bem como o importante papel desempenhado por estes documentos – os direitos sociais encontraram (e ainda encontram) resistência, que chegaram ao extremo negar-lhes o caráter de direito fundamental na medida reconhecida às liberdades e direitos tradicionais.

Historicamente, tais direitos, cuja essencialidade dispensa comentários, vêm sendo encarados como uma espécie de “promessa”, como uma determinação constitucional completamente desamarrada de prazos, meios e modos de atendimento. Todavia, essa lógica conduziria, conforme Prieto Sanchís, a uma

---

<sup>209</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 102-103.

<sup>210</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985. p. 17.

“«desconstitucionalização» operada pela própria Constituição, que aqui teria deixado de ser uma norma vinculante para converter-se em uma bem intencionada recomendação.”<sup>211</sup>

Questionando o caráter programático, ou quase retórico, assumido por algumas declarações, Palombella destaca a resistência da Constituição norte-americana em fixar esses conteúdos em seu texto, exatamente por tenderem tradicionalmente a levar muito a sério os direitos aí incorporados, o que, com efeito, evidencia que a inclusão dos direitos sociais nos textos constitucionais implica um compromisso com a sua concretização, exatamente como ocorre com os demais direitos e garantias fundamentais. Em conclusão, para o autor, a programaticidade dos direitos fundamentais não resiste, ou, então, não se refere apenas aos direitos sociais.<sup>212</sup>

A utilização retórica do Estado Social que abre boa parte das Constituições do mundo é devida, segundo García, a essa realidade inexorável que constitui o modelo social e que acaba sendo simplificada pelos teóricos, não tendo recebido o devido desenvolvimento na ordem jurídica, tampouco na ordem econômico-social e ideológica.<sup>213</sup>

Outra anotação importante e que guarda relação com o fato de o modelo de Estado Social ter se expandido para diversos países diz respeito à heterogeneidade de seu ritmo de crescimento, que “variou consideravelmente de país para país, de sector para sector (sic), e entre diferentes fases ou períodos históricos”, de modo a concluir-se que não há “um” modelo de Estado Social. Rigorosamente, sequer existem dois Estados-providência que possam ser igualados, pois “cada país concretizou este modelo de Estado à sua maneira, com os seus recursos humanos e financeiros, à luz da sua cultura e costumes, com base no seu sistema de governo e instituições políticas, e a partir das suas experiências históricas.” Não significa, porém, que um

---

<sup>211</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM/Trotta, 2007. p. 231: “Estaríamos, pues, en presencia de un suerte de «desconstitucionalización» operada por la propia Constitución, que aquí habría dejado de ser una norma vinculante para convertirse en una bienintencionada recomendación.”

<sup>212</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **La autoridad de los derechos**: los derechos entre instituciones y normas. Madrid: Trotta, 2006. p. 52-53: “A mi modo de ver, sin embargo, el carácter programático de los derechos fundamentales o no resiste o no se refiere, de entre ellos, exclusivamente a los derechos sociales.”

<sup>213</sup> GARCÍA, Pedro de Vega. El problema de los derechos fundamentales en el estado social. **Anuario Jurídico de la Rioja**. Logroño, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 12 Maio 2014. p. 370.

padrão de desenvolvimento histórico comum seja indetectável; ao contrário, para fins de análise e estudo, é plenamente possível.<sup>214</sup>

De todo modo, apesar das dificuldades narradas e, ainda, sem esquecer as que foram reservadas para uma análise posterior (como os problemas relacionados à crise do Estado Social), o modelo estatal consolidado em torno da finalidade que o adjetiva é uma importante etapa histórica do Estado de Direito, influenciando significativamente a sua evolução e repercutindo até os dias de hoje, pelo que não pode ser considerada uma fase concluída (até mesmo diante das disparidades espaço-temporais de sua implementação e estabilização). Algumas dessas “pendências”, por exemplo, ainda serão cruciais para a compreensão do atual contexto de “crise” que se pretende desenvolver adiante.

---

<sup>214</sup> SILVA, Filipe Carreira. **O futuro do estado social**. Lisboa: Relógio D'Água, 2013. p. 19.



#### 4 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E DEMOCRACIA: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO ESTADO CONSTITUCIONAL (E OUTROS IMPASSES)

Dos diversos conteúdos assumidos pela forma estatal – mantendo-se fiel a Canotilho e à formulação do Estado adjetivado<sup>215</sup>, a que exsurge do enlace entre os componentes social e democrático pode, com facilidade, ser considerada a mais complexa, condizente, não se pode negar, como o conturbado período que lhe dá origem. Em essência, é até difícil determinar se o Estado Democrático (e Social) de Direito surge como consequência – já que as circunstâncias extremas praticamente não deixaram alternativas que não conduzissem a um modelo democrático e calcado na garantia de direitos – ou como necessidade do pós-guerra – de resgate da humanidade e da sua reconstrução em termos que permitissem acreditar e viver em paz –, muito embora, a rigor, não se trate de condições excludentes.

Historicamente, o modelo estatal democrático revelado das ruínas da guerra corresponde ao mais avançado estágio evolutivo, à forma mais elaborada do Estado de Direito, a tal ponto e intensidade que as sucessivas transformações a que foi submetido levantam a hipótese, aqui endossada, de que tenha superado essa classificação, constituindo-se no que será chamado de Estado Constitucional, para além do Estado de Direito, com características próprias e marcantes acumuladas ao longo de séculos e que eclodem após 1945, sustentando e sendo sustentado por um igualmente novo tipo de Constitucionalismo, que ganhará o ocidente sob o epíteto de neoconstitucionalismo<sup>216</sup> ou, como será tecnicamente justificado no decorrer deste capítulo, Constitucionalismo Contemporâneo.

Resumidamente, tudo é “novidade” – novos preenchimentos para nem tão novos moldes, talvez, pois as estruturas erguidas ao longo da modernidade permanecem, ainda que resignificadas. Assim o é, do ponto de vista jurídico e político, sobretudo, com a Constituição e, uma vez alterada a leitura que se faz desta peça central, todo o conjunto que lhe é intimamente vinculado acaba afetado, da organização do Estado e do Direito à dinâmica da vida social.

---

<sup>215</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O estado adjetivado e a teoria da constituição. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 25-40, 2002. Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Mencionado, mais elaboradamente, no item 3.1.

<sup>216</sup> O exame dos debates e divergências que cercam o termo será feito na sequência do texto.

Não bastassem essas mudanças que se podem categorizar como de ordem interna – pois derivadas de mutações havidas no núcleo das Constituições e dos Estados Democráticos, sendo antes de índole teórica do que estrutural, já que, como dito, não se trata de arranjo desconhecido em termos de organização estatal, mas de novos sentidos atribuídos às bases que foram sendo alicerçadas durante séculos –, tanto a Constituição quanto o Estado democráticos – e depois de vencidos os desafios para a harmonização do Constitucionalismo com a democracia – ainda precisa(ram) se (re)adaptar a transformações que lhes atingem vindas “de fora”, vindas de um mundo que agora se encontra em constante e complexo movimento que irrompe em fenômenos como a globalização, chocando-se com os preceitos estáveis e gradativamente dogmatizados pela modernidade.

Iniciando pelo primeiro forte impulso que levou à rearticulação da Constituição, Estado e Direito, que foi a Segunda Guerra Mundial, e concluindo com o apontamento dos primeiros sinais de que outra grande onda de novidades não apenas inunda essas instituições como altera os fluxos e os refluxos dos acontecimentos que (des)estabilizam o mundo, o presente capítulo objetiva aclarar cada uma dessas passagens, abrindo caminhos para que, adiante, mais do que compreender o quadro, tenha-se condições de completá-lo e aprimorá-lo.

#### **4.1 Do Estado legislativo de Direito ao Estado Constitucional: o Constitucionalismo Contemporâneo do pós-segunda guerra**

No capítulo anterior foi estabelecido o compromisso de retomada, em momento oportuno, de um dos modelos normativos de Estado de Direito delineado por Ferrajoli, precisamente, o Estado Constitucional. Nenhum momento poderia ser mais apropriado que a abertura desse tópico que se presta a investigar o Estado Democrático de Direito como Estado Constitucional.

Para avançar nessa etapa, debruçando-se sobre o Estado Constitucional, cujo modelo se estende do pós-segunda grande guerra até os dias de hoje, não será possível evitar certa repetição, tendo em vista que anteriormente foram examinadas em separado diferentes fases do Estado de Direito e do Constitucionalismo que, embora distintas, compõem uma mesma história de formação e desenvolvimento dessa particular estrutura estatal aliada ao chamado Constitucionalismo Contemporâneo que, aliás, também precisa ser elucidado.

A ressalva e, de certo modo, a distinção entre Estado de Direito e Estado Constitucional reveste-se de especial importância, sobretudo, diante da noção genérica e embrionária contida na expressão “Estado de Direito”, o que, todavia, não a converte em um conceito vazio, tampouco em uma fórmula mágica que aceite qualquer conteúdo. Isso porque o Estado de Direito indica um valor, que embora por si só não encerre consequências muito mais precisas, compreende a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos. Com efeito, não se justificam, pela possibilidade de redução do Estado de Direito a uma fórmula carente de significado substantivo do ponto de vista estritamente político-constitucional, as tentativas de definição como tal de regimes totalitários.<sup>217</sup>

Ainda assim, não se pode deixar por conta do acaso que justamente depois das catástrofes testemunhadas pelo século XX, notadamente a Segunda Guerra Mundial, a insuficiência institucional e jurídica do Estado de Direito venha à tona, deixando evidente a fragilidade desse modelo para combater os efeitos devastadores do formalismo jurídico que se acomodou sobre essa estrutura.<sup>218</sup>

A positivação do Direito mudou radicalmente a relação entre Direito e política predominante até então. A concepção de que o Direito poderia ser feito, ou seja, produzido racionalmente, era geralmente estranha às sociedades mais antigas, nas quais Direito e justiça eram coincidentes e, portanto, o Direito dominava a política. Quando o Direito torna-se, enfim, algo factível e que podia ser instituído como instrumento para fins políticos, inverte-se essa “hierarquia” e a política passa a situar-se acima do Direito, por conferi-lhe conteúdo e validade. No entanto, com isso, surgiu o problema da justiça, já que o Direito estabelecido politicamente, sem vinculação a princípios preestabelecidos, não trazia nenhuma garantia de exatidão em si. Por conseguinte, à positivação do Direito seguiu-se logo a tentativa de religar a legislação a princípios superiores<sup>219</sup> – apesar de que este fundamento não cabe mais ao Direito, mas sim à Filosofia do Direito (o Direito passa a ser eminentemente positivo, sendo que a preocupação com seus fundamentos e justiça reside em outras ciências).

---

<sup>217</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos e justicia. 4. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002. p. 21-22.

<sup>218</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Coleção Estado e Constituição. nº 9. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 9.

<sup>219</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 4-8, passim.

Após o apogeu do positivismo legalista e a devastação causada pelos regimes totalitários que se apoiavam em seus postulados formalistas, fazia-se necessário recuperar a dimensão valorativa do Direito, (re)inserindo-o no horizonte da justiça, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana.<sup>220</sup> Essa busca é a essência da Jurisprudência dos Valores que floresce na Alemanha em meados do século XX.<sup>221</sup>

Como sublinha Larenz, a passagem a uma jurisprudência de valoração diz respeito ao “reconhecimento de valores ou critérios de valoração ‘supralegais’ ou ‘pré-positivos’ que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições”.<sup>222</sup> Contudo, diferentemente do jusnaturalismo tradicional, “a Jurisprudência dos Valores não se refere a um valor considerado predominante ou absoluto e preceptivamente indicado aos juristas, mas aos numerosos valores que, em abstrato, podem ser o fundamento do direito.”<sup>223</sup>

Por essa e por outras razões que ainda serão apresentadas, o contexto pós-segunda grande guerra, de modo geral, é o ponto de partida do que se habituou a chamar de neoconstitucionalismo. Apesar de se tratar de uma designação ampla, de contemplar um ideário relativamente difuso e de não encontrar na doutrina um conceito unívoco, algumas características são indissociáveis desse aporte teórico, como, por exemplo, a reformulação da visão acerca das Constituições, recrudescidas enquanto documento jurídico-político e, sobretudo, enquanto guardiãs dos mais caros valores da sociedade que constituem, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, que restou definitivamente consagrada na formação dos Estados Democráticos de Direito.

---

<sup>220</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Coleção Estado e Constituição. nº 9. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 10.

<sup>221</sup> Até hoje, de certo modo, é possível afirmar que a Jurisprudência dos Valores é preponderante no Tribunal Constitucional Alemão, tendo influenciado, na verdade, toda a formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, na Espanha e, inclusive, no Brasil. O grande problema é que os juristas brasileiros, particularmente, não atentaram para as distintas realidades em questão, recepcionando a tese de maneira equivocada. Com ênfase, Streck assinala que os teóricos brasileiros tomaram da Jurisprudência dos Valores apenas a sua tese central, qual seja, “a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores.” Essa e outras críticas do autor são desenvolvidas em STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48-49.

<sup>222</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 167.

<sup>223</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 249.

A própria derrocada do positivismo jurídico reflete esse aspecto. Quando se fala na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo quer-se dizer que esse fenômeno proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, marcados pela existência de Constituições “extremamente embebedoras”, invasoras, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e até mesmo influenciar diretamente as relações sociais (especialmente em função da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais).<sup>224</sup>

Numerosos têm sido os estudos acerca do que o termo “neoconstitucionalismo” designa.<sup>225</sup> Em contorno amplo, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo representa o Constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra e que é instituído pelo Estado Democrático (e Social) de Direito.<sup>226</sup>

De acordo com Sanchís, neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo são expressões de uso cada vez mais difundido, mesmo não sendo suficientemente precisas ao aludir uma pretensamente nova cultura jurídica. Resumidamente, o autor aponta três acepções principais acerca dos termos: i) Constitucionalismo como um certo tipo de Estado de Direito (sentido que se pretende desenvolver neste tópico); ii) Constitucionalismo como uma teoria do Direito (porque um “novo” Estado Constitucional reclama uma nova teoria do Direito); iii) Constitucionalismo como ideologia (que também apresenta diferentes níveis ou projeções, algumas mais, outras menos problemáticas).<sup>227</sup>

Analisando a “importação” do termo para o contexto brasileiro, embora num primeiro momento tenha sido estratégica, designando um Constitucionalismo compromissário, dirigente e viabilizador de um regime democrático (especialmente considerando o Constitucionalismo de feições liberais que se tinha, simulacro de

---

<sup>224</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Estudos jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan/abr. 2005. p. 25-26.

<sup>225</sup> Exemplificativamente, além das demais obras citadas: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. CARBONELL, Miguel. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM/Trotta, 2007. CRUZ, Luis M. **Estudios sobre el neoconstitucionalismo**. México: Porrúa, 2006.

<sup>226</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Estudos jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan/abr. 2005. p. 26-25, passim.

<sup>227</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 123.

regimes autoritários), atualmente o termo pode levar a equívocos. Acompanhando essa crítica e defendendo a designação “Constitucionalismo Contemporâneo” para identificar esse conjunto de ideias que se desenvolve originalmente no pós-guerra e chega aos dias atuais, Streck refere que o termo neoconstitucionalismo, conforme vem sendo utilizado, representa uma clara contradição. Isso porque, no plano teórico-interpretativo, por exemplo, o neoconstitucionalismo representa não mais que a superação do *paleojuspositivismo* (Ferrajoli), na medida em que reforça as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e, mais contemporaneamente, da Jurisprudência dos Valores, de modo que, “se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito ‘novo’ [...], fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial [...]”, como vem ocorrendo. Desse conjunto de fatores o autor reconhece que, para identificar “a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição”, torna-se mais pertinente a denominação Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) para referir-se ao movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra. Assim, evitam-se as contradições e os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*.<sup>228</sup>

Aliando as perspectivas traçadas até então, cumpre assinalar aquelas que nortearão mais decisivamente as ideias e construções seguintes. Com efeito, ainda que seja possível sustentar alguma equivalência entre os termos neoconstitucionalismo e Constitucionalismo Contemporâneo, por questões de coerência teórica e unicidade terminológica (já que as palavras dizem e valem muito), a partir desse ponto far-se-á uso da última expressão para identificar tanto a forma estatal específica surgida após a Segunda Grande Guerra quanto os conteúdos filosóficos, jurídicos e políticos que lhe preenchem e sustentam.

Em relação a conteúdo, a propósito, imprescindível a referência a duas tradições constitucionais distintas que, ao convergirem, formam as bases do Estado Constitucional e dão surgimento ao Constitucionalismo Contemporâneo, influenciando, ademais, terminantemente o perfil das Constituições, que abandonam o caráter de norma sucinta “para incorporar um amplo conteúdo substancial que aponta para um ambicioso programa de reforma social”, sendo, simultaneamente,

---

<sup>228</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36-37.



documentos rígidos, vedados ao expansionismo do legislador, que teve de adequar-se às diretrizes constitucionais sob a fiscalização permanente dos juízes. Em resumo, trata-se de “Constituições fortemente normativas dotadas de um amplo sistema de garantias.”<sup>229</sup>

De um lado, a garantia jurisdicional correlativa a uma boa dose de desconfiança do legislador da tradição norte-americana, que concebe a Constituição como um instrumento definidor das “regras do jogo” da organização social e política e, portanto, hierarquicamente superior àqueles que participam do “jogo”; esse conjunto converte-se na ideia de supremacia constitucional e sua consequente garantia jurisdicional, grande legado dessa tradição ao Constitucionalismo Contemporâneo. Por sua vez, na tradição francesa, a Constituição aparece como um ousado programa normativo que encerra em si um projeto político bem articulado, com pretensões de transformação, de condicionamento das decisões coletivas com respeito à ação estatal nos mais variados segmentos (economia, educação, saúde, relações de trabalho, etc.); logo, não se trata apenas de definir as regras do jogo, mas de participar ativamente do seu acontecer. O resultado dessa soma compreende “uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, e sim aos juízes.”<sup>230</sup>

Assim, a grande novidade do Constitucionalismo e do Estado configurados no ardor do segundo pós-guerra não remonta a nenhuma dessas tradições tomadas separadamente, senão precisamente na conjugação de ambas. É esta combinação “que permite conceber à Constituição simultaneamente como um limite ou garantia e como uma norma diretiva fundamental.”<sup>231</sup>

Se com o nascimento do Estado e a afirmação do princípio da legalidade, nos termos vistos, tem-se uma alteração de paradigma do Direito, uma segunda mudança

---

<sup>229</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Coleção Estado e Constituição. nº 9. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 22.

<sup>230</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p.124-127: “En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.”

<sup>231</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM/Trotta, 2007. p. 214: “La novedad por tanto no reside en ninguno de esos rasgos tomados por separado, sino precisamente en la conjugación de ambos; es la convergencia de dos tradiciones constitucionales lo que permite concebir a la Constitución simultáneamente como un límite o garantía y como una norma directiva fundamental.”

não menos significativa é produzida a partir da subordinação dessa mesma legalidade a Constituições rígidas, que passam a ser determinantes para o reconhecimento da validade da própria lei. Dessa conformação, consequências radicais darão conta de transfigurar o até então chamado Estado legislativo de Direito: 1) a validade das leis passa a depender, além dos aspectos formais de produção, da sua adequação aos preceitos constitucionais, sendo absolutamente possível que uma norma formalmente válida e vigente seja substancialmente inválida pela sua desconformidade em relação ao texto constitucional; 2) no Estado Constitucional de Direito a Constituição não se limita a disciplinar a forma de produção legislativa, impondo, também, proibições e obrigações de conteúdo; 3) com tudo isso, altera-se, evidentemente, o papel da jurisdição constitucional, que aplica apenas a lei constitucionalmente válida; e, por fim, 4) “a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não somente nas condições de validade das normas, mas também na natureza da democracia [...]”, limitando-a e completando-a, porque os direitos constitucionais passam a corresponder a proibições e obrigações que vinculam aos poderes da maioria, que de outra forma seriam absolutos, aplicando-se, em ambos os sentidos, a todos.<sup>232</sup>

Desse novo Constitucionalismo extraem-se pelo menos três aspectos que provocaram modificações tão significativas no Direito que são destacados por proporcionarem a superação do paradigma positivista: i) a teoria das fontes<sup>233</sup>, pois a lei já não é a única fonte de juridicidade, aparecendo a própria Constituição como auto aplicativa; ii) a substancial alteração da teoria da norma, em face do surgimento dos princípios, a incidir também na teoria das fontes; e, por fim, iii) a interpretação, a

---

<sup>232</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 18-19: “La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa.”

<sup>233</sup> Especificamente sobre o assunto, remete-se à leitura de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011. p. 73-75: “La transformación y la mudanza parecen haberse convertido en los fenómenos distintivos de nuestra época. Su amplitud y profundidad se ha dejado sentir en casi todas las esferas de la vida y, por descontado, en la vida del Derecho. [...] Esa marea transformadora ha alcanzado incluso aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico que parecían inasequibles a la innovación, como el de las fuentes del Derecho. [...] A efectos del tratamiento de las fuentes del Derecho, el Estado constitucional ha implicado un triple desplazamiento de algunos de sus rasgos informadores básicos, que se concreta en: 1) El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución; 2) El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de Constitución; 3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.”

incindibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, dá lugar a um novo paradigma hermenêutico-interpretativo.<sup>234</sup>

Tudo gira, destarte, em torno da ressignificação da Constituição, do seu reposicionamento hierárquico no interior do sistema jurídico-político. Se em modelos estatais anteriores esse documento não atingiu autoridade maior do que um instrumento legal de ordenação e conformação, no Estado emergente após a segunda guerra a Constituição não apenas lhe adjetiva, como reivindica toda a sua primazia e superioridade seja em aspectos formais ou substanciais, agregando, ademais, uma função transformadora do ordenamento que constitui.

Por isso os traços que permitem qualificar o Estado como Constitucional devem ser interpretados como uma autêntica alteração genética, mais que um simples desvio momentâneo cuja rota possa ser restaurada. A fórmula do Estado Constitucional compreende um dado inédito, “a lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição.” Sendo assim, o Estado Constitucional atual comparado ao Estado de Direito do século XIX representa mais que uma continuação, pois a transformação que lhe afeta é tão profunda que alcança, necessariamente, a própria concepção do Direito.<sup>235</sup>

Não se trata, simplesmente, da substituição da lei pela Constituição, como se fossem peças encaixáveis no mesmo espaço. Há todo um substrato teórico que também precisa ser revisado, tudo aquilo que permitiu e justificou, por tanto tempo, o protagonismo e a centralidade do princípio da legalidade.

As mesmas transformações que consagram a força normativa da Constituição, para que possa influenciar todo o ordenamento jurídico, “provocam a destruição do dogma estatista da força absoluta da lei”, cuja supremacia é preterida e cuja própria validade condiciona-se aos conteúdos e princípios constitucionais. Consequentemente, esse deslocamento que acarreta a centralidade da Constituição “produz uma mudança substancial na configuração do ordenamento jurídico e na concepção de Direito que o acompanha.” Chegado ao fim o primado da lei, o mesmo

---

<sup>234</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Estudos jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan. – abr. 2005. p. 25.

<sup>235</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos e justicia. 4. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002. p. 33-34: “[...] La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.”

destino aguarda “todo um complexo quadro de concepções e categorias que havia crescido a sua sombra.”<sup>236</sup>

De “medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito”, uma régua absoluta e implacável, a lei “se converte ela mesma em objeto de medição” ao ser destronada pela Constituição, essa instância superior que agora assume “a importantíssima função de manter unidas e em paz sociedades inteiras divididas em seu interior e concorrenciais”. Uma função completamente desconhecida, pois até então a sociedade política se pressupunha unida e pacífica. Em uma conjuntura inédita, “o princípio de constitucionalidade é o que deve assegurar a consecução deste objetivo de unidade.”<sup>237</sup>

Essa ordem de ideias favorece o encaixe da percepção de Perez-Luño relativamente aos princípios básicos de um ordenamento jurídico: unidade, plenitude e coerência. Referindo-se à Constituição espanhola, mas em reflexão que se pode tranquilamente transpor a todos os Estados de Direito, o professor espanhol avalia que a alusão explícita ao conceito de ordenamento jurídico “não pode considerar-se como uma figura retórica ou um dado casual, mas sim que responde às exigências de funcionamento do direito em uma sociedade tecnicamente avançada.” Com efeito, o apelo a tal noção por parte da norma suprema de um Estado desenvolvido implica o

---

<sup>236</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Estado constitucional y ciencia del derecho. Perfiles de un nuevo paradigma. **Crónica Jurídica Hispalense**. Filosofía del Derecho. Sevilla, n. 6, p. 503-541, 2008. p. 530: “[...] Y esta mutación, que supone la consagración de la constitución como norma jurídica efectiva dotada de fuerza normativa para modelar al conjunto del ordenamiento, provoca la destrucción del dogma estatalista de la fuerza absoluta de la ley. La supremacía de la constitución viene a poner en cuarentena la primacía de la ley y la validez de las normas jurídicas queda supeditada ahora a los contenidos sustantivos recogidos en la constitución y a la interpretación de los principios constitucionales. En consecuencia, al desplazarse el centro de gravedad de la producción normativa desde la ley, como fuente primaria de producción, a la Constitución, como norma articuladora de una multiforme y compleja variedad de normatividades, se produce un cambio sustancial en la configuración del ordenamiento jurídico y en la concepción del Derecho que le acompaña. El fin del primado de la ley no es algo meramente testimonial. Con la caída de este coloso, cae, también, todo un complejo entramado de concepciones y categorías que había ido creciendo a su sombra.”

<sup>237</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos e justicia. 4. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002. p. 40: “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.”

reconhecimento de “que o conjunto de regras que integram seu Direito positivo objetivo responde aos princípios básicos de: unidade, plenitude e coerência.”<sup>238</sup>

Nos trilhos que o próprio autor segue até as conclusões do citado trabalho, uma série de dificuldades vai sendo apontada para a preservação desses preceitos hodiernamente. Do mesmo modo, e em muito por isso a pertinência do item que se segue ao presente, os rumos do Constitucionalismo Contemporâneo século XXI adentro são permeados de novos desafios, muitos dos quais colocam em xeque princípios aparentemente tão básicos e indispensáveis quanto unidade, plenitude e coerência. Entretanto, como se pretende demonstrar na sequência, os acontecimentos que marcaram o final do século XX colocaram muitos outros pontos, alguns até mais decisivos, em dúvida, em risco e em incerteza.

#### **4.2 O Estado Democrático de Direito e a (re)conciliação com o Constitucionalismo Contemporâneo**

Sem dúvida, o Estado Social representou um avanço com relação ao seu predecessor burguês; contudo, por uma série de razões cujo exame apurado novamente se pospõe, também essa forma de estruturação estatal não resistiu às transformações sociais que se seguiram. Isso não apenas quanto ao qualificativo social. Dentre os acontecimentos que marcaram o século XX, duas guerras mundiais modificariam profundamente as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais – aliás, como de outro modo não poderia ser, já que se trata de instituições de origem e sentido convergentes na linha do tempo e da história.

O breve século XX, para destacar a expressão utilizada por Hobsbawm, foi atravessado por conflitos mundiais que duraram trinta e um anos, referindo ininterruptamente o período compreendido entre o início da primeira e o término da segunda grande guerra. A humanidade sobreviveu, mas a grande edificação

---

<sup>238</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. El nuevo paradigma de los derechos fundamentales en el estado constitucional. **Crónica Jurídica Hispalense**. Filosofía del Derecho. Sevilla, n. 11, p. 459-476, 2013. p. 462: “La alusión explícita de nuestra Constitución al concepto de ordenamiento jurídico no puede considerarse como una figura retórica o un dato casual, sino que responde a las exigencias de funcionamiento del derecho en un sociedad técnicamente avanzada. La Constitución española, como norma suprema de un Estado de derecho desarrollado, al apelar a la noción de ordenamiento jurídico no hace sino reconocer que el conjunto de reglas que integran su Derecho positivo objetivo responde a los principios básicos de: unidad, plenitud y coherencia.”

civilizatória do século XIX ruiu, encontrando-se entre esses escombros uma desesperada necessidade de reconstrução.<sup>239</sup>

Diferentemente da formação liberal, que contava com um marco inicial relativamente bem demarcado – a Revolução Francesa de 1789 –, o Estado Social foi se desenvolvendo e se consolidando gradativamente, embora não se ignore que as tentativas de reconstrução já desde o término da Primeira Guerra Mundial deram-lhe um impulso significativo. Como ponto de viragem, porém, pode-se dizer que o segundo pós-guerra foi definitivo.<sup>240</sup>

Contudo, desde então o modelo apresentava sinais de “esgotamento”. De um lado, a questão da igualdade não obteve solução, apesar dos avanços em reconhecer-lhe a necessidade de uma base material; de outro, “o conteúdo social adrede ao Estado não abre perspectiva a que se concretize uma cabal reformulação dos poderes vigentes à época do modelo clássico.”<sup>241</sup>

O Estado Social não só descumpriu as promessas de igualdade material que se esperava mediante o atendimento das aspirações e necessidades reais da população, como também se mostrou incapaz de combater e evitar os problemas que impediam a sua própria realização. O centralismo estatal, as desigualdades socioeconômicas e o controle do mercado pelo neocapitalismo, para citar apenas algumas das dificuldades que não foram sanadas, motivaram a busca pelo fortalecimento do princípio democrático dentro do Estado Social, mas, dessa vez, com uma característica especial: as posições teóricas imbuídas deste fim não pretendiam uma complementação do modelo estatal, e sim uma essencial reestruturação, aliando os preceitos sociais e democráticos nas bases do Estado de Direito.<sup>242</sup>

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

---

<sup>239</sup> HOBBSBAWM, Eric. **Age of extremes**. The short Twentieth Century, 1914-1991. London: Abacus, 1995. p. 22.

<sup>240</sup> Mesmo encontrando-se sistemas públicos de assistência aos trabalhadores na maioria dos países europeus já antes da Primeira Guerra Mundial, sinalizando a conformação de um Estado-Providência (de difícil demarcação temporal), a Segunda Guerra Mundial marca um ponto de viragem na história desse modelo, que com a Grande Depressão dos anos 30 conheceu, possivelmente, sua primeira grande “crise orçamental”. O pós-segunda guerra dá início, então, a “Era Dourada” do Estado Social, que seguirá até meados dos anos 70, de acordo com SILVA, Filipe Carreira. **O futuro do estado social**. Lisboa: Relógio D’Água, 2013. p. 33.

<sup>241</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

<sup>242</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 229.



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.<sup>243</sup>

O Estado Social é relatado, normalmente, como uma conquista das classes operárias que acabaram esmagadas pela igualdade meramente formal do Estado Liberal-burguês (reforçando, capitalismo e Estado – na concepção moderna – nascem juntos)<sup>244</sup>, ideia que é cuidadosamente desconstruída por Avelãs Nunes (apenas para não deixar de mencionar, já que se trata um ponto caro ao autor, é elaborada uma intensa crítica à construção do projeto de – pseudo – democracia social na União Europeia).

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, há que se reconhecer, “a ideia de que *o direito (o estado) deve 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.<sup>245</sup>

No entanto, a questão chave é “que a liberdade burguesa, utilizada no século XVIII como arma na luta contra os privilégios feudais (contra a *ditadura da*

---

<sup>243</sup> 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. p. 41.

<sup>244</sup> Nesse sentido, a tese defendida por Gilberto Bercovici “[...] 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. Otto Hintze chama a atenção de que o Estado moderno, como Estado mercantilista, firmou-se como uma entidade econômica autônoma, promovendo a unidade da moeda, pesos e medidas, e buscando proteger um mercado livre dentro de suas divisas com o controle das fronteiras aduaneiras e das relações com o mercado internacional. 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, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 44.

<sup>245</sup> 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. p. 15.

*feudalidade*), transformou-se, no século XIX, numa arma da *ditadura da burguesia* contra as reivindicações operárias.”<sup>246</sup>

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.<sup>247</sup>

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.”<sup>248</sup>

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.<sup>249</sup>

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.”<sup>250</sup>

<sup>246</sup> 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. p. 16.

<sup>247</sup> 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. p. 29.

<sup>248</sup> TOURAINE, Alain. **Como sair do liberalismo?** Tradução de Maria Leonor Loureiro. Bauru, SP: EDUSC, 1999. p. 21.

<sup>249</sup> 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. p. 30. Nesse ponto, fazem coro com Avelãs Nunes outros autores e obras, dentre os quais se recomenda: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 8. ed. São Paulo: Cortez. 2011. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2013. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 52: “Nessa linha, vem bem a propósito o dizer de Boaventura de Sousa Santos, para quem esse Estado, também chamado de Estado Providência ou Social, foi a instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento do capitalismo.”

<sup>250</sup> TOURAINE, Alain. **Como sair do liberalismo?** Tradução de Maria Leonor Loureiro. Bauru, SP: EDUSC, 1999. p. 21.

Enfim, “ameaçada a estabilidade burguesa, a ruptura da sociedade capitalista só podia ser evitada (adiada) a partir do estado”.<sup>251</sup> 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 com 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.”<sup>252</sup>

Não tardou, a partir de tudo isso, para que a democracia socioeconômica fosse compreendida como condição indispensável para a democracia política. Sem essa necessária conjunção, as decisões tornam-se duplamente antidemocráticas, pois são conduzidas e adotadas por uma oligarquia capitalista que responde apenas aos próprios interesses.<sup>253</sup>

Há que se recordar, para completar a análise, que o próprio Constitucionalismo não nasceu democrático. De berço liberal, sua missão era “construção de um espaço de segurança jurídica e de proteção da esfera de decisão individual.” Impulsionado pelos mesmos ideais basilares da forma estatal que testemunhou seu nascimento, o Constitucionalismo liberal ergueu-se em defesa da liberdade oprimida pela concentração de poder; no entanto, uma liberdade restrita aos homens, proprietários e ricos. Conseqüentemente, os direitos fundamentais e a proteção constitucional serviam para poucos.<sup>254</sup>

No Estado Liberal, a Constituição era um documento puramente jurídico, formal, destinado, essencialmente, ao próprio Estado, cujo poder era limitado e controlado mediante a previsão de mecanismos como a separação de poderes e a garantia das liberdades individuais. Posteriormente, ao lado da previsão e institucionalização dos direitos sociais e da ressignificação da ideia de igualdade, reconhecendo-lhe, também, um necessário sentido material, a Constituição incorpora novos conteúdos e, de certo modo, amplia seu âmbito de incidência, impondo um novo

<sup>251</sup> 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. p. 32.

<sup>252</sup> 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. p. 37.

<sup>253</sup> DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática.** Madrid: Taurus, 2010. p. 134.

<sup>254</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado plurinacional na América Latina.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30440-31724-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 Jul. 2014.

ritmo às funções do Estado e promovendo a substituição da postura absenteísta por uma interventiva. Faltava-lhe, até então, o componente democrático.

Em uma categorização tradicional identificam-se três versões do Estado de Direito, em contraste com o chamado Estado Legal, restrito à legalidade. O Estado de Direito nasce Liberal, assume, depois, uma feição Social e, finalmente, completa-se como Estado Democrático de Direito (mais do que uma variação, aliás, posto que se configura enquanto Estado Constitucional). Há, nesta última conformação, além da inclusão do postulado faltante, um elemento que se sobressai: as funções desempenhadas e esperadas pela Constituição.

Foi com o término e o cenário devastador da Segunda Guerra Mundial que essa ausência expôs toda a fragilidade do Estado de Direito. A partir desse momento, o debate acerca do papel da Constituição e sua relação com a política é retomado. As Constituições do século XX se fortalecem, assumem-se como documentos não apenas jurídicos, formais, como também políticos, ou seja, condicionantes, além dos limites do exercício do poder, da sua legitimação, função rechaçada pelos modelos teóricos anteriores.<sup>255</sup>

Ao assumir o feitiço *democrático*, o Estado de Direito passa a nortear-se 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.<sup>256</sup>

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

---

<sup>255</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Revista Lua Nova**. São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>>. Acesso em: 11 Jul. 2014. p. 9.

<sup>256</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 100.

carrega em si um aspecto 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<sup>257</sup>, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não apenas para a conservação do passado.<sup>258</sup>

As Constituições do pós-guerra, ao reagirem “à grande crise política e moral da civilização humana na primeira metade do século e às profundas transformações socioeconômicas que tornaram as sociedades industrializadas muito mais complexas”, mesmo mantendo a histórica função de organização e contenção do poder, quebram a estrutura de acomodação que vinha predominando até então. “O constitucionalismo que surge desloca o seu centro de gravidade da soberania parlamentar e da supremacia da lei para um sistema de direitos fundamentais diversificado, abrangente e expansivo [...]”, incorporando aos textos constitucionais valores morais, políticos e sociais até então desconhecidos, ou melhor, pertencentes ao discurso filosófico dos direitos humanos. Resumidamente, “a crise político-moral e as transformações socioeconômicas mudam as constituições e as constituições mudam o Direito.”<sup>259</sup>

Uma das grandes dificuldades do Constitucionalismo Contemporâneo reporta-se exatamente a esse contexto. Alterada a compreensão que se tem quanto aos instrumentos normativos basilares da organização jurídico-social, sobretudo mediante as inversões hierárquicas relativas à figura da lei e da Constituição aliadas à ampliação das esperanças depositadas neste documento – enquanto expressão de um projeto de sociedade a ser construída permanentemente –, os reflexos dessa mudança alcançarão a estrutura estatal até o âmago do seu aparato de poder e, conseqüentemente, do dogma que lhe moldava por séculos. A tradicional teoria da separação de poderes começa a dar sinais de insuficiência quando ao Poder

---

<sup>257</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 104.

<sup>258</sup> Apenas para aclarar o sentido da última colocação, serve-se da explicação de HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 305: “A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade.” Ressalta-se, no entanto, que talvez seja justamente na inversão dessa lógica, ou seja, quando o Judiciário passa a agir orientado para o futuro, que reside um dos aspetos da crise na relação entre esses Poderes.

<sup>259</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 84-85.

Judiciário se recorre ordinariamente para exigir o cumprimento das previsões constitucionais desatendidas – por razões que aqui não cabem ser inspecionadas – pelos Poderes Executivo e Legislativo. As circunstâncias parecem querer dar razão a Bonavides, ao afirmar que “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.”<sup>260</sup>

Por uma série de fatores que vão se somando ao longo da história, o Estado Democrático de Direito “redefine a relação entres os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política.” Nota-se um certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional, com(o) a possibilidade, por exemplo, de o Judiciário suprir a inércia dos demais poderes mediante a utilização de mecanismo jurídicos previstos na Constituição, cujo descumprimento autoriza a intervenção judicial para o resgate dos direitos não realizados.<sup>261</sup>

Trata-se de uma questão, contudo, que por ora não cabe ser estendida mais do que o necessário para introduzir outra complicação que lhe é conseqüente, o exercício de uma função contramajoritária<sup>262</sup> pelo Judiciário, que põe em evidência as supostas incompatibilidades do Constitucionalismo com a democracia. Supostas porque, de imediato, confessa-se a discordância que será externada.

Nesse ponto a discussão do Constitucionalismo enfrenta um paradoxo. Aliás, “a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias.” Na existência/exigência de uma regra contramajoritária reside um dos grandes dilemas que atravessa a democracia arraigada no Direito Constitucional, pois se compreendida como a pura prevalência da regra da maioria, o Constitucionalismo seria, por essência, antidemocrático. De qualquer forma, contrapor a democracia ao Constitucionalismo em tais termos é um perigoso reducionismo. A regra contramajoritária “vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a

---

<sup>260</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 316.

<sup>261</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 54.

<sup>262</sup> Para outras visões sobre o anverso da função contramajoritária – a regra da maioria, e para a sua defesa, de algum modo, sugere-se BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**; uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. E CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.



materialidade do núcleo político-essencial da Constituição [...]", não apenas, portanto, conciliando a democracia com o Constitucionalismo, como tornando essa relação determinante para o Estado Democrático de Direito.<sup>263</sup>

No epicentro desse paradoxo, cujo Estado Democrático de Direito será o *locus* privilegiado, a Constituição, pelos "interesses" contraditórios que nasceu para acomodar, "traz implícita a discussão da problemática tensão entre legislação e jurisdição, pela simples razão de que a primeira é fruto da vontade geral (majoritária) e a segunda coloca freios nessa mesma vontade geral."<sup>264</sup>

Sobre a tensão em questão, cabe registrar, por oportuno, a elaboração de Dworkin quanto à chamada democracia constitucional, que em alguma medida permite atalhar o caminho para a (re)conciliação objetivada no presente tópico. Na introdução da sua obra "O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana", Dworkin apresenta 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, (ao menos) no sistema estadunidense atual, essa autoridade cabe aos juízes. Ademais, o autor faz questão de ressaltar não haver nada de revolucionário nessa proposta (leitura moral), diante do fato de que essa já é (ainda que veladamente) a prática constitucional da realidade norte-americana (que ora se toma como exemplo). Um dos principais argumentos dessa negativa da leitura moral e, especialmente, da atribuição aos juízes da suprema autoridade em termos de interpretação, é a noção de democracia, ainda firmada no que o autor denomina de premissa majoritária. Em defesa de sua tese, Dworkin passa a explorar diversas objeções à leitura moral, refutando uma a uma e, inclusive, demonstrando o equívoco de uma concepção de democracia pautada pela ideia de governo da maioria (em detrimento, sempre, das

---

<sup>263</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74-76. (grifo do autor).

<sup>264</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79. (grifo do autor).

minorias), bem como a ausência de uma teoria mais adequada do que a leitura moral.<sup>265</sup>

De certa forma, pode-se dizer que Dworkin (especialmente por meio da ideia de leitura moral) ocupa-se da problemática da (des)vinculação da política e da moral nas decisões judiciais, objetivando 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.<sup>266</sup>

Mesmo porque a teoria constitucional em que se baseiam os atuais governos democráticos não se resume a uma simples teoria da supremacia das majorias. Longe disso, as respectivas Constituições destinam-se "[...] a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum." Essa interferência na prática democrática pode ser justificada por meio do apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem, constitucionalmente assegurados, contra a maioria.<sup>267</sup>

Assim, propõe-se uma concepção alternativa de democracia, uma “democracia constitucional”, que tem um caráter substantivo e na qual o governo deve ser limitado por determinadas condições que garantam igualdade e respeito entre todos os cidadãos. Destarte, quando as próprias decisões majoritárias violam estas condições estão traindo o ideal democrático, o que justifica a intervenção judicial.<sup>268</sup>

Na interpretação de Mello, a concepção majoritária de democracia é rejeitada por Dworkin por sua incompatibilidade com o Constitucionalismo. Ainda assim, a proposta de democracia constitucional, que se subscreve, não exclui a premissa majoritária, mas a concilia com instituições e procedimentos “não-majoritários”, utilizados em ocasiões especiais, “porque se revelam mais eficazes na proteção dos direitos que garantem a igual consideração e respeito por todos os indivíduos.” A

---

<sup>265</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1-59, passim [introdução].

<sup>266</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1-59, passim [introdução]. Ver, também, especialmente, DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 80-103.

<sup>267</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 208-209.

<sup>268</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 142-143.

coexistência de ambos os critérios pressupõe a cada qual um espaço determinado e legitimidade para atuar na proteção e promoção dessa igualdade.<sup>269</sup>

Por tantas e tão marcantes características e dilemas é que se trabalha o Estado Democrático de Direito como uma categoria essencialmente diferenciada, representando, na forma de Estado Constitucional, um novo paradigma de compreensão para a composição estatal e suas relações e obrigações para com a concretização do texto constitucional, o qual funciona como uma espécie de filtro de legitimidade das ações estatais, seja no exercício do poder, seja quanto à implementação de direitos.

Nessa linha, de modo direto, enfatiza Canotilho “que o Estado constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder [...]”.<sup>270</sup>

No modelo de Ferrajoli, a circunstância desse Direito por sobre o Direito, que se pode associar à nova função da Constituição, designa o “paradigma garantista”, que não se esgota na programação das “formas de produção do direito mediante normas procedimentais sobre a formação das leis, mas que, além disso, programa

---

<sup>269</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 93. O autor detalha as condições da referida conciliação, p. 112: “Uma composição ideal do modelo de democracia constitucional, capaz de realizar uma conciliação institucional interna que, embora não elimine completamente as tensões entre os dois princípios, possa permitir-lhes a coexistência, sem supremacia de um sobre outro, supõe três condições. *Primeiro*, a garantia de um debate público aberto, amplo e irrestrito, realizado através das instituições e dos processos democráticos de deliberação e decisão de questões públicas aos quais todos possam ter acesso e nos quais os interesses de todos os indivíduos sejam considerados. *Segundo*, que alguns valores substantivos, institucionalizados pelos princípios e direitos constitucionais por obra da própria soberania popular, no processo constituinte, não estão à livre disposição dos órgãos e processos de decisões políticas, porque garantem bens e interesses essenciais à dignidade do ser humano, e que não podem estar sujeitos ao risco de serem vítimas de maiorias ou minorias governantes opressoras. *Terceiro*, que embora esses princípios e direitos constitucionais substantivos possam ter seu sentido e conteúdo interpretados e aplicados pelos órgãos que exercem as funções legislativas e administrativas, o modelo constitucional reserva ao poder judicial a prerrogativa de intervir na interpretação e na aplicação conferidas às normas constitucionais pelos outros poderes, sempre que, de acordo com a interpretação do próprio poder judicial, eles frustrarem o sentido e a finalidade da constituição e, com esse erro, violarem bens e interesses essenciais para a dignidade da pessoa humana e para a justiça política da comunidade.”

<sup>270</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100. Reforçando a ideia apresentada, STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 104: “À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil.”

seus conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios de justiça inscritos nas constituições.”<sup>271</sup>

Por fim, outra novidade atribuída ao contexto em questão é o surgimento da terceira dimensão dos direitos fundamentais (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 consequências. A nota distintiva desses direitos reside, basicamente, na sua titularidade coletiva, exigindo esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação.<sup>272</sup>

Mais do que isso, o impacto da Segunda Guerra, que deixou evidente a fragilidade das instituições jurídico-políticas da época para conter as ameaças antidemocráticas, alterou o núcleo das Constituições e dos Estados democráticos que renasceriam de suas cinzas: a dignidade da pessoa humana, aliada aos direitos humanos, assume essa posição.

#### *4.2.1 Dignidade da pessoa humana e direitos humanos: (des)enlaces do pós-guerra*

Muito embora os aspectos que seguirão aqui mencionados não dispensarão um exame detalhado na sequência do trabalho, ficaria incompleta qualquer tentativa de reconstrução histórica do Estado Democrático de Direito sem referir o contexto pós-bélico que foi determinante para a sua conformação.

Como um dos acontecimentos mais impactantes do século XX e, possivelmente, da história da humanidade, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) provocou diversas rupturas, estabelecendo novos paradigmas de compreensão e ação dos Estados e suas relações para com os seres humanos, a começar,

---

<sup>271</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 30-31: “Podemos llamar a este derecho por encima del derecho «modelo», «sistema» o «paradigma garantista», en oposición a aquel paleopositivista del Estado liberal preconstitucional. Este modelo ya no se limita a programar sólo las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además programa sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios de justicia - igualdad, paz, tutela de los derechos fundamentales - inscritos en las constituciones.”

<sup>272</sup> 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. p. 48. A doutrina discute, ainda, a existência de dimensões posteriores às mencionadas, mas que escapam às delimitações aqui estabelecidas.

justamente, pela sua vinculação e preocupação para além do limitado conceito de cidadania.

Os estragos e traumas deixados pelo conflito foram determinantes à formação de uma espécie de “(auto)consciência internacional”, no sentido de fazer perceber a indelével necessidade de reestruturação do Estado de Direito e de recrudescimento dos direitos fundamentais como condições para a convivência pacífica que, a essa altura, tinha se mostrado crucial para a própria sobrevivência da humanidade.

Em nome dessa renovação, redescobre-se o valor da Constituição como norma capaz de restaurar e proteger os princípios negados pelos regimes totalitários, destacadamente, a divisão dos poderes e os direitos fundamentais. Tais mudanças serão sentidas em nível internacional, configurando uma marca das democracias contemporâneas nascidas das ruínas da guerra, que convergem na consagração dos valores da paz, da separação de poderes e do reconhecimento da igualdade e de direitos fundamentais a nível global.<sup>273</sup>

De modo geral, os direitos humanos passam a figurar como tema prioritário no cenário internacional estrategicamente, pela consolidação do entendimento e pela demonstração prática quanto ao perigo de suas violações maciças.<sup>274</sup>

Sobre esse nexos inevitável Ferrajoli acentua que os direitos fundamentais sempre se consagram no momento em que a pressão dos excluídos torna-se irresistível para os que estão incluídos. Logo, não existe alternativa à guerra que não a universalização dos direitos, vinculando-os intimamente à paz enquanto objetivo global.<sup>275</sup>

Mesmo antes do término do conflito, em realidade, já despertava a consciência de que os direitos fundamentais não diziam respeito meramente a uma questão

---

<sup>273</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 28.

<sup>274</sup> ALVES, J.A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. 3.

<sup>275</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 39: “Los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, jamás caen de lo alto, sino que se consagran sólo cuando la presión de quien está excluido sobre las puertas de quien está incluido se hace irresistible. Esto significa admitir, en realidad, que no existe, a largo plazo, otra alternativa a las guerras y al terrorismo que no sea la efectiva universalización de los derechos fundamentales, de modo que jamás fue más actual e ineludible el nexos entre derechos fundamentales y paz consagrado en el preámbulo de la *Declaración universal* de 1948, y que en consecuencia la presión de los excluidos sobre nuestro mundo privilegiado no adoptará la forma de una violencia incontrolada sólo si nos vemos constreñidos a remover justamente las causas de la insostenibilidad de la ciudadanía en tanto que estatus privilegiado y a garantizar, tarde o temprano, a todos los mismos derechos, incluso las libertades de residencia y circulación.”

interna, ao alvedrio de cada Estado soberano. Desde as reuniões preparatórias da Carta das Nações Unidas a proteção de direitos era tomada como questão internacional, cujo reconhecimento era essencial para a paz. Na redação final do documento que deu origem à Organização das Nações Unidas, reafirmava-se “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres [...]”.<sup>276</sup> A partir daí, “[...] os direitos humanos passam a ser considerados «como *valor* essencial na comunidade internacional».”<sup>277</sup>

Esse espírito também estará presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que institui, de forma inédita, a proteção internacional dos direitos humanos. Além de reafirmar os preceitos da Carta das Nações Unidas, o promissor documento reconhece que a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, lembrando que “o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade [...]”, de modo que a sua proteção torna-se indispensável.<sup>278</sup>

A partir desse momento, outro elemento característico das Constituições democráticas advindas do pós-guerra vem à tona: a positivação da dignidade da pessoa humana. No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III)<sup>279</sup>, na linha de evolução constitucional adotada por tantos outros países, sob a influência direta da Declaração Universal dos Direitos Humanos – nota-se claramente a repercussão deste documento internacional considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade, que, no entanto, alcançou os textos constitucionais de forma explícita, em geral, apenas ao longo do século XX, tópico que será retomado em seguida.<sup>280</sup>

---

<sup>276</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/carta-das-nacoes-unidas/>>. Acesso em: 20 Jul. 2014.

<sup>277</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 219-220.

<sup>278</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 20 Jul. 2014.

<sup>279</sup> BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 Jul. 2014: “Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

<sup>280</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 66.



A significação conceitual da dignidade humana sempre desafiou a doutrina, a sua existência, no entanto, não pode ser negada, “já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida [...]” Contudo, a complexidade da missão não deve levar à sua renúncia, pois a fundamentação e a legitimação da dignidade são importantes tanto para não mitificá-la quanto para não deixá-la ao voluntarismo do caso concreto.<sup>281</sup>

Para abreviar o percurso é possível sustentar a permanência da concepção kantiana na ideia de dignidade humana. Comprovando a assertiva, Barretto desdobra o conteúdo da dignidade em duas máximas: “*não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana.*” O autor prossegue argumentando que “ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana.”<sup>282</sup>

Apenas para lembrar a segunda formulação do imperativo categórico, segundo Kant: “o imperativo prático será, pois, o seguinte: *Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio.*”<sup>283</sup>

Nesse universo conceitual, para evitar qualquer desencontro epistemológico, a relação simbiótica da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos merece uma dose extra de atenção, pois não se trata de expressões que possam ser sinonimizadas, pelo menos não sem prejuízo à compreensão mais profunda de elementos tão importantes.

Para Barretto, ambos os conceitos situam-se no mesmo patamar epistemológico, sobretudo, no sentido de que se referem à pessoa humana. No entanto, a dignidade “situa-se em nível mais profundo na essência do homem [...]”

---

<sup>281</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42-44. Para este autor (p. 63), tem-se por “[...] dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável (sic) nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*”

<sup>282</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 70.

<sup>283</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964. p. 90-92.

Não por acaso a busca de um valor moral para sedimentar os direitos humanos coincide, em larga medida, com dois fenômenos típicos do século XX, a barbárie nazista e a biomedicina, causadores do temor da dizimação da vida humana em sua essência, da qual a dignidade ergue-se como uma espécie de proteção sagrada. Assim, “a dignidade humana designaria não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos.” Enquanto os direitos humanos representaram a defesa da liberdade diante do abuso e do absolutismo do poder (de fato, a ideia juridicamente formulada de direitos humanos antecede a questão da dignidade), “[...] a dignidade humana significou a marca da humanidade diante da barbárie”, recrudescendo a afirmação de que se encontra em um plano mais denso.<sup>284</sup>

Muito embora não se equivalham, as noções de dignidade e direitos humanos convergem, podendo-se afirmar, como Pérez Luño, que até mesmo dependem uma da outra. De acordo com o jurista espanhol, o estatuto dos direitos humanos está irremediavelmente amarrado aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, de modo que a sua completa realização exige uma plena e simultânea integração desses valores.<sup>285</sup>

Considerando, então, essa vinculação tão arraigada entre os termos em foco, o que justifica a assimetria temporal entre a história dos direitos humanos e o surgimento recente da dignidade humana como preceito jurídico? Não se pode perder

---

<sup>284</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 59-60. Em semelhante sentido, Peces-Barba sustenta que, historicamente, a dignidade humana acompanha a pessoa e a sociedade, conforme se lê em PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003. p. 66-67: “La dignidad humana en la modernidad y también en este siglo XXI aparece en contexto intelectual que arranca del tránsito de la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad, en los diversos procesos de liberación que conducen a la primera a la mayoría de edad y a la segunda a una organización bien ordenada que contribuye al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad. La dignidad de la persona y la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y de la laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso.”

<sup>285</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Sobre los valores fundadores de los derechos humanos. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **El fundamento de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1989. p. 287: “Las consideraciones avanzadas permiten inferir la inmediata dependencia del estatuto de los derechos humanos respecto a los valores de la dignidad, libertad e igualdad. [...] De ahí que los distintos derechos humanos singulares suponen otras tantas especificaciones espacio-temporales de los valores básicos de la dignidad, la libertad y la igualdad. [...] Por todo ello, si no se desea comprometer la completa realización de los derechos humanos, se hace precisa la plena y simultánea integración de los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas; ya que el logro de cualquiera de ellos a expensas de los demás supone siempre una amenaza para el desarrollo e implantación de los derechos humanos en su conjunto.”

de vista que enquanto conceito filosófico a ideia de dignidade retroage à antiguidade, é reformulada com Kant, mas apenas alcança os documentos internacionais depois da segunda guerra, quedando-se silente durante as grandes revoluções do século XVIII.<sup>286</sup>

Na antiguidade, é de se prevenir, a dignidade aparece com uma conotação diferente, relacionada a título, à honra, à imagem individual perante a vida social. No entanto, seu sentido atual “[...] arranca do trânsito à modernidade, de onde surge o conceito do homem centrado no mundo e centro do mundo, ou seja, de onde essa dignidade é acompanhada pela ideia de laicidade”<sup>287</sup> e, ainda assim, tendo em vista que apenas figura como elemento determinante no pós-guerra, pode-se dizer que tarda em revelar-se juridicamente.

Na linha de pensamento que vem sendo arquitetada, sublinhando-se a íntima conexão entre direitos humanos e dignidade humana, ajusta-se a tese de Habermas de que sempre existiu entre ambas as noções uma estreita relação conceitual, ainda que em um primeiro momento de maneira implícita. Reportando-se à função histórica dos direitos humanos, de resistência à arbitrariedade e opressão do poder, percebe-se que o seu apelo deriva da indignação dos ultrajados em sua dignidade. Por trás da proibição da tortura, por exemplo, ecoa o grito dos torturados. A alteração das circunstâncias históricas, bruscamente, inclusive, no curso do século XX, despertou a consciência para o que estava oculto, porém presente no cerne dos direitos humanos: “a substância normativa da igual dignidade humana de cada um, que os direitos humanos expressam em certo modo.”<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. n. 44, ano 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 22 Jul. 2014. p.107.

<sup>287</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003. p. 21: “El sentido actual de dignidad humana arranca del tránsito a la modernidad, donde surge el concepto de hombre centrado en el mundo y centro del mundo, es decir, donde esa dignidad es acompañada por la idea de laicidad. Sin embargo, ya desde la antigüedad nos encontramos con precedentes o con materiales que servían luego para la construcción del modelo moderno. También desde la Antigüedad aparece otra idea de dignidad, como honor, causa o título, la imagen que cada uno representa o se le reconoce en la vida social.”

<sup>288</sup> HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. n. 44, ano 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 22 Jul. 2014. p.108-109: “[...] Me gustaría mostrar que el cambio de las circunstancias históricas sólo ha tematizado y ha hecho traer a la conciencia algo que desde sus inicios estaba implícitamente inscrito en los derechos humanos, es decir, la sustancia normativa de la igual dignidad humana de cada uno, que los derechos humanos expresan en cierto modo.”

Ao Direito faltava, enquanto conjunto, algo mais objetivo e mais forte que as velhas razões e vontades políticas que o tinham dominado até então, afixando-se em sua estrutura no transcurso do tempo. A tranquilidade e a segurança da vida social dependiam da recuperação de um ponto de partida indiscutível a qualquer ordem social e política, o que foi alcançado pela constitucionalização dos direitos.<sup>289</sup>

Sem revolver a discussão em torno dos “responsáveis teóricos” pelos regimes totalitários do século passado, cumpre admitir a força atrativa que aproxima duas linhas de pensamento tradicionalmente divergentes. A versão jurídica da dignidade a converte em uma espécie de “dobradiça conceitual” que, ao mesmo tempo em que permite a ligação da moral de respeito igualitário com o Direito positivo e a produção jurídica democrática a um mesmo eixo, não impede que essas ideias se movimentem, tanto que essa interação em circunstâncias históricas favoráveis resultaria na possibilidade de uma ordenação política baseada na constitucionalização de direitos. Na precisa alegoria de Habermas, “como a promessa moral deve ser paga em moeda jurídica, os direitos humanos mostram um rosto de Janus, que olha ao mesmo tempo para a moral e para o direito.”<sup>290</sup>

Em síntese, a dignidade humana que inunda as Constituições e os documentos de Direito internacional no pós-guerra resulta de uma equação entre moralidade e dever jurídico, entre o resgate de valores e o Direito. A fórmula se encaixa, tanto que perdura como fundamento dos Estados Democráticos, embora alguns elementos continuem a gerar dificuldades de entendimento e aplicação, o que afeta, por todas as implicações que foram demonstradas, o aprimoramento teórico e a concretização efetiva dos direitos humanos de maneira universal, configurando permanente desafio à ciência do Direito.

---

<sup>289</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos e justicia. 4. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002. p. 68.

<sup>290</sup> HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. n. 44, ano 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 22 Jul. 2014. p.111: “[...] Como la promesa moral debe ser pagada con moneda jurídica, los derechos humanos muestran un rostro de Jano, que mira al mismo tiempo a la moral y al derecho.”

### 4.3 O Constitucionalismo Contemporâneo em outro contexto: novas dificuldades para além das antigas promessas ainda não cumpridas

Outro feixe de novidades que abalou as pretensamente seguras construções modernas do Estado e do Direito foi o desencadeamento de uma série de eventos que se pode reunir sob a expressão “globalização”. A densidade e as multífaces do tema exigem cautela no seu desenvolver, de modo que, inicialmente, procede-se com diligência na primeira verificação de como essas ocorrências relacionam-se com o arcabouço teórico perfilado até então. Desnecessário mencionar – e ainda assim o faz-se, por prevenção – que a globalização é tema que retorna, com vigor e maior profundidade, na segunda parte do trabalho.

Termo de definição complexa, “a globalização gera uma certa mudança cognitiva, que se expressa numa conscientização popular crescente do modo como os acontecimentos distantes podem afetar os destinos locais (e vice-versa) [...]”, além da conhecida alteração redutiva acerca da percepção do tempo e do espaço geográfico.<sup>291</sup>

Não obstante a diversidade de conceitos e aspectos existentes, dentre todas as dimensões e controvérsias da globalização um denominador comum pode ser identificado. Tal elemento comum representa a corrosão de uma das principais premissas da modernidade: “*a idéia de que se vive e se interage nos espaços fechados e mutuamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais.*” Desse modo, a globalização manifesta-se nas mais variadas experiências e sentidos da vida cotidiana que passa a desconhecer fronteiras econômicas, informativas, ecológicas, técnicas entre outras tantas.<sup>292</sup>

Referindo-se, especificamente, às repercussões do fenómeno no plano jurídico, Faria antecipa as enormes dificuldades e as notáveis limitações estruturais que se colocam para o Direito positivo e para os tribunais que deverão aplicá-lo, a comprometer, inclusive, sua funcionalidade, tendo em vista que toda essa composição foi concebida para atuar dentro de limites territoriais bem definidos.<sup>293</sup>

---

<sup>291</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 13.

<sup>292</sup> BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 46.

<sup>293</sup> FARIA, José Eduardo. Policentrismo *versus* soberanía: los nuevos órdenes normativos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Gramada, n. 44, Año 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 23 Maio 2014. p. 30.

A globalização inaugura uma era de interdependência que é, sobretudo, a era do pluralismo normativo, significando “o fim da concepção monista da produção jurídica e dos princípios sobre os quais esta se sustentou.” Com isso há uma quebra geral de modelos organizativos e, também, epistemológicos.<sup>294</sup>

Daí emerge um novo paradigma que desloca o Estado do seu eixo até então não apenas central, mas exclusivo de regulação e soberania, na medida em que fomenta o surgimento e a atuação mais intensa de outros atores internacionais. Assim, o quadro em que todas essas transformações se veem em curso mudou substancialmente, ao passo que o Estado e o Direito, em geral, ainda se valem das mesmas instituições e padrões de origem (ao menos no que concerne a sua estrutura básica e justificação teórica). Aliás, valem-se, ainda, de uma certa vinculação necessária que não mais corresponde à realidade, pois ao mesmo tempo em que o contexto globalizado desloca o Estado do seu eixo até então exclusivo e central, desamarra-lhe do Direito, ganhando espaço outras fontes e formas de regulação.

Examinando o Direito de uma perspectiva funcional, cumpre-lhe o papel de estabilização de expectativas comportamentais generalizadas e resolução de conflitos, tarefas para as quais se mostra cada vez mais desarticulado. À medida que isso se acentua, o Direito positivo e os tribunais “tendem a ser suplantados em seu papel de garantidores do controle da legalidade por justiças paralelas e normatividades justapostas, de nível infra ou supranacional, e de caráter não-estatal, infraestatal ou supraestatal.”<sup>295</sup>

Considerando o Direito moderno, no máximo até meados do século XX, identifica-se uma estrutura fundada sobre um “modelo piramidal”, que encontra na figura do Estado a fonte exclusiva de toda a juridicidade. Com o surgimento e intensificação do fenômeno globalizante e, corolário, a emergência de novos atores e relações internacionais, um novo modelo tende a surgir, sendo precisamente aquele

---

<sup>294</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Coleção Estado e Constituição. nº 9. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.52.

<sup>295</sup> FARIA, José Eduardo. Policentrismo *versus* soberanía: los nuevos órdenes normativos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, n. 44, Año 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 23 Maio 2014. p. 301: “Dicho de otro modo: en materia de estabilización de las expectativas normativas y de resolución de litigios, cuanto más incapaces se muestran el derecho positivo y los tribunales para superar sus déficit de rendimiento o funcionalidad, más tienden a ser suplantados en su papel de garantizadores del control de la legalidad por justicias paralelas y normatividades yuxtapuestas, de nivel infra o supranacional, y de carácter no-estatal, infra-estatal o supra-estatal.”



de um “Direito em rede”, no qual o campo jurídico se apresenta sob a forma de uma multiplicidade de pontos em inter-relação.<sup>296</sup>

Essa ideia de um Direito em rede responde à própria discrepância que se estabelece entre as limitações estruturais do Direito positivo e suas conseqüências institucionais, de perfil arquitetônico, e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. As normas derivadas dessa tradição normalizadora, no interior de um sistema pretensamente coerente e fechado não conseguem abarcar a “[...] pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas funcionalmente”, situações estas que se estruturam em redes e não em relações hierarquizadas, de modo a demandarem um ordenamento jurídico que corresponda a uma tal disposição.<sup>297</sup>

Além disso, anuncia-se que “o pluralismo domina a produção do Direito”, de modo que, “por um lado, o Estado não aparece mais como a única fonte do direito, a única instância da regulação jurídica” e, de outro, “o pluralismo conquista o próprio direito estatal, pelo jogo do desenvolvimento no seio do Estado de fontes autônomas de produção do direito.”<sup>298</sup>

Todos esses movimentos trazem um problema de “reinvenção do território”.<sup>299</sup> “A supranacionalização e a internacionalização do direito com as liberdades globalitárias [...] esvaziam o Estado e a Constituição.”<sup>300</sup> Torna-se arcaico o esquema conceitual do Estado e do Direito pois incapaz de fornecer compreensões juridicamente adequadas aos problemas de um novo fenótipo organizativo. A dificuldade de aplicação de normas de ordenamentos diferentes, da

<sup>296</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 125.

<sup>297</sup> FARIA, José Eduardo. Policentrismo *versus* soberanía: los nuevos órdenes normativos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, n. 44, Año 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 23 Maio 2014. p. 30: “Otra limitación estructural del derecho positivo y de sus instituciones judiciales es la discrepancia entre su perfil arquitectónico y la creciente complejidad del mundo contemporáneo. Sus normas tradicionalmente normalizadoras, con secuencias lógicas y binarias, dictadas sobre la base de los principios de impersonalidad, generalidad, abstracción y rigor semántico, y organizadas bajo la forma de un sistema cerrado, coherente y exento de lagunas y antinomias (Bobbio, 1989), no alcanzan a captar ni a dar cuenta de una pluralidad de situaciones sociales, económicas, políticas y culturales cada vez más diferenciadas funcionalmente.”

<sup>298</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 144-145.

<sup>299</sup> Tema que é objeto de estudo mais específico em SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

<sup>300</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 219.

interconstitucionalidade e da proteção dos direitos fundamentais impõe que pelo menos se pense em um outro modelo.<sup>301</sup>

Como exemplo, simples, recorde-se o caso *Von Hannover v. Germany*, em que a princesa Caroline de Mônaco, tendo fotos suas e de sua família em momentos privados divulgadas pela imprensa alemã, recorreu aos tribunais para garantir seu direito à privacidade. Num primeiro momento, o Tribunal Alemão privilegiou a liberdade de imprensa, considerando haver restrições à proteção da intimidade de pessoas proeminentes (15 de dezembro de 1999). Todavia, a princesa ingressou com ação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, que contrariou o primeiro julgamento, entendendo que houve invasão indevida da intimidade de Caroline de Mônaco (24 de junho de 2004).<sup>302</sup>

Com isso se percebe que a sociedade globalizada vive situações que ultrapassam as fronteiras territoriais. Por mais que internamente possam estar razoavelmente bem delimitados os contornos dos direitos fundamentais, fenômenos como a globalização e a internacionalização permitem que os conflitos ocorram em escala global, tornando insuficiente as previsões e as instituições locais.

Em nome da soberania, como é sabido, não há hierarquia entre as decisões opostas do caso comentado, mas o relato indica que, no mínimo, deve ser pensada uma relação diferente para que o Direito possa harmonizar essas relações que têm assumido dimensões inéditas.

O nexos histórico entre Estado e Constituição, bem como o vínculo (aparentemente) indissolúvel que os une junto à missão de garantia dos direitos fundamentais revela-se contingente, precisando ser questionado. Sendo assim, “a garantia dos direitos, sua realização em termos práticos, requer a implementação de novos modelos jurídicos de acordo com as exigências da interdependência na era da globalização”, sendo a própria sobrevivência do Constitucionalismo, enquanto compromisso axiológico substantivo, que está em jogo, carecendo de empenhos supranacionais diante das investidas do capitalismo global. Faz-se necessário “um

---

<sup>301</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 231-232.

<sup>302</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 138-139.

modelo de Constituição baseado na interdependência e não sobre a autarquia do sistema jurídico.”<sup>303</sup>

Nesse sentido, torna-se característico desse tempo a contradição entre normatividade e realidade constitucional, cujo desenvolvimento, se levado às últimas consequências, permite a afirmação de que o Direito Constitucional começa a ficar sem realidade constitucional. Ademais, uma vez imerso no “gigantesco e incontrolável processo de mundialização econômica”, o Direito Constitucional se torna inócuo aos seus problemas e efeitos, sendo neste momento em que se completará a imprudente substituição da *ideologia do Constitucionalismo* – em que historicamente fundamentou-se o Estado Constitucional, inclusive do ponto de vista moral e político – pela *ideologia da Constituição*, insuficiente em prover “critérios politicamente legitimadores e juridicamente eficazes contra os demolidores efeitos da globalização.”<sup>304</sup>

A Constituição passou a contemplar normas (princípios e regras) e funções que lhe colocaram em um lugar destacado e central na realidade política e social que rege, chegando-se mesmo a afirmar sua “onipresença”.<sup>305</sup> Tal realidade, contudo, é marcada por sociedades pluralistas e de interesses e direitos conflitantes que impedem a visualização do ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado.

---

<sup>303</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Coleção Estado e Constituição. nº 9. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 64-65.

<sup>304</sup> GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. **Revista Estudios Políticos** (Nueva Época). Medellín, n. 100, abr/jun. 1998. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 30 Abr. 2014. p. 31: “Inmerso el Derecho Constitucional en el gigantesco e incontrolable proceso de mundialización económica, e incapaz de dar respuesta a los problemas que ese proceso suscita, será entonces cuando se produzca la sustitución de la *ideología del Constitucionalismo*, en la que fundamentó histórica, moral y políticamente su estructura el Estado Constitucional, por la *ideología de la Constitución* de la que difícilmente cabe deducir criterios políticamente legitimadores y jurídicamente eficaces contra los demolidores efectos de la globalización.” (grifo do autor)

<sup>305</sup> O termo “onipresente” é empregado, no seguinte sentido, por CRUZ, Luis M. **Estudios sobre el neoconstitucionalismo**. México: Porrúa, 2006. p. 4-5. “Lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la torna prácticamente onnipresente en toda operación de creación y aplicación del Derecho. De hecho, en la actualidad, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, ya sea próxima o remota, en el texto constitucional. Y, en la medida en que la Constitución se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuyendo a configurar el orden social en su conjunto, las relaciones entre legislación y jurisdicción se han modificado sustancialmente: el juicio de validez de la ley depende ahora de un juicio de conformidad con la Constitución y, en definitiva, de una cierta interpretación de la Constitución y de los principios constitucionales por parte de un Tribunal Constitucional.”

Para a efetivação de uma proposta rearticuladora, no entanto, há que se encontrar um ponto comum que permita tão ambiciosa alternativa, tarefa de que se ocupam, também, os direitos humanos, enquanto o mínimo ético possível à (re)estruturação das relações fragmentadas na (ou pela) globalização, notadamente considerando o processo de internacionalização, em termos que ainda serão apresentados.

Ainda assim, conforme se pretende desenvolver na sequência, os direitos humanos enquanto ponto de intersecção e diálogo em um ambiente globalizado e internacionalizado não estão imunes à divergência e crítica, as quais precisam ser tomadas a sério caso se queira conferir ao tema a importância e seriedade que reclama.

## ESTADO E DIREITO NA “PÓS-MODERNIDADE”

*“Passado mais ‘pós’ – essa é a receita básica com a qual confrontamos, em verborrágica e obtusa confusão, uma realidade que parece sair dos trilhos.”<sup>306</sup>*

*“The search for conclusions that can be presented as 'solutions' or 'practical advice' is a corrupting element in the contemporary study of world politics, which properly understood is an intellectual activity and not a practical one. Such conclusions are advanced less because there is any solid basis for them than because there is a demand for them which it is profitable to satisfy. The fact is that while there is a great desire to know what the future of world politics will bring, and also to know how we should behave in it, we have to grope about in the dark with respect to the one as much as with respect to the other. It is better to recognize that we are in darkness than to pretend that we can see the light.”<sup>307</sup>*

O segundo momento da tese, “*Estado e Direito na pós-modernidade*”, assume uma perspectiva substancialmente crítica, inclinando-se à desconstrução e à revisão daquilo que foi apresentado na parte inicial. Distancia-se da modernidade para observá-la de um ângulo abrangente, o que deve permitir uma percepção mais clara dos fatores que hoje a contestam e a colocam em crise. Tomando como ponto de partida fenômenos como a globalização e a pós-modernidade, pretende-se diagnosticar a situação atual do Estado e do Direito, ao mesmo tempo em que se procura desvendar a própria realidade que lhes cerca, projetando uma possível (re)adaptação, para o que serão invocados os direitos humanos e os aportes cosmopolitas. Assim, o quarto capítulo da tese aprofunda-se na crise da modernidade, enfrentando as transformações paradigmáticas que a partir disso acometem o Estado, o Direito e o Constitucionalismo. No quinto capítulo analisa-se a internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos e da aproximação entre diferentes ordens constitucionais promovida pela disseminação desse discurso, projetados como um mínimo ético comum universal que viabilizaria o diálogo e a cooperação além das fronteiras – sem serem ignoradas as dificuldades inerentes a esse processo. Por fim, o sexto capítulo consolida a caracterização do “Direito em trânsito”, situando-o, junto ao Estado, na pós-modernidade; além disso, repensam-se as possibilidades do Constitucionalismo para controlar/filtrar o “Direito em trânsito”, servindo-se do discurso dos direitos humanos e do cosmopolitismo para a formatação de um papel *contra-fáctico* ao Estado e suas instituições.

<sup>306</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 11.

<sup>307</sup> BULL, Hedley. **The anarchical society**: a study of order in world politics. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002. p. 308.

## 5 TRANSFORMAÇÕES PARADIGMÁTICAS, ESTADO E DIREITO NA “PÓS MODERNIDADE” (?): EFEITOS DE UMA CRISE?

*“As metáforas de um iluminismo cativo de um ideal de progresso, como meta irrenunciável de nossa espécie, cedem ante o reconhecimento de crises inesperadas que alteram radicalmente as realidades em que vivemos. Crises que ao afetar-nos, afetam, também, uma prolongada concepção da produção científica do conhecimento. Crises que lembram a necessidade de se levar em conta a singularidade dos acontecimentos; a complexidade ecológica e os rombos do desejo. Elementos, todos eles, que nunca podem ser resolvidos pela trama dos conceitos. A poesia invadindo a ciência para estabelecer fenda em os conceitos, onde se instale a vida e se transforme o geral e abstrato em metáfora. Os critérios universais de verdade substituídos pela multiplicidade como sentido.”<sup>308</sup>*

Tomando como parâmetro de comparação o contexto reconstituído na primeira parte do trabalho, não é preciso que se diga muito para notar-se as dissemelhanças e distanciamentos que o tempo e a história foram deixando pelo caminho trilhado até os dias de hoje. Nas artes, na arquitetura, na economia, na política, nas relações sociais e virtuais, no Direito, em múltiplos domínios, de modo mais ou menos intenso, esse impacto pode ser percebido e, em indefinidas ocasiões, foi identificado como crise.

Reunidas “as crises” sob um denominador comum, ou mais precisamente, buscando a raiz de toda essa instabilidade, o que se localiza é um significativo abalo no arquétipo moderno. A modernidade como “paciente zero” da crise.

Tema e termo tornaram-se “referência ao longo das últimas décadas do Século XX, supostamente frente à desconstrução dos paradigmas que orientaram a elaboração dos saberes e das instituições de modernidade.” Desde então, tudo o que havia de sólido foi-se esfacelando; seja por envelhecimento – precoce ou induzido –, por incompatibilidade com as estratégias atuais ou ainda por outros motivos, o fato é que todas as crises, mesmo apresentadas separadamente, compõem um mosaico único.<sup>309</sup>

Se a crise é uma certeza, todo o resto é dúvida. No que consiste essa crise? A que caminhos ela conduz? É o fim da modernidade ou finalmente o seu pleno

<sup>308</sup> WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 457.

<sup>309</sup> 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. p. 25.



acontecer? Se for seu fechamento, é mesmo a pós-modernidade que a sucede? E talvez das inquietações a mais mordaz: quando, onde e o que é a pós-modernidade?

Frente a essas questões, o ambicioso objetivo do capítulo de abertura desta segunda parte do estudo é, no mínimo, o seu desvelamento, permitindo, ao final, o estabelecimento de um panorama completo acerca da pós-modernidade (apontada ora como crise, ora como crítica, ora como superação da modernidade). Para tanto, será indispensável ter-se presente a construção dos três capítulos iniciais, sobretudo como contraponto às propostas de um novo paradigma.

Uma vez definida ou – se tal não for possível, dada a multiplicidade de sentidos que concorrem com a verdade e a infinitude de elementos que não se permitem ser resolvidos pela trama dos conceitos, nos termos epigrafados por Warat –, ao menos rigorosamente caracterizada a pós-modernidade, pretende-se avaliar, sobre essa base, os “novos espaços” e as “novas interações” que se descortinam para o Constitucionalismo Contemporâneo.

### **5.1 A crise da modernidade, a crise do capitalismo, a crise da razão, a crise...**

*“A loucura, objeto dos meus estudos, era até agora uma ilha perdida no oceano da razão; começo a suspeitar que é um continente.”  
(Machado de Assis, O Alienista)*

Ao mergulhar inteiramente no estudo e na prática da medicina, chamando-lhe atenção o recanto psíquico, Doutor Simão Bacamarte, em dado momento de sua abnegada labuta, espanta-se com a conclusão de que a loucura era muito maior e usual do que supunha prematuramente, ao ponto de internar toda a cidade na Casa Verde, o asilo dos loucos, sem escapar-se a própria esposa e, por fim, a si próprio, depois de “curados” todos os demais. Dando-se conta de que reunia em si o perfeito equilíbrio mental e moral, de que não tinha vícios ou defeitos e que mesmo sua dificuldade em sentir tal superioridade era fruto de mais uma qualidade, a modéstia, como lhe fizera compreender a assembleia reunida para tal averiguação, recolheu-se o Doutor, solitário, à Casa Verde.

Personagem icônico de Machado de Assis, o Alienista (1882), que ao mesmo tempo nomeia o conto (a despeito das controvérsias sobre essa designação pelos especialistas) e titula seu protagonista, permite poetizar o labiríntico e delicado desafio de explorar aquilo que vem sendo chamado de crise da modernidade.

Na primeira parte do estudo elegeu-se como referências para compreender a modernidade e poder dar sequência à investigação mesmo sem esgotá-la dois elementos que são frequentemente buscados para a sua caracterização e definição: razão e indivíduo. A razão, que foi (e)levada a todos os domínios da vida política e social, moldou as estruturas e comportamentos necessários para o progresso, que foi o “tempo da modernidade”, encontrando no indivíduo uma espécie hospedeiro, capaz de dominar a natureza e assumir o controle do presente e do futuro sob os seus comandos.

Trágica e ironicamente, assim como a busca de Simão Bacamarte, cuja razão revelou a loucura (como rosto de Janus), a panaceia da modernidade, (talvez) por seu êxito, que lhe fez excessiva, a pôs em crise. Com essa constatação não se faz muito mais que retomar a maturação iniciada desde o primeiro tópico deste estudo, em que o Holocausto é descrito como o clímax da razão moderna.

Para alçar voo mais alto rumo ao destino teórico que se busca, é chegada a hora de enfrentar a turbulência; no caso da modernidade, a crise. Em primeiro lugar, é preciso ter presente que “uma crise é [...] uma crise de sentido e conseqüentemente (sic) do valor de todas as coisas. É todo o sentido do mundo do passado, sobretudo, de sua forma moderna, que está sendo posto em questão.” É pelo que passa a modernidade, por todo um novo debate acerca de sua significação e contribuição para a antropogênese. Vive-se, atualmente, uma crise cultural que, desnudada, é uma crise contra a razão, contra a ilustração, contra a modernidade, para resumir tudo a uma palavra. “A crítica da razão instrumental desenvolvida pela modernidade desemboca numa crítica à modernidade enquanto tal, e, em última análise, numa crítica à própria razão, que é vista como instrumento de repressão.”<sup>310</sup>

Na descrição de Habermas, desde “Hegel e Marx até Nietzsche e Heidegger, desde Bataille e Lacan até Foucault y Derrida”, acusa-se a modernidade, na face da razão fundada na subjetividade, de somente “denunciar e minar todas as formas abertas de repressão e exploração, de humilhação e alienação, para implantar em seu lugar a dominação incontestável da própria racionalidade.” Erguendo-se a si mesma como absoluta, a razão moderna simplesmente substitui os instrumentos de repressão

---

<sup>310</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da modernidade**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 7.

e de controle, com o agravante de criar, na forma de dominação sobreposta, uma assustadora (auto)imunidade.<sup>311</sup>

Mas como o ocidente deixou-se seduzir arrasadoramente por uma promessa tão abstrata? Wallerstein sinaliza que “[...] a proclamação das virtudes da racionalidade constituiu uma expressão do seu otimismo e serviu para alimentar o otimismo de todos.” Alicerçada na fé quanto à possibilidade de melhoramento social – note-se, desatrelado do aspecto moral do indivíduo, pelo que se pagou um alto preço –, a modernidade achou-se obstaculizada por seu caráter resolutamente temporal: o que quer que fosse prometido não poderia tardar a confirmar-se – e até hoje não se confirmou. Sua busca era notadamente materialista, o melhoramento preanunciado era basicamente econômico; mesmo as premissas abrigadas no conceito de liberdade traduziam-se, ao final, em benefícios materiais. Além disso, a despeito da centralidade do indivíduo no mundo moderno, uma acentuada dimensão coletivista penetrou-lhe o cerne, pois “[...] produziu a primeira geocultura genuinamente coletivista da história, no sentido de que produziu a primeira visão social igualitária genuinamente cotidiana.” Eram apenas promessas que não alcançaram realidade, mas os confortos materiais não seriam para poucos, seriam para todos e, portanto, iguais – “todas as filosofias anteriores presumiam a inevitabilidade das hierarquias e, por isto, rejeitavam o coletivismo secular.” Ambas as premissas, uma de cunho materialista e a outra coletivista, examinadas conjuntamente, decifram alguns dos dilemas que afligem o atual sistema histórico – a economia-mundo capitalista – e explicam algumas das magoas para com o conceito de racionalidade hodiernamente. O capitalismo que se instala na modernidade encerra também a grande contradição das suas promessas (de índole materialista e coletivista), posto que absolutamente incompatíveis coma acumulação incessante de capital, razão de ser daquele sistema: “o capitalismo representa a recompensa material para alguns, mas para que isto possa acontecer, nunca pode haver recompensa material para todos.”<sup>312</sup>

---

<sup>311</sup> HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. (Doce lecciones). Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989. p. 74-75: “En el discurso de la modernidad los acusadores hacen una objeción que en sustancia no ha cambiado desde Hegel y Marx hasta Nietzsche y Heidegger, desde Bataille y Lacan hasta Foucault y Derrida. La acusación es contra una razón que se funda en el principio de la subjetividad; y dice que esta razón sólo denuncia y socava todas las formas abiertas de represión y plotación, de humillación y extrañamiento, para implantar en su lugar la dominación inatacable de la racionalidad misma.”

<sup>312</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos**: ciência social para o século XXI. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 173-175.

Não é novidade que a trajetória do capitalismo mistura-se com o processo histórico de conformação e consolidação da modernidade e, assim, também, do próprio Estado. Divergências quanto à época e à intensidade dessa conexão não a invalidam, até mesmo porque tanto a passagem da Idade Média para a modernidade quanto a transição do modo de produção feudal ao modo capitalista não ocorrem de maneira uniforme no espaço e no tempo. Há, necessariamente, um período de transição.<sup>313</sup>

Reconhecendo as dificuldades de periodizar o transcurso histórico desse desenvolvimento, bem como os possíveis riscos de minimizá-lo – para os efeitos deste trabalho já calculados e concluindo-se não representar qualquer prejuízo à análise –, é possível distinguir-lhe três grandes períodos. O primeiro período foi do *capitalismo liberal*, ao longo do século XIX; o segundo, que se pode chamar de *capitalismo organizado*, parte do final do século XIX, atinge seu pleno desenvolvimento no período entre as grandes guerras e perdura até as primeiras décadas após o término do segundo conflito. Finalmente, o capitalismo dos dias de hoje, de origens não tão bem definidas devido à dissimetria temporal com que atingiu diferentes países, mas sem dúvida chegando à maturidade em algum ponto do século XX. Será chamado por alguns de *capitalismo financeiro*, por outros de *capitalismo monopolista*, por Boaventura de *capitalismo desorganizado*. De acordo com o sociólogo português, cada uma dessas fases define uma trajetória específica do projeto sociocultural da modernidade: “o primeiro período tornou claro no plano social e político que o projeto da modernidade era demasiado ambicioso e internamente contraditório e que, por isso, o excesso das promessas se saldaria historicamente num déficit talvez irreparável”; apesar das tentativas no segundo período de cumprirem-se tais promessas, quanto a algumas o fazendo, inclusive, em excesso, o resultado foram novas contradições; até que, no terceiro período, o que se experimenta hoje, todo esse déficit e as consequências das falidas promessas são sentidos, apresentando-se muito maior de que se julgava e, de fato, irreparável.<sup>314</sup>

---

<sup>313</sup> Pontualmente acerca do referido processo/período de transição, remete-se à leitura, em especial, do Capítulo V, *La transición del feudalismo al capitalismo: el Estado Moderno*, de: MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría histórica del estado y del derecho constitucional**. Volumen I. (Formas precapitalistas y Estado moderno). Barcelona: PPU, 1988. p. 295: “Así pues el denominado habitualmente Estado moderno puede definirse como la nueva organización política que surge en Europa en la transición del feudalismo al capitalismo y que se caracteriza por la centralización política, la unificación territorial y el fortalecimiento del poder.”

<sup>314</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político nas pós-modernidade**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 102-103.

Desmitifica-se, a partir disso, a ideia de progresso, à qual estavam ligados falsos predicados daquilo que o capitalismo não foi capaz de fazer. Como sói acontecer, a noção de progresso está associada a um “andar para frente”. No entanto, essa imagem que constituiu a base e a identidade do discurso moderno por muito tempo “mediu” esses passos pela quantificação de índices econômicos, desconsiderando índices de desenvolvimento humano<sup>315</sup> – e com isso não se quer dizer que hoje seja diferente, pois ainda existe uma preocupação e um apreço muito grandes com indicadores econômicos, como o Produto Interno Bruto (PIB), por exemplo, mas que, todavia, passa a ser confrontado pelo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), publicado pela primeira vez em 1990.

A razão instrumental predominante da modernidade “converteu a natureza em objeto da volúpia do progresso e do incremento do poder [...]”, favorecendo e orientando a planificação capitalista à expansão global, que funda ilusões de vida que se esgotam em consumo<sup>316</sup> e posse, assim impondo uma atmosfera cadavérica ao mundo, convertido em praça de convergência das múltiplas forças do capital, este cuja vitória é apenas aparente, pois sua sobrevivência futura também se vê ameaçada pela escassez de recursos.<sup>317</sup>

Há perigo por toda a parte; os efeitos desse processo de profundas mudanças não se limitam ao capitalismo, atravessam todas as instâncias da vida. O futuro mais provável ameaça a realidade socialmente construída na modernidade. “Como consequência (sic) da decadência das ideologias tradicionais, dos sistemas de valores a elas relacionados e do modelo de conhecer e participar do mundo [...]” as pessoas viram-se rebaixadas no significado de suas vidas. Ouve-se “o sinal de alerta contra uma 'euforia de mercado' que estremece o mundo [...]: o homem dos vínculos

---

<sup>315</sup> BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. modif. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 73.

<sup>316</sup> “Vinculados aos objetos de consumo determinamos a ausência mútua de uns e de outros. Nossos objetos de amor trocados pelos objetos de consumo. Estamos muito perto de chegar a um ponto no qual o consumo pode tomar toda a vida, em que todas as atividades quotidianas resultem invadidas, climatizadas por vínculos articulados de objetos, totalitariamente homogeneizados pela milagrosa mentalidade de consumo.” WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 373. Sobre este tema, o modo de vida e o tipo de sociedade “gerados” pelo consumo, recomenda-se BAUMAN, Zygmunt, **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

<sup>317</sup> BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. modif. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 74.

desgarrados, magnetizado pelo vazio significativo de seus corpos sem qualidades, condenados aos seus próprios impulsos autodestrutivos.” Vive-se a iminência pressentida de uma catástrofe global dos modos de existência, a catástrofe das formas de civilização, desequilíbrios ambientais que colocam em risco a continuidade da vida. Parece não haver ponto de apoio, pois se deterioram progressivamente as relações individuais e coletivas em meio a comportamentos motivados unicamente pela vaidade que só fazem ampliar o vazio de uma cultura que vê desaparecer, junto a diversas espécies animais e vegetais, a solidariedade. Então, por que insistir em suportar todo esse mal-estar? Por que se aprisionar nas tendências destrutivas de uma forma de civilização?<sup>318</sup>

Poder-se-ia responder, com Stein, que “como filhos dos tempos modernos não queremos que nos vejam como herdeiros de uma época que acabou”<sup>319</sup>, mas as dúvidas permaneceriam tão incômodas quanto a realidade. É preciso assimilar toda essa crise e compreender as alternativas propostas para o seu enfrentamento – que às vezes mostram-se tão confusas e contraditórias quanto o problema que procuram solucionar.

Existem diferentes sugestões e apostas para dominar essa crise, seja vencendo-a ou tornando-a suportável. Uma das tentativas, voltada ao “resgate” da modernidade, tem em Habermas um de seus mais empenhados teorizadores. Para o filósofo alemão a modernidade é um projeto inacabado.<sup>320</sup> Não que isso baste para justificar alguma condescendência, tendo em vista que, de alguma forma, “todos os projetos históricos são inacabados e tanto mais o projeto da razão do iluminismo.” A cultura ocidental é repleta desses projetos que têm como imperativo constante serem

---

<sup>318</sup> WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 371-372.

<sup>319</sup> STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2001. p. 11.

<sup>320</sup> Sobre essa proposta, em especial, remete-se a HABERMAS, Jürgen. Modernidade - um projeto inacabado. In: ARANTES, Otilia B. Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas: arquitetura e dimensão estética depois das vanguardas**. São Paulo: Brasiliense, 1992. p. 99-123. Também importante a anotação de que a obra "El discurso filosófico de la modernidad", do mesmo autor, é dedicada, conforme anuncia a sua abertura, justamente à reconstrução passo a passo do discurso filosófico da modernidade, informação que se segue imediatamente à referência à modernidade como uma projeto inacabado. HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. (Doce lecciones). Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989. p. 9.



retomados por herdeiros que em vão procuram concluí-los. “Os projetos da racionalidade têm isto de imaginário: estabelecer definitivamente a idade da razão.”<sup>321</sup>

Na descrição de Harvey, o *projeto* em questão “ascendeu de um extraordinário esforço intelectual dos pensadores iluministas ‘para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei universais e a arte autônoma nos termos da própria lógica interna destas’.” É de onde vieram muitas promessas: de um lado, “o domínio científico da natureza prometia liberdade da escassez, da necessidade e da arbitrariedade das calamidades naturais”; de outro, “o desenvolvimento de formas racionais de organização social e de modos de pensamento prometia a libertação das irracionalidades”, fossem do mito, da religião, da superstição, do uso arbitrário do poder ou mesmo do lado sombrio da natureza humana.<sup>322</sup>

Sequer é demandado muito esforço para demonstrar o abismo que se abriu entre as promessas da razão moderna e o que ela realmente conseguiu realizar. Aliás, não se trata apenas de irrealização, mas também de um “fazer” excessivo que desencadeou eventos inimagináveis e deixou sequelas tão devastadoras que a própria irracionalidade talvez não alcançasse. No tempo presente, o que resta da razão?

Caminha-se para que a desigualdade volte a ser a norma no século XXI, à semelhança do que se passava no final do século XIX e às vésperas da Primeira Guerra Mundial – as guerras do século XX serviram apenas de tábula rasa ao reduzir bruscamente o retorno do capital, criando a ilusão de uma superação estrutural dessa contradição fundamental do capitalismo, lembrando que, se ultrapassada a taxa de crescimento da produção e da renda pela taxa de remuneração do capital, “como

---

<sup>321</sup> STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2001. p. 11.

<sup>322</sup> HARVEY, David. **The condition of postmodernity**. An enquiry into the origins of cultural change. Cambridge, MA: Blackwell, 1990. p. 12: “Although the term ‘modern’ has a rather more ancient history, what Habermas [...] calls the *project* of modernity came into focus during the eighteenth century. That project amounted to an extraordinary intellectual effort on the part of Enlightenment thinkers ‘to develop objective science, universal morality and law, and autonomous art according to their inner logic.’ The idea was to use the accumulation of knowledge generated by many individuals working freely and creatively for the pursuit of human emancipation and the enrichment of daily life. The scientific domination of nature promised freedom from scarcity, want, and the arbitrariness of natural calamity. The development of rational forms of social organization and rational modes of thought promised liberation from the irrationalities of myth, religion, superstition, release from the arbitrary use of power as well as from the dark side of our own human natures. Only through such a project could the universal, eternal, and the immutable qualities of all humanity be revealed.”

ocorreu no século XIX e parece provável que volte a ocorrer no século XXI, o capitalismo produz automaticamente desigualdades insustentáveis [...].”<sup>323</sup>

Em um mundo habitado por sete bilhões de pessoas, com capacidade de produzir alimento suficiente para todos, um bilhão de pessoas passam fome ou estão subnutridas, por *razões* econômicas e políticas; enquanto os alimentos tornam-se objeto de especulação (ou desperdício), a fome se torna uma ameaça à estabilidade política global.<sup>324</sup>

Possivelmente não fosse necessário tanto para questionar a (des)razão moderna. Bastaria acompanhar Adorno ao reconhecer que “a recaída já se produziu. Esperá-la para o futuro, depois de Auschwitz e Hiroshima, faz parte do pobre consolo de que ainda é possível esperar algo pior.”<sup>325</sup>

É desse estado de crise, pois, que se intensifica a crítica da modernidade. Seja para os que consideram a modernidade um projeto inacabado e que ainda pode ser salvo, seja para os que acreditam que o tempo atual é de transição, de despedida da modernidade ou, ainda, para os que vislumbram sua falência e encaram o contexto contemporâneo como sua superação de fato, todas essas concepções, desde a crítica até o extremo de uma nova era, passam pela dilemática ideia de pós-modernidade.

## 5.2 Antes, durante ou depois? A “pós-modernidade” e as (in)versões da crise

Considerando-se a complexidade que envolve o termo “pós-modernidade” e a sua condição de marco imprescindível ao presente estudo, impõe-se uma apreciação mais detalhada daquilo que se pretende caracterizar e adotar como um novo paradigma<sup>326</sup> para, então, averiguar as implicações que invariavelmente acarreta ao Estado e ao Direito.

---

<sup>323</sup> PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 9 e p. 556.

<sup>324</sup> Conforme noticiado por SCHAEFFER, Ute. A fome no mundo é um problema político. Revisão de Augusto Valente. **Deutsche Welle**. Disponível em: <<http://www.dw.de/a-fome-no-mundo>>. Acesso em: 09 Fev. 2014.

<sup>325</sup> ADORNO, Theodor W. Notas marginais sobre teoria e práxis. In: ADORNO, Theodor W. **Palavras e sinais: modelos críticos**, 2. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 214.

<sup>326</sup> Tomando por base a ideia de paradigma desenvolvida por Thomas S. Kuhn: “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. p.13.

Parte-se da premissa de que a chamada “pós-modernidade” significa mais do que um agregado prefixal que sinaliza certa continuidade, pois pode representar, pelo menos em alguns pontos que serão devidamente aprofundados, o rompimento com o paradigma de origem da atual forma de Estado Constitucional e de boa parte das instituições jurídico-políticas que o compõem.

Antes, porém, uma importante anotação merece ser feita quanto à relação entre os conceitos de globalização e “pós-modernidade”. Não se sustentará uma intercambialidade ou uma equivalência entre os termos, mas será levado em conta “que os problemas suscitados por uma e por outra possuem aspectos que se relacionam intimamente”.<sup>327</sup>

Existem inúmeras questões que dificultam a abordagem do tema: a ausência de uma definição – e alguma resistência a eventuais tentativas nesse sentido –, a proximidade entre aquele que narra e a experiência histórica a ser descrita, as divergências teóricas quanto à própria identificação e designação do momento atual, as origens e expectativas quanto à “pós-modernidade” e até mesmo a sua relação – continuidade, ruptura ou aprofundamento? – com a modernidade. Visando superá-las ou ao menos minimizá-las, propõe-se um estudo em bloco de algumas importantes posições teóricas que se dedicam ao esclarecimento desse contexto.

Iniciando por aqueles que continuam a apostar no projeto moderno – e, portanto, de certo modo, (re)negam a “pós-modernidade”, ainda que por mera via de consequência –, não há como deixar de mencionar, como já feito, aliás, o aporte habermasiano. Questiona o autor se “a modernidade é assim tão *passé*, quanto afirmam os pós-modernos? Ou será a tão decantada pós-modernidade apenas *phony*?” E prossegue indagando se seria “o ‘postmodern’ uma divisa sob a qual, imperceptivelmente, se herdaram as disposições que a modernidade cultural mobilizou contra si desde meados do século XIX?” As respostas, cuja busca pauta marcadamente a obra de Habermas, além de assentar a incompletude do projeto da

---

<sup>327</sup> ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 195-196: “Se tentarmos prolongar a reflexão sobre a globalização em termos de pensamento jurídico, nos depararemos com a problemática do pós-modernismo em direito. O fato de que as duas problemáticas não sejam freqüentemente associadas deve-se simplesmente ao fato de que elas parecem dizer respeito a comunidades científicas diferentes: a globalização seria preferencialmente assunto dos economistas e dos cientistas políticos, enquanto que o pós-modernismo diria respeito, ao contrário, aos filósofos, e até mesmo aos sociólogos. Eu estimo, no meu entender, como jurista, que os problemas suscitados por uma e por outra possuem aspectos que se relaciona intimamente.”

modernidade, procuram explicar seus paradoxos e problemas e encontrar-lhes soluções.<sup>328</sup>

Fazendo coro ao filósofo e sociólogo alemão, Campuzano expressa confiança na recuperação do projeto irrealizado da modernidade, acreditando que um esforço teórico possa reestabelecer a virtualidade emancipadora dos seus princípios humanistas, sobretudo se projetados criticamente sobre as sociedades contemporâneas. De modo bastante preciso, o autor considera que a reconstrução da modernidade “significa levar um novo alento às estruturas para possibilitar uma adequação entre os princípios e a prática, a partir de um posicionamento crítico [...] que se traduza em um compromisso com a transformação real da sociedade.” Por ser, queira-se ou não, “nosso ser moral”, o ponto de apoio frente à destruição e à barbárie, a modernidade é irrenunciável, ainda que precise ser repensada. O novo cenário que se tem de enfrentar conta com um mundo em transformação, evasivo, onde a realidade resulta cada vez mais difícil de apreender-se, o saber é limitado e a razão é contingente, mas que, no entanto, só pode ser absorvido a partir, justamente, da identidade moderna. Há uma crise da modernidade cuja superação demanda doses crescentes de si mesma para recuperar o fôlego frente uma razão instrumental asfixiante.<sup>329</sup>

Igualmente otimista quanto às condições de a modernidade oferecer a alternativa à própria crise, Rouanet acrescenta dois importantes ingredientes ao

---

<sup>328</sup> “Apresenta-se, então, como moderno aquilo que proporciona expressão objetiva a uma atualidade do espírito do tempo que espontaneamente se renova. A assinatura de tais obras é o novo, que se ultrapassa e desvaloriza mediante a novidade do próximo estilo. Todavia, enquanto aquilo que é meramente moda fica fora de moda quando se torna passado, a modernidade guarda um secreto vínculo com o clássico. Desde sempre se considerou clássico aquilo que sobrevive aos tempos: no entanto, o testemunho moderno, em sentido enfático, já não extrai tal força da autoridade de uma época passada, mas unicamente da autenticidade de uma atualidade passada. Essa mudança da atualidade de hoje na atualidade de ontem é, a um só tempo, destruidora e produtiva: como observa Jauss, é a própria modernidade que cria seu classicismo – desde então, falamos quase naturalmente de modernidade clássica.” HABERMAS, Jürgen. *Modernidade - um projeto inacabado*. In: ARANTES, Otilia B. Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas: arquitetura e dimensão estética depois das vanguardas**. São Paulo: Brasiliense, 1992. p. 100-102.

<sup>329</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, derecho y justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000. p. 236-243: “El proyecto irrealizado de la modernidad - en estos términos se expresa Habermas - puede ser recuperado. Es necesario, para ello, un esfuerzo teórico por restablecer la virtualidad emancipadora de los principios humanistas que la modernidad inauguró y, a partir de ellos, proyectar críticamente estos principios sobre las sociedades contemporáneas en un empeño por recuperar la continuidad entre teoría y praxis, entre razón teórica - concebida como razón práctica - y razón instrumental. [...] Reconstruir la modernidad significa llevar un nuevo aliento a las estructuras para posibilitar una adecuación entre los principios y la práctica, desde un posicionamiento crítico - en el sentido más amplio y puro de la expresión - que se traduzca en un compromiso con la transformación real de la sociedad.”

conjunto da análise: a crise de civilização por trás da crise da modernidade e uma singularidade com que se faz sentir no Brasil. O projeto civilizatório da modernidade, no Brasil e no mundo, está em colapso, seus principais componentes se veem contraditados ordinariamente: o universalismo, que significava o alcance e a indistinção entre todos os seres humanos, é sabotado por uma proliferação de particularismos (nacionais, culturais, religiosos... “o racismo e a xenofobia saem do esgoto e ganham eleições”); a individualidade que considerava esses seres humanos pessoas concretas e independentes de uma coletividade é solapada pelo anonimato do conformismo e da sociedade de consumo padronizada; a autonomia que garantia o pensar por si mesmo e uma visão secular do mundo é desprezada (no âmbito político, por exemplo, é negada por ditaduras ou ridicularizada por eleições encenadas periodicamente). E no Brasil, ironicamente, vive-se a “revolta antimoderna” sem jamais ter-se vivido a modernidade.<sup>330</sup> Tudo isso aponta para um vácuo civilizatório que em termos menos eufêmicos pode-se chamar de barbárie, para qual há três possíveis reações, segundo Rouanet: entregar-se à barbárie, partir para um modelo civilizatório antimoderno (ao qual o autor associa aos “pós-modernos radicais”) ou, o que lhe parece acertado, repensar a modernidade (a busca de uma alternativa neomoderna), mantendo-lhe o que for positivo e corrigindo suas patologias.<sup>331</sup>

Outro modo de encarar esse contexto – o qual, tanto para externar concordâncias como desaprovações, vem sendo chamado sintomaticamente de pós-modernidade –, não necessariamente oposto àquele que insiste na modernidade (que acaba sendo retratada, não se pode deixar de notar, como mal e como cura, simultânea e paradoxalmente), mas lançando diferente olhar e projeção para o mesmo evento, é encontrado em estudos que detalham a pós-modernidade como uma

---

<sup>330</sup> De acordo com Lenio Streck, “como resultado, temos que, em *terrae brasilis*, as promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros. Para os demais, o atraso! O *apartheid* social!” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 29.

<sup>331</sup> ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 9-13, passim. Referida alternativa neomoderna é explicitada abertamente, nos seguintes termos (p. 13 e p. 33): “Esse projeto [de uma civilização neomoderna] corresponde ao que chamo de Iluminismo. [...] Em suma, a idéia (sic) iluminista propõe estender a *todos os indivíduos* condições concretas de *autonomia*, em todas as esferas. Em outras palavras, ela é (1) universalista em sua abrangência – ela visa todos os homens, sem limitações de sexo, raça, cultura, nação –, individualizante em seu foco – os sujeitos e os objetos do processo de civilização são indivíduos e não entidades coletivas –, e emancipatória em sua intenção – esses seres humanos individualizados devem aceder à plena autonomia, no tríptico registro do (3) pensamento, da (4) política e da (5) economia.”

espécie de fase da modernidade em si, ou seja, não tratam diretamente de uma situação de crise, com conotação apocalíptica, porquanto admitem que possa tratar-se antes de uma decorrência esperada de um fluxo histórico completando-se (ou excedendo-se).

Então apresentam-se posicionamentos que por não “aceitarem” a pós-modernidade – note-se que a recusa pressupõe pelo menos o reconhecimento da existência de algo diferente da modernidade – e tampouco negarem valor ao projeto moderno, situam-se em um meio termo entre o que poderia, por outros autores que serão explorados adiante, ser considerado duas eras. Sob essa perspectiva vive-se, ainda, a modernidade, embora a essa altura em novo sentido – que não é ou não pode ser identificado pelo prefixo “pós”.

Nesse grupo podem ser incluídos importantes e influentes autores, como Anthony Giddens (1938), Alain Touraine (1925), David Harvey (1935), Zygmunt Bauman (1925) e Ulrich Beck (1944 - 2015), cuja menção destacada e representativa de possíveis outros teóricos que se alinhem à visão ora analisada justifica-se pelo significativo impacto de suas respectivas interpretações acerca da contemporaneidade.

Radicalização da modernidade é a explicação (e a expressão) de Giddens para o atual momento. No entendimento do sociológico britânico, existem, de fato, inegáveis sinais que apontam para transições de longo alcance (a ruptura com as concepções providenciais da história, a dissolução da aceitação de fundamentos, o “esvaziamento” do progresso pela mudança contínua...). Há um afastamento com relação às perspectivas centrais do Iluminismo que, embora não justifique um deslocamento para além da modernidade, precisa ser considerado; no entanto, a medida dessa deferência não conduz à aceitação de que se trate da (ou de uma) pós-modernidade e, sim, de um auto-esclarecimento do pensamento moderno ou, nos termos iniciais, de uma radicalização da modernidade.<sup>332</sup>

Resistente à ideia de uma pós-modernidade, porém, igualmente compreensivo quanto às mudanças que se avultam e parecem sustentar o uso do termo, Touraine prefere adotar o que chama de nova modernidade. O autor descreve, inicialmente, um mundo fragmentado e contraditório, que necessita encontrar um princípio de integração para que se possa falar novamente de modernidade. A crise atual não

---

<sup>332</sup> GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990. p. 51.



deixa de ser a expressão de uma modernidade dividida, sendo a reunificação sua única saída e esperança. “É preciso, portanto, interrogar-se sobre a maneira de reestabelecer a unidade entre a vida e o consumo, a nação e a empresa, e entre cada uma delas e o mundo de racionalidade instrumental”, sem o que não fará mais sentido falar-se em modernidade. A nova modernidade pensada pelo sociólogo francês, que faz questão de sublinhar tratar-se, com certeza, de uma modernidade (ainda que nova e, portanto, diferente), “une a razão e o Sujeito que integram cada um dos dois elementos culturais da modernidade esfacelada.”<sup>333</sup>

Também atento ao caráter fragmentário destes tempos, Harvey se une àqueles que propugnam uma continuidade ou, para ser mais exato, uma não necessária ruptura entre modernidade e pós-modernidade. Espantado com a total aceitação do efêmero, do fragmentário, do descontínuo e do caótico pelo pós-modernismo e retomando a linha de pensamento de referências como Foucault e Nietzsche, este, em particular, que enfatiza o profundo caos da vida moderna e a insuficiência do pensamento racional para tanto, Harvey conclui que se trata da continuidade de uma condição (surpreendente aceita por determinado segmento teórico) já existente na modernidade, pois “verdadeiras revoluções da sensibilidade podem ocorrer quando ideias latentes e dominadas de um período se tornam explícitas e dominantes em outro.”<sup>334</sup> O autor ainda refere-se ao pós-modernismo como um tipo particular de crise do modernismo (cuja culpa não está claro que seja dos modernistas e não dos capitalistas), mostrando-se bastante preocupado e crítico quanto ao que considera uma perigosa retórica que “evita o enfrentamento das realidades da economia política e das circunstâncias do poder global”, pois julga impossível o descarte da metateoria (que os pós-modernistas apenas escondem, mas que continua a funcionar como uma efetividade agora inconsciente).<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. 6. ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 229-232.

<sup>334</sup> HARVEY, David. **The condition of postmodernity**. An enquiry into the origins of cultural change. Cambridge, MA: Blackwell, 1990. p. 44: “[...] This does not imply, however, that postmodernism is simply a version of modernism; real revolutions in sensibility can occur when latent and dominated ideas in one period become explicit and dominant in another.”

<sup>335</sup> HARVEY, David. **The condition of postmodernity**. An enquiry into the origins of cultural change. Cambridge, MA: Blackwell, 1990. p. 116-117: “I also conclude that there is much more continuity than difference between the broad history of modernism and the movement called postmodernism. It seems more sensible to me to see the latter as a particular kind of crisis within the former, one that emphasizes the fragmentary, the ephemeral, and the chaotic side of Baudelaire's formulation [...] while expressing a deep scepticism as to any particular prescriptions as to how the eternal and immutable should be conceived of, represented, or expressed. [...] The rhetoric of postmodernism is

Diferente via de compreensão desse cenário é oportunizada pela leitura de Beck, bastante alinhado, embora não equivalente, ao pensamento de Giddens. Para o sociólogo alemão a palavra chave da época é o prefixo "pós", que vem sendo associado a quase tudo. Sua avaliação é de que "somos testemunhas oculares – sujeitos e objetos – de uma ruptura *no interior* da modernidade, a qual se destaca dos contornos da sociedade industrial clássica e assume uma nova forma – a [...] 'sociedade (industrial) de risco'." Trata-se, na esteira do que vem sendo ordenado, de manifesto posicionamento quanto à continuidade do que hoje se vive com relação à modernidade, obviamente, transformada. A modernização atual – é necessária a redundância ao caso – está para a sociedade industrial assim como, no século XIX, a modernização esteve para a sociedade agrária estamental, depurando-a e extraindo a imagem estrutural da sociedade industrial, que hoje sofre semelhante metamorfose, ao ver dissolvidos os seus contornos e, na sua continuidade, surgir outra configuração social.<sup>336</sup>

Esse processo é identificado por Beck como "modernização reflexiva", significando "a possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial." Referida etapa "implica a radicalização da modernidade, que vai invadir as premissas e os contornos da sociedade industrial e abrir caminhos para outra modernidade." Imprescindível ressaltar, apenas, que o conceito de "modernização reflexiva" "não implica (como pode sugerir o adjetivo 'reflexivo') reflexão, mas (antes) autoconfrontação." A transição para esta "modernidade de risco" ocorre de forma indesejada e incontrollável, não sendo uma opção que se possa acatar ou rejeitar; são produzidos efeitos e ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da primeira modernidade (o que vem a justificar chamar-se de segunda modernidade a "modernidade reflexiva" que estabelece esse confronto).<sup>337</sup>

Fechando o grupo de autores selecionados, por sua clareza e contemporaneidade, para compor representativamente o painel teórico que estampa

---

dangerous for it avoids confronting the realities of political economy and the circumstances of global power."

<sup>336</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010. p. 11-12.

<sup>337</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 12-16, passim.

a pós-modernidade como encadeamento da modernidade, Bauman utiliza-se da expressão "no rastro da modernidade" (que intitula o livro de Michael Phillipson, *In Modernity's Wake*) para evocar, conforme sua própria adjetivação, uma poderosa imagem: "o navio passou, encrespando as águas, produzindo turbulência, de modo que todos os navegantes ao redor têm que refazer o curso dos seus barcos, enquanto os que caíram n'água têm que nadar com força para alcançá-los." Tão logo as águas recuperem calma, é possível examinar melhor o navio causador da agitação, o qual, aliás, está bem próximo e visível, em toda a sua grandeza, permitindo àqueles que agora se postam atrás da embarcação examiná-lo em detalhes e, mais importante, decidir se seguem ou não o seu curso, "julgar a competência da navegação e mesmo protestar contra as ordens do capitão." "No rastro da modernidade, seus passageiros conscientizam-se das sérias falhas no projeto do navio que os levaram ao ponto em que se encontram." Com efeito, seguindo-se a alegoria, "o que é realmente novo na nossa atual situação, em outras palavras, é o nosso ponto de observação." Em última análise, infere Bauman, é isso "que representa a idéia (sic) da *pós-modernidade*: uma existência plenamente determinada e definida pelo fato de ser 'pós', posterior, e esmagada pela consciência dessa condição." Não se trata de uma ideia que signifique, necessariamente, o fim ou a rejeição da modernidade, trata-se da modernidade atingindo a maioria, olhando-se e avaliando-se de fora. "A pós-modernidade é a modernidade chegando a um acordo com a sua própria impossibilidade, uma modernidade que se automonitora, que conscientemente descarta o que outrora fazia inconscientemente."<sup>338</sup>

Dando seguimento à proposta de elucidação do que, na falta de mais incontestes ou usual termo, tem-se nominado pós-modernidade, urge problematizá-la, como têm feito alguns estudiosos, em termos de uma fase intermediária que conduz à transposição da modernidade, a essa altura, em grande parte, até já descaracterizada enquanto tal, o que se distancia, sensivelmente, das posturas anteriores, em que a despeito do reconhecimento da transformação, afirma(va)-se a permanência na/da modernidade.

Por esse trajeto passa o conceito waratiano de transmodernidade. "A modernidade esgotou seus sentidos", assinala Warat, acrescentando que a pós-modernidade é esse vazio que fica, "uma modernidade esgotada à espera de outra

---

<sup>338</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 287-288.

sensibilidade (sentidos) organizadora do mundo. Um 'entre-tempo' unicamente marcado pela fuga até o novo olhar que não chegou (transmodernidade)." Clarifica-se nessa passagem, somada às reservas do autor, que a transmodernidade é ainda uma proposta, "uma utópica visão de mundo" que busca transformar todo um modelo de cultura, um paradigma ecológico que será chamado de ecocidadania<sup>339</sup> e que representa esperança e desejo de superação tanto da modernidade quanto da pós-modernidade e dos correspondentes mal-estares gerados por ambas. Ajustando a própria terminologia, Warat associa ao paradigma pós-moderno efeitos negativos (soa como a descrição de uma zona límbica, sem ser modernidade e nada de concreto além), defendendo sua superação pelo paradigma transmoderno, "que estaria formado por uma visão de mundo em prospectiva, que fala das possibilidades positivas de superação, de um modo simultâneo dos efeitos negativos ou sinistros do paradigma moderno e do paradigma pós-moderno."<sup>340</sup>

Trazendo também a figura do vazio relacionada à pós-modernidade, Stein avalia que "nós não sabemos como é que se faz a passagem da modernidade como um fim, para um outro começo. Porque todos nós somos seres de dois mundos", revelando uma condição de transitoriedade do momento atual, situado em algum ponto entre a modernidade e o seu além (porque pós-modernos, propriamente, são aqueles que assumiram o fim da modernidade). "Nós somos seres do *não mais* e do *ainda não*. Nós não suportamos, de certo modo, o vazio. A pergunta é: como nós podemos sustentar esta situação de estar entre o *não mais* e o *ainda não*." Duas perspectivas são sinalizadas pelo autor, a permanência do *não mais*, isso é, do projeto

---

<sup>339</sup> "Proponho a denominação de 'ecocidadania' como referência globalizante de uma resposta emancipatória sustentável, baseada na articulação da subjetividade em estado nascente, da cidadania em estado de mutação e dos ambientes no conjunto de suas implicações. A 'ecocidadania' representa uma mudança ética, estética, política e filosófica profunda. Seria a possibilidade de criar um novo eixo emancipatório (para a autonomia individual e coletiva) que possa ocupar, na tarefa de recomposição permanente da sociedade, o lugar dos antigos e já trivializados valores emancipatórios." WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 407. O conceito também é explorado pelo autor em WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e Direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes. **Sequência**, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 94. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br>>. Acesso em: 02 Mar. 2015.

<sup>340</sup> WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 392-422, passim.

inacabado da modernidade, ou o início do *ainda não*, que precisa ser definido, caracterizado e pensando.<sup>341</sup>

De certo modo, essa busca mostra-se iniciada pelos pós-modernos, entre os quais se costuma apontar Nietzsche, Foucault, Lyotard e muitos outros autores importantes que ora seguem por estes representados.<sup>342</sup> Nietzsche teria se antecipado à pós-modernidade ao falar do niilismo e sua *vontade do nada*<sup>343</sup>, no entanto, sendo o fenômeno em questão algo atual, talvez mesmo em curso, como é possível que tivesse sido notado pelo filósofo alemão há séculos atrás? “Por que teria sido Nietzsche capaz de tão importante descoberta sem ter, como ele disse livremente, feito nada mais que revelar os pressupostos ocultos do próprio Iluminismo?”<sup>344</sup>

Por sua vez, Foucault, que rejeitou o rótulo de pós-moderno, o teve atribuído em razão de que suas ideias, particularmente as desenvolvidas em seus primeiros trabalhos, têm sido uma fecunda fonte para o argumento pós-modernista, com destaque por ter tematizado a relação entre poder e conhecimento e por ter instruído à preferência do que é “positivo e múltiplo, a diferença à uniformidade, os fluxos às unidades, os arranjos móveis aos sistemas”<sup>345</sup>, não apenas assumindo como reivindicando o caos e a diferença, expondo a fragmentação do poder e denunciando as relações de dominação escondidas sob o manto da racionalidade (no que se inclui, dentre outras instituições modernas, o próprio Direito).<sup>346</sup>

<sup>341</sup> STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2001. p. 31.

<sup>342</sup> Em "As origens da pós-modernidade", Perry Anderson divide seu objeto de estudo em quatro períodos – primórdios, cristalização, compreensão e efeitos posteriores, construídos, cada qual, com base em diversos desses autores cuja análise pontual, no momento, escapa aos limites e propósitos estabelecidos. ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

<sup>343</sup> Alguns autores encaram desta forma, conforme registra STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2001. p. 30.

<sup>344</sup> A crítica à (suposta) antecipação de Nietzsche à história é tecida por GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990. p. 47-48: “Moreover, if Nietzsche was the principal author disconnecting postmodernity from modernity, a phenomenon supposedly happening today, how is it possible that he saw all this almost a century ago? Why was Nietzsche able to make such a breakthrough without, as he freely said, doing anything more than uncovering the hidden presuppositions of the Enlightenment itself?”

<sup>345</sup> HARVEY, David. **The condition of postmodernity**. An enquiry into the origins of cultural change. Cambridge, MA: Blackwell, 1990. p. 44-45: "Foucault (1983, xiii) instructs us, for example, to 'develop action, thought, and desires by proliferation, juxtaposition, and disjunction,' and 'to prefer what is positive and multiple, difference over uniformity, flows over unities, mobile arrangements over systems. Believe that what is productive is not sedentary but nomadic'. [...] Foucault's ideas - particularly as developed in his early works - deserve attention since they have been a fecund source for postmodernist argument. The relation between power and knowledge is there a central theme."

<sup>346</sup> Segundo Michel Foucault acerca de sua própria investigação, quanto ao particular aspecto mencionado: “o que tentei investigar, de 1970 até agora, *grosso modo*, foi o *como* do poder; tentei discernir os mecanismos existentes entre dois pontos de referência, dois limites: por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que este

Não obstante tais contribuições – independentemente da discussão sob em que medida podem, de fato, estarem referidas à pós-modernidade na significação atual – , uma ampliação do alcance do tema e do termo, inicialmente vinculado às artes, opera-se de maneira significativa a partir de sua aparição, pela primeira vezem uma obra filosófica, em *A condição pós-moderna*, de Jean-François Lyotard, publicada em Paris, no ano de 1979 ("no título e no tema, *A condição pós-moderna* foi o primeiro livro a tratar a pós-modernidade como uma mudança geral na condição humana").<sup>347</sup>

Na ocasião, Lyotard anuncia um tipo de sociedade pós-industrial em que a posição do saber mostra-se destacada, sobretudo considerando “sociedades mais desenvolvidas” (no contexto da obra, as sociedades informatizadas). Essa era ou cultura pós-moderna (termo que, segundo o autor, “designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX”), que acarreta uma sociedade em condições de ser nomeada da mesma forma, tem como marca a incredulidade em relação aos metarrelatos. A partir disso, instiga-se não apenas o questionamento da validade de determinados discursos, mas também das instituições que regem o vínculo social, que devem ser legitimadas (“a justiça relaciona-se assim com o grande relato, no mesmo grau que a verdade”). Disso emerge uma sociedade baseada numa pragmática das partículas de linguagem, permeada por muitos jogos de linguagem e, assim, de heterogeneidade.<sup>348</sup>

Em contrapartida, as críticas e preocupações dirigidas à proposta de Lyotard e todas as outras análises que seguiram as premissas configuradoras da pós-modernidade não são poucas. Ao descrever o pensamento pós-moderno como haste para a bandeira da particularidade e da diferença em detrimento de pretensões universalistas, com o fim das metarrazões e dos projetos globais, Campuzano

---

poder produz, transmite e que por sua vez reproduzem-no. Um triângulo, portanto: poder, direito e verdade. [...] A teoria do direito, da Idade Média em diante, tem essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder; isto é, o problema maior em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o da soberania. Afirmar que a soberania é o problema central do direito nas sociedades ocidentais implica, no fundo, dizer que o discurso e a técnica do direito tiveram basicamente a função de dissolver o fato da dominação dentro do poder para, em seu lugar, fazer aparecer duas coisas: por um lado os direitos legítimos da soberania e, por outro, a obrigação legal da obediência.” FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 30. reimp. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2012. p.181.

<sup>347</sup> ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 31-33.

<sup>348</sup> LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 8. ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004. p. xv-xvi.



demonstra toda a sua inquietação ao entender que esse pensamento, na linha de Lyotard, reduz a ideia de justiça à multiplicidade de jogos de linguagem, que se desenvolve de forma fragmentária e plural, mas que não pode descansar sobre certeza alguma, abrindo margem para um insuficiente relativismo.<sup>349</sup>

O professor espanhol reconhece, contudo, o mérito da corrente pós-moderna quanto à crítica que oferece à modernidade (a pós-modernidade mostrou a contingência da razão moderna, que com frequência presa ao sistema, acabou convertendo a justiça em mero postulado teórico), embora conteste sua validade enquanto alternativa e sua precisão metodológica enquanto argumentação, que não se desamarra da própria tradição moderna ao gestar sua crítica.<sup>350</sup>

Também Harvey, conforme sinalizado anteriormente, faz duras críticas à pós-modernidade. Segundo o autor, os filósofos pós-modernos impelem à rendição às fragmentações e à cacofonia de vozes que se manifestam nos dilemas do mundo, tão obcecados pela desconstrução e deslegitimação dos discursos que aniquilam as bases para a ação racional. Ao mesmo tempo em que o constructo pós-moderno abre uma perspectiva radical mediante o reconhecimento da autenticidade outras vozes, as priva de poder em um mundo em que as forças são assimétricas (“o jogo de linguagem de um conluio de banqueiros internacionais pode ser impenetrável para nós [...]”) e nega-lhes acesso a fontes mais universais de poder.<sup>351</sup>

Fazendo jus à incerteza e fragmentação que marcam a pós-modernidade, seu quadro teórico e conceitual é tão dissidente quanto. Visando desanuviar o tema, aproveita-se da síntese elaborada por Bittar, que exprime, dentre outras, as seguintes

---

<sup>349</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, derecho y justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000. p. 227-229.

<sup>350</sup> Na explicação detalhada pelo autor: “[...] entiendo que la gran aportación de la postmodernidad está sin duda en su crítica a la modernidad, no en las soluciones que ofrece. La crítica postmoderna vino a descubrir a algunos aspectos importantes en el debate contemporáneo sobre la justicia, rompiendo la unidad de la razón monológica para abrir camino a la pluralidad de un conocimiento incierto e inseguro. Y con ello, la postmodernidad mostró la contingencia de la razón moderna, de una razón que con frecuencia ha quedado atrapada en los engranajes del sistema, convirtiendo a la justicia en mero postulado teórico. [...] Pero entiendo que la utilidad de estas aportaciones reside más en su valor crítico que en su dimensión alternativa. [...] Creo que el pensamiento de la postmodernidad carece de alternativas sólidamente construidas. [...] Quizás el gran error de los autores postmodernos reside en haber construido su argumentación sin constatar que buena parte de las categorías que proyectan críticamente en su análisis de la modernidad fueron gestadas en el seno de la tradición de pensamiento que, desde el Renacimiento, fue gestando el proyecto moderno y que culminaría en la tradición ilustrada.” JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, derecho y justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000. p. 232-235.

<sup>351</sup> HARVEY, David. **The condition of postmodernity**. An enquiry into the origins of cultural change. Cambridge, MA: Blackwell, 1990. p. 116-117: “[...] The language game of a cabal of international bankers may be impenetrable to us [...].”

reflexões: há um consenso sobre as mudanças em curso, diverge-se, em geral, apenas quanto à sua direção, se ruma a um acirramento da modernidade (hipermodernidade) ou sua superação (pós-modernidade); há consenso quanto à indeterminação dos tempos atuais, rotulado de variadas e ainda indefinidas maneiras (o que pode ser um indicativo de que as instituições e sua correspondente avaliação não são mais as mesmas); e, por fim, a constatação das mais impactantes para a tese que se quer desenvolver na sequência, “há uma confusão enorme entre autores modernos e pós-modernos entre o que se deseja que as coisas sejam (modernas ou pós-modernas) e entre o que as coisas realmente são (modernas ou pós-modernas) [...]”.<sup>352</sup>

Para a base sobre a qual se pretende (re)discutir o Estado e o Direito no que, definitivamente, são novos e imprecisos tempos, não se faz necessário, tampouco produtivo, agarrar-se a quaisquer das linhas prospectivas quanto ao debate (pós)moderno, todavia, interessa sobremaneira compreender e delimitar o que hoje é real e presente e, tem-se que melhor serve a esta finalidade os consensos relativos às transformações que estão no centro das disputas conceituais e teóricas. Desse modo, a partir desse momento a expressão “pós-modernidade” será utilizada para designar o espaço e o tempo em contínuo e desordenado movimento, como um contexto-astro que atrai tudo para a sua órbita, impondo o seu fluxo arritmico.

Há certa proximidade, pois, com as hipóteses apresentadas em nome de Warat e Stein, que percebem o tempo presente carregado de e por transitoriedade, aos quais se une, ainda, Boaventura, ao descrever a relação entre o moderno e pós-moderno como contraditória: “não é uma ruptura total como querem alguns, nem de linear continuidade como querem outros. É uma situação de transição em que há momentos de ruptura e momentos de continuidade.” Ora aparecendo como vazio, ora como crise, a situação é de transição – e, como ocorre em todas as transições, uma semi-cegueira e uma semi-invisibilidade simultâneas impedem uma nomenclatura adequada, de modo que, por mais inadequações que possam ser objetadas ao termo “pós-modernidade”, à falta de melhor opção, como já dito, “é um nome autêntico na sua inadequação”<sup>353</sup>, razão pela qual será mantido.

---

<sup>352</sup> BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. modif. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116.

<sup>353</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político nas pós-modernidade**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 99-100 e p. 133-134. Não obstante a harmonização de algumas ideias, os esforços do autor estão voltados ao abrigo do que chama de pós-modernidade de

### 5.3 Globalização e soberania: crise(s) e transformações do Estado

Em reserva anterior, foram separados os conceitos de globalização e pós-modernidade, sem deixá-los, contudo, impermeáveis um ao outro. Desde logo, acentuou-se a implicação entre os fenômenos, cujo inicial afastamento realizado justifica-se tão somente pela tentativa de mais pontual abordagem dos efeitos que produzem, melhor distribuindo o espaço, ademais, para o exame dos vastos estudos de um e outro tópico.

Para elucidar o ponto de intersecção que, de modo especial, interessa ao presente trabalho, toma-se de impulso o relato de Beck, que permite associar tanto a globalização quanto a pós-modernidade à crise do Estado moderno. O fracasso do projeto da modernidade, destacadamente quanto as suas pretensões de razão e de racionalidade científica, apresentado precursoramente pelos filósofos pós-modernos, é acompanhado de uma escalada secular da individualização, tornando o tecido social poroso e aniquilando a (auto)consciência coletiva, de maneira que “a busca por respostas políticas para as grandes questões do futuro não possuem mais local ou sujeito.” Nessa perspectiva, que o sociólogo classifica como sombria, a globalização mostra-se tão-somente a realizadora daquilo que a pós-modernidade e a individualização puseram em curso, em termos intelectuais e políticos, respectivamente: a dissolução da modernidade, caindo por terra, também, a histórica aliança entre economia de mercado, Estado de bem-estar social e democracia, que até então legitimava e integrava o modelo ocidental e o projeto do Estado nacional para a modernidade.<sup>354</sup>

Sob tais circunstâncias, tem-se afirmado reiteradamente uma crise do Estado de bem-estar social (que acaba subsumida pela própria “falência” do Estado), a qual, a rigor, configura uma crise do modelo ou projeto social que foi incorporado aos Estados Democráticos de Direito. Conforme pontua Bolzan de Moraes, o fim do Estado de bem-estar social está no cerne de uma *crise estrutural* do Estado, aspecto que é

---

resistência, p. 132: “a tese principal que aqui defenderei é a seguinte: a *ideia moderna da racionalidade global da vida social e pessoal acabou por se desintegrar numa miríade de minirrationalidades ao serviço de uma global, inabarcável e incontrolável irracionalidade. É possível reinventar as minirrationalidades da vida de modo a que elas deixem de ser partes de um todo e passem a ser totalidades presentes em múltiplas partes. É esta a lógica de uma possível pós-modernidade de resistência.*”

<sup>354</sup> BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.25.

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); e 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).<sup>355</sup>

Há outras manifestações de crise destacadas pelo autor, *crise constitucional/institucional* (marcada pela “fragilização do instrumento que, na modernidade, serviu como *locus* privilegiado para a instalação dos conteúdos políticos definidos pela sociedade [...]”; há um processo de desconstitucionalização promovido pelo neoliberalismo e um descompasso entre *promessas* e vontade política e condições econômicas para torna-las realidade); *crise funcional* (reflexo da perda de centralidade e exclusividade da figura do Estado diante da multiplicidade dos *loci* de poder, chegando a ser sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho das funções estatais; nesse ponto, ganham projeção as discussões acerca da chamada *judicialização da política* e da *sacralização da jurisdição constitucional*); *crise política/da representação* (diante das tentativas de *fantochização* da democracia, “tornando-a apenas um estereótipo formal pela ausência de alternativas reais de escolha”).<sup>356</sup>

Entretanto, o ângulo de observação proposto toma como referência inicial um elemento seguidamente apontado pelos estudos sobre a(s) crise(s) do Estado: o processo que se convencionou chamar de globalização, na medida em que, dentre múltiplos aspectos, adiciona uma série de novos atores na arena internacional (a começar por grandes empresas, mas também outros organismos – estatais e privados), “destitui” o Estado como fonte exclusiva de poder, atingindo-o, portanto, exatamente naquele que, nas origens, foi o seu traço definidor.

A globalização, por sua vez, como é próprio aos conceitos nucleares das ciências sociais, não conta com um sentido único e universalmente aceito (qualquer

---

<sup>355</sup> 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. p. 42-48.

<sup>356</sup> 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. p. 51-71, passim.

exatidão seria contestável)<sup>357</sup>; sua conotação é ampla e sua definição tão esquiva quanto a própria crise, no que Sørensen, por exemplo, percebe vantagens e desvantagens: o lado positivo é que permite uma abordagem transdisciplinar, diante da amplitude desse conceito, que angaria estudiosos das mais diversas áreas; o lado negativo é que se trata de um conceito demasiado grande para ser teorizado, de modo que o autor deixa clara a opção por trabalhar com a ideia de globalização econômica<sup>358</sup> (recorte, que, de certo modo, será inicialmente acolhido).

Seguindo na esteira de Bolzan de Moraes e aproveitando-se de sua atenta análise do tema, 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* (que se soma às diversas outras “faces” mencionadas), justamente porque isso o afeta no plano da soberania, que lhe constitui o núcleo conceitual desde (e, sobretudo, nas) suas feições modernas. Caracterizando esse atributo e sua identificação com o Estado moderno, “[...] pode-se dizer que a soberania moderna é aquela típica do Estado-Nação”, marcada por uma estrutura de poder centralizado e que exerce o monopólio da força e da política sobre um determinado território e a população 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.”<sup>359</sup>

Portanto, ao impactar a soberania do Estado-nação, condição epistemológica indispensável da teoria jurídica moderna, a globalização alcança o núcleo no entorno do qual se desenvolve e se sustenta a figura estatal, protagonista da modernidade. Com o fenômeno globalizante, “as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua *centralidade* quanto sua *exclusividade*.” No âmbito econômico, essa perda inverte a

---

<sup>357</sup> Sobre um possível conceito de globalização, HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 13: “A globalização gera uma certa mudança cognitiva, que se expressa numa conscientização popular crescente do modo como os acontecimentos distantes podem afetar os destinos locais (e vice-versa), bem como em percepções públicas da redução do tempo e do espaço geográfico. Dito em termos simples, a globalização denota a escala crescente, a magnitude progressiva, a aceleração e o aprofundamento do impacto dos fluxos e padrões inter-regionais de interação social. Refere-se a uma mudança ou transformação na escala da organização social que liga comunidades distantes e amplia o alcance das relações de poder nas grandes regiões e continentes do mundo.”

<sup>358</sup> SØRENSEN, Georg. **La transformación del estado** – más allá del mito del repliegue. Traducción de Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 44.

<sup>359</sup> 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. p. 27.

relação entre os problemas internacionais e internos, ao ponto de que os primeiros não só passam a estar acima dos segundos, como também passam a condicioná-los.<sup>360</sup>

Mais do que um processo de superação das economias parciais do Estado, a globalização implica um salto qualitativo na exploração do capitalismo, que ao desvincular-se do modelo econômico estatal converte-se em apátrida; surge um capitalismo sem raízes e sem território, que transita sem dificuldade de um lugar a outro buscando incessantemente o máximo de benefício.<sup>361</sup>

Inevitavelmente, esses movimentos acabam permitindo que outros interesses e agentes disputem espaço com o Estado ao se converterem em efetivos centros de poder, o que gera reflexos sensíveis no âmbito político, pois ao invés de uma ordem soberanamente *produzida* pelo sistema político estatal, *locus* natural de organização da sociedade, o que se verifica é uma ordem crescentemente *recebida* dos agentes econômicos.<sup>362</sup>

Em termos diretos, “o vínculo exclusivo entre o território e o poder político rompeu-se”. Se, por um lado, isso não necessariamente significa o fim da política nacional, de outro, implica e revela que “novas instituições internacionais e transnacionais têm vinculado Estados soberanos e transformado a soberania num exercício compartilhado do poder”, convertendo o tradicional espaço de formulação de decisões políticas em uma arena fragmentada.<sup>363</sup>

Oferecendo uma perspectiva de análise distinta, ainda que não propriamente oposta, Sassen fala em novos papéis para o Estado, tendo em vista que os espaços estratégicos em que os processos globais ocorrem são, frequentemente, nacionais, assim como as novas formas jurídicas necessárias à globalização são, em geral, parte das instituições estatais. Definir o Estado-nação e a economia global como mutuamente excludentes é problemático, acredita a socióloga, na mesma proporção em que a condição do Estado-nação não pode ser reduzida a uma significação declinante. Por conseguinte, soberania e território seguem sendo características chave do sistema internacional, contudo, “reconstituídas e, em parte, deslocadas a

---

<sup>360</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 16-32.

<sup>361</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização**: modernidade, cidadania e direitos humanos. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 22.

<sup>362</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

<sup>363</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.30-31.



outros âmbitos institucionais fora do estado e fora da estrutura do território nacionalizado”. A soberania passa a ser descentralizada e o território parcialmente desnacionalizado.<sup>364</sup>

Não obstante as dificuldades e incertezas que o tema suscita, não há como ignorar ou mesmo negar as transformações em curso e a sua repercussão “para o” e “no” Estado. Permanece a dúvida, todavia, quanto à intensidade desse abalo, se suficiente para significar o fim do Estado ao reduzir-lhe a soberania característica desde as origens (“está implícita no termo ‘globalização’ [...] a ideia de que estamos ultrapassando a era dos vínculos crescentes entre países e começando a contemplar algo que supera a atua concepção de Estado nacional”<sup>365</sup>), ou se apenas capaz de recondicionar a forma e os rumos para o exercício do poder político.

Em uma construção analítica rigorosa na tentativa de apresentar diversos pontos de vista sobre essas transformações, Sørensen argumenta que os estudiosos dos principais âmbitos da ciência social têm 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, sob 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.<sup>366</sup>

---

<sup>364</sup> SASSEN, Saskia. **¿Perdiendo el control?** La soberanía en la era de la globalización. Traducción de Víctor Pozanco. Barcelona: Bellaterra, 2001. p. 45: “[...] De manera que la soberanía y el territorio siguen siendo características clave del sistema internacional. Pero se han visto reconstituidas y, en parte, desplazadas a otros ámbitos institucionales fuera del estado y fuera de la estructura del territorio nacionalizado. Sostengo que la soberanía se ha visto descentralizada y el territorio parcialmente desnacionalizado.”

<sup>365</sup> SINGER, Peter. **Um só mundo:** a ética da globalização. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 10. O autor conclui seu raciocínio afirmando que “temos convivido há tanto tempo com a ideia dos Estados soberanos que ela passou a ser um dos fundamentos não só da diplomacia e da política, mas também da ética”, de modo que as mudanças operadas nesse sistema pela globalização e as respectivas respostas que lhes forem dadas precisam “refletir-se em todos os níveis de nosso pensamento, especialmente em nossas ponderações acerca da ética.”

<sup>366</sup> SØRENSEN, Georg. **La transformación del estado** – más allá del mito del repliegue. Traducción de Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 21-27.

Um desses pontos é assinalado por Sassen ao abordar a renacionalização da política no que diz respeito à imigração, em contraste com a desnacionalização da economia operada pela globalização. Quando se trata de fluxo de capitais, informação, serviços, há um consenso crescente na comunidade de Estados pela supressão dos controles fronteiriços. O mesmo consenso se dá, apenas em sentido inverso, quando se trata de imigrantes e refugiados, diante dos quais os Estados reivindicam “todo o seu antigo esplendor, afirmando seu direito soberano de controlar as suas fronteiras.” Renunciam à soberania em alguns âmbitos, mas aferram-se à mesma soberania em outros.<sup>367</sup>

Em síntese, diferentes visões e versões acerca da relação entre globalização e soberania, para colocar em termos amplos o debate, mostram-se defensáveis. Se, de um lado, faz-se possível avaliar que “este processo de fenecimento da Soberania está, muito provavelmente, vinculado com o fenecimento do próprio Estado,” permitindo-se “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”<sup>368</sup>, de outro, o argumento acerca do suposto enfraquecimento da soberania do Estado pode ser acusado de representar 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.<sup>369</sup>

---

<sup>367</sup> SASSEN, Saskia. **¿Perdiendo el control?** La soberanía en la era de la globalización. Traducción de Víctor Pozanco. Barcelona: Bellaterra, 2001. p. 73: “[...] Pero cuando se trata de inmigrantes y refugiados, tanto en Estados Unidos como en Europa occidental o Japón, el estado reclama todo su antiguo esplendor afirmando su derecho soberano a controlar sus fronteras. Sobre esta cuestión existe también consenso en la comunidad de los estados. [...] ¿Cómo puede el estado renunciar a la soberanía en unos ámbitos y aferrarse a ella en otros?”

<sup>368</sup> CRUZ, Paulo Marcio. Soberania, estado, globalização e crise. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, n. 15, Ano VII, p. 7-24, dez./2002. p. 12 e 21.

<sup>369</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21: “Ao termo da Idade Média e começo da primeira revolução iluminista que foi a Renascença, brilhante precursora da segunda revolução, a revolução da razão, ocorrida no século XVIII, o Estado Moderno já manifestava traços inconfundíveis de sua aparição cristalizada naquele conceito sumo e unificador – o de soberania, que ainda é hoje é o seu traço mais característico, sem embargo das relutâncias globalizadoras e neoliberais convergentes no sentido de expurgá-la das teorias contemporâneas de poder. A base justificativa dessa pretensão aniquiladora daquele conceito consiste em apontar uma realidade distinta, imposta por novos modelos associativos de mútua interdependência estatal, os quais, para ganharem eficácia e prevalência na conjuntura globalizadora, buscam a todo transe remover e apagar e amortecer o conceito de soberania. E tais diligências destrutivas da autodeterminação das Nações se fazem com muito empenho, porque a soberania nacional é óbice à soberania dos mercados. 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

De todo modo, não parece ser o caso de considerar-se o Estado uma forma de organização (completamente) 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.”<sup>370</sup>

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<sup>371</sup>, logo, é certo que nem toda transformação sinaliza crise.<sup>372</sup>

Conforme anota Sørensen, 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. Mas, substantivamente, contudo, são enormes as desigualdades. Disso que se trata a realidade material do Estado, relacionada à capacidade real para a ação e controle

---

romper as cadeias do subdesenvolvimento e espancar as trevas da noite em que a globalização os mergulhou.”

<sup>370</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23.

<sup>371</sup> SØRENSEN, Georg. **La transformación del estado** – más allá del mito del repliegue. Traducción de Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 33.

<sup>372</sup> Mas, sem dúvida, as situações como as identificadas ao longo da tese correspondem ao conceito de “crise”, no seguinte sentido: “pertence à natureza da crise que uma decisão esteja pendente mas ainda não tenha sido tomada. Também reside em sua natureza que a decisão a ser tomada permaneça em aberto. Portanto, a insegurança geral de uma situação crítica é atravessada pela certeza de que, sem que se sabia ao certo quando ou como, o fim do estado crítico se aproxima. A solução possível permanece incerta, mas o próprio fim, a transformação das circunstâncias vigentes – ameaçadora, temida ou desejada –, é certo. A crise invoca a pergunta ao futuro histórico.” Conforme KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Tradução de Luciana Villas-Boas Catelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 1999. p. 111. Reforça a perspectiva sustentada a definição de “crise” empregada Oliveira, de que “uma crise é, em primeiro lugar, uma crise de sentido e consqüentemente (sic) do valor de todas as coisas. É todo o sentido do mundo do passado, sobretudo, de sua forma moderna, que está sendo posto em questão.” OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da modernidade**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 7.

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.<sup>373</sup>

Resta saber, apenas, até que ponto uma soberania meramente formal é suficiente para alicerçar o Estado moderno, notadamente se retomadas as suas origens e o que então designava. É plenamente admissível que nem todo tipo de transformação configure crise, conforme ressalvado, no entanto, deve haver algum limite, isso é, algum ponto em que uma metamorfose complete-se, dando surgimento a algo novo e que nesta condição precisará ser encarado.

Que a engrenagem institucional forjada à volta do Estado-nação e o pensamento jurídico constituído a partir daí, sobretudo associado à ideia de soberania, têm sido crescentemente ameaçados pelos processos complexos deflagrados pela globalização, parece não restar dúvida. Nesse novo contexto socioeconômico, conquanto continuem a exercer soberanamente autoridade nos limites de seus territórios (em termos *formais*), muitos Estados “já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios”, descobrindo-se *materialmente* limitados em sua autonomia decisória. Tomando de exemplo uma manifestação básica do exercício do poder estatal, como a tributação, “numa situação extrema, os Estados chegam ao ponto de não mais conseguirem estabelecer os tributos a serem aplicados sobre a riqueza – esta é que, transnacionalizando-se, passa a escolher onde pagá-los.” O grande desafio (considerando-se a intenção de preservar a figura estatal) é reestabelecer o vínculo rompido entre soberania *formal* e autonomia decisória *substantiva*, pois mantidas as circunstâncias atuais – e a tendência é que o fenômeno da globalização avance, não recue –, a soberania do Estado-nação não está sendo simplesmente limitada, mas comprometida na base.<sup>374</sup>

Outra linha de pensamento acerca dessas variações é oferecida por 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 coexistência de “Estados pré-modernos” (embora se considere o Estado um produto da modernidade, a formulação se esclarece pelo contexto da obra) modernos e pós-

---

<sup>373</sup> SØRENSEN, Georg. **La transformación del estado** – más allá del mito del repliegue. Traducción de Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 140-141.

<sup>374</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23-24.

modernos. Conclusivamente, afirma que a concepção tradicional de Estado deve ser reavaliada.<sup>375</sup>

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).<sup>376</sup>

De fato, 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 conquistadas pelo Estado.”<sup>377</sup>

No que toca à relação entre globalização e soberania, já despontam observadores a indicar um novo tipo de soberania (elemento que atrai a dúvida de até quando nomeá-la soberania), supraestatal, difusa e policêntrica, que vem limitar a “antiga soberania” do Estado e de suas instituições públicas. É uma novidade teoricamente relevante para a filosofia política e jurídica, pois coloca em crise o núcleo central da teorização moderna da própria cidadania<sup>378</sup> – ponto que se retomará, adiante.

<sup>375</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 20.

<sup>376</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 20.

<sup>377</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 29.

<sup>378</sup> CAPELLA, Juan-Ramón. La globalización: ante una encrucijada político-jurídica. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, n. 39, p. 13-24, 2005. p. 21.

Discute-se, e há que se discutir, 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.<sup>379</sup>

Admitir que o poder soberano do Estado moderno encontra-se em estágio avançado de um processo de deterioração não significa atestar, ademais, que o poder desaparece. Tal efeito se produz tão-somente quanto a uma forma específica de organização do poder, que teve seu ponto forte no conceito jurídico-político de soberania (vinculado ao Estado).<sup>380</sup>

Na representação de Beck, a globalização significa a abertura de um novo jogo, cujas regras e conceitos fundamentais são igualmente novos, embora alguns insistam em permanecer jogando conforme o tabuleiro antigo. Com a globalização, surgem outros espaços e marcos de ação, aparecem jogadores adicionais, novos papéis e recursos, regras desconhecidas, contradições e conflitos. Se no jogo antigo alguns praticantes, como o “Estado nacional”, dispunham de fichas e jogadas iguais aos demais, o mesmo não se pode dizer do novo jogo. As fichas do “capital”, por exemplo, têm maior mobilidade, garantindo-lhe uma qualidade estratégica incomparável. Alguns antigos atores seguem na disputa, mas é urgente que se reinventem, adaptem-se, pois um dos poucos rumos certos dessa jornada é a eliminação daquele que se apegava à antiga dogmática do jogo (da qual faz parte a soberania).<sup>381</sup>

Diante de tudo isso, constata-se a emergência (necessária) de um novo paradigma de compreensão do Estado e do Direito.

---

<sup>379</sup> 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. p. 33.

<sup>380</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí, SC: Univali, 2014. p. 103.

<sup>381</sup> BECK, Ulrich. **Poder y contrapoder en la era global**. La nueva economía política mundial. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A., 2004. p. 27-28.



#### 5.4. Pós-modernidade e globalização: Estado e Direito em novo espaço-tempo

Com tantas mudanças expressivas, vai ganhando concretude a hipótese levantada por Chevallier no sentido de que as transformações do Estado refletem um quadro mais profundo de transformações da própria sociedade e, assim, também o Direito há de se modificar. “Se é verdade que o poderio soberano do Estado se exprime pelo canal jurídico, a reconfiguração dos aparelhos do Estado é inevitavelmente acompanhada de uma transformação em profundidade do direito.” Seguindo essa lógica, “à emergência de um *Estado pós-moderno* corresponde inevitavelmente o surgimento de um *direito pós-moderno*.”<sup>382</sup>

No avançar do século XX a instabilidade do projeto moderno foi ficando cada vez mais palpável, gradativamente envolvendo o Estado e o Direito em uma nova trama que se passou a chamar, genericamente, de pós-modernidade, na qual ambos encontram-se envoltos a um tipo de relação e de poder que não se cogitavam na modernidade, berço do atual modelo de Estado e de boa parte das principais instituições jurídico-políticas contemporâneas.

De modo bastante direto, Arnaud apresenta critérios objetivos não apenas para a explicação desse contexto pós-moderno, como também para as instituições que aí tentam realocar-se, sustentando, sem rodeios, as teses de “que a pós-modernidade em direito se caracteriza por uma preocupação de superação dialética do paradigma ‘moderno’ [...]”; “que a crise contemporânea do Estado, do direito e da justiça – denunciada de forma permanente e em vão desde quase meio século – bem poderia ter como causa um esgotamento das raízes de nossas instituições [...]”; e “que a globalização bem poderia, pelo menos em parte, coincidir intelectualmente com um pensamento jurídico pós-moderno.” A pós-modernidade se delinaria, destarte, a partir da imagem inversa do produto dos signos da modernidade jurídica. Com efeito, um direito pós-moderno poderia apresentar-se como o inverso do produto da “*abstração e da axiomatização do direito, do subjetivismo, da simplicidade e da segurança das relações jurídicas, da separação da sociedade civil e do Estado, do universalismo e da unidade da razão jurídica*”, caracterizando-se, em contrapartida, por *pragmatismo e relativismo*, pela aceitação do *descentramento do sujeito*, por uma *pluralidade das racionalidades*, pelo *risco*, pelo *retorno da sociedade civil* e pela

---

<sup>382</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

apreensão das relações jurídicas na *complexidade das lógicas bruscamente estilhaçadas*.<sup>383</sup>

Chama atenção a indicação para que não se tome estes elementos constitutivos individualmente, pois compõem, conforme referido, um “produto”. A partir disso, pode-se afirmar que o paradigma “moderno” é hoje questionado, mas não necessariamente seus frutos, o que, sem dúvida, torna a discussão mais complexa.<sup>384</sup>

Em particular, nesse ponto, há que se inserir uma ressalva, aparentemente revestida de divergência, pois sobre a ideia de direitos humanos, para tomar apenas um aspecto como referência, na qualidade de produto moderno, não se pode dizer que não é questionada. Tanto a delimitação conceitual quanto a estrutura internacional voltada à promoção desses direitos são confrontadas com acusações de homogeneizantes, à medida que imprimem a um padrão notadamente ocidental pretensões universalizantes. Essa crítica, no entanto, será detalhada e fundamentada adiante. Por ora, a conclusão de Arnaud de que “não cabe, de fato, se ater a uma inversão dos conceitos fundamentais do ‘modernismo’ para definir uma abordagem pós-moderna”<sup>385</sup> encerra com prudência a polêmica.

Fato que, por outro lado, não enseja desacordo, é o de que a porosidade do Estado ocasionada pelos fenômenos estudados “é também a porosidade do Direito estatal e da concepção sistemática que lhe é inerente”. Multiplicam-se instâncias produtoras de normatividade, convertendo o sistema jurídico em algo aberto, flexível e poroso, onde as normas dessas diversas instâncias se entrelaçam e se expandem em complexas redes.<sup>386</sup>

Retomando autores clássicos, Faria recorda que a “ideia de crise encerra uma concepção bastante específica de sociedade, encarada como um sistema formado por diferentes instituições, cada uma delas com lógicas e racionalidades próprias”, sendo exatamente quando essas racionalidades parciais deixam de se articular umas às outras que a ideia de crise aparece. Por isso a crise passa a designar um quadro de incoerências e contradições, já que cada instituição mostra-se independente com

---

<sup>383</sup> ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 201-202.

<sup>384</sup> ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 203.

<sup>385</sup> ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 203.

<sup>386</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **La transición paradigmática de la teoría jurídica**. El derecho ante la globalización. Madrid: Dykinson, 2009. p. 20-21: “La porosidad del Estado es también la porosidad del derecho estatal y de la concepción sistemática que le es inherente.”

relação às demais. Opõe-se “uma ordem *ideal* a uma desordem *real*, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não consegue oferecer soluções ou respostas técnica e funcionalmente eficazes.”<sup>387</sup>

Incapacidade de oferecer soluções que vem sendo o rastro do Estado e do Direito contemporâneos. Tudo aponta para a conformação de um novo espaço, que o “velho” Estado e o seu Direito tentam contornar, embora não possam mais esconder os sintomas de esgotamento. É preciso reinventar, repensar as estruturas e estratégias; para tanto, o Constitucionalismo, que ao longo dos séculos tem sido o suporte teórico legitimador e justificador dessas instituições, também precisa ser reformulado. Uma missão já iniciada, aliás, com alguns estudos que se resume a seguir.

#### 5.4.1 “Novos espaços” e “novas interações” do e para o Constitucionalismo

No rastro dos muitos problemas, teóricos e práticos, suscitados pela globalização e pela crise da modernidade (neste ponto, tem-se uma espécie de relação circular, pois tanto o ritmo acelerado das mudanças sociais e contextuais contribui para a obsolescência das instituições modernas quanto o insistente apego a determinados dogmas agrava o quadro de crise, fazendo com que a crise da modernidade possa ser encarada tanto causa quanto efeito dos referidos problemas), surgem teses que oferecem interessantes alternativas de compressão desse “novo espaço” e dessas “novas interações” do e para o Constitucionalismo.

Algumas, em particular, por sua atualidade e repercussão, reclamam menção expressa, como é o caso do *constitucionalismo multinível (Verfassungsverbund)*, de Ingolf Pernice, que defende ser o Constitucionalismo não apenas a resposta adequada, como a única possível aos desafios da globalização, contanto que o conceito de “Constituição” seja ajustado às necessidades de um sistema internacional multinível de governança.<sup>388</sup>

Proposta em 1995, a ideia de Pernice perpassa a discussão da necessidade/possibilidade/existência de uma Constituição para a União Europeia

---

<sup>387</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40-41.

<sup>388</sup> PERNICE, Ingolf. The global dimension of multilevel constitutionalism a legal response to the challenges of globalization. In: **Common Values in International Law: Essays in Honor of Christian Tomuschat** 973–1005 (P.M. Dupuy et al. eds, 2006) (VölkerrechtAlsWertordnung: Festschrift Für Christian Tomuschat). p. 3.

(debate travado inicialmente entre Grimm<sup>389</sup> e Habermas<sup>390</sup>), tomando como base a experiência alemã. Ao termo acabou sendo atribuída uma referência restrita e outra mais ampla; no primeiro caso, há remissão, basicamente, aos estudos de Pernice e a esse modo de pensar o desenvolvimento constitucional contemporâneo. No entanto, a expressão não permaneceu confinada à sua problemática original. Aos poucos, passou a ser um ponto de partida para variadas posições que sustentassem ideias, instituições, normas e práticas que pudessem ser aplicadas em contextos para além do Estado.<sup>391</sup>

O *constitucionalismo multinível* foi desenvolvido, inicialmente, para conceituar a estrutura constitucional específica da União Europeia e entre o Direito Constitucional nacional de seus membros e o Direito europeu. Trata-se de uma concepção baseada no entendimento de que, em sociedades democráticas, o estabelecimento da autoridade pública requer um acordo entre indivíduos. "Este é um terreno comum no que diz respeito ao Estado-nação, mas não era tão evidente no que diz respeito às instituições supranacionais, como a da Comunidade Europeia", cujos tratados instituidores, na visão de Pernice, respondem às exigências legitimadoras da elaboração de uma Constituição.<sup>392</sup>

---

<sup>389</sup> GRIMM, Dieter. A Europa precisa de uma constituição? In: \_\_\_\_\_. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 199, et seq.

<sup>390</sup> HABERMAS, Jürgen. A Europa necessita de uma constituição? Um comentário sobre Dieter Grimm. In: \_\_\_\_\_. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 177-184.

<sup>391</sup> WALKER, Neil. **Multilevel constitutionalism**: looking beyond the German debate. LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series. LEQS Paper n. 08/2009. June 2009. p. 1-3.

<sup>392</sup> PERNICE, Ingolf. The global dimension of multilevel constitutionalism a legal response to the challenges of globalization. In: **Common values in international law**: Essays in Honor of Christian Tomuschat 973–1005 (P.M. Dupuy et al. eds, 2006) (VölkerrechtAlsWertordnung: Festschrift Für Christian Tomuschat). p. 13: "Multilevel constitutionalism was originally developed to conceptualise the specific constitutional structure of the European Union and, in particular, the relationship between national constitutional law and European law. It is based upon the understanding, that in democratic societies public authority acting with direct effect for the individual cannot be established other than by an agreement among these individuals concerned. This is common ground with regard to the nation-state, but it was not so evident with regard to supranational institutions like those of the European Community. Whatever the form of such an agreement – or the *social contract* – may be, a constitutional document elaborated by a parliamentary body and adopted by a referendum, or an international treaty ratified after consent of the parliaments or after the authorisation directly given by a referendum, legitimate public authority is only conceivable if it is based upon an agreed "constitutional" instrument setting up and defining the institutions and their function, conferring specific powers to these institutions, determining the respective rights of the people subject to their authority, laying down the procedures for their participation in the exercise of these powers, organising the decision-making procedures etc. The treaties establishing the European Community and the European Union, from the beginning in 1951 respond to these requirements, and this is the reason why they have been accepted and, step by step, further developed as a legitimate public authority which has power not only to impose duties on the Member States but also to legislate and take decisions with direct effect to their citizens."

Ancorado na teoria do contrato social (versão rousseauiana), o *constitucionalismo multinível* propõe um espaço plural/multinível de organização da autoridade pública e suas responsabilidades, comparando esses múltiplos níveis com a lógica do sistema federativo para comprovar a viabilidade da proposta, legitimada, fundamentalmente, pela própria legitimidade “original” de cada nível de governo, na medida em que foi democraticamente fundado na vontade geral das pessoas que os compõem.<sup>393</sup>

Nesse ponto, a teoria sofre críticas por identificar a vontade dos povos com a vontade dos seus respectivos Estados, indistintamente. "O real exercício do poder constituinte por parte do povo exige um reforço ao máximo nível dos mecanismos de participação política", fazendo-se necessária "a utilização dos recursos da democracia representativa e os da democracia direta", a fim de assegurar aos cidadãos mais que um papel meramente passivo, permitindo-lhes participar ativamente da configuração de suas Constituições. Levado às últimas consequências tal contraponto, põe-se em dúvida a legitimidade de todo o Direito europeu elaborado até o momento, que não consegue caracterizar-se como fruto da vontade constituinte dos povos europeus.<sup>394</sup>

Apesar das divergências, o *constitucionalismo multinível* consolida uma importante base de análise para realidades que não mais correspondem aos arquétipos teóricos que lhes sustentam, chamando atenção para um contexto (inicialmente, europeu) que demanda urgentemente alternativas de legitimação e justificação.

Preferindo outro conceito, embora partindo igualmente do processo de integração europeia, Canotilho elabora a *teoria da interconstitucionalidade*, que “estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político.”<sup>395</sup>

Inicialmente articulada por Francisco Lucas Pires, a ideia de *interconstitucionalidade* representa algo mais do que um “novo Constitucionalismo”,

<sup>393</sup> PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited? **Common Market Law Review**. United Kingdom, n. 36: 703-750, 1999. p. 709.

<sup>394</sup> ARAUJO, José A. Estévez. Crisis de la soberanía estatal y constitución multinível. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, n. 40, p. 43-57, 2006. p. 52-53: “En contra de esta tesis debe decirse que el ejercicio real del poder constituyente por parte del pueblo exige un reforzamiento al máximo nivel de los mecanismos de participación política. Precisa la utilización de los recursos de la democracia representativa y los de la democracia directa.”

<sup>395</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 266.

demandando “uma adequada correlação entre as várias Constituições”, acompanhada da consolidação de um “patrimônio comum adquirido – como o dos direitos fundamentais, da separação de poderes, do princípio da legalidade, do controlo da constitucionalidade (sic) – [...]” do e com o qual se decantam princípios comuns emergentes.<sup>396</sup>

Em Canotilho, a teoria volta-se ao enfrentamento do “intricado problema da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas”<sup>397</sup>, tendo em vista que a rede de interconstitucionalidade coloca um problema de inequívoca complexidade: o encadeamento não apenas de poderes constituintes diversos, mas de *paradigmas* diversos de poderes constituintes.<sup>398</sup>

No fundo, Canotilho reconhece que a “teoria da *interconstitucionalidade* é uma forma específica da *interorganização* política e social”<sup>399</sup>, considerando que as Constituições inter-relacionadas “desceram do ‘castelo’ para a ‘rede’, mas não perderam as funções identificadoras pelo facto de, agora, estarem em ligação umas com as outras”, ou seja, “a rede de esquemas relacionais transsubjetivos (‘transestaduais’) não provoca desvios genéticos no ADN constitucional incorporado nas ‘magnas cartas’ dos Estados.”<sup>400</sup>

Mesmo porque há outro elemento importante ao lado da *interorganizatividade*: a *interculturalidade constitucional*, baseada na ideia elementar de um partilhar de culturas (expressa e diretamente relacionada ao conceito de constituição cultural e de

<sup>396</sup> PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 18-19.

<sup>397</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 267-268.

<sup>398</sup> O professor português trabalha uma distinção entre *paradigma fundacional* e *paradigma não fundacional* de poder constituinte. Quanto ao primeiro, a norma fundamental é constituída como norma individual referida a determinado ato constituinte; quanto ao segundo, a norma fundamental é constituída como norma geral, reclamada por e para todos os atos de certa natureza. “O primeiro paradigma mostra-se adequado a um *poder constituinte evolutivo* que não precisa de identificar o acto constituinte originário; o segundo revela-se indispensável quando sobre as pluralidades constituintes fundacionais é preciso relegitimar democraticamente os momentos anteriores (da ‘constituição europeia’) e desenhar os esquemas constitucionais inteorganizativas para o futuro” (sic). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1428-1429.

<sup>399</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização**. Desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijuí: UNIJUÍ, 2015. p. 185.

<sup>400</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 269.



Estado constitucional cultural<sup>401</sup>) e experiências, valores e ideias entre as várias Constituições.<sup>402</sup>

Constituições que, aliás, são ponto chave para a teoria do *transconstitucionalismo*, de Marcelo Neves, cuja preocupação em definir o sentido de “Constituição” é visível, sobretudo para tomar distância da “tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea.” Na base, a noção estritamente moderna de Constituição, vinculada ao Constitucionalismo das revoluções liberais do século XVIII. Além disso, mostra-se crucial a identificação dos problemas que se apresentaram como condição de possibilidade histórica do surgimento do Estado Constitucional e as respectivas respostas funcionais e normativas dadas pelas Constituições do Estado moderno, pois “é exatamente essa relação entre problema e solução que vai viabilizar a fixação do conceito de Constituição do constitucionalismo.” Ocorre que, nos dias de hoje, “com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território.” Assim, o Direito Constitucional emancipa-se do Estado porque outras ordens jurídicas passam a estar envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais (e não porque novas Constituições surgiram).<sup>403</sup>

Precisamente em face dessa situação é que o autor introduz o conceito de *transconstitucionalismo*, voltado “para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas”, sem que se assuma qualquer dessas ordens como ponto de partida ou *ultima ratio*, já que a proposta é a edificação “de ‘pontes de transição’, da promoção de ‘conversações constitucionais’, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entres as diversas ordens jurídicas:

---

<sup>401</sup> Nesse ponto, menção inevitável a Peter Häberle, também referenciado por Canotilho, exatamente por sustentar uma estreita relação entre Constituição e Cultura. HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. p. 34: “Constitución no significa única y exclusivamente ordenamiento jurídico para juristas, que éstos han de interpretar siguiendo las viejas y también las más modernas reglas exegéticas de su arte, sino que igualmente sirve de hilo conductos para todo ciudadano, lego en cuanto a la ciencia jurídica se refiere. La Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.”

<sup>402</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 271.

<sup>403</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. XX-XXI.

estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais”, rompendo, inclusive, com o dilema “monismo/pluralismo”.<sup>404</sup>

Em tom de crítica, Neves ressalta que em muitas regiões pelo mundo não faz sentido “falar em pluralismo 'pós-moderno' ou global, senão como romantização pós-colonialista da miséria.” O pluralismo jurídico, nessa perspectiva, esconde um paradoxo e um equívoco, pois como reivindicar a inserção em redes transnacionais horizontais sem considerar as assimetrias e “avalanche de exclusão” decorrente da desmontagem do Estado Social e sua devastadora permanência nas periferias da sociedade mundial? Levando a sério esses fatores, é preciso deixar claro, o transconstitucionalismo propõe tanto pontes contenciosas como cooperadoras de transição, que se referem antes a formas de comunicação destinadas à absorção do dissenso do que propriamente um “diálogo” voltado à conciliação ou consenso.<sup>405</sup>

Em geral, por meio dessas teorias faz-se possível a compreensão das dificuldades e desafios prementes do cenário atual do Constitucionalismo e, ainda “que a leitura se faça no marco de uma sociologia constitucional de cunho descritivo, contribui sobremaneira para a aproximação e identificação mais precisa dos seus déficits.” Enunciações mais conclusivas, no entanto, apontam para certa fragilização da Constituição, ou das Constituições nacionais<sup>406</sup>, impondo e justificando, portanto, a busca por rumos alternativos.

---

<sup>404</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. XXII-XXV.

<sup>405</sup> NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**. São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014. p. 214-215.

<sup>406</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização**. Desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijuí: UNIJUÍ, 2015. p. 193.

## 6 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS: O ESTADO E O DIREITO ENTRE INTEGRAÇÃO OU INTERFERÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL(IZADO)

*“Os direitos humanos se tornam o princípio de libertação da opressão e da dominação, o grito de guerra dos sem-teto e dos destituídos, o programa político dos revolucionários e dos dissidentes. [...] Os direitos humanos são o fado da pós-modernidade, a energia das nossas sociedades, o cumprimento das promessas do Iluminismo de emancipação e autorrealização. [...] Os direitos humanos são alardeados como a mais nobre criação de nossa filosofia e jurisprudência e como a melhor prova das aspirações universais da nossa modernidade, que teve de esperar por nossa cultura global pós-moderna para ter seu justo e merecido reconhecimento.”<sup>407</sup>*

Os direitos humanos chegam à pós-modernidade em situação tão controversa quanto em suas origens. Embora não se possa negar algum desenvolvimento teórico, institucional e mesmo em termos de efetivação com relação a tais direitos, sua definição e delimitação conceituais e, principalmente, sua concretização, conservam resquícios das dificuldades que sempre lhes acompanharam, agravadas por alguns fatores ínsitos à globalização e à pós-modernidade, que complexificam a forma de organização e de vida contemporâneas como um todo.

Devidamente contextualizados, os direitos humanos acabam absorvendo parte das críticas e características que se destinam à globalização (como o caráter hegemônico e o impacto sobre a relação espaço-tempo) e à pós-modernidade (contestação da universalidade), o que acaba por exigir um tipo de argumentação relegitimadora e rearticuladora para que possam continuar servindo ao propósito emancipador que lhes identifica.

É preciso compreender o processo de internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos e a aproximação entre diferentes ordens constitucionais promovida pela disseminação desse discurso para que, finalmente, possa ser (re)conhecido o papel e lugar do Estado e do Direito (entre integração ou interferência) em meio a relações completamente internacionalizadas. A esse emaranhado de instituições e poderes os direitos humanos representam um mínimo ético comum universal que viabilizaria o diálogo e a cooperação além das fronteiras.

---

<sup>407</sup> DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Traduzido por Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 19.

Mesmo porque é de se esperar que as instituições jurídico-políticas forjadas na modernidade (re)ajam a essas interações, tendo em vista que a relação “direitos e deveres” entre “Estado e cidadão” é sensivelmente impactada pela internacionalização, notadamente considerando-se a discussão em torno da “pertinência” das fronteiras (seja do ponto de vista teórico ou factual) em face de temas como a imigração.

Entre antigas, porém reformuladas, e novas dificuldades, as tentativas mais acertadas ao conturbado presente encontram-se alinhadas a uma visão cosmopolita, capaz de integrar a diversidade do mundo globalizado e pós-moderno a demandas universais e de extrema relevância como os direitos humanos.

### **6.1 Os direitos humanos como um mínimo ético comum e algumas dificuldades de concretização**

Mesmo diante da qualidade multifacetada do que se designa por globalização e independentemente das variações terminológicas e teleológicas possíveis, conforme visto em capítulo anterior, um dos aspectos que dificilmente lhe poderá ser negado enquanto fenômeno diz respeito à capacidade de alcance, em maior ou menor grau, de escala mundial.

Diz-se em maior ou menor grau porque, em verdade, a globalização intensifica as relações sociais, interligando e influenciando localidades e acontecimentos em escala global, sendo, contudo, “um processo dialético, porque tais acontecimentos locais podem se mover em uma direção anversa às relações muito distanciadas que os moldam.”<sup>408</sup>

Alinhando-se a tal entendimento, de certa forma, Boaventura trabalha com a pressuposição de que a globalização é um conjunto de relações sociais que se transforma na medida em que também se transformam as próprias relações, de modo que não existe “globalização”, mas “globalizações”. Enquanto feixes de relações sociais, as globalizações inevitavelmente se envolvem em conflitos, de onde surgem vencedores e vencidos, estes cujo destino é o (quase) completo desaparecimento.

---

<sup>408</sup> GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990. p. 64: “Globalisation can thus be defined as the intensification of worldwide social relations which link distant localities in such a way that local happenings are shaped by events occurring many miles away and vice versa. This is a dialectical process because such local happenings may move in an obverse direction from the very distanced relations that shape them.”

Em síntese, “o que chamamos globalização é sempre a globalização bem sucedida de um determinado localismo” e, em contrapartida, “a localização é a globalização dos vencidos.”<sup>409</sup>

Existem diferentes processos por meio dos quais esse dado que se convencionou chamar por globalização é produzido. Na linha exposta por Boaventura, por exemplo, é possível visualizá-lo disseminar-se hegemonicamente, subjugando as culturas e os povos “derrotados” na batalha histórica e ideológica.

Essa perspectiva é refletida por Bolzan de Moraes ao reconhecer que, de um lado – note-se, existe(m) outro(s) –, “a globalização em seu sentido estrito, como projeto econômico hegemônico, unilateral e, por consequência, uniformizante, aparece como uma perversa farsa que impõe um padrão único e totalizante – para sermos eufemísticos – de condutas [...]”<sup>410</sup>

Para um capítulo que traz como núcleo os direitos humanos, retomar as controvérsias da globalização em linha crítica representa a consciência de que o seu desenvolvimento não necessariamente “prenuncia o surgimento de uma sociedade mundial harmoniosa, ou de um processo universal de interação global em que haja uma convergência crescente de culturas e civilizações”; ao contrário, por afetar de maneira desigual a população mundial, a globalização firma-se como um processo excludente e desagregador, dando origem a novas animosidades e conflitos<sup>411</sup>, para cujo enfrentamento são exigidos, proporcionalmente, renovados esforços.

Em um mundo marcado pela diferença, pelo relativismo e pela pluralidade, apenas para citar algumas das características que compõem o quadro fragmentário da globalização e da “pós-modernidade”, um ponto de convergência inicial torna-se peça chave na consolidação de uma proposta baseada no diálogo e na cooperação.

Nesse sentido, o próprio caráter de universalidade dos direitos humanos, especialmente no sentido proposto e consagrado pelos documentos internacionais, que têm como grande marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,

---

<sup>409</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 194-195. Considerando essa lógica “vencedor-vencido”, o autor define a globalização como “o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.” p. 438.

<sup>410</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Crises do estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz. **Entre discursos e culturas jurídicas**. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 21.

<sup>411</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 13.

considerando a sua evolução histórica ocidentalizada e o fato de ter sido (pelo menos inicialmente) assumida pelos vencedores da guerra, tende a contribuir para a identificação de um discurso hegemônico.

Sendo um dos impulsos fundamentais para a internacionalização do Direito, a universalidade dos direitos humanos institucionaliza e promove um mínimo ético universal que compreende a garantia de certos conteúdos que passam a ser considerados indispensáveis a todos os seres humanos e, destarte, se impõem em cada lugar do planeta. “Com isso, os direitos humanos promovem um padrão civilizatório que envolve as práticas político-jurídicas e econômicas em todos os âmbitos.”<sup>412</sup>

Por essa qualificação dos direitos humanos enquanto “personificação dos ideais de uma boa sociedade” é que Boaventura os associa a uma prática hegemônica<sup>413</sup>, sustentando que, assim concebidos, tais direitos tendem a ser sempre um instrumento de “choque de civilizações”, mais precisamente, do Ocidente contra o “resto do mundo”. A universalidade (que não acontece na prática) reponde a uma aspiração de completude cultural em torno de determinados valores fundamentais, mas acaba por negar a universalidade do que questiona.<sup>414</sup>

Em franca divergência – aqui comungada, Ferrajoli julga falaciosa a crítica à universalidade dos direitos humanos baseada na cultura (sobretudo, pelo relativismo), o que se justifica pela própria concepção de direitos fundamentais do autor (conceito não apartado dos direitos humanos): “lei do mais fraco contra a lei do mais forte”. Enquanto “lei do mais fraco” os direitos servem para proteger os indivíduos contra tudo e contra todos que lhes oprimem, inclusive contra as suas próprias culturas, se for o caso.<sup>415</sup>

---

<sup>412</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: para onde caminha a humanidade. **Revista Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v.6, n.11, p. 109-132, jul/dez. 2011. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br>>. Acesso em: 07 Ago. 2014. p. 113.

<sup>413</sup> “[...] considero ser hegemônica, no nosso tempo, uma rede multifacetada de relações econômicas, sociais, políticas, culturais e epistemológicas desiguais baseadas nas interações entre três estruturas principais de poder e dominação – capitalismo, colonialismo e patriarcado – que definem a sua legitimidade (ou dissimulam a sua ilegitimidade) em termos do entendimento liberal do primado do direito, democracia e direitos humanos, vistos como a personificação dos ideais de uma boa sociedade.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 34-35.

<sup>414</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 442-443.

<sup>415</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 56: “Los derechos fundamentales son siempre leyes del más débil contra la ley del más fuerte. Y esto es válido para cualquier cultura, incluida la nuestra. Son derechos de los individuos que sirven



Considerando que o presente trabalho parte imediatamente da defesa e adoção de uma concepção universalista dos direitos humanos e que o contrabalanço argumentativo representado pela crítica a uma suposta hegemonia impositiva está sendo devidamente afastado, não se mostra produtivo o replicar de todo o debate oposto pelo relativismo cultural, cujo enfrentamento encontra-se subsumido na posição assumida e sustentada.

Cumpra a referência, todavia, de que o usual argumento contra a universalidade dos direitos humanos elaborado pelas correntes relativistas vale-se de uma leitura redutora do multiculturalismo encontrado na sociedade humana. Baseada na constatação antropológica quanto à existência de diferentes valores, hábitos e práticas sociais que se expressam por variadas formas culturais, a concepção relativista não acredita na possibilidade de satisfação igual e equânime das exigências de bem-estar de todos os seres humanos, por pressupor que não há qualquer semelhança entre as pessoas que comporte generalizações. No entanto, a própria observação antropológica demonstra que algumas necessidades humanas são universais por seu caráter e essência, e não meramente locais, podendo, por essa razão, ser classificadas como comuns a todos os grupos sociais ou, simplesmente, como *humanas*.<sup>416</sup>

Sublinha-se, ademais, que o caráter universal dos direitos humanos não se deve ao fato de serem (supostamente) compartilhados universalmente, mas sim ao fato de que são destinados a todos, indistintamente. São normas jurídicas heterônomas cuja validade dispensa um respaldo consensual, aliás, precisam ser formalmente estabelecidas justamente porque um consenso não pode ser deduzido, em qualquer cultura que seja. Não se trata, pois, de negar a cultura, trata-se apenas de não permitir que ela prevaleça sobre os direitos das pessoas.<sup>417</sup>

Nesse sentido, a universalidade dos direitos humanos não pretende negar a importância da cultura, da comunidade ou da historicidade, apenas sustenta uma presença moral não condicionada por fatores histórico-sociais ou quaisquer outros que não a condição de humano. Assim, “os direitos humanos representam um

---

para protegerlos también - y diría que sobre todo - contra sus culturas e incluso contra sus familias: que protegen a la mujer contra el padre o el marido, al menos contra los padres, en general a los oprimidos contra sus culturas opresivas.”

<sup>416</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 239-240.

<sup>417</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 149-150.

progresso moral da humanidade como um todo, pois estabelecem um conjunto de direitos que se devem os homens reciprocamente para proteger a sua condição humana universal.”<sup>418</sup>

Considerando as transformações em curso, a satisfatória garantia desses direitos reclama, além da adequada proteção das Constituições nacionais, o respaldo por regimes, leis e instituições de alcance global<sup>419</sup>, cuja fundamentação e legitimidade de atuação poderão ser buscadas justamente no elemento de universalidade dos direitos humanos.

Mesmo Boaventura, utilizado como contraponto, que se recusa a aceitar esse caráter por identificar aí uma prática hegemônica (embora não recorra, também, para o rival tradicional do universalismo, já que o relativismo cultural também é rechaçado pelo autor), admite alternativas e possibilidades de uma transformação cosmopolita dos direitos humanos, para o que propõe um procedimento hermenêutico denominado *hermenêutica diatópica*.<sup>420</sup> A partir da superação de uma série de contradições, é reconhecido o potencial contra-hegemônico<sup>421</sup> dos direitos humanos, desde que reconstruídos interculturalmente.

Para Bolzan de Moraes, a lógica humanitária permite a projeção de “um pensamento universal democrático que não vise à difusão de um modelo único, desde um ‘lugar’ único, mas a emergência em diversos lugares de uma vontade (um desejo) de reconhecer direitos comuns a todos os seres humanos [...]”, de modo a harmonizar e não unificar posições.<sup>422</sup>

No contexto latino-americano, por exemplo, todos esses aportes teóricos ganham, em maior ou menor escala, concretude. Seja pelas diferenças históricas que fincam suas raízes desde a formação do Estado nacional, especialmente se utilizados

---

<sup>418</sup> LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 268.

<sup>419</sup> HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 89.

<sup>420</sup> Para um quadro mais completo acerca das mencionadas alternativas e seus aspectos conceituais e operacionais verificar SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p.441-470.

<sup>421</sup> “[...] considero ser contra-hegemônica a mobilização social e política que se traduz em lutas, movimentos ou iniciativas, tendo por objetivo eliminar ou reduzir relações desiguais de poder e transformá-las em relações de autoridade partilhada, recorrendo, para isso, a discursos e práticas que são inteligíveis transnacionalmente mediante tradução intercultural e articulação de ações coletivas.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 35.

<sup>422</sup> 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. p. 129-130.

para estudo, como normalmente ocorre, os paradigmas europeus, seja por peculiaridades socioeconômicas e culturais, a “absorção” irrefletida (quando não forçada) de determinados padrões materializou boa parte das criticadas práticas hegemônicas decorrentes de direcionamentos específicos da globalização e da universalidade dos direitos humanos.

Historicamente “a dinâmica de contextualização latino-americana tem sido marcada por um cenário construído pela dominação interna e pela submissão externa”, seguindo “uma trajetória fundada na lógica da colonização, da exploração e da exclusão dos múltiplos segmentos étnicos, religiosos e societários.” Movimentos camponeses, indígenas, negros e outros grupos dominados por minorias detentoras de poder confirmam o denunciado caráter hegemônico da adesão a modelos culturais elitizados (seja de matriz eurocêntrica ou norte-americana).<sup>423</sup>

A própria formação dos Estados nacionais na América Latina deu-se pelos e para os descendentes de invasores europeus, tendo como traço comum, portanto, o fato de terem sido edificadas para uma parcela minoritária da população, muito diferente da formação europeia desenvolvida em torno da construção de uma identidade comum/nacional. No cenário latino-americano, ao contrário, por não interessar à elite dominante que considerável parte da população se sentisse integrante do Estado, em diferentes proporções, “milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos) assim como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer ideia de nacionalidade.”<sup>424</sup>

Isso porque “a colonização é um processo não somente geográfico, mas compreende uma estratégia cognitiva de negação do outro.” No entanto, “reflexões sobre o Estado e o Direito no continente latino-americano encontram-se em avançado repensar”, anunciando o surgimento de um novo paradigma, que tem se movido “em busca do resgate da cultura violentamente encoberta e marginalizada por um

---

<sup>423</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, vol. 18, n. 2, p. 329-342, mai/ago. 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 07 Ago. 2014. p. 330.

<sup>424</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 7, p. 203-216, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.>>. Acesso em: 07 Ago. 2014. p. 209.

processo que se fez hegemônico e que ainda está sendo ocultado numa democracia manipulada.”<sup>425</sup>

Duas fortes expressões desses novos rumos encontram-se na figura do Estado Plurinacional (com destaque para os modelos definidos pelas Constituições da Colômbia, Equador e Bolívia) e do que vem sendo chamado de Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Por Estado Plurinacional designa-se um conjunto de ideias e ações que, considerando desde as diferenças históricas já mencionadas acerca da formação do Estado na América Latina com relação ao padrão europeu, propõe a superação das bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, que impõem a diferentes grupos os mesmos valores. Trata-se de uma estrutura organizacional que “reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.”<sup>426</sup>

A *multietnicidade e multiculturalidade* são destacadas também por Häberle e Kotzur ao pretenderem identificar elementos de identidade das Constituições latino-americanas em contraste com o “Direito constitucional comum europeu”. De acordo com os autores alemães, “devido à presença anterior dos povos nativos [...], a história colonial e, mais tarde, a história constitucional, esses países têm de retomar positivamente nos textos constitucionais a pluralidade de culturas, línguas e etnias”, ressaltando o fato de que isso é, em geral, desconhecido pelas Constituições europeias.<sup>427</sup>

Nessa linha, os últimos anos têm testemunhado o surgimento de algo novo no Constitucionalismo, especialmente, sul-americano. Iniciativas já adotadas na Bolívia, Equador e Venezuela vêm rompendo os grilhões da lógica liberal-individualista tradicionalmente assumida e “reinventando o espaço público a partir dos interesses e

---

<sup>425</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, vol. 18, n. 2, p. 329-342, mai/ago. 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 07 Ago. 2014. p. 336.

<sup>426</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 7, p. 203-216, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index>>. Acesso em: 07 Ago. 2014. p. 211.

<sup>427</sup> HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 57-58: “[...] debido a la presencia anterior de los pueblos nativos [...], la historia colonial y, más tarde, la historia constitucional, esos países tienen que retomar positivamente en los textos constitucionales la pluralidad de culturas, lenguas y etnias.”

necessidades das maiorias alijadas historicamente dos processos decisórios.” As Constituições de diversos países da América Latina estão se distanciando das matrizes eurocêntricas que predominaram por séculos, promovendo um repensar do Estado e do Direito e uma refundação das instituições em favor das culturas oprimidas e apagadas de sua própria história. Em síntese, esses são os principais traços do que vem sendo caracterizado como Novo Constitucionalismo Latino-Americano, de cariz transformador e emancipatório.<sup>428</sup>

Esses novos modelos de organização estatal e social, articulados nos próprios textos constitucionais, não ignoram a importância dos direitos humanos, tampouco infirmam seu caráter de universalidade, ao contrário, aproveitam ao máximo o seu potencial contra-hegemônico, colocando-os a favor da liberdade.

Na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, como intitulado o documento, ao lado da previsão de universalidade dos direitos reconhecidos pelo texto consta a prevalência na ordem interna dos direitos e deveres consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Bolívia (art. 13, IV; art. 14, III).<sup>429</sup>

De igual modo, na Constituição equatoriana, também elencada como exemplo de uma prática libertadora e contra-hegemônica, o que se nota desde o seu preâmbulo, ao invocar raízes milenares forjadas por distintos povos, engajados na luta contra todas as formas de dominação e colonização, não se descuida do reconhecimento expresso de direitos e garantias advindos dos tratados internacionais de direitos humanos.<sup>430</sup>

<sup>428</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul/dez. 2011. Disponível em: <<http://www.unifor.br/index.php>>. Acesso em: 15 Ago. 2014. p. 377-378.

<sup>429</sup> BOLÍVIA. **Constitución política del estado plurinacional de Bolivia** (2009). Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/>>. Acesso em: 30 Jun. 2015. “Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. [...] IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia. [...] Artículo 14. III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.”

<sup>430</sup> ECUADOR. **Constitución de la republica de Ecuador** (2008). Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/newsletterPortaIInternacionalFoco/ane\\_xo/ConstituicaoDoEquador.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/newsletterPortaIInternacionalFoco/ane_xo/ConstituicaoDoEquador.pdf)>. Acesso em: 30 Jun. 2015. “Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los

Soma-se a essas passagens meramente ilustrativas o destaque conferido pelas Constituições à ideia de dignidade humana, indissociável dos direitos humanos, tal como anteriormente exposto. De acordo com os dados do *Constitute*, uma iniciativa do *Comparative Constitutions Project*, o termo “*human dignity*” é mencionado em 147 (cento e quarenta e sete) Constituições. Tomando como referência apenas algumas previsões de países da América Latina, pela proximidade contextual do lugar de fala, é possível identificar a dignidade humana enquanto princípio e valor fundante, bem como enquanto direito a ser garantido, em diversos textos (Constituição da Bolívia, preâmbulo e art. 8, II; Constituição do Chile, art. I; Constituição da Colômbia, arts. 1 e 21; Constituição da Costa Rica, art. 33; Constituição do Equador, preâmbulo e art. 11; Constituição da Guatemala, art. 4; Constituição de Honduras, art. 59; Constituição do Peru, art. 1).<sup>431</sup> Sem olvidar, claro, da Constituição brasileira, que também confia na dignidade da pessoa humana como fundamento (art. 1º, III).<sup>432</sup>

Por diferentes vieses, a dignidade da pessoa humana acaba se tornando um eixo central em torno do qual gravitam inúmeras possibilidades de construção e legitimação<sup>433</sup> do Estado Democrático de Direito (ou mesmo de qualquer outra forma de organização político-jurídica que resulte num ente com poderes e responsabilidades em relação aos seus membros) e, dada a sua intrínseca e recíproca conexão com os direitos humanos, toda essa construção representa, aqui, uma tentativa de fundamentação desses direitos como elemento comum a possibilitar uma lógica de diálogo e cooperação em um mundo fragmentado, para o que é necessário o reconhecimento de sua universalidade (longe de sinonimizar com uniformidade).

---

demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”

<sup>431</sup> “Constitute was developed by the Comparative Constitutions Project. It was seeded with a grant from Google Ideas to the University of Texas at Austin, with additional financial support from the Indigo Trust and IC2. Semantic data structures were created by the Miranker Lab at the University of Texas using Capsenta’s Ultrawrap. Site architecture, engineering, and design are provided by Psyche Interactive. The following organizations have made important investments in the Comparative Constitutions Project since 2005: the National Science Foundation (SES 0648288, IIS 1018554), the Cline Center for Democracy, the United States Institute of Peace, the University of Texas, the University of Chicago, and the Constitution Unit at University College London.” CONSTITUTE. **The world’s constitutions to read, search, and compare.** Disponível em: <<https://www.constituteproject.org>>. Acesso em: 05 Ago. 2014.

<sup>432</sup> BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 01 Jul. 2015. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

<sup>433</sup> Sobre esse ponto específico recomenda-se NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: UNISINOS, 2011. p. 297-381.



Embora identificado como um potencial elo, não é fácil a tarefa de dizer o que são “direitos humanos”, já que a expressão traz consigo séculos de uma história de lutas e conquistas, ainda que não sem alguns retrocessos em seu percurso, mas representando, contemporaneamente, a consagração dos mais caros valores ao ser humano, cuja fundamentação não raro mostra-se tão controvertida quanto a própria conceituação.

Essa dificuldade, contudo, não afasta a necessidade de fundamentação dos direitos humanos, pelo contrário, a torna mais difícil e ainda mais importante, lembrando que uma boa resposta a esse problema “deve estar isenta das condicionantes culturais e históricas que, inevitavelmente, conduzem o debate ao relativismo e à negação da universalidade dos direitos humanos.” O fundamento dos direitos humanos deve conduzir a uma ordem comum de valores, cuja finalidade é proteger o homem independentemente de seus vínculos institucionais ou culturais.<sup>434</sup>

Mesmo na conhecida passagem de Bobbio em que, aparentemente, privilegia-se a busca de garantias em detrimento dos fundamentos dos direitos humanos, é preciso ressaltar que o pensador italiano não considera o problema do fundamento inexistente, contudo, em certo sentido, resolvido com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que define, pela primeira vez na história, um sistema de valores que é universal de fato (não em princípio), pois compartilhado e subjetivamente acolhido por toda a humanidade e não dado objetivamente, sendo este o diferencial que legitima a universalidade.<sup>435</sup>

Para Barretto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 expressa, concretamente, um denominador comum, de modo que, mesmo não sendo possível identificar fundamentos teóricos comuns para os direitos humanos, há “uma concordância prática em torno de critérios mínimos que abarcam diferentes posições ideológicas e que são formalmente aceitos em diferentes sistemas jurídicos nacionais.”<sup>436</sup>

A universalidade, portanto, é uma condição necessária e imprescindível dos direitos humanos, possibilitando que a cada pessoa individualmente considerada, isso é, independentemente de suas características particulares, seja reconhecido o mesmo

---

<sup>434</sup> LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 42-43.

<sup>435</sup> BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991. p. 64-66.

<sup>436</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 21.

valor inalienável. Desse modo, a vigência de tais direitos “é incontestável e não pode ver-se diminuída por problemas jurídicos concernentes a sua realização prática”<sup>437</sup>, já aproveitando para rebater outra vertente de críticas que costuma ser direcionada à universalidade.

Vê-se mérito e razão na assertiva de que a teoria dos direitos humanos implica na complementariedade necessária entre a reflexão teórica e a prática. Se flagrantemente não teria sentido uma análise teórica, puramente abstrata, que não levasse em consideração os problemas reais que afetam quotidianamente as pessoas, tampouco seria aceitável conformar-se com as diversas situações do mundo contemporâneo, tomando-as por verdade única, universal e acabada. O argumento de que a prática é o que importa na avaliação dos direitos humanos é falho e irrelevante, pois tal prática é indissociável de argumentos teóricos, os quais, a propósito, sempre impulsionaram a concretização histórica dessa categoria de direitos.<sup>438</sup>

Por fim, cumpre antecipar-se à eventual objeção de que a universalidade dos direitos humanos é inconciliável com a (ou na) pós-modernidade. Tentativas no sentido de promover essa harmonização vêm sendo desenvolvida há tempos (algumas das quais, inclusive, mencionadas no estudo, como a *hermenêutica diatópica* de Boaventura de Sousa Santos e o multiculturalismo), buscando tanto alinhar os preceitos em exame entre si como também vinculá-los à ideia de justiça. Amparado em Derrida e, portanto, na ideia de justiça como desconstrução (a justiça não é “desconstruível”, mas o Direito, diferentemente, pode e deve ser desconstruído, pois “a desconstrução é justiça”<sup>439</sup>), Alves prossegue e conclui que a própria justiça não é “uma categoria universal, e sim uma construção de diversas culturas”, sintetizando os argumentos em torno dos quais é possível afirmar a permanência da universalidade dos direitos humanos na pós-modernidade. Soma-se a isso um pressuposto prático: a maioria dos países que acedeu à independência após 1948 não teve dificuldades para espontaneamente aderir à Declaração Universal dos Direitos Humanos; livres de qualquer imposição imperialista, incorporam-na às

---

<sup>437</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização**: modernidade, cidadania e direitos humanos. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 115.

<sup>438</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 236.

<sup>439</sup> Ideias desenvolvidas e aprofundadas pelo autor, sobretudo, em DERRIDA, Jacques. **Força da lei**: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. Tradução de Leyla Perone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

legislações internas e puseram-na em favor da luta anticolonialista. Assim, os direitos humanos não apenas devem ser universalmente considerados, como precisam ser fortalecidos naquilo que procuram ser: “um mínimo denominador comum para um universo cultural variado”.<sup>440</sup>

De qualquer maneira, esse é um tema que segue presente na análise, mesmo que, por vezes, com outras roupagens; por ora, definidas as bases teóricas sobre as quais se pretende apoiar uma lógica dialogal e cooperativa a partir da universalidade dos direitos humanos, faz-se possível avançar na investigação, desvendando e desvencilhando-se de outros obstáculos e reforçando, novamente, a validade da proposta em formação.

## **6.2 A (re)ação das instituições jurídico-políticas forjadas na modernidade – sobre a relação direitos e deveres entre Estado e cidadão num contexto internacionalizado**

Ao alcançar-se esse ponto não há como deixar de lembrar as observações de Douzinas quanto à existência de uma lacuna entre a teoria e a prática dos direitos humanos, visualizada com facilidade no paradoxo formado pelo triunfo do seu espírito afogado na descrença universal a respeito de sua prática.<sup>441</sup>

Ironicamente, segundo postura recomendada pelo próprio autor, “o hiato entre o triunfo da ideologia dos direitos humanos e o desastre da sua aplicação é a melhor expressão do cinismo pós-moderno”, combinando “iluminismo com resignação e apatia e, com uma forte sensação de impasse político e claustrofobia existencial, de uma falta de saída no seio da mais maleável sociedade.”<sup>442</sup>

Uma causa plausível para essa conformação pode ser buscada em outro paradoxo, desta vez, trabalhado por Rosanvallon, que identifica um tipo de sociedade na qual coexiste um rechaço global de sua própria forma e, simultaneamente, uma aceitação dos mecanismos que a produzem. Condenam-se as desigualdades de fato enquanto são legitimados, implicitamente, os mecanismos condicionantes dessa

---

<sup>440</sup> ALVES, J.A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. 32-41, passim.

<sup>441</sup> DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 20-23.

<sup>442</sup> DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 30.

desigualdade. Eis o *paradoxo de Bossuet*, por força do qual "os homens se lamentam em geral daquilo que aceitam em particular."<sup>443</sup>

Segue também uma linha crítica a acusação de Capella de que “estamos conectados com as pessoas que sofrem com o que chamamos de *nosso modo de vida*.” Se, por um lado, a globalização e o avanço da tecnologia comunicacional permite informar-se sobre a existência de crianças que morrem de fome em alguma parte do mundo, da pobreza e miséria de tantos, de conflitos armados em lugares distantes, por outro, não deixa esconder a relação objetiva com que estão comunicadas mesmo as pessoas que não vivem esses problemas diretamente (seja porque usam o que aqueles miseráveis fabricaram ou por produzir as armas que lhe ameaçam, entre tantos outros casos). Isso põe os indivíduos em uma situação "esquizofrênica", divididos internamente, sustentando éticas humanitárias enquanto atuam de modo dionisíaco, excessivo, sem reconhecer que aquilo que chamam de "*modo de vida*" não pode ser generalizado a toda a humanidade.<sup>444</sup>

Os comportamentos advertidos afrontam, inclusive, a concepção kantiana para a correção moral da ação baseada no imperativo categórico, cuja reiteração é justificada tanto pela sua presença na formação das bases conceituais da dignidade de pessoa humana que, por sua vez, fundamenta o Estado Democrático de Direito, quanto pela perspectiva que oferece (em termos ainda planejados) na expansão dessa lógica a realidades não necessariamente nacionais.

Por ora, impõe-se realçar outras contradições e dissensões que tocam aos direitos humanos de diferentes formas, como o paradoxo adicional anotado novamente por Douzinas, relacionado ao fato de que tais direitos são declarados em nome do “homem universal”, ao passo que, posteriormente, para tornar-se beneficiário desses direitos, reclama-se um “homem em particular”, o cidadão nacional. Assim, se as declarações de direitos anunciaram a era do indivíduo, também inauguraram a era do Estado, espelho do indivíduo, de modo que direitos humanos e soberania nacional

---

<sup>443</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La sociedad de los iguales**. Traducción de Maria Pons. Barcelona: RBA, 2012. p. 16: "De modo que existe un rechazo global de una forma de sociedad que coexiste con una forma de aceptación de los mecanismos que la producen. Se condenan *las* desigualdades de hecho mientras se reconocen implícitamente como legítimos los mecanismos de *la* desigualdad que las condicionan. Propongo llamar *paradoja de Bossuet* a esta situación en la que los hombres se lamentan en general de aquello que aceptan en particular."

<sup>444</sup> CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudadanos siervos**. Madrid: Trotta, S.A., 1993. p. 40-41: "[...] En conclusión: como individuos estamos divididos internamente: tal vez sostengamos éticas humanitarias, pero de hecho actuamos de un modo dionisíaco, excesivo. No hemos reconocido que nuestro modo de vida *no se puede generalizar a toda la humanidad*."

nascem juntos, em contradição menos real do que aparente, mas ainda assim em contradição. A partir desse ponto, a condição de Estado, a soberania e o território seguem o princípio de nacionalidade. O ato inaugural da modernidade deu início, também, ao nacionalismo e a todas as suas consequências, e a cidadania introduziu um novo tipo de privilégio ao proteger alguns e excluir outros, verificando-se a separação entre homem e cidadão.<sup>445</sup>

Não há dúvida de que a figura do “cidadão” personifica um dos pilares encontrados na maioria dos Estados soberanos nos últimos dois séculos, que ao afirmarem-se compostos de “cidadãos”, isso é, de *demos* e não de *ethos*, revelam o caráter mais jurídico do que cultural da categoria em questão. Desde a Revolução Francesa, ao serem os súditos transformados em cidadãos, os Estados depararam-se com um ponto de não retorno, em que se tornaram, teoricamente e, até certo ponto, na prática, “responsáveis por um grande grupo de pessoas com reivindicações políticas constituídas.” No decorrer dos séculos XIX e XX, o implemento dessas reivindicações, ainda que de forma lenta e bastante desigual, demonstrou que houve um claro triunfo da retórica. “E a retórica conta. Mas, uma vez que existam cidadãos, existirão igualmente os não-cidadãos.”<sup>446</sup> A cidadania, portanto, serve como um conceito excludente.

Mais desconcertante, ainda, é perceber que a cidadania, a partir de seu laço imperturbável com a noção de nacionalidade, pôde ser manejada com naturalidade a serviço de regimes totalitários. Mediante a desnacionalização e, conseqüentemente, negação da cidadania – uma poderosa arma da política totalitária, os Estados-nação europeus viram-se constitucionalmente incapazes de proteger os direitos humanos dos que tinham sido despojados de seus direitos nacionais, facilitando ao totalitarismo a imposição de valores aos adversários. Nesse contexto é que se define a cidadania, tal como observada por Arendt, como o “direito a ter direitos.”<sup>447</sup>

Aplicada sistematicamente pelo Estado nazista, a política de supressão da nacionalidade a grupos minoritários como modo de privá-los de qualquer proteção

---

<sup>445</sup> DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 114-118.

<sup>446</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos**: ciência social para o século XXI. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 142-144.

<sup>447</sup> ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. New York: Harvest Book, 1973. p. 269: “Denationalization became a powerful weapon of totalitarian politics, and the constitutional inability of European nation-states to guarantee human rights to those who had lost nationally guaranteed rights, made it possible for the persecuting governments to impose their standard of values even upon their opponents.”

jurídica, como alertou Hannah Arendt, revelou que ao contrário do que se supunha no século XVIII, "os direitos humanos não são protegidos independentemente da nacionalidade ou cidadania." Isso refletirá diretamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao reconhecer tanto o direito de asilo<sup>448</sup> às vítimas de perseguição (art. XIV) quanto o direito de todos a ter uma nacionalidade<sup>449</sup> (art. XV).<sup>450</sup>

Seja por seu verso excludente ou por sua insuficiência, a concepção de cidadania, sobretudo quando (e como normalmente é) vinculada à nacionalidade, não parece encontrar sentido no léxico jurídico do presente, em que a linguagem dominante é a de um direito internacionalizado e a desejada é a dos direitos humanos.

Em parte o descompasso é gerado pelo enorme distanciamento do conceito em relação ao seu contexto de origem. Com todas as mudanças ocorridas desde então, a ponto de se cogitar a superação da própria modernidade (nascente das abstrações de cidadania e nacionalidade atreladas ao Estado, também aí formulado), a exiguidade do termo e debilidade desse vínculo revela-se, também, diante das demandas altamente complexas e, sobretudo, desterritorializadas da sociedade contemporânea.

Por isso sugere-se que as investigações sobre as (necessárias) mudanças na instituição da cidadania incorporem o estudo das transformações que permeiam o Estado nacional, de modo a assimilar novos tipos de formalização de direitos e, conseqüentemente, contribuir com uma desnacionalização parcial de certos traços da cidadania.<sup>451</sup>

A cidadania nacional foi uma resposta moderna eficiente para o enfrentamento das identidades fragmentárias do período feudal, mas o pluralismo cultural que toma conta dos países e das relações internacionais atualmente, bem como os problemas de escala global que afetam a humanidade como um todo (apenas para mencionar alguns, fome, guerras, terrorismo, meio ambiente...) não podem ser atacados em toda

---

<sup>448</sup> DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 11 Jul. 2015. "Artigo XIV. 1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países."

<sup>449</sup> DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 11 Jul. 2015. "Artigo XV. 1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade."

<sup>450</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 245.

<sup>451</sup> SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 287-288.



a sua complexidade por esse mesmo paradigma de cidadania, pois sequer guardam relação específica com a noção de território e de nação.<sup>452</sup>

Nesse sentido despontam duas dinâmicas interessantes que, embora assemelhadas, não se confundem. Em um primeiro momento, destaca-se o surgimento de espaços e manifestações para a cidadania fora dos confins do Estado nacional, do que constitui uma clara e formal demonstração o passaporte da União Europeia, também reforçada pela proliferação de cosmopolitismos e transnacionalismos que concorrem para a chamada cidadania pós-nacional. Considerando o status formal tanto quanto as práticas cidadãs, a experiência de identidades e solidariedades coletivas ou da proteção de direitos, o Estado-nação deixa de ser o seu único âmbito de exercício; segue sendo o principal, mas com sensíveis transformações quanto a sua exclusividade, a indicarem a possibilidade de uma nova e importante dinâmica em curso: a cidadania pós-nacional.<sup>453</sup>

Paralelamente, agita-se um segundo conjunto de circunstâncias que concerne a transformações particulares no interior do Estado nacional e que, igualmente, afetam a concepção teórica e prática da cidadania, podendo-se ressaltar, de imediato, duas das mais evidentes, como o tratamento das questões de nacionalidade e a valorização da nacionalidade concreta em detrimento da nacionalidade puramente formal (questões imigratórias) e, ainda, a perda de proteção e direitos sofrida pelos cidadãos formais. É o caso da cidadania desnacionalizada, que embora não excludente com relação à cidadania pós-nacional, tem uma trajetória diferente. Enquanto a cidadania desnacionalizada diz respeito à transformação nacional, incluindo o seu aspecto fundacional, portanto, sobretudo pelos efeitos da globalização, a cidadania pós-nacional localiza-se fora do Estado.<sup>454</sup>

Trata-se de uma análise que vai ao encontro das observações de Sørensen quando distingue a *comunidade de cidadãos* da *comunidade de sentimentos*. A primeira diz respeito à relação entre os cidadãos e o Estado a partir do vínculo de direitos e obrigações políticos, jurídicos e econômico-sociais, ao passo que a segunda traduz, em um vínculo não formal, as relações entre os cidadãos como grupo,

---

<sup>452</sup> LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 109.

<sup>453</sup> SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights**: from medieval to global assemblages. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 304.

<sup>454</sup> SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights**: from medieval to global assemblages. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 305.

identificados pela língua comum, identidade cultural e histórica, etc. Ambas enfrentam, atualmente, desafios que reafirmam as enunciações feitas até aqui. Para a *comunidade de sentimentos*, a questão central relaciona-se à identidade, cuja construção torna-se cada vez mais um projeto individual, o que acarreta uma desqualificação do compromisso com a ideia de identidade nacional. Por sua vez, a *comunidade de cidadãos* acha-se em dificuldades mais sérias que, por isso mesmo, demandam maior atenção.<sup>455</sup>

São três fontes que desaguardam em distintas índoles de desafios. Em primeiro lugar, o fato de ser cada vez mais comum a outorga de direitos por entes não estatais, seja de ordem regional (como a União Europeia) ou de ordem global (os direitos humanos enquanto direitos universais fomentam um “sentimento pós-nacional”), ameaça enfraquecer ou mesmo romper o vínculo entre o cidadão e o Estado. Somando-se a isso, as manifestações de uma “cidadania sem amarras”, tanto na perspectiva de se poder fazer ouvir regional e globalmente pelos ampliados meios de acesso à informação e comunicação quanto pela tomada de consciência de que determinados assuntos e problemas são de cunho global, pois importantes para milhares e milhões de pessoas, debilitam ainda mais o laço exclusivo entre cidadãos e Estado nacional. Por fim, “a diminuição da capacidade do Estado de fazer valer os direitos de cidadania” desferiu o golpe final a sua legitimidade.<sup>456</sup>

O descrédito imputado ao vínculo de cidadania vem insinuando, ora sutil, ora abertamente, um nexa direto com a crise do Estado em suas diversas expressões, mas com destaque para os impulsos da globalização, que ao permitir um salto qualitativo na exploração do capitalismo o desvinculou do modelo estatal. Apesar de a ideologia de mercado proclamar os direitos humanos, ao mesmo tempo os converte em instrumentos do sistema econômico. “É o *laissez-faire* em nível internacional, construído a partir da fragilidade dos Estados para responder a esses processos econômicos globais.”<sup>457</sup>

Internamente, isso reverbera a tal ponto de desestabilizar a organização de poderes estatal clássica, contribuindo para a caracterização do que Bolzan de Morais

---

<sup>455</sup> SØRENSEN, Georg. **La transformación del estado** – más allá del mito del repliegue. Traducción de Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 112-117, passim.

<sup>456</sup> SØRENSEN, Georg. **La transformación del estado** – más allá del mito del repliegue. Traducción de Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 111-112.

<sup>457</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 22-26.

designa de *crise funcional* do Estado, impulsionada, dentre outros fatores, pela incapacidade dos poderes estatais “[...] 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*”, associada à mitigação da soberania.<sup>458</sup>

Esses aspectos, a despeito de terem sido previamente examinados, são importantes para, fazendo uma conexão com outros desdobramentos de crise vistos, sublinhar um fenômeno sintomático<sup>459</sup>: a *sacralização da jurisdição constitucional*, que se assenta 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 base paradoxal, tentando colar uma democracia social a uma economia de exclusão (capitalismo).<sup>460</sup>

Difícil negar que a atual crise do Estado de bem-estar, o incremento do desemprego e as crescentes desigualdades salariais, inclusive, nos países mais desenvolvidos, dentre outros indicadores, sinalizam uma mudança de prerrogativas aos cidadãos. Mesmo não se podendo quantificar com exatidão, é visível que a globalização econômica tem afetado algumas das condições mais importantes que, até então, tinham fomentado a evolução da cidadania e, especialmente, a composição dos direitos sociais. Ademais, “a formação de um mercado global de capitais representa uma concentração de poder capaz de influir na política econômica nacional

---

<sup>458</sup> 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. p. 56-57.

<sup>459</sup> Ao analisar as principais transformações em curso quanto ao Estado e ao Direito, Chevallier percebe a configuração da sociedade contemporânea, exatamente, 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 modos de regulação extrajurídicos e/ou fundados na confiança acarreta uma “juridicização crescente do tecido social.” CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 134.

<sup>460</sup> 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. p. 60.

os governos e, por extensão, em outras políticas também”, das quais depende a implementação de direitos e, especialmente, os direitos sociais.<sup>461</sup>

No cenário de demandas globais, como se tem demonstrado, de eventos que colocam à prova até mesmo a substancialidade da modernidade, uma alternativa correspondente deve ser buscada também para a reformulação da cidadania. Essa busca não significa a negação da relação imanente ao Estado e suas formas democráticas com os direitos humanos, contudo, “não se pode resumir os direitos humanos a uma perspectiva estatalista e submetê-los ao fechamento dos interesses nacionais muitas vezes travestidos de pseudodefesa da soberania.”<sup>462</sup>

Faz-se urgente o desenvolvimento de formas políticas participativas, que descentralizem e, em alguns momentos, transcendam o cenário nacional, promovendo, efetivamente, uma cidadania sem fronteiras, para o que se apresenta plenamente defensável um projeto político como a cidadania pós-nacional, que concilie e adote ações de caráter global e nacional, tendo em vista que não precisam ser mutuamente excludentes e, sim, complementares.<sup>463</sup>

Em menção a Dworkin, levar os direitos humanos a sério requer, na ponderação de Ferrajoli, um ponto final no *apartheid* causado pela ideia estrita de cidadania. É preciso “reconhecer o caráter supra-estatal dos direitos fundamentais e, como consequência, prever em sede internacional garantias idôneas para tutelá-los e dar-lhes satisfação, inclusive, contra ou sem seus Estados.” É imprescindível a coragem para dissociar os direitos fundamentais<sup>464</sup> (e humanos, para quem, à

---

<sup>461</sup> SASSEN, Saskia. **¿Perdiendo el control?** La soberanía en la era de la globalización. Traducción de Víctor Pozanco. Barcelona: Bellaterra, 2001. p. 54-56: “La formación de un mercado global de capitales representa una concentración de poder capaz de influir en la política económica nacional de los gobiernos y, por extensión, en otras políticas también.”

<sup>462</sup> LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade:** um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 141.

<sup>463</sup> SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights:** from medieval to global assemblages. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 308.

<sup>464</sup> Sobre a definição do conceito de direitos fundamentais, segundo Ferrajoli: “proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de ‘direitos fundamentais’: são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. [...] Essa definição é uma definição teórica enquanto, também sendo estipulada com referência aos direitos fundamentais positivamente determinados pelas leis e constituições nas modernas democracias, prescinde da circunstância de fato de que nesse ou naquele ordenamento tais direitos sejam ou não formulados em cartas constitucionais ou em leis fundamentais e, por assim dizer, de fato que eles sejam (ou não) enunciados em normas de direito positivo. [...] Em segundo lugar, a nossa definição é uma definição formal ou estrutural no sentido de que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tuteladas com o seu reconhecimento como direitos fundamentais e se baseia unicamente sobre o caráter universal da sua imputação: compreendido ‘universal’ no sentido puramente lógico e avaliativo da qualificação universal da classe de sujeitos que deles são

diferença do jurista italiano, adota a distinção) da cidadania, a qual, principalmente nos países mais ricos, "representa o último privilégio de *status*, o último resíduo pré-moderno das diferenciações pessoais, o último fator de exclusão e discriminação [...]" e, acima de tudo, a última contradição não resolvida com a universalidade dos direitos proclamados.<sup>465</sup>

Como vem sendo dito ao longo dessas páginas, o cenário de globalização e pós-modernidade promoveu modificações profundas nas concepções de Estado e de Direito e suas respectivas relações. Tendo em vista a preocupação com a garantia e efetivação dos direitos humanos, faz-se inadiável a construção de propostas adequadas a esse novo contexto, o que não seria possível sem a prévia compreensão do quadro amplo em que se desdobram tantas transformações.

Essa tentativa inicial de entendimento foi um dos primeiros passos dados até o momento, mas que, evidentemente, ainda não completaram o caminho traçado (o "Direito em trânsito" e outras noções correlatas fundamentais ainda carecem de definição). De qualquer forma, algumas das condições para que se delineie o projeto pensado como alternativa já se fazem presentes: a construção de uma lógica de diálogo e cooperação, que passa, inevitavelmente, pelo ideal cosmopolita, a ser explorado adiante, junto a outros pontos.

---

titulares. [...] São evidentes as vantagens de uma definição como essa. Enquanto prescinde de circunstâncias de fato, ela é válida para qualquer ordenamento, independentemente dos direitos fundamentais nele previstos ou não previstos, incluso os ordenamentos totalitários e aqueles pré-modernos." FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, [et. al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9-11.

<sup>465</sup> Sobre o significado de "levar os direitos a sério", segundo Luigi Ferrajoli: "Y esto significa, a su vez, dos cosas. Ante todo, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos fundamentales y, como consecuencia, prever en sede internacional garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus Estados. En segundo lugar, tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de status, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, y no — como sucedió en el origen de los Estados modernos — de inclusión e igualdad, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales." FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 31-32.

### 6.3 Sobre fronteiras e novos horizontes: a questão do cosmopolitismo

*“[...] las fronteras de las naciones son irrelevantes desde el punto de vista moral: accidentes de la historia sin derecho legítimo sobre nuestra conciencia.”<sup>466</sup>*

Quando se fala em globalização, a trivial associação com a ideia de um espaço sem fronteiras é praticamente automática. As facilidades proporcionadas pelos grandes avanços tecnológicos nas áreas de comunicação e transporte, sem dúvida, endossam esse raciocínio (já se planeja a colonização de outros planetas!<sup>467</sup> Seria um legado moderno ironicamente inscrito na pós-modernidade?). No entanto, tamanha mobilidade nem sempre é respaldada politicamente, no âmbito de predomínio de soberanias estatais (“o universo pertence ao homem”, mas os Estados aos cidadãos).

Esse descompasso foi referido anteriormente com Sassen, ao tratar da desnacionalização da economia impulsionada pela globalização (para fluxo de capitais, informações, serviços, não interessam os controles fronteiriços) e da renacionalização da política quanto à imigração, em que a soberania na guarda de fronteiras parece mais sólida do que nunca.<sup>468</sup>

Pondera a socióloga, na sequência de suas investigações, que os Estados podem até continuar insistindo em simplificar o tratamento da questão, encarando a imigração como resultado de uma série de ações individuais, contudo, não ficarão imunes às consequências de maior alcance dessas dinâmicas, que mesmo sendo reguladas pela legislação interna, só o são parcialmente, pois fazem parte de complexos processos transnacionais.<sup>469</sup>

Segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), são 232 milhões de migrantes internacionais pelo mundo, a maior parte vivendo em regiões

<sup>466</sup> APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética en un mundo de extraños. Traducción de Lilia Mosconi. Madrid: Katz, 2007. p. 19.

<sup>467</sup> “Desse momento em diante, poderá se falar de uma colonização humana de Marte. Nos séculos vindouros, será a vez do sistema solar. Gradualmente, o homem deixará de ser o atual prisioneiro da Terra para se transformar num verdadeiro habitante de todo o seu sistema planetário.” Noticiado por MOURÃO, Ronaldo Rogério de Freitas. A colonização de Marte. **Revista Super Interessante**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/tecnologia/a-colonizacao-de-marte>>. Acesso em: 28 Jul. 2015.

<sup>468</sup> SASSEN, Saskia. **¿Perdiendo el control?** La soberanía en la era de la globalización. Traducción de Víctor Pozanco. Barcelona: Bellaterra, 2001. p. 73.

<sup>469</sup> SASSEN, Saskia. **¿Perdiendo el control?** La soberanía en la era de la globalización. Traducción de Víctor Pozanco. Barcelona: Bellaterra, 2001. p. 87.



desenvolvidas.<sup>470</sup> Há uma tensão generalizada quanto ao tema, acompanhada de uma tendência inquietante, no sentido de conferir maior rigor ao controle de fronteiras e, assim, barrar a entrada dos migrantes (inclusive, refugiados).<sup>471</sup>

Na contramão de muitos países, vale o registro, o Brasil tem atuado salutarmente, por meio de uma comissão de especialistas criada pelo Ministério de Justiça com o fim de elaborar uma proposta de Anteprojeto de Lei de Migrações voltada à promoção dos direitos dos migrantes, em clara tentativa de substituir o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980), legislação que, embora vigente, remonta ao período ditatorial, do qual conserva muitas características. A nova lei em formação visa não apenas melhor correspondência à Constituição Federal e aos tratados internacionais de direitos humanos de que o país faz parte, mas operar toda uma mudança de paradigma na política migratória, ainda atrelada a preceitos como a segurança nacional e controle de acesso ao mercado de trabalho, típico de uma época em que todo estrangeiro representava uma ameaça ao país (e ao seu então regime antidemocrático).<sup>472</sup>

Há, ainda, outras razões e demandas transnacionais que vêm estimulando o enrijecimento das fronteiras. Para combater o terrorismo, por exemplo, líderes da União Europeia discutem propostas para rever o espaço Schengen (acordo firmado em 1985 entre diversos países para garantir a livre circulação de pessoas)<sup>473</sup> – cuja

---

<sup>470</sup> UNITED NATIONS. **International migration and development**. Report of the Secretary-General. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/population/migration/ga/SG\\_Report\\_A\\_68\\_190.pdf](http://www.un.org/esa/population/migration/ga/SG_Report_A_68_190.pdf)>. Acesso em: 03 Ago. 2015.

<sup>471</sup> A Suíça, por exemplo, tem ocupado o centro de algumas polêmicas quanto ao tratamento de imigrantes. Em 2014, por voto popular, foi aprovada uma iniciativa "contra a imigração em massa", que contempla uma lei anti-imigração mais rígida apresentada pelo Partido Popular Suíço (SVP), considerado populista de direita, que contraria e afeta até mesmo acordos do país com a União Europeia. INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Por diferença pequena, suíços aprovam cotas para imigração**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias>>. Acesso em: 03 Ago. 2015. Além disso, no mesmo país, relatos denunciando o acolhimento de refugiados em abrigos nucleares, em condições desumanas, repercutiram intensamente em 2015, tornando-se símbolo da má vontade de governos nacionais para com um número cada vez maior de refugiados. CHADE, Jamil. Suíça acolhe refugiados em abrigos nucleares. **Estadão Internacional**. Reportagem de 29 Jun. 2015. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias>>. Acesso em: 03 Ago. 2015. Outro episódio que, recentemente, virou notícia no mundo todo, foi a dura e direta resposta da Chanceler alemã Angela Merkel a uma menina, refugiada palestina, que reagiu com choro ao ouvir que, inevitavelmente, alguns refugiados não poderão permanecer na Alemanha e terão de retornar ao país de origem, postura que reflete a rigidez com que o tema vem sendo abordado jurídica e politicamente. EL PAÍS. Merkel hace llorar a una niña palestina. **El País Internacional**. Reportagem de 16 Jul. 2015. Disponível em: <[http://elpais.com/elpais/2015/07/16/videos/1437056427\\_612600.html](http://elpais.com/elpais/2015/07/16/videos/1437056427_612600.html)>. Acesso em: 03 Ago. 2015.

<sup>472</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Entenda o anteprojeto de lei de migrações**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias>>. Acesso em: 03 Ago. 2015.

<sup>473</sup> EUROPE. **The Schengen area and cooperation**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>>. Acesso em: 14 Ago. 2015.

suspensão, aliás, já foi anunciada pela Alemanha, na tentativa de conter o afluxo de refugiados no país<sup>474</sup> –, bem como para controlar a internet, visando barrar o recrutamento de terroristas por essa via, cada vez mais utilizada (e com assustadora eficiência, sobretudo, pelo Estado Islâmico).<sup>475</sup>

Tudo isso parece seguir na contramão dos processos deflagrados pela globalização, porém, em mera aparência de contradição, já que desde os áureos tempos da modernidade os Estados manipulam fronteiras e direitos em favor de uma retórica que só lhes “favorece”.

Como faz questão de lembrar Ferrajoli, enquanto as relações humanas e entre povos eram concretamente desiguais e assimétricas, a afirmação de um certo tipo de direitos de caráter universal “ofereceu ao Ocidente a legitimação jurídica da ocupação do Novo Mundo e, depois, durante cinco séculos, da colonização e a exploração de todo o planeta.” Hoje, invertida a situação, são aqueles povos esquecidos no terceiro mundo que, empurrados pela fome e outras misérias, lutam para percorrer o caminho inverso ao da colonização e alcançar os opulentos países do hemisfério norte, encontrando, contudo, portas fechadas; os direitos antes universais lhes são negados, pois agora são direitos de cidadania. O preço? A perda de credibilidade de todos os valores jurídicos e políticos que embasam as democracias contemporâneas. Uma saída? A superação tanto do caráter ilimitado da soberania estatal (ao menos no que toca ao ponto em comento, conforme vem sendo demonstrado) quanto do limite representado pela cidadania para o exercício dos direitos fundamentais, enquanto condição para o desenvolvimento de um Constitucionalismo mundial e para o enfrentamento da atual crise do Estado nacional.<sup>476</sup>

Para a persecução dessa meta concorre o cosmopolitismo, cuja noção comporta o entrelaçamento de pelo menos dois aspectos: a ideia de que ao ser humano impõem-se obrigações que se estendem para além dos vínculos de parentesco ou dos laços formais da cidadania compartilhada, bem como a seriedade

---

<sup>474</sup> Fatos narrados pelo portal de notícias RPT, podendo ser acessado em RPT NOTÍCIAS. Alemanha anuncia suspensão do Acordo de Schengen em resposta ao afluxo de refugiados. **RPT Notícias Mundo**. Disponível em: <<http://www.rtp.pt/noticias/mundo>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

<sup>475</sup> Notícia veiculada pelo Jornal Folha de São Paulo, podendo ser conferida em FOLHA DE SÃO PAULO. **Contra o terrorismo, UE propõe controle das fronteiras e da internet**. 11 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo>>. Acesso em: 14 Ago. 2015.

<sup>476</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 32: “Entonces, cuando eran concretamente desiguales y asimétricos, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y después, durante cinco siglos, de la colonización y la explotación de todo el planeta.”

e o comprometimento na valoração da vida humana particularmente considerada e, conseqüentemente, nas práticas e crenças que lhes outorgam significado.<sup>477</sup>

Desse modo, independentemente das variadas linhas que conduzem a esse projeto, algumas até divergentes, antecipa-se que não serão exaustivamente percorridas, porquanto se pretende elaborar uma alternativa inspirada em um elemento comum a todos os cosmopolitas: a ideia de que “não há lealdade local que justifique esquecer que cada ser humano tem responsabilidades com relação a todos os outros”.<sup>478</sup>

Antes que se diga que o cosmopolitismo é uma utopia, é preferível encará-lo como uma possibilidade, uma alternativa “frente aos tempos atuais, na medida em que seus princípios são inerentes à própria natureza humana. O reconhecimento da alteridade, da dignidade e solidariedade, com certeza apresentam-se como fundamentais ao futuro da humanidade.”<sup>479</sup>

Como esclarece Nour a partir dos imprescindíveis ensinamentos de Kant em *A Paz Perpétua*, “se não há possibilidade de uma plena realização da paz, podemos contar no entanto com uma hipotipose simbólica da paz”, isso é, “uma aproximação da idéia da paz no mundo empírico – embora o que a razão exija seja não apenas uma manifestação simbólica, e sim a plena realização.” (sic)<sup>480</sup>

Enfim, o cosmopolitismo é uma aventura, um ideal, antes um desafio do que uma solução e muito mais difícil de ser refutado do que aceito, na descrição de Appiah<sup>481</sup>, ou uma realidade, na percepção de Beck, ao afirmar que o cosmopolitismo abandonou o plano de simples ideia da razão, deixando de ser um sonho filosófico para tornar-se pura e simples realidade. Precisamente, o sociólogo alemão fala de uma “*mirada cosmopolita*”<sup>482</sup>, urgentemente necessária à compreensão da realidade

<sup>477</sup> APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética en un mundo de extraños. Traducción de Lilia Mosconi. Madrid: Katz, 2007. p. 18.

<sup>478</sup> APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética en un mundo de extraños. Traducción de Lilia Mosconi. Madrid: Katz, 2007. p. 20: “Y si hay una idea que comparten todos los cosmopolitas es la de que no hay lealtad local que justifique olvidar que cada ser humano tiene responsabilidades respecto de todos los demás.”

<sup>479</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo**: os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: LTr, 2011. p. 136.

<sup>480</sup> NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 62.

<sup>481</sup> APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética en un mundo de extraños. Traducción de Lilia Mosconi. Madrid: Katz, 2007. p. 19-24, passim.

<sup>482</sup> O autor desenvolve cinco princípios inter-relacionados da “mirada cosmopolita”: “– em primer lugar, el principio de la *experiencia de crisis de la sociedad mundial*, es decir, de la *interdependencia* percibida a través de los riesgos y crisis globales y de la resultante «sociedad de destino civilizadora» que suprime las fronteras internas y externas, el nosotros y los otros, lo nacional y lo

política e social do presente e, sobretudo, por meio da qual sustenta um sentido do mundo de fronteiras ausentes.<sup>483</sup>

Os estudos conduzidos por Beck posicionam-se criticamente em relação ao que é considerado o germe do pensamento cosmopolita, qual seja, o modelo elaborado por Immanuel Kant, cuja referência e explicitação no cerne do tema são permanentemente obrigatórias. Considerando que não se pretende assumir por inteiro uma ou outra fórmula, ainda que se remonte aos fundamentos kantianos na construção de uma alternativa própria, o alinhamento de perspectivas teóricas que podem conter divergências (em certa dose mitigáveis pela distância temporal e contextual entre os autores em questão) não se mostra um risco à integridade teórica da resposta pretendida.

Percorrendo ambos os caminhos, Ventura reconstrói a visão kantiana perfilada à crítica de Beck, que acusa o filósofo de Königsberg de não ter conseguido superar o nacionalismo metodológico. Sem desmerecer minimamente o legado kantiano, a autora vê procedência na crítica de Beck, na medida em que Kant não cria um novo campo semântico para o direito cosmopolita, contentando-se “com transpor categorias estatais (federalismo, constituição, cidadania) [...] à dimensão política mundial que pretendia forjar, numa espécie de cosmopolitismo estatalista.” O que, em boa parte, faz todo o sentido – reiterando a distinção entre as épocas de fala –, pois “como esperar que um iluminista, filho do século XVIII, combatesse a barbárie, senão pela afirmação de um Estado constitucional republicano em pleno frescor histórico?” O direito cosmopolita de hoje não poderia ser exatamente o de Kant, a menos que se pudesse antecipar uma visão suficiente para a compreensão da globalização econômica.<sup>484</sup>

---

internacional; – en segundo lugar, el principio del *reconocimiento de las diferencias de la sociedad mundial* y del resultante *carácter conflictivo de la sociedad mundial*, así como la (limitada) curiosidad de la alteridad del otro; – en tercer lugar, el principio de la *empatía cosmopolita* y del *cambio de perspectiva* y, consiguientemente, de la intercambiabilidad de las situaciones (como la suerte y la amenaza); – en cuarto lugar, el principio de la *imposibilidad de vivir en una sociedad mundial sin fronteras* y de la presión resultante para trazar y fijar viejas-nuevas fronteras y muros; – y, en quinto lugar, el *principio de mezcolanza*, es decir, que culturas y tradiciones locales, nacionales, étnicas, religiosas y cosmopolitas se interpenetran, ensamblan y entremezclan: el cosmopolitismo sin provincialismo está vacío, el provincialismo sin cosmopolitismo está ciego.” BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2005. p. 17.

<sup>483</sup> BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2005. p. 10-12.

<sup>484</sup> VENTURA, Deisy. Hiátos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do

Apesar dessas críticas ou outros possíveis desacordos, não se pode ignorar que até Kant o Direito tinha apenas duas dimensões: “o direito estatal, isto é, o direito interno de cada Estado, e o direito das gentes, isto é, o direito das relações dos Estados entre si e dos indivíduos de um Estado com os do outro.” Na célebre obra *A Paz Perpétua*, contudo, é acrescida uma terceira dimensão: “o direito cosmopolita, direito dos cidadãos do mundo, que considera cada indivíduo não membro de seu Estado, mas membro, ao lado de cada Estado, de uma sociedade cosmopolita”<sup>485</sup>, consagrando a ideia (profética de todo um sistema internacional de proteção de direitos que se seguirá baseado nessa lógica) de que “se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros [...]”<sup>486</sup>

No modelo pensado por Kant, o mesmo imperativo que compele os indivíduos à superação do estado de natureza, fundando, por meio do contrato social e em busca de segurança, a sociedade política, aplica-se impositivamente aos povos tomados em geral, dispostos em formação de Estados, levando-os a unir-se em uma federação que abarque a totalidade dos povos da Terra.<sup>487</sup>

Aquele habitual desprezo com que se costuma observar o apego dos selvagens à liberdade sem lei, dizia Kant, ao preferirem a liberdade grotesca à racional, tendo que lutar continuamente pela própria vida e segurança ao invés de aceitara sujeição da coerção legal auto-determinável, também precisaria ser projetado aos povos civilizados, cada qual reunido em um Estado, que deveria apressar-se em sair de uma situação tão repreensível de barbárie, mas que também resiste, colocando à frente sua soberania.<sup>488</sup>

Abandonar uma situação natural e permanente de conflito, contudo, não pode custar a liberdade e, esse quadro inicial de guerra é censurável, fundamentalmente, porque implica a sua negação. Portanto, superar a guerra por meio do despotismo conformaria a mesma e indesejável situação de não-liberdade. Por isso que se afirma,

---

Advogado, 2008. p. 239-240. Ressalta-se, contudo, que a autora expressamente prefere o uso do neologismo “direito cosmopolítico”, pelas razões que expõe na nota de rodapé n. 21 do texto citado.

<sup>485</sup> NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 54-55.

<sup>486</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.]. p. 140.

<sup>487</sup> ALONSO, Fernando H. Llano. **El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant**. Madrid: Dykinson, 2002. p. 76.

<sup>488</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.]. p. 133.

da leitura de Kant, que o Direito busca a paz, mas não de qualquer modo, pois almeja sua conciliação com a liberdade. Em resumo, “a paz não pode ser comprada ao preço da liberdade” e, assim, a ideia de um Estado mundial é categoricamente descartada, seja por sua ingovernabilidade (argumento pragmático), seja pela necessidade de preservação da pluralidade dos povos (argumento conceitual ou jusfilosófico).<sup>489</sup>

Agrupando os pontos principais da teoria da paz perpétua, Bobbio depreende que (1) “os estados, nas suas relações externas, vivem ainda num *estado não-jurídico*” – ou num “estado jurídico provisório” – e que (2) “o estado de natureza é um *estado de guerra* e, portanto, um *estado injusto* (da mesma maneira como é injusto o estado de natureza entre os indivíduos)”, impondo-se aos próprios Estados, então, (3) o dever de saída desse ambiente iníquo para fundarem uma *federação de Estados* que represente uma união entre povos (4) sem que se institua um poder soberano, um tipo de “superestado” acima dos demais.<sup>490</sup>

De fato, Kant parece preferir a separação em unidades nacionais dos distintos povos do que sua confusão em um aglomerado universal, padronizado e insensível a todas essas diferenças<sup>491</sup>, elencando dois meios para o alcance de tal propósito: as *línguas* e as *religiões*, que embora contenham inclinações para o ódio mútuo e para o pretexto de guerra, podem levar à convivência pacífica a partir do incremento das culturas e gradual aproximação das pessoas a uma maior consonância nos princípios. Gera-se e garante-se a paz “não através do enfraquecimento de todas as forças, como acontece no despotismo (cemitério de / liberdade), mas mediante o seu equilíbrio, na mais viva emulação.”<sup>492</sup>

Por isso se confirma que o cosmopolitismo kantiano foi planejado e construído para lançar-se em um sentido não uniformizador, que envolve, ao invés de eliminar as “diferenças” e que, assim, faz-se plenamente compatível com a preservação das identidades histórico-culturais.<sup>493</sup>

<sup>489</sup> PELÁEZ, Francisco José Contreras. **Kant y la guerra**. Una revisión de *La paz perpetua* desde las preguntas actuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 198: “Esta idea importante - la paz no puede ser comprada al precio de la libertad.”

<sup>490</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 254-255.

<sup>491</sup> ALONSO, Fernando H. Llano. **El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant**. Madrid: Dykinson, 2002. p. 78.

<sup>492</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.]. p. 148.

<sup>493</sup> PELÁEZ, Francisco José Contreras. **Kant y la guerra**. Una revisión de *La paz perpetua* desde las preguntas actuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 201.



Nesse ponto, apesar de o cosmopolitismo kantiano acompanhar a tendência universalista de seu autor, o seu desenvolvimento em um nível concreto de efetivação, tal como pressuposto por Kant, não se incompatibiliza de todo com o que se poderia situar em uma linha mais relativista, como a de Appiah, especialmente tendo em vista que “a constituição pensada em dimensão mundial deve desempenhar entre os Estados o papel de imperativo categórico”, o que faz do direito cosmopolita da Kant antes um *princípio regulador* das relações de comunicação e reconhecimento recíprocos do que um *corpus normativo*.<sup>494</sup>

Além disso, ao rememorar a primeira máxima do imperativo, de que para uma ação ser uma ação moral ela deve ter condições de ser aceita, ao mesmo tempo, como uma lei universal de comportamento (a segunda dirá que se deve agir considerando o outro como um fim em si mesmo e não como um instrumento)<sup>495</sup>, é preciso desviar-se dos equívocos gerados por essa formulação, sobretudo advindos de leituras rasas e/ou intermediadas de Kant, que se deixam levar pela conotação autoritária do termo “imperativo”. Ora, Kant jamais teve a pretensão de ditar normas de comportamento ou padrões de conduta moral. Trata-se de uma leitura reducionista imputar a esse grande filósofo uma (suposta) subjetividade, quando, na verdade, o que ele traça é um objetivismo moral (para o qual as noções de autonomia e liberdade são fundamentais).

Não bastassem essas notas, romper as barreiras dogmáticas e maniqueístas em que se enclausuram verdades teóricas é uma exigência tipicamente pós-moderna, de modo que se pode entender autorizada pelo contexto a tentativa, ainda que ousada, de responder-lhe proporcionalmente ao que oferece.

Então, assumindo essas circunstâncias – até porque inevitáveis – que aos olhos estritamente modernos poderiam figurar contraditórias, há espaço para a recepção de um cosmopolitismo que acredite na possibilidade de conversação entre todas as culturas, mesmo diante da ausência de consenso sobre quais os valores

---

<sup>494</sup> VENTURA, Deisy. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço de conjugação entre estatualismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 231.

<sup>495</sup> “O imperativo categórico é, pois, um só e precisamente êste (sic): *Procede apenas segundo aquela máxima [princípio subjetivo da ação], em virtude da qual podes querer ao mesmo tempo que ela se torne em lei universal*. [...] O imperativo prático será, pois, o seguinte: *Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio*.” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964. p. 82-83; p. 90-92.

determinantes para as ações. Do que não se pode abrir mão, ou seja, a verdade universal<sup>496</sup>, note-se, presente também aqui, é a de que cada ser humano tem obrigações para com todos os demais. Todos são importantes, essa é a ideia central que torna viável uma vida em harmonia mesmo no dissenso valorativo – com exceção do valor cosmopolita da convivência. Do mesmo modo que o conflito pode surgir onde reina o consenso quanto aos valores, o diálogo pode construir-se onde este consenso não existe (pode-se estar de acordo sobre o que se deve fazer, ainda que não se esteja de acordo acerca de o porquê fazer).<sup>497</sup>

A própria globalização, conforme abordado precedentemente, ao tempo que traz uma série de dilemas e desafios, igualmente oportuniza “notáveis possibilidades de criar laços entre pessoas no planeta inteiro”, fornecendo “as bases materiais para uma nova ética”, já que o valor da vida humana não varia de acordo com a nacionalidade. Se há tempos a resistência das nações mais ricas em assumir um ponto de vista ético global constitui um sério erro moral, em longo prazo essa postura representa um risco à segurança de todos. Certamente a reação ética à ideia de que todas as vidas humanas coabitam um mesmo e único planeta será o definidor dos rumos para a travessia, incólume ou não, dessa era (se é que haverá uma passagem).<sup>498</sup>

Seja ação, seja reação, a perspectiva cosmopolita apresentada (sem desconsiderar outras versões possíveis, como se pretende mostrar, adiante) desde logo foi trazida como alternativa e, enquanto tal, como algo (também) prático e concreto. As razões importam, é claro, porém “são as práticas e não os princípios que nos permitem viver juntos em paz” e, para tanto, é preciso incluir aí a experiência e as ideias alheias.<sup>499</sup>

---

<sup>496</sup> Nesse sentido, esclarece APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética en un mundo de extraños. Traducción de Lilia Mosconi. Madrid: Katz, 2007. p. 191: “Entonces, tal como dije al comienzo, los cosmopolitas también creemos en la verdad universal, aunque tenemos menos certeza de que ya la sepamos en su totalidad. Lo que nos guía no es el escepticismo respecto de la propia idea de verdad, sino el realismo respecto de la gran dificultad que entraña encontrar la verdad. Sin embargo, una verdad que sostenemos es que cada ser humano tiene obligaciones con todos los demás. Todos son importantes: ésa es nuestra idea central. Y esa idea limita severamente el alcance de nuestra tolerancia.”

<sup>497</sup> APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética en un mundo de extraños. Traducción de Lilia Mosconi. Madrid: Katz, 2007. p. 91-116, passim.

<sup>498</sup> SINGER, Peter. **Um só mundo**: a ética da globalização. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 17.

<sup>499</sup> APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética en un mundo de extraños. Traducción de Lilia Mosconi. Madrid: Katz, 2007. p. 124: “[...] son las prácticas y no los principios las que nos permiten vivir juntos en paz. [...] Es por eso que uso la palabra ‘conversación’ no sólo para referirme

Finalizando a *Paz Perpétua*, Kant reforça que se existe um dever e uma esperança em tornar efetivo o estado de um direito público como o sugerido, “então a *paz perpétua*, que se segue aos até agora falsamente chamados tratados de paz (na realidade, armistícios), não é uma ideia vazia, mas uma tarefa que, pouco a pouco resolvida, se aproxima constantemente do seu fim [...]”<sup>500</sup>

Aproveitando-se do mesmo fechamento para esse capítulo, enfatiza-se, novamente, o indispensável sentido prático presente em todo o (realizável) aporte refletido, inferindo-se, em consequência, a necessidade de instrumentos e instituições para orientar as sociedades em direção a esses propósitos – do que se ocupa, entre outros anseios, a etapa seguinte do estudo.

---

literalmente a una charla sino también como metáfora de la inclusión en la experiencia y las ideas de los otros.”

<sup>500</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.]. p. 171.

## 7 O “DIREITO EM TRÂNSITO”, CIRCULARIDADE E “METATEMPORALIDADE”: UM DEBATE NA PERSPECTIVA DO COSMPOLITISMO

*“[...] em nossa sociedade pós-moderna, estamos todos – de uma forma ou de outra, no corpo ou no espírito, aqui e agora ou no futuro antecipado, de bom ou de mau grado – em movimento; nenhum de nós pode estar certo/a de que adquiriu o direito a algum lugar uma vez por todas, e ninguém acha que sua permanência num lugar, para sempre, é uma perspectiva provável. Onde quer que nos aconteça parar estamos, pelo menos, parcialmente deslocados ou fora do lugar.”<sup>501</sup>*

Alcançado esse ponto, não pendem incertezas quanto ao impacto dos fenômenos desencadeados pelo e a partir do final do século XX, também fortemente sentidos pelo Estado e pelo Direito, apresentando-lhes novas circunstâncias que, no emaranhado de uma série de singularidades, convencionou-se chamar de “pós-modernidade”.

Nesse novo cenário Estado e Direito são tomados por um tipo de relação e de poder bastante diversos do espectro da modernidade, marco originário do atual modelo de Estado e das principais instituições jurídico-políticas contemporâneas, mas que a essa altura tornam-se anacrônicos. O paradigma pós-moderno desloca o ente estatal do seu eixo até então central e exclusivo de regulação e soberania, sobretudo na medida em que fomenta o surgimento e a atuação mais intensa e decisiva de outros atores internacionais.

Assim, o plano efetivo em que todas essas transformações se veem em curso mudou (e segue mudando) consideravelmente, ao passo que o Estado e o Direito, em geral, ainda se valem das mesmas instituições e padrões de origem (ao menos no que concerne a sua estrutura básica e justificação teórica). Aliás, valem-se, ainda, de uma certa vinculação necessária que não mais corresponde à realidade, pois ao mesmo tempo em que o contexto globalizado desloca o Estado do seu eixo até então exclusivo e central, desamarra-lhe do Direito, ganhando espaço outras fontes e formas de regulação.

Diante disso, surge um “novo Direito”, ou pelo menos uma nova forma de manifestação do Direito que aqui se designará de “Direito em trânsito”, caracterizado, em linhas gerais, por um movimento constante das instâncias locais/nacionais às externas/internacionais (no que se incluem, também, organizações e atores

---

<sup>501</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 118.

supranacionais, transnacionais, multinacionais, sejam estatais ou não) e destas para aquelas, além da própria agitação contextual promovida pela globalização, que o empurra em direção a um diferente paradigma espaço-temporal (da modernidade à “pós-modernidade”).

O que se pretende individualizar como o “Direito em trânsito” constitui-se em um movimento duplo e simultâneo. De um lado, sustenta-se a existência de uma circularidade entre as instâncias locais/nacionais e as instâncias externas/internacionais, de modo que o Direito transita nessa dupla via nos seus dois sentidos. Isso sem mencionar o fato de que as relações entre essas diferentes instâncias estão mais permeáveis, o que serve como um indicativo de que há transformações inegáveis em curso e que, portanto, mesmo não se podendo afirmar a completa ruptura com a modernidade, o paradigma atual é, no mínimo, diferente. Verifica-se uma maior predisposição e abertura dos Estados nacionais com relação às decisões internacionais, especialmente as que se referem aos direitos humanos (e uma maior capacidade de pressão e imposição de atores internacionais em variados assuntos).

De outro lado, tem-se a própria transformação do Direito ao transitar para um novo paradigma espaço-temporal. Nesse deslocamento o Direito deixa de ter o Estado como fonte irradiadora exclusiva e, assim, não pode mais ser pensado em uma forma meramente nacional. O Direito movimenta-se de uma forma nacional para outra diferente (em que o cosmopolitismo assume especial importância). Essa transformação traz efeitos determinantes, já que a lógica da soberania precisa ser substituída por uma lógica de diálogo, cooperação e consenso entre os Estados e outros atores e instituições não-estatais para a produção e efetivação do novo Direito.

O cerne da questão reside no fato de que o Estado perde seu espaço exclusivo e central não só quanto à ideia de soberania, mas também como único responsável pela produção do Direito. O “Direito em trânsito” não se resume ao Direito estatal, sendo formado por diversos atores e assumindo uma característica pluralista própria do paradigma “pós-moderno”.

Afeta-se, nesse ponto, o coração do Estado (muito embora algumas instituições continuem tendo uma atuação decisiva, principalmente no exercício de uma função *contra-fáctica* para e a partir da defesa dos direitos humanos), mas só a partir disso é possível de se pensar perspectivas do e para o Constitucionalismo, com o fortalecimento, inclusive, das instituições jurídico-políticas modernas, suprindo suas

insuficiências no percurso rumo a um novo paradigma, de modo a capacitá-los à filtragem do “Direito em trânsito” e, assim, permitir a (re)configuração do Estado Democrático de Direito.

### **7.1 A recepção das decisões tomadas em nível internacional para o Direito nacional (“Direitos diferentes” ou um “novo Direito” está surgindo?) – sobre o primeiro movimento do “Direito em trânsito”**

Por falta de mais completo termo, a palavra “recepção” faz a abertura da referência contida no presente título e, assim, cumpre a função de apontar para o tema a ser desenvolvido. Contudo, *recepção*, enquanto *ato de receber*, assim definida basicamente em qualquer dicionário, não contempla todas as maneiras pelas quais as decisões tomadas em nível internacional alcançam os confins “dos Direitos nacionais”.

Com efeito, ao tempo que se justifica o desagrado com a insuficiência do vocábulo – ao menos no que concerne às metas desse estudo –, registra-se a plena consciência de que, para (muito) além dos mecanismos jurídico-formais de recepção do direito internacional pelas Constituições (relativamente comuns e até avançados no que diz respeito a temas como os direitos humanos, por exemplo), há decisões de agentes e instituições externas que conseguem forçar a passagem e se fazerem presentes sem qualquer convite.

Não necessariamente, inclusive, referidas decisões guardam vínculos com instâncias juridicamente legitimadas à produção de tal ingerência, basta recordar a discussão recente, no Brasil, em torno da proibição/liberação de venda de bebida alcoólica em estádios durante os jogos da Copa do Mundo de 2014 deflagrada por exigências da Federação Internacional de Futebol – FIFA para a realização do evento contrariando a legislação pátria.<sup>502</sup>

Ambos os influxos, ou seja, determinações recepcionadas ou não, são imprescindíveis para iniciar a discussão e análise acerca do Direito atual, tomado não apenas enquanto um conjunto de leis (a despeito da simplificação, o sentido

---

<sup>502</sup> Situação reportada no Jornal O Globo, que pode ser acessada em DAMÉ, Luiza. **Bebida alcoólica será liberada na copa, garante Aldo Rebelo**. 19 março 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/esportes/bebida-alcoolica-sera-liberada-na-copa-garante-aldo-rebelo-4351540>>. Acesso em: 25 Jul. 2013. Texto postado no portal de notícias O Globo.



contextual e a finalidade da colocação são inequívocos), mas como instituição. Afinal, coexistem diversos “Direitos”, há vários níveis de um mesmo Direito ou trata-se de um “novo Direito” em (form)ação?

Ao principiar a investigação, assume-se o sentido formal do questionado termo, sem descurar as ressalvas feitas, cujo deslinde será retomado ao final, depois de percorrido em partes o trajeto de busca por uma resposta sobre “que Direito(s)” está(ão) em cena.

Em geral, quanto à abertura, integração e influência recíproca do Direito interno ao/no/pelo sistema jurídico internacional, é possível identificar-se pelo menos duas vias: pelo *mimetismo* de formas e conteúdos em relação aos padrões recomendados pelos órgãos internacionais, portanto sem aquela força vinculante tradicional; e, pela própria *internalização* de atos internacionais por meio do rito constitucional de incorporação dos tratados ao sistema jurídico interno e sua respectiva institucionalização.<sup>503</sup>

Sobre a internalização, na perspectiva formal de recepção que se pretende examinar, há dois tipos de tratados internacionais que precisam ser distinguidos, os que versam sobre direitos humanos e os que não tocam este tema, pois a cada um é direcionado um tratamento legal específico e distinto.

Os contornos decisivos para a demarcação do tratamento jurídico devido aos tratados internacionais quando da sua recepção ao sistema interno brasileiro foram traçados pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1. À época, no mínimo quatro correntes teóricas, sustentadas por diferentes autores, tiveram de ser enfrentadas em busca de uma resposta: a) a tese da *supraconstitucionalidade* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) o *caráter constitucional* desses instrumentos; c) o seu status de *lei ordinária*; d) e, ainda, a *supralegalidade* dos referidos diplomas internacionais que contemplem questões relacionadas a direitos humanos.<sup>504</sup>

---

<sup>503</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NETO, Alfredo Copetti (Org.). **Estado e constituição**: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 34.

<sup>504</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. **Recurso extraordinário 466.343-1-SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Ministro relator: Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 Ago. 2015. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 3-4.

No centro do debate, os parágrafos segundo e terceiro do artigo 5º da Constituição Federal, prevendo, respectivamente, a expressa abertura do texto constitucional aos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro, e a equivalência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, no caso de aprovação conforme o rito próprio fixado à espécie normativa em questão.<sup>505</sup>

Para o Supremo Tribunal Federal, prevaleceu o entendimento da *supralegalidade* dos tratados e convenções sobre direitos humanos não submetidos ao rito formal previsto no parágrafo terceiro do artigo 5º. Uma espécie de meio termo, em realidade, tendo em vista que, muito embora não possam afrontar a supremacia da Constituição, tais tratados têm reservado um lugar especial no ordenamento jurídico, em razão de expressarem um “valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”, que seria subestimado diante de uma eventual equiparação à legislação ordinária.<sup>506</sup>

Em contrapartida, as vozes teóricas que bradavam posições divergentes não se calaram com a decisão e seguem a ecoar. Na interpretação sugerida por uma dessas vozes de resistência à leitura da Suprema Corte, o advento do parágrafo terceiro do artigo 5º dá origem a “duas categorias de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais.” A materialidade, do ponto de vista constitucional, fica por conta do parágrafo segundo do mencionado dispositivo, ao que se agrega a possibilidade de, a partir da inclusão do parágrafo terceiro e, assim, da equiparação às emendas constitucionais pela observância do rito especial, acesso ao sentido (também) formal.<sup>507</sup>

---

<sup>505</sup> BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 Ago. 2015. “Art. 5º. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

<sup>506</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. **Recurso extraordinário 466.343-1-SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Ministro relator: Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 Ago. 2015. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 21.

<sup>507</sup> PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **EOS - Revista Jurídica da Faculdade Dom Bosco**. Curitiba, v. 2, n. 1, Ano II, jan/jun. 2008. Disponível em: <<http://www.dombosco.sebsa.com.br>>. Acesso em: 31 Ago. 2015. O

Em assim sendo, é possível concluir que o parágrafo terceiro do artigo 5º, polêmica inclusão da Emenda Constitucional 45/2004 no âmbito da chamada Reforma do Judiciário, em nada influi no “*status* de norma constitucional” que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro já detinham por força do dispositivo anterior (parágrafo segundo do artigo em questão). A diferença que se pode observar, e na qual está fundada, de acordo com Mazzuoli, “a única e exclusiva serventia do imperfeito §3º do art. 5º da Constituição”, é que um tratado com “*status* de norma constitucional” integra o bloco de constitucionalidade material da Constituição, o que, embora importante, é menos amplo do que dizer que o mesmo tratado integra formalmente (além de materialmente) o texto como “*equivalente* a uma emenda constitucional”, condição que faz surtir pelo menos dois efeitos significativos: (a) esses documentos podem *reformular* a Constituição uma vez aprovados pelo rito e quórum qualificados (algo não alcançável nos termos do parágrafo segundo do artigo 5º, que são aplicados em atendimento ao *princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano* – artigo 4º, inciso II, e não por imporem alteração no texto normativo); e (b) não poderão ser *denunciados*<sup>508</sup>, “por equivalerem tais tratados às emendas

---

tema também é abordado pela autora, especialmente no capítulo 3 da obra PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>508</sup> No Brasil, tem prevalecido a tese de que a competência para a denúncia dos tratados internacionais é do Presidente da República, em caráter de exclusividade, ou seja, dispensando-se a apreciação do Congresso Nacional. O tema, contudo, aguarda desfecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625/DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal desde 1997. Na Ação, a Confederação Nacional Dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) questionam o Decreto Federal nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que por iniciativa presidencial denunciou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 68/92), exigindo, ademais, o referendo do Congresso Nacional para o ato de denúncia. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1625**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag). Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 28 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 31 Ago. 2015. Entre especialistas, encontra-se divergência quanto à atual prática adotada: “Segundo entendemos, a participação do Parlamento no procedimento de denúncia faz com que se respeite o paralelismo que deve existir entre os atos jurídicos de assunção dos compromissos internacionais com aqueles relativos à sua extinção. [...] O que se espera é que o STF decida corretamente, impedindo que o Poder Executivo, a seu alvedrio e a seu talante, denuncie tratados internacionais sem o assentimento do Congresso Nacional, que, em última análise, representa a vontade de todo o povo brasileiro. [...] Para nós, enfim, deixar ao presidente da República a faculdade de denunciar tratados internacionais, principalmente os de proteção dos direitos humanos, como é o caso das convenções da OIT, é fazer tábula rasa da vontade popular e dos princípios democráticos do texto constitucional de 1988.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Poder Executivo não pode denunciar tratados sem participação do Congresso. **Revista Consultor Jurídico**. Em 23 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/valerio-mazzuoli-executivo-nao-denunciar-tratados-congresso>>. Acesso em: 31 Ago. 2015.

constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) *cláusulas pétreas* do texto constitucional.”<sup>509</sup>

Em síntese, portanto, a sistemática de incorporação dos tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro obedece aos seguintes critérios: tratando-se de instrumentos que versem sobre direitos humanos, a incidência dos parágrafos segundo e terceiro do art. 5º da Constituição conforme interpretados pelo Supremo Tribunal Federal aponta para uma dupla possibilidade, (i) tratados materialmente constitucionais, cujas previsões gozam de status de norma constitucional e, (ii) tratados material e formalmente constitucionais, quando submetidos ao processo de aprovação de emendas constitucionais, às quais, no texto da Carta Política, são equiparados. Para os demais tratados e convenções internacionais, que veiculem e abordem temas não relacionados aos direitos humanos, o status jurídico conferido pelo ordenamento é de legislação infraconstitucional, merecedores de respeito, evidente, porém não ao ponto de serem referenciados com igual prestígio e prioridade dos documentos internacionais voltados à proteção do ser humano.

Ainda com relação aos tratados, especificamente, sobre direitos humanos, no que diz respeito às previsões constitucionais dos países da América Latina acerca da sua incorporação e respeito, visualiza-se um “bloco de constitucionalidade”<sup>510</sup> na matéria. Tomando como parâmetro de demonstração apenas alguns países latino-americanos, encontra-se na Colômbia um exemplo de significativo avanço quanto à aplicação dos tratados de direitos humanos, os quais são previstos com superioridade pela Constituição, que contempla diversos dispositivos sobre a matéria. Não bastasse esse dado, a Corte colombiana tem reconhecido como referencial para a sua

---

<sup>509</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional público**. Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.103-106.

<sup>510</sup> Buscando associar algum aspecto positivo ao parágrafo terceiro do art. 5º, Sarlet assevera que com a sua implementação, “os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional (sem prejuízo da inclusão de direito constitucional apenas em sentido material, como é o caso do costume constitucional), que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal na matéria [...]. A despeito da correção do argumento, não se deve, contudo, perder de vista que independentemente de sua incorporação à Constituição formal, os direitos originários dos tratados internacionais, pelo menos para quem já vinha sustentando a sua condição de materialmente fundamentais (à luz do art. 5º, § 2º, da CF) são parte integrante do nosso bloco de constitucionalidade, que, consoante já frisado, não abrange necessariamente apenas normas constitucionais embasadas em disposições expressas de textos com hierarquia constitucional.” SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Espaço Jurídico**. Journal of Law. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 325-344, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br>>. Acesso em: 31 Ago. 2015. p. 330.

interpretação constitucional a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>511</sup> Outros países serviriam com facilidade para endossar o argumento, como Chile, Argentina e até mesmo o Brasil, por razões que, entretanto, se planeja aprofundar em seguida.

Especial preocupação e atenção são dirigidas aos tratados internacionais sobre direitos humanos e suas formas de recepção devido à própria especificidade e sensibilidade do conteúdo e finalidade que hospedam, a exigir, quando da sua aplicação pelos órgãos estatais internos (missão que requer permanente cooperação), uma interpretação igualmente própria, “guiada pelos valores comuns superiores que abrigam, diferente dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes.”<sup>512</sup>

Como se percebe, mesmo porque já anotado em outros pontos do trabalho, há uma tendência que não se limita ao cenário brasileiro e, ainda que seja mais ocidental do que propriamente mundial, pode ser valorada como global, de realocar-se a hierarquia das normas em favor de fontes internacionais, seja por conta de seu conteúdo, notadamente no que tange aos direitos humanos, seja pela série de novas interfaces como as quais se vem trabalhando.<sup>513</sup>

Assim é que, junto ao clássico princípio da soberania estatal, a ordem internacional contemporânea se depara com um outro *princípio* a fazer-lhe frente, e com vigor, trata-se dos direitos humanos, postos em tensão dialética com a lógica da soberania<sup>514</sup> – reavendo-se deste termo todo o peso teórico que anteriormente lhe foi atrelado, para marcar o tom crítico do(s) problema(s) reservado(s) ao próximo item.

---

<sup>511</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de Justiça. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 12-13.

<sup>512</sup> TRINDADE, Antônio A. Cançado. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 312: “El cumplimiento de las obligaciones internacionales de protección requiere el concurso de los órganos internos de los Estados, y éstos son llamados a aplicar las normas internacionales. Es éste el trazo distintivo y tal vez más destacado de los tratados de derechos humanos, dotados de especificidad propia y que requieren de una interpretación propia guiada por los valores comunes superiores que abrigan, diferente de los tratados clásicos que se limitan a reglamentar los intereses recíprocos entre las Partes.”

<sup>513</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NETO, Alfredo Copetti (Org.). **Estado e constituição**: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 36.

<sup>514</sup> SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. **Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo**. 2. edición. Madrid: Tecnos, 2001. p. 15.

### 7.1.1 A circularidade do “Direito em trânsito” – o movimento geográfico

Levadas a um plano mais amplo, a indicação e a provocação contidas no título do presente capítulo, no sentido de conjeturar, a partir dos mecanismos de recepção das decisões tomadas em nível internacional para o Direito nacional, que espécie ou espécies de juridicidade estão sendo formatadas no e para o século XXI, introduzem uma percepção teórica prestes a ser confrontada. Para tanto, outras variáveis precisam ser incluídas na análise, ao que o corte textual feito no aproximar-se do auge de um assunto controverso e complexo – *soberania x direitos humanos (?)* – foi providencial.

É preciso situar(-se) (n)o problema, antes de encará-lo. Então, a fim de descrever e explicar o Direito que se constitui e se identifica no ardor de tantas transformações – sobretudo as que o estudo vêm explorando –, elege-se uma nova categoria – fazendo justiça aos tempos de incessantes novidades –, chamada de “Direito em trânsito”.

Ao Direito que se pretende caracterizar sob o comando desta expressão é intrínseca a ideia de movimento, particularmente, um *movimento duplo e simultâneo*. Nesse instante, os esforços serão concentrados na elucidação do primeiro movimento, marcado pela *circularidade* entre instâncias locais/nacionais e instâncias externas/internacionais – sendo que por “instâncias externas” intenciona-se englobar mais do que simplesmente as instituições internacionais, podendo-se incluir, também, organizações e atores supranacionais, transnacionais, multinacionais, entre outros possíveis.

Se, por um lado, verifica-se uma maior predisposição e abertura dos Estados nacionais com relação às decisões internacionais, especialmente as que se referem aos direitos humanos, por outro, há uma maior capacidade de pressão e imposição de atores internacionais em variados assuntos, com o que se acaba de narrar a sinopse do primeiro movimento, também chamado de *movimento geográfico*.

Quanto à predisposição e abertura voluntária dos Estados nacionais às decisões internacionais, tem-se que visualizadas com bastante nitidez no que concerne a temas e tratados sobre direitos humanos, especialmente. Na sequência de argumentos e exemplos que, sobretudo ao longo das páginas mais recentes, vêm



sendo postos a serviço de comprovar esse dado, retomam-se algumas ilações iniciadas e cujo fechamento e pormenorização foram reservados, propositalmente, a esse momento – a esse movimento geográfico do Direito.

Também a discussão nuclear que vinha progredindo, acerca de uma (possível e provável) dicotomia entre soberania estatal e direitos humanos, precisa ser mantida, porque é exatamente a combinação de todos esses fatores, essencial e operacionalmente conflitantes, que compõe a via circular do primeiro movimento do “Direito em trânsito”, em uma fórmula que respeita a indefinição própria dos tempos pós-modernos e que, por essa razão, não pretende solucionar, apenas permitir a visão panorâmica do ordenado caos.

Quanto à “existência física” dessa contradição, anota-se que, por independermos os direitos humanos de qualquer traço de nacionalidade, por desbordarem as distinções daí consecutórias, é perfeitamente possível que possam ser considerados potencialmente contestatórios da soberania do Estado e desvalorizadores da cidadania. Mais do que isso, antecipando alguns efeitos de longo prazo, mas que desde logo começam a ser sentidos, é perceptível o deslocamento do próprio conceito de nacionalidade, que, de um preceito tradicionalmente voltado ao reforço da soberania estatal, a autorizar, em nome da autodeterminação e por meio do Direito e do poder do Estado, a delimitação clara de quem são “os seus nacionais” – e, assim, de certa maneira, também delimitar o seu âmbito de responsabilidades –, passa a incumbir ao Estado compromissos perante todos os seus residentes, nacionais ou não, baseando-se na força de documentos internacionais de direitos humanos.<sup>515</sup>

Assumindo, então, ainda que timidamente, essa contradição, algumas Constituições latino-americanas podem ser indicadas – e mesmo que não sejam as únicas, evidentemente, é válida a nota pelo caráter ilustrativo, já que o objetivo em foco não é o exaurimento de uma investigação analítica e, sim, uma demonstração substancial que diz respeito a conteúdos opostos conciliados textualmente.

Na primeira parte da Constituição argentina, o artigo 33 faz constar que as declarações, direitos e garantias aí enumerados não podem ser interpretados como uma negação de outros direitos e garantias não listados, acrescentando, ao final do dispositivo, a previsão de que sua origem remonta ao princípio da soberania do povo

---

<sup>515</sup> SASSEN, Saskia. **¿Perdiendo el control?** La soberanía en la era de la globalización. Traducción de Víctor Pozanco. Barcelona: Bellaterra, 2001.p. 97 e p. 104.

e da forma republicana de governo.<sup>516</sup> Assemelha-se, em parte, à previsão da Constituição brasileira, no que reconhece e promove uma abertura a direitos e garantias advindos de tratados internacionais (parágrafo segundo do artigo 5º), ou seja, não necessariamente relacionados de modo explícito no texto constitucional – este que expressa a soberania do povo e legitima o seu exercício pelo poder estatal.

Factualmente, diversas Constituições contemporâneas referem-se sem rodeios aos tratados de direitos humanos, inclinação que não escapa à América Latina, em que as Constituições “concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos internacionalmente consagrados.”<sup>517</sup>

Estipulações dessa índole são encontradas nas Constituições do Peru<sup>518</sup> (artigo 3), Venezuela<sup>519</sup> (artigo 23), Equador<sup>520</sup> (artigo 11, 7), mas também em Constituições de países europeus, como Alemanha<sup>521</sup> (artigos 1 e 25), Portugal<sup>522</sup> (artigo 16) e

<sup>516</sup> ARGENTINA. **Constitución nacional** (1853 – reinst. 1983, rev. 1994). Disponível: <<http://www.senado.gov.ar/delInteres>>. Acesso em: 02 Set. 2015. “Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

<sup>517</sup> TRINDADE, Antônio A. Cançado. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 311: “Diversas Constituciones contemporáneas, inclusive de países de América Latina, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos, conceden un tratamiento especial o diferenciado también en el plano del derecho interno a los derechos humanos internacionalmente consagrados.”

<sup>518</sup> PERU. **Constitución política del Perú de 1993**. Disponível em: <<http://spij.minjus.gob.pe>>. Acesso em: 02 Set. 2015. “Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

<sup>519</sup> VENEZUELA. **Constitución de la república bolivariana de Venezuela** (1999 – rev. 2009). Disponível em: <<http://www.cne.gob.ve>>. Acesso em: 02 Set. 2015. “Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

<sup>520</sup> ECUADOR. **Constitución de la república del Ecuador** (2008 – rev. 2011). Disponível em: <<http://www.asambleanacional.gov.ec>>. Acesso em: 02 Set. 2015. “Art. 11. - El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”

<sup>521</sup> GERMANY. **Basic law for the federal republic of Germany** (1949 – rev. 2012). Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/constitution/Germany>>. Acesso em: 02 Set. 2015. “Article 1. [Human dignity - Human rights - Legally binding force of basic rights].1. Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.2. The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.” E, “article 25. [Primacy of international law]. The general rules of international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the federal territory.”

<sup>522</sup> PORTUGAL. **Constituição da república portuguesa** (1976 – rev. 2005). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao>>. Acesso em: 02 Set. 2015. “Artigo 16.º [Âmbito e sentido dos

Espanha<sup>523</sup> (artigo 10) e, inclusive, em Constituições orientais, como na do Japão<sup>524</sup> (artigo 11) – para tocar novamente a tecla da universalidade –, onde se atribui aos direitos humanos, além de um caráter diferenciado e especial, uma vinculação para com as gerações futuras, na condição de direitos eternos e invioláveis.

Singularmente notável no que tange ao tópico ativo, no entanto, é a Constituição chilena, que assenta em seu texto, clara e inequivocamente, a resposta que muitos outros documentos constitucionais para o “dilema soberania-direitos humanos”, como os aqui relatados, concebem apenas tacitamente (embora a prática seja menos hesitante). Estatui o artigo 5º da Constituição do Chile que “a soberania reside essencialmente na Nação” e que o seu “exercício reconhece como limitação o respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana”<sup>525</sup>, promovendo flagrantemente a primazia dos direitos humanos em detrimento da soberania (com todas as precauções que essa afirmação entusiasmada exige).

A partir de todas essas conexões, observa-se que a tensão dialética entre a soberania dos Estados e os direitos humanos resolve-se pela remodelação e transformação da primeira. Por serem soberanos, os Estados têm obrigações jurídicas, em matéria de direitos humanos, notadamente, que ultrapassam a sua esfera territorial, pois dizem respeito à comunidade internacional em seu conjunto. Em face do reconhecimento e da consagração dos direitos humanos resultantes da Carta

---

direitos fundamentais]. 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

<sup>523</sup> ESPAÑA. **Constitución española** (1978 – rev. 2011). Disponível em: <<http://www.congreso.es/constitucion>>. Acesso em: 02 Set. 2015. “Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

<sup>524</sup> JAPAN. **The constitution of Japan** (1946). Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/constitution/Japan>>. Acesso em: 02 Set. 2015. “Article 11. The people shall not be prevented from enjoying any of the fundamental human rights. These fundamental human rights guaranteed to the people by this Constitution shall be conferred upon the people of this and future generations as eternal and inviolate rights.”

<sup>525</sup> CHILE. **Constitución política de la república de Chile** (1980 – rev. 2014). Disponível em: <[https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf)>. Acesso em: 02 Set. 2015. “Artículo 5º La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

das Nações Unidas e dos seus desenvolvimentos normativos posteriores, o Direito internacional penetrou progressivamente no coração da soberania, que persiste, porém, como dito, remodelada e transformada.<sup>526</sup>

Tudo aponta à constatação de que as antigas hierarquias de poder e influência dentro do Estado estão sendo reconfiguradas e, uma dessas frentes, sem dúvida, é liderada pela crescente globalização econômica, contudo, insuspeitamente, o auge do estatuto dos direitos humanos internacionais também é fator decisivo para esse realocar de forças.<sup>527</sup>

Apenas considerando, então, a lógica dos sistemas contemporâneos de proteção dos direitos humanos, “a polêmica clássica entre dualistas e monistas, em seu inevitável hermetismo, parece ter sido construída sobre falsas premissas”.<sup>528</sup> Vários fatores autorizam a dizer que o quadro atual não é nem puramente nacional, nem puramente internacional, é “internacionalizado” e, nenhum dos extremos serve à busca da efetividade do Direito na realidade adversa da globalização. A submissão do poder, enquanto razão de ser (genericamente falando) do Estado de Direito, “implica uma organização complexa, capaz de funcionar em diversos níveis, incluir conjuntos de atores estatais e não-estatais, e de ordenar os diferentes setores do Direito.” Diante disso, “quanto mais tarde o direito tarda a reconhecer-se como mutante, mais ele reduz sua capacidade de influenciar um processo histórico que galopa.”<sup>529</sup>

É preciso, finalmente, aceitar a história e assumir que a relativização da soberania refletida no Direito vai aos poucos moldando um Direito novo. Novo, sim, e não outro termo, porque já não é mais elaborado de modo confinado aos problemas e demandas estritamente nacionais e assimila influências externas diretamente. Previsões constitucionais como as retratadas indicam uma tendência global de abertura da soberania em favor dos direitos humanos e, ainda que venham refletindo-

---

<sup>526</sup> SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. **Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo**. 2. edición. Madrid: Tecnos, 2001. p. 17.

<sup>527</sup> SASSEN, Saskia. **¿Perdiendo el control?** La soberanía en la era de la globalización. Traducción de Víctor Pozanco. Barcelona: Bellaterra, 2001. p. 105-106.

<sup>528</sup> TRINDADE, Antônio A. Cançado. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 306: “Teniendo presentes los sistemas contemporáneos de protección de los derechos humanos, la polémica clásica entre dualistas y monistas, en su inevitable hermetismo, parece haberse erigido en falsas premisas.”

<sup>529</sup> VENTURA, Deisy. Hiato da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 236.

se sutil e gradativamente no âmbito interno<sup>530</sup>, algumas manifestações já puderam ser sentidas em máxima potência, superando nada menos do que previsões constitucionais expressas, como no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, pelo Supremo Tribunal Federal, em que a Corte se utilizou da Convenção Americana de Direitos Humanos para interpretar (e “superar”) o texto constitucional brasileiro.<sup>531</sup>

Aliás, “a crescente incidência do regime de direitos humanos no Estado de Direito e o uso cada vez mais generalizado dos instrumentos de direitos humanos nos tribunais nacionais”, seja como suporte interpretativo ou fundamento de decisões, representa uma “instância de desnacionalização na medida em que se trata de mecanismos internos do Estado-nação [...], mas os instrumentos invocam uma autoridade que transcende o Estado nacional e o sistema interestatal”, desestabilizando as noções de soberania estatal exclusiva que por muito tempo predominaram e reiterando o potencial desses documentos internacionais para (trans)formar o Direito nacional.<sup>532</sup>

<sup>530</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Coord.) **O impacto no sistema processual dos tratados internacionais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. Tão somente para ilustrar o funcionamento e a relevância do estudo, na p. 167, concluindo o “Eixo 3 – Os Dispositivos Contidos nesses Tratados vêm Sendo Invocados como Fonte de Direito e, Consequentemente, Gerando Impactos na Condução dos Processos Judiciais?”, os pesquisadores apontam que “no que concerne ao grau de conhecimento ou de desconhecimento sobre os Tratados Internacionais em matéria processual civil, penal e trabalhista, [...] os Tribunais Superiores, apesar de breves citações nas decisões judiciais, não aplicam efetivamente estes marcos normativos ratificados pelo Estado brasileiro em razão, muitas vezes, do desconhecimento da própria existência destes.” Não obstante, o relatório indica modificações introduzidas nas áreas pesquisadas por impacto dos tratados internacionais, pelo que se reitera a importância de que seja examinado em sua totalidade.

<sup>531</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. **Recurso extraordinário 466.343-1-SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Ministro relator: Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 Ago. 2015. “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).”

<sup>532</sup> SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 388: “Two major changes at the turn of the millennium are the growing weight of the human rights regime on states under the rule of law and the growing use of human rights instruments in national courts both for interpretation and adjudication. This is an instance of denationalization insofar as the mechanisms are internal to the national state - national courts and legislatures - while the instruments invoke an authority that transcends the national state and the interstate system.”



Há que se descartar a compartimentalização entre Direito nacional e internacional, como se fossem “Direitos diferentes” que simplesmente se comunicam. Com a interação dinâmica entre “um e outro” e o auxílio mútuo no processo de expansão e fortalecimento da proteção do ser humano é o Direito em si que se enriquece. Não deixa de ser alentador, como conforta Trindade, perceber que no “umbral do século XXI [...], direito internacional e direito interno finalmente caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de proteção do ser humanos em todas e quaisquer circunstâncias.”<sup>533</sup>

Trata-se de um movimento, em realidade, que supera a interação entre “Direitos” ou entre “níveis do Direito”, por mais qualificada que seja, conforme vem sendo defendido. Abriu-se uma via pela qual circula permanentemente o “Direito em trânsito” que já não pode mais ser fechada, pelo menos não sob as condições atuais.

Tal abertura cria um espaço “onde as fronteiras estatais já não são obstáculos para a realização dos direitos humanos/fundamentais com elementos de conexão internacional”, trazendo também à tona – e impedindo que se continue a negar<sup>534</sup> – uma concepção pós-moderna de soberania (e por pós-moderna entenda-se a soberania “cujas fronteiras, aquelas próprias do modelo moderno do Estado, seriam flexíveis, sem que se saiba ao certo onde se iniciam e onde terminam, se é que se iniciam ou terminam, em algum lugar demarcado”<sup>535</sup>), acompanhada de um estatismo relativizado. Ambos implicam “em uma recomposição das paisagens jurídicas nacionais, regionais e internacionais”, tornando obrigatório e indispensável o esforço de “convencionar um direito comum através da harmonização entre as normas provenientes dos mais diversos ordenamentos.”<sup>536</sup>

<sup>533</sup> TRINDADE, Antônio A. Cançado. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 313: “En este umbral del siglo XXI, es alentador constatar que el derecho internacional y el derecho interno al fin caminan juntos y apuntan en la misma dirección, coincidiendo en el propósito básico y último de la protección del ser humano en todas y cualquiera circunstancias.”

<sup>534</sup> Pois “falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem.” BOLZAN DE MORAIS, José Luis; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v.5, n. 2, p.133-140, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br>>. Acesso em: 31 Ago. 2015. p. 135.

<sup>535</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v.5, n. 2, p.133-140, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br>>. Acesso em: 31 Ago. 2015. p. 135.

<sup>536</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Coord.). **O impacto no sistema processual dos tratados internacionais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. p. 169.



Tão sensível ao movimento geográfico do “Direito em trânsito”, a soberania ainda encara um segundo movimento, impulsionado por outras engrenagens, porém, de forma alguma, menos impactante.

## 7.2 As “insuficiências” das instituições locais/nacionais e do Direito vinculado a “um Estado” – sobre o segundo movimento do “Direito em trânsito”

Por “insuficiências” das instituições locais/nacionais quer-se focar um tema a essa altura já recorrente: a perda da centralidade e da exclusividade do Estado, também retratadas, em variadas perspectivas, como crise(s), cuja caracterização, condições e extensão foram devidamente apreciadas ao longo do capítulo quatro, destacadamente em sua segunda parte.

Apesar das possíveis discordâncias teóricas, aliás, quanto ao alcance da(s) crise(s), não há como negar as transformações profundas que vêm sendo experimentadas pelo Estado e pelo Direito ao longo das últimas décadas. No entanto, o que alguns autores<sup>537</sup> consideram suficiente para um diagnóstico de crise, a outros (que serão mencionados subsequentemente) não representa muito mais do que transformações, ordinárias ao curso histórico<sup>538</sup>, inclusive.

Na visão que se sustenta não parece adequado, tampouco produtivo, insistir na manutenção de estruturas, títulos e, sobretudo, ideias que já não correspondam à essência do que antes designavam e que, além disso, ou, exatamente por essa razão, precisam ser “talhadas”, às vezes grosseiramente, para “caberm” na realidade.

Se o Estado moderno nasce a partir da perfeita combinação entre determinados elementos (conforme visto, atentamente, no primeiro capítulo) e, de repente, por um

---

<sup>537</sup> Dentre esses autores – alguns dos quais consistem em referência obrigatória ao tema –, muitos foram abordados no quarto capítulo (4.3, especificamente) do presente estudo. Por todos, novamente recomenda-se a leitura de BOLZAN DE MORAIS, José 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. Para este autor, quando as transformações em curso alcançam a soberania do Estado, a crise que se instala é de índole *conceitual*, distinguindo-a de outras manifestações de crise apontadas na obra.

<sup>538</sup> Cumpre recordar, nesse sentido, a posição de SØRENSEN, Georg. **La transformación del estado – más allá del mito del repliegue**. Traducción de Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 33: “Obsérvese que este tipo ideal no representa en modo alguno un cuadro del Estado que ha tenido validez durante un largo periodo histórico. No había Estado moderno en los siglos XVII, XVIII y XIX. Había condiciones políticas, económicas y sociales que acabarían conduciendo al Estado moderno. La transformación, por tanto, es la norma y no la excepción. Los Estados han experimentado siempre desarrollo y cambio. El periodo actual de transformación únicamente añade un capítulo nuevo a la historia.”

conjunto altamente complexo de novos ingredientes acrescentados à fórmula, os componentes originais não mais podem ser como tais identificados<sup>539</sup>, há ainda Estado moderno ou há o espectro de uma estrutura agarrado a um nome que de tão habitual ao modo de vida e organização sociais faz preferir a “ilusão” de um mundo em que tudo continue a fazer sentido?

Seria a hiper-realidade de Baudrillard confirmada? A existência em um “mundo-cópia”, em uma realidade melhorada, moldada a partir de uma não-origem ou realidade, simulada? Tal como a Disneylândia dá cobertura a uma simulação – “[...] a Disneylândia existe para esconder que é o país «real», toda a América «real» que é a Disneylândia (de certo modo como as prisões existem para esconder que é todo o social, na sua omnipresença banal, que é carceral)” –, a figura do Estado acoberta sua própria mitigação, escondendo que o real já não é o real para salvaguardar o princípio da realidade.<sup>540</sup>

Encarar a pós-modernidade é assumir o vazio do presente, porque mesmo que o tempo corrente seja ainda modernidade (novamente as concepções do quarto capítulo precisam ser recuperadas), é inegavelmente diferente e, por óbvio, sendo diferente, já não é igual. Tanto quanto ao Estado e ao Direito, então, o medo de assumir a superação (por mais compreensível que possa ser) não pode bloquear a coragem de lançar-se ao vazio, se necessário, sob pena de aprisioná-los em um labirinto histórico ao invés de (re)decifrá-los.

Percorrendo um caminho improvável, serão buscados justamente alguns dos autores que advogam versões mais “amenas” do que as que se pretende aportar acerca das “insuficiências” das instituições locais/nacionais – a significarem,

---

<sup>539</sup> Segundo Teixeira, “esta relativização do conceito de soberania estatal, tacitamente iniciada durante todo o curso do século XX e agravada nas últimas décadas deste, tem se constituído por uma série de processos que não podem ser tidos como uma mera crise decorrente da limitação do poder estatal: buscam remover determinadas prerrogativas que historicamente caracterizaram o Estado moderno desde a sua gênese e atribuí-las a agentes que supostamente seriam impessoais ou indefinidos, como se fossem abstrações resumidas em expressões como ‘mercado internacional’, ‘mercado global’, ‘demandas do mercado internacional’, entre outros jargões que de objetivo nada possuem.” TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 131.

<sup>540</sup> BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulação**. Lisboa: Relógio D’Água, 1981. p. 20-21. Impondo-se acrescentar, da p. 8: “Hoje a abstração já não é a do mapa, do duplo, do espelho ou do conceito. A simulação já não é a simulação de um território, de um ser referencial, de uma substância. É a geração pelos modelos de um real sem origem nem realidade: hiper-real. O território já não precede o mapa, nem lhe sobrevive. É agora o mapa que precede o território - precessão dos simulacros - é ele que engendra o território cujos fragmentos apodrecem lentamente sobre a extensão do mapa. É o real, e não o mapa, cujos vestígios subsistem aqui e ali, nos desertos que já não são os do Império, mas o nosso. O deserto do próprio real.”

respectivamente, *transformação* e *crise* – para confirmar a tese proposta (o que talvez só seja perfeitamente realizável, é preciso reconhecer, por não se tratarem de linhas diametralmente opostas e inconciliáveis).

Importantes referências no estudo de rumos e modelos para a recomposição de fatores centrais de todo esse contexto, buscando harmonização entre globalização, política, poder e democracia, para enunciar alguns, são encontradas na obra de Held, cuja contribuição é decisiva no desfecho teórico que começa a se insinuar.

Há uma série de maneiras distintas, sublinha o sociólogo britânico, pelas quais a globalização contribui para a transformação da natureza e das perspectivas futuras das comunidades políticas democráticas, a começar pelo fato de que (i) “[...] já não se pode presumir que o assento do poder político efetivo sejam os governos nacionais – o poder efetivo é compartilhado e trocado por diversas forças e agências nos níveis nacional, regional e internacional.” Outro aspecto a ser cuidadosamente pensado diz respeito (ii) à comunhão política de destinos (uma coletividade autodeterminante, nos termos do autor), que exige o desapego das fronteiras em que foram forjados originariamente os Estados-nação, pois mesmo que o sistema de comunidades políticas persista, isso se dá em articulação “com complexas redes e processos econômicos, organizacionais, administrativos, legais e culturais, que limitam e inspecionam sua eficácia” (ou seja, admite-se que “algumas das forças e processos mais fundamentais que determinam a natureza das chances na vida dentro e através das comunidades políticas estão hoje além do alcance dos Estados-nação individuais.”).<sup>541</sup>

No fiel retrato da divergência posta de início, qual a linha que se precisa atravessar para que a *transformação* passe a ser *crise*? Apenas observando os dois primeiros pontos listados por Held, que compreendem, em síntese, a aceitação de que o poder político e efetivo é exercido por agentes e níveis variados para além dos governos nacionais e que as possibilidades concretas desse exercício no emaranhado de forças não estão sob controle do Estado, nota-se um violento abalo às concepções clássicas de soberania e território (um abalo suficiente para causar o

---

<sup>541</sup> HELD, David. Regulamentando a globalização? A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony. (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007. p. 571-572.

desmoronamento, pelo menos simbólico/teórico, das estruturas sustentadas por tais bases<sup>542</sup>).

Uma perspectiva intermediária – à compreensão dessa pontual discussão, não ao imbróglio *transformação x crise* – pode ser obtida se complementada com a visão de um contexto mais amplo de funcionamento do Estado, desenvolvida em três argumentos por Sassen. Em primeiro lugar, postula-se que a ordem institucional predominantemente privada (quase exclusivamente) que está arquitetando-se é marcada pela capacidade de privatizar o que até então era público e de desnacionalizar as autoridades e os programas políticos nacionais, ou seja, a ascensão de uma autoridade privada – que hoje integra e desempenha um papel central no novo campo de poder em que também operam os Estados, manifestando-se de formas cada vez mais numerosas e variadas – passa pela privatização de domínios antes exclusivos do Estado. Contudo, acrescenta-se que as capacidades de privatizar e desnacionalizar são intrínsecas do Estado (ao que servem os ministérios de economia e os bancos centrais, por exemplo, ao definirem políticas destinadas a reorientar algumas partes do Estado aos interesses globais), chegando-se à conclusão de que “a ascensão da autoridade privada não é simplesmente uma força externa que restringe o Estado, mas que também é, em parte, um fator endógeno.”<sup>543</sup>

Na formulação do segundo argumento, porém, Sassen acentua que é “importante reconhecer essa autoridade privada em domínios que até agora eram exclusivos do Estado [...]”, desdobrando-o em duas direções: (a) esse tipo de autoridade privada representa uma nova ordem normativa, (b) cujos elementos chave ingressam na esfera pública e assim passam a figurar, ao ponto de que, no final desse processo, as instituições estatais acabam reorientadas em favor de exigências da economia global, embora sigam as suas políticas e programas classificados como nacionais.<sup>544</sup>

---

<sup>542</sup> Novamente, assume-se como base referencial as construções e concepções de crise estabelecidas por BOLZAN DE MORAIS, José 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.

<sup>543</sup> SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights**: from medieval to global assemblages. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 222-223: “I add capabilities to privatize and denationalize that are internal to the state itself, such as specific policymaking capacities in ministries of finance and central banks that can reorient some parts of the state to global agendas. In brief, the rise of private authority is not simply an external force that constrains the state. It is partly endogenous to the state.”

<sup>544</sup> SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights**: from medieval to global assemblages. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 223: “[...] it is important to recognize such private authority in domains once exclusive to the state [...].”

Em demonstração objetiva de como pode(ria) corporificar-se essa “autoridade privada”, o estudo “*The Network of Global Corporate Control*” realizado por pesquisadores da Universidade de Zurich e publicado em 2011 revelou que um pequeno grupo de 660 pessoas distribuídas em 147 grandes corporações transnacionais formam uma espécie de “super-entidade” que, na prática, controla toda a economia global.<sup>545</sup> Pela primeira vez, segundo informam os próprios pesquisadores, foi apresentado um *ranking* de agentes econômicos por controle global (foram examinadas 43.060 corporações), que demonstrou, além do envolvimento (não surpreendente) de poderosos atores do setor financeiro e de *global players* bastante conhecidos, a formação de uma espécie de núcleo do qual muitos desses principais atores pertencem. Às conclusões da pesquisa esse dado indica que ditos atores não exercem suas atividades de forma isolada, mas se articulam em uma extremamente complexa rede de controle da economia, no que reside a elevada importância da descoberta, pois inexistia teoria econômica ou evidência empírica sobre “se” ou “como” esses “*top players*” estavam conectados não apenas entre si, mas também com os governos.<sup>546</sup>

Tais evidências acabam por abrir passagem ao terceiro argumento de Sassen, pendente para completar a sua leitura do atual quadro de atuação estatal e, acrescenta-se, mesmo não coincidindo com as suas intenções, apto a acompanhar o pensamento desde o início apoiado que remete à necessária resignificação de elementos centrais ao Estado moderno (o bastante para falar-se em crise). Quanto à proposição: é cabível questionar “qual é o significado de ‘nacional’ nos componentes institucionais do Estado que se vinculam com a implantação da globalização

<sup>545</sup> Noticiado e comentado, dentre outras fontes jornalísticas, por CARMONA, Ernesto. **660 individuos y 147 corporaciones controlan la economía mundial**. Sociólogos – Sociología y actualidad. Disponível em: <<http://sociologos.com/2013/02/27/660-individuos-y-147-corporaciones-controlan-la-economia-mundial/>>. Acesso em: 09 Set. 2015.

<sup>546</sup> Conforme consta no relatório final da pesquisa em questão: “This is the first time a ranking of economic actors by global control is presented. Notice that many actors belong to the financial sector (NACE codes starting with 65,66,67) and many of the names are well-known global players. The interest of this ranking is not that it exposes unsuspected powerful players. Instead, it shows that many of the top actors belong to the core. This means that they do not carry out their business in isolation but, on the contrary, they are tied together in an extremely entangled web of control. This finding is extremely important since there was no prior economic theory or empirical evidence regarding whether and how top players are connected. Finally, it should be noted that governments and natural persons are only featured further down in the list.” VITALI, Stefania; GLATTFELDER, James B.; BATTISTON, Stefano. **The network of global corporate control** (2011). PLoS ONE 6(10): e25995. doi:10.1371/journal.pone.0025995. Disponível em: <<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0025995>>. Acesso em: 09 Set. 2015. p. 16.

econômica”, pois nas circunstâncias atuais “o território nacional e a autoridade estatal assumem um novo significado.”<sup>547</sup>

Retornando ao passo inicial que, com Held, abriu todas essas vias de análise, é preciso concluir a exposição da linha de abordagem desse autor, perpassada por quatro argumentos, dois dos quais já examinados. Em um terceiro momento de seu raciocínio, o sociológico defende a tese de que (iii) mesmo diante de grandes sobreposições e divisões políticas estruturais, a soberania estatal não foi totalmente solapada; no entanto, imediatamente é ressalvado que a operação dos Estados em sistemas regionais e globais cada vez mais complexos afeta tanto sua autonomia quanto, em alguns aspectos, inevitavelmente, sua soberania.<sup>548</sup>

Inúmeras situações poderiam ser chamadas a ilustrar o impacto direto que a disposição dos Estados em blocos, redes e sistemas regionais ou internacionais para a tomada de decisões é capaz de produzir. Casos como *Von Hannover v. Germany*<sup>549</sup>, analisado anteriormente, em que colidiram as decisões da instância jurisdicional nacional e da Corte Europeia de Direitos Humanos, demonstram a complexidade imanente às inter-relações cada vez mais frequentes entres essas instâncias.

Em episódio mais recente, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos suspendeu uma decisão judicial da França que autorizava, a pedido da esposa e alguns irmãos, a eutanásia de Vicent Lambert, um bombeiro de 39 anos que ficou em estado vegetativo após um acidente de motocicleta em 2008. Inconformados com a sentença, os pais de Lambert recorreram ao Tribunal de Estrasburgo, que em caráter de urgência suspendeu a ordem francesa.<sup>550</sup> Em exame definitivo, posteriormente, os juízes do Tribunal Europeu chegaram a autorizar a interrupção do tratamento<sup>551</sup>; de qualquer forma, trata-se de mais uma inequívoca demonstração de superioridade das decisões tomadas pelo Tribunal Europeu em face das instâncias nacionais.

---

<sup>547</sup> SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights**: from medieval to global assemblages. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 223: “Third, what is the meaning of ‘national’ in institutional components of states linked to the implementation of economic globalization? National territory and state authority assume new meanings under these conditions.”

<sup>548</sup> HELD, David. Regulamentando a globalização? A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony. (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007. p. 572.

<sup>549</sup> Uma análise mais pontual do caso pode ser encontrada em NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 138-139.

<sup>550</sup> Fato noticiado por GRANDELLE, Renato. França autoriza eutanásia, mas tribunal europeu a derruba. **Jornal O Globo**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com>>. Acesso em: 12 Set. 2015.

<sup>551</sup> Informação acessada na versão online do Jornal THE GUARDIAN. French doctors refuse to rule on fate of brain-damaged man. **The Guardian**. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world>>. Acesso em: 12 Set. 2015.



Se em temas relativos aos direitos humanos tal ingerência e todo o seu potencial já são visíveis, nas questões econômicas são ainda mais nítidos. Recentemente (justificando a escolha do caso a ser tomado de exemplo), em notícias que correram o mundo, pode-se acompanhar em tempo real as “tentativas da União Europeia de resgatar” a Grécia de uma grave crise econômica. Com uma dívida de trezentos bilhões de euros, o Estado grego precisou acatar uma série de exigências e reformas ditadas por parte da *troika* (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) como condição de empréstimos destinados a resolver a crise, que vão desde “mudança na aposentadoria, aumento de impostos e privatizações, até o retorno dos credores ao país para fiscalizar a implementação das reformas e avaliar mudanças na legislação do país.”<sup>552</sup> Tudo em meio a intensas divergências políticas, ameaças de saída da zona do euro, renúncias e um plebiscito, convocado pelo então primeiro-ministro grego, Alexis Tsipras, que buscava conseguir o apoio da população para recusar o acordo (“a chantagem” como se referia Tsipras à proposta). O povo grego, de fato, rejeitou o acordo (mais de 60% de votos “não”), o que não bastou para que, uma semana depois, seu primeiro-ministro assentisse com as medidas.<sup>553</sup>

Também o Brasil, no segundo semestre do ano de 2015, foi palco de um irretocável exemplo de como as articulações em que se inserem os Estados nacionais podem tomar proporções maiores do que suas forças para conduzi-las. Contextualizando os fatos, o país passa por uma grave crise política, estimulada, sobretudo, por denúncias e descobertas de assombrosos esquemas de corrupção envolvendo instituições públicas e privadas, políticos, servidores e empresários. Naturalmente, a economia experimenta toda essa turbulência, ampliando o alcance da crise e a forma (direta) com que passa a ser sentida pela população e acompanhada por investidores.

Até aqui, sem novidade. As circunstâncias que tornam o caso brasileiro particularmente digno de nota à tese que vem sendo construída têm relação com o rebaixamento da nota de crédito do Brasil pela agência *Standard & Poor's*, que permite chamar a atenção para a extraordinária e imediata influência que empresas como esta

---

<sup>552</sup> Em reportagem da REVISTA FORUM. Entenda o acordo entre a Grécia e os credores europeus. **Revista Forum**. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br>>. Acesso em: 12 Set. 2015.

<sup>553</sup> Noticiado por LOWEN, Mark. **Grécia**: Para que serviu o plebiscito? BBC News. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/noticias>>. Acesso em: 12 Set. 2015.

exercem sobre as economias nacionais e, conseqüentemente, internacional. Com o rebaixamento, as preocupações que já não eram pequenas se agigantam, pois as notas atribuídas pelas agências de *rating* (ou, agências de classificação de riscos) são determinantes para os grandes investidores (alguns vinculados a estatutos que, inclusive, proíbem investimentos em empresas e países que recebam notas insatisfatórias). No dia seguinte ao rebaixamento, conforme amplamente noticiado, o dólar abriu a sessão em alta, ultrapassando R\$ 3,90 e, embora recuando com a intervenção do Banco Central, não se soluciona o problema, pois há risco de um abalo dramático à moeda do país.<sup>554</sup>

Para concluir, o quarto e último fator destacado por Held acerca das transformações e perspectivas lançadas pela globalização às comunidades políticas compreende a (iv) descrição de um presente “marcado por uma série significativa de novos tipos de ‘problemas fronteirizos’”, que persistentemente contestam as já desgastadas distinções e segmentações entre assuntos nacionais e estrangeiros, entre questões de política interna e externa, ou, em resumo, entre preocupações soberanas do Estado-nação e preocupações internacionais. Epidemias, consumo de recursos não renováveis, lixo nuclear, armas de destruição em massa, regulamentação dos mercados financeiros, são apenas alguns dos temas que recorrentemente alertam para a insuficiência e ineficiência das categorizações nacional e internacional. Nada mais faz duvidar que “o espaço político para o desenvolvimento e a promoção de um governo efetivo e para a responsabilidade do poder político já não está preso a um território nacional delimitado”<sup>555</sup> – constatação que dá origem a novos modelos e rumos sugeridos por Held (projeto cosmopolita) e outros estudiosos, alguns dos quais serão analisados em breve.

Analisados tantos autores, estudos, argumentos e fatos, persiste-se na ideia de que o Estado e o Direito estão diante de transformações que superam em muito a mera condição de mudança; estão envoltos em circunstâncias adversas à continuidade de sua existência tradicional, operam em uma dinâmica inédita e mostram-se completamente deslocados no espaço-tempo (são instituições fixas

---

<sup>554</sup> Informações obtidas em BBC NEWS. **Rebaixamento afeta mercado e piora situação do Brasil, diz consultoria**. Entrevista de Fiona Mackie, editora-regional para América Latina da consultoria *Economist Intelligence Unit*, à BBC News. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/noticias>>. Acesso em: 12 Set. 2015.

<sup>555</sup> HELD, David. Regulamentando a globalização? A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony. (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007. p. 572-573.

lutando contra uma realidade fluida). Crise, portanto, é o termo que define a situação atual do Estado e do Direito, afetados visceralmente pelas metamorfoses que se puseram em curso ao longo da história.

Uma situação que sequer deve causar surpresa, pois se a modernidade, paradigma espaço-temporal de origem do Estado, do Direito e de grande parte das instituições político-jurídicas que os envolvem e mantêm, está em crise e vem sendo questionada, tudo que lhe toca poderá ser sugado pelo vazio e pela incerteza do que a colocou em xeque.

Por esse motivo é preciso, com urgência, (re)conciliar-se com a realidade histórica, com o espaço e com o tempo que parecem inabalavelmente situados no presente, pois seus movimentos são tão ágeis e fugazes que quando percebidos pelas anacrônicas estruturas da modernidade, já são passado.

### 7.2.1 A “metatemporalidade” do “Direito em trânsito” – o movimento histórico

Ao analisar o Direito na economia globalizada, em meta tão explícita que vai definida como título, Faria não hesita em apontar a crise – diretamente conectada à perda de centralidade do Estado-nação – que perturba o Direito e que o conduz ao que o autor chamará, amparado em Thomas Kuhn, de *exaustão paradigmática*. Muitos dos conceitos e categorias fundamentais até então prevalentes na teoria jurídica são esvaziados em impressionante velocidade pelo fenômeno da globalização, de modo que “seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade.”<sup>556</sup>

Trazendo à base do estudo as noções desenvolvidas por Kuhn, consideram-se paradigmas “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” Quando, no entanto, o que antes era solução começa a ser questionado (período pré-paradigmático) e os debates a respeito dos métodos, problemas e padrões de soluções legítimos passam a ser frequentes e profundos, as certezas paradigmáticas de então ficam desestabilizadas. Isso não significa que durante os períodos de “ciência normal” – quando se estabiliza o paradigma – os

---

<sup>556</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 39.

debates desapareçam; embora sejam, de fato, pouco frequentes, “ocorrem periodicamente pouco antes e durante as revoluções científicas – os períodos durante os quais os paradigmas são primeiramente atacados e então modificados.”<sup>557</sup>

Atacar e, finalmente, modificar paradigmas é basicamente o que centraliza um dos maiores debates contemporâneos sobre manter/resgatar ou superar o paradigma da modernidade, conflito que, ao longo deste trabalho, foi observado atentamente por diversos ângulos, até concluir-se que, resista-se ou não à mudança, acorde-se ou não quanto ao seu nome, a pós-modernidade (expressão assumida neste texto, a despeito de outros termos existentes mas que, em essência, descrevem o mesmo objeto) não é algo que se possa recusar, pois é fato, contexto e espaço, além do único tempo possível.

Negar a realidade é carregar um peso desmedido que, cedo ou tarde, tende a esmagar o que lhe repele. Perceba-se essa tensão a partir do Estado moderno, classicamente identificado a partir dos elementos povo, território e soberania. A ideia de povo, simplificada como ao qual pertencem os nacionais que, em nome dessa condição, são legítimos sujeitos de direitos e deveres perante a figura estatal, mostra-se hoje precária diante da imperatividade do Direito internacional dos direitos humanos e de situações tão delicadas como a imigração. Dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) oferecem um demonstrativo da gravidade do caso, ao revelar que o número de refugiados e migrantes que atravessaram o Mediterrâneo para chegar à Europa ultrapassou 300 mil pessoas em 2015, sem esquecer dos milhares de mortos e desaparecidos em tentativas frustradas de chegar ao velho continente que são noticiados diariamente (segundo os registros da ONU, cerca de 3.500 pessoas no ano de 2014 e 2.500 já em 2015).<sup>558</sup>

Não há mais condições, tampouco justificativas, para se pensar que as responsabilidades dos Estados e governos restringe-se aos seus cidadãos, pois a proteção e efetivação dos direitos humanos é um dever, moral e jurídico, que precisa ser atendido globalmente. Trata-se de obrigações que, além de superarem o âmbito

---

<sup>557</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 72-73.

<sup>558</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Mais de 300 mil migrantes e refugiados chegaram à Europa em 2015, alerta ACNUR. **Nações Unidas do Brasil**. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

“doméstico” que por muito tempo as circunscreveu à esfera exclusivamente estatal, impõem-se sobre a cada ser humano em relação aos demais.

Muros e fronteiras começam a desvanecer diante desses e outros acontecimentos para, assim, serem vistos como a abstração fictícia que, em realidade, sempre foram. O componente território, a demarcar os limites territoriais sobre os quais o Estado exercia o poder em caráter exclusivo é desmontado por problemas transfronteiriços cada vez mais graves. Muito já se falou acerca das questões ambientais, nucleares, epidemias, mercado financeiro entre tantas outras que simplesmente não respeitam contenções geográficas.

Até mesmo o conceito de guerra, enquanto “violência organizada que algumas unidades políticas utilizam contra outras”<sup>559</sup>, desprende-se do Estado, seu território e soberania, como prova a guerra cibernética travada entre o grupo terrorista “Estado Islâmico” e o grupo *hacktivista* “Anonymous”. O chamado “Estado Islâmico” faz da internet o seu principal meio de recrutamento de novos membros, prática que elevou o terrorismo a um nível ainda mais grave, pois permite que os ataques sejam planejados e executados por residentes e nacionais dos próprios países alvos, já que a *world wide web* desconhece fronteiras (essas batalhas virtuais são definidas por seus próprios agentes como “*cyberjihad*”, que representa o conceito islâmico de guerra santa aplicado ao contexto da internet). Após o massacre na redação do jornal francês *Charlie Hebdo*, em 7 de janeiro de 2015, o grupo “Anonymous”, que considerou o episódio um atentado à liberdade de expressão e também motivado a combater o avanço do terrorismo na internet, “declarou guerra” contra o “Estado Islâmico”, divulgando um comunicado no qual prometeram “caçar e expor” os terroristas, derrubar seus sites, contas e e-mails, até não lhes restar mais lugar online seguro.<sup>560</sup>

Uma guerra virtual, portanto, protagonizada por duas forças absolutamente independentes de qualquer vínculo estatal. Aliás, virtual quanto a esse confronto

---

<sup>559</sup> Sobre o conceito de guerra, conforme BULL, Hedley. **The anarchical society: a study of order in world politics**. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002. p. 178: “War is organised violence carried on by political units against each other. Violence is not war unless it is carried out in the name of a political unit; what distinguishes killing in war, from murder is its vicarious and official character, the symbolic responsibility of the unit whose agent the killer is. Equally, violence carried out in the name of a political unit is not war unless it is directed against another political unit; the violence employed by the state in the execution of criminals or the suppression of pirates does not qualify because it is directed against individuals.”

<sup>560</sup> Informações obtidas a partir OLIVEIRA, André Jorge de. Anonymous alerta Estado Islâmico: “De agora em diante não há lugar online seguro para vocês”. **Revista Galileu**. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

específico, pois as ações brutais lideradas pelo “Estado Islâmico”, incluindo assassinatos transmitidos em tempo real, vêm chocando e aterrorizando o mundo. O que torna ainda mais atordoante esse embate é pensar que os Estados nacionais, possivelmente, não disporiam de meios efetivos e legítimos para revidar a organização terrorista, articulada de tal forma que só pode ser devidamente combatida por uma organização tão indecifrável quanto.

Assim, de transformação em transformação, entre intervenções e invenções, a soberania, terceiro e provavelmente mais significativo componente do Estado moderno, vai subsistindo antes como símbolo do que como verdade. Desnecessário e inviável repetir-se, aqui, a extensa e minuciosa apreciação desse elemento que percorreu todo o trabalho, por ser, de certa forma, o próprio eixo gravitacional da pesquisa.

Em crise a modernidade, logo, em crise o Estado soberano, não poderia escapar o Direito, pela imbricação imanente que os define. Se o mundo não é mais dominado e controlado unicamente por Estados, ao contrário, há uma infinidade de novos agentes tão ou mais poderosos em cena, “a morte” do Direito descendente do Estado era “uma crônica anunciada” – em homenagem ao saudoso Gabriel García Márquez.<sup>561</sup>

Que não seja algo extremado como a “morte”, é admissível, mas também não se trata de anúnciação meramente especulativa. Em maio de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu – baseando-se na Diretiva 95/46/CE que regulamenta o tratamento de dados pessoais na União Europeia – a existência do “direito ao esquecimento”, que compreende a obrigação, direcionada aos sites de busca, de excluir resultados e links que contenham as informações que pretendem ser “esquecidas”.<sup>562</sup> Dentre as diversas razões para a enorme repercussão da decisão, a recusa da *Google* (empresa responsável por um dos mais importantes buscadores afetados pela determinação) em aplicar o direito ao esquecimento em

---

<sup>561</sup> Apesar de desviar da matriz teórica assumida pela tese, não prejudica a informação de que “Crônica de uma Morte Anunciada”, escrita pelo espanhol Gabriel García Márquez e publicada em 1981, é tomada como ponto de partida por Teubner, que lhe confere uma interpretação jus-sociológica utilizando o modelo de Opp-Diekmann sobre a efetividade do direito, desenvolvendo toda uma discussão acerca da chamada crise regulatória do direito implicada nesse modelo. TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba, SP: Unimep, 2005. p. 21-22.

<sup>562</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-131/12**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-ue-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 13 Set. 2015.



todas as suas páginas pelo mundo quando acessadas de dentro da Europa intensificou as polêmicas no entorno do caso.<sup>563</sup>

O que está em discussão, a partir de uma ordem da Comissão Nacional de Informática e das Liberdades francesa (CNIL), é se a decisão da Corte de Justiça Europeia pode ultrapassar os limites do continente (ou, mais precisamente, dos países pertencentes ao bloco) para alcançar o mundo todo (incluindo, por exemplo, as buscas feitas com o “*google.com*”). Independentemente do desfecho que possa seguir-se (fala-se em multa à empresa), a resposta da *Google* à imposição da autoridade francesa, da qual “discordou respeitosamente” – e, conseqüentemente, desobedeceu – confirma as dificuldades de aplicação e efetivação do Direito nacional.<sup>564</sup>

No Brasil, em ocorrência não tão alardeada, a despeito de particularmente curiosa, a postura de bancos privados ao criar dificuldades para transferir a contas judiciais quantias milionárias bloqueadas pela Operação Lava Jato, que apura esquemas de desvio e lavagem de dinheiro da Petrobras, chama atenção pela normalidade com que se descumpra uma decisão judicial.<sup>565</sup>

Para que o Direito possa retomar suas funções em plenitude é preciso recompô-lo, deixar que absorva e seja absorvido por um novo paradigma. Por isso o segundo movimento do “Direito em trânsito” é um *movimento histórico*, que lhe imprime uma natureza “*metatemporal*”, sinalizando mudança, transcendência e autorreflexão.

Se, de um lado, verificou-se a circularidade entre as instâncias locais/nacionais e as instâncias externas/internacionais, também o fato de que as relações entre essas diferentes instâncias estão mais permeáveis serve como indicativo de que há transformações inéditas e inegáveis em curso e que, portanto, mesmo que não se queira ou não se possa afirmar a completa ruptura com a modernidade, o paradigma atual já não lhe corresponde, posto que estranho e distinto em elementos decisivos.

Ao transitar para um novo paradigma espaço-temporal o Direito deixa de ter o Estado como fonte irradiadora exclusiva e, assim, não pode mais ser pensado em uma forma meramente nacional, pois movimenta-se em um sentido diferente (em que o

---

<sup>563</sup> Informações relatadas por PINHEIRO, Aline. UE pode exigir que domínios não europeus respeitem direito ao esquecimento. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

<sup>564</sup> Fatos noticiados no portal BBC NEWS. Google to defy French 'right to be forgotten' ruling. **BBC News**. Disponível: <<http://www.bbc.com/news>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

<sup>565</sup> Conforme noticiado por SOUZA, Leonardo. Bancos seguram dinheiro bloqueado na Lava Jato. **Jornal Folha de S. Paulo**. Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

cosmopolitismo assume especial importância), “*metatemporal*” e circular, desafixado permanentemente.

Evidente que esse “trânsito” gera efeitos marcantes, já que a lógica da soberania precisa ser substituída por uma lógica de diálogo, cooperação e consenso entre os Estados e outros atores e instituições não-estatais para a produção e efetivação do novo Direito. Pode-se supor, a partir disso, que decisões importantes como a deliberação de tratados internacionais para efetivação dos direitos humanos não podem basear-se exclusivamente nesse vínculo de estatalidade esmorecido, impondo-se a abertura desse processo para a inclusão de organizações e atores internacionais que terão um papel significativo na operacionalização e concretização dessas previsões.

De igual modo, é preciso repensar a atuação de organismos importantes como as Nações Unidas, no sentido de garantir-lhes condições de efetivamente zelar pela paz e pela democracia internacionais, a começar, talvez, por sua própria democratização.

Novos mecanismos e fundamentos para o controle do poder devem ser arquitetados e implementados, já que o Constitucionalismo, tradicionalmente incumbido dessa missão, desenvolveu-se voltado ao Estado, que definitivamente não mais monopoliza esse exercício.

### **7.3 Diagnóstico da afetação do Estado e do Direito “desde fora” e (avaliação das) possibilidades do Constitucionalismo (em uma nova formatação) para controlar/filtrar o “Direito em trânsito” nacional/internacional e moderno/pós-moderno – sobre movimentos em dupla via**

Antes de qualquer tentativa de situar o Estado e o Direito na pós-modernidade, bem como avaliar as possibilidades do Constitucionalismo, apropriadamente reformulado para seguir em condições de (re)configurar o Estado Democrático de Direito, é necessário encontrar-se na própria pós-modernidade, cuja diversidade e divergência de visões, mesmo dos que a recusam, mais parecem confirmá-la.

Desde que se enfrentou abertamente o tema, assentou-se que, inevitavelmente, o tempo presente é novo e impreciso, compreendendo-se a expressão pós-modernidade como algo que designa um espaço-tempo em contínuo e desordenado movimento, um retrato de contexto-astro que atrai tudo a sua órbita, a

impor o seu fluxo, o seu ritmo ainda não desvendado. Seja em transição, no vazio ou na incerteza, a própria direção seguida por tal movimento é indefinida, fazendo-se pensar que a circularidade possa ser rota mais provável que retas ao passado ou ao futuro.

Testando algumas alternativas ao atual sistema de Estados, Bull analisa um retorno ao medievo como explicação. Se hoje em dia os Estados disputam o protagonismo da política mundial com “outros atores”, tal qual na Idade Média concorriam com as forças religiosas, não é tão fantasioso cogitar o surgimento de um sistema (moderno e secular) equivalente. Basta que os Estados compartilhem com outras instituições (regionais, mundiais, subestatais e subnacionais) a autoridade sobre os seus cidadãos, assim como a lealdade que esperam dos mesmos, até o ponto de tonar-se inaplicável o conceito moderno de soberania estatal, para que se consolide uma ordem política universal de caráter “neomedieval” (mantém-se, destarte, a característica central do modelo medieval: “um sistema de sobreposição de autoridade e lealdade múltipla”).<sup>566</sup>

Um “novo medievalismo”, portanto, pode ser uma resposta ao contexto hodierno. Simbolicamente, o que se tem identificado como “superação da modernidade” (ou pós-modernidade) implicaria abandoná-la e seguir em frente, mas, pelo que se percebe, esse andar não necessariamente precisa significar um passo adiante, é possível que seja um regresso.

Na obra de Bull, trata-se de mais uma alternativa proposta, cujas críticas são antecipadas pelo próprio autor, como o fato de não haver garantias de que o sistema neomedieval seria mais organizado que o sistema de Estados ou, o que é mais preocupante, se além dos modelos a história se repetisse, haveria violência e insegurança ainda mais generalizadas e frequentes. De todo modo, o argumento mais expressivo do professor australiano é de que não se deve descartar alternativas não históricas, dissociadas de quaisquer dos padrões conhecidos de organização política universal. Por um lado, é impossível prever o imprevisível, razão pela qual as tentativas de definir outras opções históricas acabam recaindo nas experiências

---

<sup>566</sup> BULL, Hedley. **The anarchical society**: a study of order in world politics. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002. p. 245-246: “All authority in mediaeval Christendom was thought to derive ultimately from God and the political system was basically Theocratic. It might therefore seem fanciful to contemplate a return to the mediaeval model, but it is not fanciful to imagine that there might develop a modern and secular counterpart of it that embodies its central characteristic: a system of overlapping authority and multiple loyalty.”

passadas. Contudo, a “nossa visão de possíveis alternativas ao sistema de Estados deverá levar em conta as limitações a que está submetida nossa própria imaginação, assim como nossa incapacidade para transcender as experiências passadas.”<sup>567</sup>

Reivindica o autor, pois, a mesma coragem que vem sendo incentivada por este trabalho para encarar os desafios da pós-modernidade sem atalhá-la ou mascará-la. Apesar de que, considerando a gravidade dos problemas que o anacronismo incapacitante das instituições não só ignora como intensifica e amplia, cedo ou tarde esse enfrentamento será inevitável.

Na direção inversa, a muitos passos adiante, há quem detecte uma conjuntura capaz de já ter “ultrapassado” até mesmo a pós-modernidade. Para a compressão desse trajeto, no entanto, será necessário percorrê-lo do início. Com o fim do colonialismo e o declínio dos poderes da nação “uma transição geral do paradigma de soberania moderna para o paradigma da soberania imperial” é acionada, segundo ponderam Hardt e Negri. Baseada no poderio econômico, a soberania imperial dá origem a uma nova ordem mundial: o Império, surgido do crepúsculo da soberania moderna e que de forma alguma se confunde com o imperialismo, pois ao contrário deste, “não estabelece um centro territorial de poder, nem se baseia em fronteiras ou barreiras fixas” e, atuando por meio da descentralização e desterritorialização, “incorpora gradualmente o mundo inteiro dentro de suas fronteiras abertas e em expansão.” Assim, “o Império administra entidades híbridas, hierarquias flexíveis e permutas plurais por meio de estruturas de comando reguladoras.” Essa nova forma imperial de supremacia, importante acrescentar, contradiz qualquer hipótese que coloque algum Estado-nação na posição de liderança mundial que nações europeias ocuparam no passado, ou seja, no centro de um novo projeto imperialista, não há um Estado.<sup>568</sup>

Como efeito direto, teorias como a pós-modernidade (e também pós-colonialistas), a julgar pelo prefixo “pós”, que se encarregam “de criticar e de procurar libertar-se das formas passadas de domínio e dos seus legados no presente” podem acabar encurraladas “porque não reconhecem adequadamente o objeto de crítica contemporâneo, isto é, se confundem sobre quem é o inimigo hoje.” A questão

---

<sup>567</sup> BULL, Hedley. **The anarchical society**: a study of order in world politics. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002. p. 247: “But our view of possible alternatives to the states system should take into account the limitations of our own imagination and our own inability to transcend past experience.”

<sup>568</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 12-14. p. 155.

levantada por Hardt e Negri é, "e se a forma moderna de poder que esses críticos [...] penosamente descrevem e contestam já não tiver influência em nossa sociedade?" Se os paradigmas de poder dominantes tiverem mudado e, então, a soberania moderna tiver sido substituída por uma soberania pós-moderna, teorias que parecem desafiar as novas estratégias de dominação podem estar reforçando-as involuntariamente.<sup>569</sup> Talvez seja o caso de repensar a pós-modernidade antes mesmo de concretizá-la. No ponto em que a pós-modernidade é vista enquanto crítica da modernidade, pondo-se contra a razão, por exemplo, não estaria reforçando um outro tipo de poder dominante – capital corporativo, mercado mundial (?) – que já se afastou da própria modernidade? Enfim, a dúvida levantada não visa desmerecer ou desacreditar os anseios democráticos, igualitários e, por vezes, até anticapitalistas dos teóricos pós-modernistas, mas reclamar a máxima atenção dessas teorias para o novo paradigma de poder.<sup>570</sup>

De certo modo, esse novo paradigma já não passa despercebido há algum tempo e, mesmo que não expressamente assumido ou problematizado, faz-se presente em diversas alternativas e revisões propostas à dinâmica de exercício do poder (no que participam Estado e Direito) para o mundo contemporâneo.

Em *A democracia no mundo de hoje*, como uma das referências a tais modelos reformulados de conformação do poder, Höffe propõe a República Mundial, que seria complementar em relação aos Estados, constituída a partir de dois princípios, a *subsidiariedade* (em relação às competências de um Estado, que por força desse primeiro princípio são fortemente restringidas em favor de instituições não-estatais) e o *federalismo* (enquanto forma de organização de um Estado, a repelir o unitarismo e centralismo), cujo objetivo é garantir uma ordem jurídica global de justiça. Diante da

---

<sup>569</sup> Quanto ao “emprego” das teorias pós-modernas em favor de posturas neoliberais, é possível associar as críticas de Streck, ao adaptar a referência à modernidade ao contexto brasileiro que, a exemplo de outros países em desenvolvimento, recebe de maneira bastante particular todas essas mudanças: “Para grande parte das elites brasileiras, a modernidade acabou. Tudo isto parece estranho e ao mesmo tempo paradoxal. A modernidade nos legou a noção de sujeito, o Estado, o Direito e as instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. [...] Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como Brasil, *onde não houve Estado Social*. [...] Existe, ainda, um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade.” (grifo do autor) STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 23-28.

<sup>570</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 155-156.

insuficiência das ações limitadas a fronteiras e da conseqüente necessidade de respostas globais a tantos assuntos, a ideia é de que se “institua” um Estado igualmente global, que se estabeleça na forma de uma democracia global, como República Mundial. Por todos princípios de que se acautela o autor, são afastadas as objeções de que a República Mundial poderia representar um Leviatã global, seja porque seu poder estará sempre a serviço da paz e do Direito, seja porque terá que dividir seu caráter de Estado com outras instâncias que possuam forma estatal, mas, acima de tudo, pelo rígido controle de seu poder, que só alcança questões seculares. Trata-se, ainda, de “um Estado federal formado de dois sujeitos fundamentalmente distintos: Estados nacionais e sujeitos naturais ou cidadãos do mundo.”<sup>571</sup>

Perspectiva igualmente interessante, concorrendo ao objetivo de ao menos apresentar ideias e teorias já atentas ao novo paradigma de poder, é apontada por Teixeira na sua *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. Previamente, o autor esclarece que a “crise do Estado”, muito comentada ao longo do século XX e hoje definida, em linhas gerais, como a perda da capacidade estatal de manutenção da “unidade interna própria do maior poder público e a perda de fazer valer sua soberania externa no domínio econômico, vai além de uma crise ou momento de questionamento sobre a finalidade do Estado em relação à economia” – corroborando, pois, as afirmações anteriores de que mais do que transformações em curso, há um grave crise instaurada. Tais elementos indicam, sem dúvida, uma tácita relativização da soberania; contudo, a atual conjuntura impõe que isso seja feito de modo expresso “em proveito exclusivo de instituições supranacionais capazes de transcender as vontades políticas circunstanciais das grandes potências e dar representatividade a indivíduos e países que atualmente se encontram excluídos” do mercado e do cenário político internacionais. Antes que o corrente processo tácito descaracterize por completo a natureza e os propósitos do Estado-nação, “externamente a soberania carece de uma relativização expressa e acordada pelos Estados cedente [...]”<sup>572</sup>

Operativamente, a proposta sustentada por Teixeira prevê que “a função de tratar das relações políticas internacionais competiria precisamente aos espaços regionais”, legitimados pelos fatores históricos, culturais, políticos, antropológicos e étnicos que

---

<sup>571</sup> HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 142-173. p. 369 et. seq. p. 502 et. seq.

<sup>572</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 131-145.



representam “para sintetizar, internamente, as demandas das diversas nações que os compõem e, externamente, fazer a defesa política de tais demandas.” Além de uma releitura atualizada quanto aos desafios e possibilidades de exercício do poder estatal no mundo globalizado, a teoria em questão, ao sustentar relativizações expressas da soberania, quer permitir que o Estado reassuma algum controle sobre esse processo, pois necessariamente as normas que criarem e formarem o “espaço regional” precisarão de recepção do Direito interno – atendendo, também, ao objetivo maior declarado na obra, de tornar compatível a soberania nacional e a globalização.<sup>573</sup>

Certamente os modelos vistos não esgotam as tentativas de repensar o Estado e o exercício do poder em tempos globalizados e pós-modernos – tanto que alguns foram reservados, por recorrerem diretamente ao cosmopolitismo, ao último tópico do trabalho –, porém, servem com exatidão ao propósito de ilustrar uma justa preocupação relativa ao futuro do Estado (e, por conseguinte, do Direito).

Aliás, se futuro for, de fato, o tempo de que ainda se dispõe. Ao voltar-se atentamente para a União Europeia, sua forma de organização, atuação e legitimação, Pires observa que “não só estão ausentes os elementos prefixos do Estado como, de resto, a ideia de pessoa jurídica e muitos dos seus poderes e competências”, chegando à conclusão de que não se pode descartar a possibilidade de que aí tenha emergido a primeira forma política verdadeiramente pós-moderna. Reforçam essa ideia alguns traços percebidos pelo autor, como a despretenção de unidade desse tipo de Comunidade, que antes se ocupa de conjugar as várias formas de autonomia que se movimentam em seu interior do que circunscrever um espaço padronizado sob o seu domínio.<sup>574</sup>

Compartilhando e revalidando essas impressões após examinar os esforços teóricos para expressar a arquitetura inaugurada pela Comunidade Europeia, Ruggie acrescenta que tais formulações, além de imprecisas, não são definitivas. Mais do que isso, recorda que “a teoria da integração regional há muito tempo reconheceu a sua própria obsolescência em face da nova realidade europeia”, exatamente porque, de fato, está-se diante da primeira forma política pós-moderna.<sup>575</sup>

---

<sup>573</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 285-288.

<sup>574</sup> PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 80-81.

<sup>575</sup> RUGGIE, John Gerard. Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations. **International Organization**. Cambridge, n. 47, p. 139-174, 1993. doi:

Um Estado pós-moderno reclamará, naturalmente, um Direito pós-moderno – implicação que não causa surpresa pois vem sendo enfatizada, com o auxílio de outros teóricos, desde o quarto capítulo do trabalho. À forma de organização europeia atual, na leitura de Pires, corresponde um Direito que combina elementos de sistemas concorrentes (“*common law*” e “romano germânico”) e articula sistemas nacionais através de técnicas de harmonização e reconhecimento mútuo, o que autoriza considera-lo intrinsecamente pluralista. Ademais, sua criação e efetividade são dependentes de “negociações”, acompanha-lhe uma vocação anti-totalizadora e, o mais importante, não é prisioneiro de um centro unificador e de uma permanência fixista, operando como um típico “Direito em ação” – nos temos preferidos e justificados pela tese, dir-se-ia um “Direito em movimento” – e, por tudo isso, pode-se dizer, como um “Direito pós-moderno” (que atua por dentro e não apenas por cima dos Estados, estes que ainda dividem a posição de sujeitos passivos e ativos de todo o sistema com os “cidadãos europeus”).<sup>576</sup>

Por outro lado, não se pode ignorar a rejeição experimentada pelos planos de uma “Constituição europeia”, o que, ao final, acabou frustrando algumas expectativas com relação ao avanço do projeto de integração. Novamente ao centro do debate, então, as possibilidades de democracia e manifestação do poder constituinte para além da esfera estatal, cujo desenlace, neste caso, não permite afirmar, de forma clara, a superação da estatalidade. De qualquer forma, tais circunstâncias deixam uma certeza: a necessidade de uma Teoria do Estado que o vincule à realidade social, posto que “o Estado não pode ser visto como um setor isolado e independente de toda atividade social”, sob pena de incompreensão do fenômeno estatal.<sup>577</sup>

Fatalmente, uma crise do Estado que implique a revisão de seus fundamentos repercutirá no Direito e em toda a dinâmica constitucional, pela ligação histórica que os origina. Tanto que ao longo do trabalho, notadamente no terceiro capítulo, muitos dos efeitos da crise sobre o (e, de algum modo, também do) Constitucionalismo foram antecipados.

---

10.1017/S0020818300004732. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action>>. Acesso em: 16 Set. 2015.

<sup>576</sup> PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 82. p. 86.

<sup>577</sup> BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do estado. **Separata da Revista de História das Ideias**. Coimbra, v. 26, 2005. p. 32.

É importante perceber, nesse caso, que o próprio “paradigma constitucional não constituiu uma fórmula acabada, um modelo definitivamente concluso” e, para continuar sendo o marco explicativo da teoria jurídica e da ciência do Direito na era da globalização, “[...] uma realidade – mesmo embrionária – cujo desenvolvimento fica severamente condicionado pelas transformações que se estão sendo operadas no Estado e em sua ordem jurídica em uma era de interdependência”, precisará renovar-se.<sup>578</sup>

A(s) crise(s) promovem transformações conteudísticas no Estado, afetando tanto o “lugar” quanto a “forma” do Constitucionalismo, a significar, respectivamente, sua passagem do âmbito nacional para um regional (e, eventualmente, com projeção mundial/cosmopolita) e sua transfiguração “de documentos legislados nacionalmente para pactos construídos negocialmente em escala internacional sob o formato de tratados, como o caso dos tratados internacionais de direitos humanos [...]”.<sup>579</sup>

Considerando que o radical dilema imposto pela(s) crise(s) ameaça o futuro da democracia e do Estado de Direito e, assim, também a paz e a habitabilidade do planeta, as alternativas pensadas precisam desafiar os nexos históricos que a realidade desgastou. Significa que o paradigma constitucional precisa ser estendido para além dos confins dos Estados nacionais e dos poderes estatais, “a alternativa a um futuro de catástrofes ambientais, políticas, econômicas e sociais é o desenvolvimento de um constitucionalismo supranacional [...]”.<sup>580</sup>

Não se trata de depreciar ou relativizar a indiscutível vinculação que o relato convencional estabeleceu entre os conceitos de Estado e Constituição. Historicamente, a ideia de Constituição encontrou na ideia de Estado uma densidade que não é facilmente dispensável; toda a teoria constitucional advinda dessa união foi, necessariamente, uma teoria do Estado Constitucional, fazendo com que o próprio Direito constitucional fosse compreendido como um setor do Direito do Estado.<sup>581</sup>

---

<sup>578</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Coleção Estado e Constituição. nº 9. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54.

<sup>579</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v.5, n. 2, p.133-140, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br>>. Acesso em: 31 Ago. 2015. p. 140.

<sup>580</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 185.

<sup>581</sup> GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Derecho constitucional para la sociedad multicultural. Derecho constitucional y Estado nacional. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. **Derecho constitucional**

Contudo, o Constitucionalismo concebido “com relação somente aos poderes estatais, cujas políticas podem dar respostas somente locais aos problemas que são de natureza global” está fadado à ruína; sua recuperação passa, justamente, pela capacidade de prolongar-se sobre os poderes supraestatais, desancorando-se da origem estatal e da tradição estadocêntrica. Dado o seu “caráter puramente formal”, no sentido conferido por Ferrajoli à expressão, o modelo teórico do constitucionalismo, “comportando a imposição de limites e de vínculos garantistas, pode valer para qualquer sistema de poderes, sejam estes públicos ou privados, estatais ou supraestatais”, o que empurra à conclusão de que as dificuldades opostas a um Constitucionalismo global são de caráter político e não teórico. Para tanto, outro obstáculo que precisa ser vencido diz respeito ao universalismo dos direitos fundamentais, existindo e resistindo, nesse particular, uma trivialidade que precisa ser desfeita, qual seja, a de que as Constituições pressupõem uma homogeneidade cultural ou uma identidade coletiva compartilhada sobre a qual está destinada a valer. Muito pelo contrário, enfatiza Ferrajoli, não é a unidade pré-existente de um povo que forma esse pressuposto, “mas sim, o efeito da igualdade nos direitos, os quais agem como fatores de integração política e social gerando a percepção dos outros como iguais e o senso comum de pertinência a uma mesma comunidade política.”<sup>582</sup>

Comunidade política que, vista através do espírito antropológico empregado por Anderson, remete à ideia de Nação, definida pelo autor como “uma comunidade política imaginada – e imaginada como sendo intrinsecamente limitada e, ao mesmo tempo, soberana”, seguida de uma explicação que claramente justifica a descrição do nacionalismo (da nacionalidade ou da condição nacional, como se prefira) como “anomalia”. Tal comunidade “é imaginada porque mesmo os membros das mais minúsculas das nações jamais conhecerão, encontrarão, ou sequer ouvirão falar da maioria de seus companheiros, embora todos tenham em mente a imagem viva da comunhão entre eles”. A partir disso, imagina-se a nação *limitada* porque mesmo a maior delas, que agregue, suponha-se, um bilhão de habitantes, “possui fronteiras finitas, ainda que elásticas, para além das quais existem outras nações.” Nenhuma nação é imaginada em extensão que contemple toda a humanidade. Ainda, “imagina-

---

**para la sociedad multicultural.** Edición y traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 2007. p. 10-11.

<sup>582</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 185-186.

se a nação *soberana* porque o conceito nasceu na época em que o Iluminismo e a Revolução estavam destruindo a legitimidade do reino dinástico hierárquico de ordem divina." Diante do inevitável *pluralismo* das religiões "e com o alomorfismo entre as pretensões ontológicas e a extensão territorial de cada credo, as nações sonham em ser livres", o que não é possível sob a dominação divina. A garantia e o emblema dessa liberdade será, portanto, o Estado Soberano. Finalmente, a nação "é imaginada como uma *comunidade* porque, independentemente da desigualdade e da exploração efetivas que possam existir dentro dela, a nação é sempre concebida como uma profunda camaradagem horizontal."<sup>583</sup>

De fato, essa fraternidade "fantasiada" permitiu, nos últimos dois séculos, que "tantos milhões de pessoas tenham-se não tanto a matar, mas sobretudo a morrer por essas criações imaginárias limitadas", mortes que expõem bruscamente o "problema central posto pelo nacionalismo: o que faz com que as poucas criações imaginativas da história recente [...] gerem sacrifícios tão descomunais?"<sup>584</sup>

Ao admitir-se que a nação é uma comunidade imaginada, um produto cultural específico, cria-se uma saída, uma alternativa às crises que vêm devastando a modernidade e seu legado. Ora, é possível imaginar além (e isto tem sido feito, do que é prova este estudo e tantos outros aos quais se remete)! É possível imaginar uma comunidade global, cuja efetivação dependerá também de uma mudança cultural que, nessa condição, pode penosamente tardar a se consumir. Para guiar os primeiros passos e motivar os demais necessários rumo a um novo mundo, porém, é suficiente a esperança de que o caminho não é impossível.

### *7.3.1 Cosmopolitismo, direitos humanos e o papel contra-fático do Estado e suas instituições*

Se o tempo não pode ser controlado e vem trazendo mudanças de forma implacável, é necessário criar condições de, pelo menos, gerir-se em alguma direção que faça sentido. Dentre outros rumos que foram apresentados até o momento, há

---

<sup>583</sup> ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**. Reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 30-34.

<sup>584</sup> ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**. Reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 34.

importantes perspectivas oferecidas pelo cosmopolitismo que precisam ser seriamente consideradas.

Em seu projeto cosmopolita de governança democrática, Held, por exemplo, introduz a ideia de “comunidades sobrepostas de destino”, gerada pelo crescimento de problemas transfronteiriços que, por sua vez, interliga, cada vez mais, as comunidades políticas individuais. Rebate-se, assim, a anacrônica premissa de que a natureza e as possibilidades da comunidade política podem ser compreendidas meramente à luz das estruturas e mecanismos de poder político nacional, mesmo porque, “se o agente no coração do moderno discurso político, seja ele uma pessoa, um grupo ou um governo, estiver preso em uma variedade de comunidades e jurisdições sobrepostas, fica difícil localizar o devido ‘lar’ da política e da democracia.” A partir disso, torna-se impensável um governo ou um Estado particulares, fechados em torno de si, isolados no interior das próprias fronteiras, situação que também é impactada pelo descrédito da concepção de cidadania enquanto vínculo exclusivo de direitos e responsabilidades relativos a um Estado determinado, de modo que “será certamente necessário o desenvolvimento de instituições que reflitam os múltiplos assuntos, questões e problemas que vinculam as pessoas, a despeito dos Estados-nação específicos em que eles nasceram ou cresceram.”<sup>585</sup>

Um primeiro passo em direção a esse modelo de democracia cosmopolita poderia ser dado por um sistema já existente, a Organização das Nações Unidas. Antes disso, porém, seriam demandadas inúmeras modificações e reformas, desde a exigência de cumprimento efetivo das disposições de sua Carta e Convenções decorrentes, passando pela implementação de uma jurisdição obrigatória concernente as suas previsões, até o estabelecimento do voto unânime da Assembleia Geral como fonte legítima de direito internacional, ou, pelo menos, modificando-se o mecanismo de veto do Conselho de Segurança.<sup>586</sup>

Têm sido frequentes, aliás, os apelos em favor de uma reforma da Organização das Nações Unidas. Ao patrocinar a adoção de uma ideia democrática de soberania, o que reclamaria a facilitação das justificativas de intervenções contra governos antidemocráticos, Singer verifica que “a combinação dessas duas sugestões não

---

<sup>585</sup> HELD, David. Regulamentando a globalização? A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony. (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007. p. 573-576.

<sup>586</sup> HELD, David. **La democracia y el orden global**. Del estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 1997. p. 319.



deixa de trazer consigo uma ironia: por que a própria Organização das Nações Unidas não é um modelo de democracia.” Sobre o poder de veto, acrescenta que “não pode haver justificativa hoje para se conferir um status especial a Estados que eram grandes potências em 1945, mas já não o são,” além do que, “a longo prazo, é difícil pensar que a concessão de privilégios especiais a um pequeno grupo de Estados seja a melhor maneira de manter a autoridade da Organização das Nações Unidas ou a paz mundial.” Basicamente, o poder de veto das superpotências representa o exercício da força, não do Direito.<sup>587</sup>

Sem estranheza, portanto, o poder de veto dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança (China, Estados Unidos, França, Rússia e Reino Unido) é a principal queixa e acusação de déficit democrático da Organização das Nações Unidas. Ao lado disso, aponta-se uma crise de autoridade da Instituição, relacionada, principalmente, ao fracasso na prevenção de catástrofes anunciadas, como os genocídios em Ruanda e Kosovo, na década de 90, bem como à incapacidade de prevenir a violação de suas normas, como no caso da Guerra do Iraque, em 2003, quando os Estados Unidos ignorou a deliberação do Conselho de Segurança e, mediante uso da força, levou adiante a invasão.<sup>588</sup>

No entanto, mesmo que fossem contornadas essas objeções e por mais importante que sejam, o resultado seria uma forma ainda parcial ou incompleta de democracia na vida internacional. Continuaría faltando um “um foro para discutir as questões globais que afetam diretamente aos atores e agências da sociedade civil; os atores transnacionais, as associações civis, as organizações não-governamentais e o movimentos sociais [...]”, os quais seguiriam exercendo um papel político marginal. Em síntese, “este sistema de governo seguiria sendo [...] um modelo «estadocêntrico» ou «soberanocêntrico» de política internacional, e estaria muito longe do que se poderia caracterizar como uma ordem democrática mais «densa» dos assuntos globais.” Alternativamente, Held propõe uma série de medidas que poderiam consolidar um modelo cosmopolita de democracia, dentre os quais chama atenção “a

---

<sup>587</sup> SINGER, Peter. **Um só mundo**: a ética da globalização. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 186-188.

<sup>588</sup> VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização**. Desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijuí: UNIJUÍ, 2015. p.. p. 210-211.

possibilidade de celebrar referendos gerais, que atravessem as nações e os Estados-nação.”<sup>589</sup>

É vital que se mergulhe na onda de transformações estruturais da sociedade internacional, cuja passagem “significa não apenas uma reconfiguração do sistema interestatal, mas a constituição de um meio social novo, com novos actores (sic) e novas dinâmicas relacionais [...]”, marcadas pela porosidade crescente das soberanias. Comparativamente à anterior expansão mundial do sistema interestatal, que marcou a primeira fase das transformações estruturais do sistema internacional desde a sua consolidação na modernidade, o diferencial da segunda vaga elevada pela globalização “é a constatação de que a comunidade de referência das relações sociais do nosso tempo, em todos os domínios – da economia e das finanças à cultura, ao direito e às lutas pela cidadania – deixou de ser a comunidade nacional.” Assim, a “comunidade que o Direito Internacional contemporâneo é chamado a antecipar na sociedade internacional descentralizada e estatocêntrica é simultaneamente uma comunidade de Estados e uma comunidade de pessoas.” A própria sistemática de proteção dos direitos humanos, como já foi visto, representa “um momento de ruptura com o paradigma tradicional do Direito Internacional Público, nascido e desenvolvido como código regulador das relações entre os Estados nacionais.”<sup>590</sup>

Tomadas as observações e projeções de Boaventura, vislumbra-se no Fórum Social Mundial, desde logo, essa dinâmica inovadora teorizada com tanta expectativa. Constituindo “uma das mais consistentes manifestações de uma sociedade civil global contra-hegemônica”, ainda que em vias de surgimento, o Fórum Social Mundial, na sua definição mais ampla, “é o conjunto de iniciativas de troca transnacional entre movimentos sociais e organizações não-governamentais onde se articulam lutas de âmbito local, nacional ou global [...]”, opondo-se a “todas as formas de opressão geradas ou agravadas pela globalização neoliberal.” Trata-se, decididamente, de um novo fenómeno político, pois o Fórum Social Mundial não é um evento, nem um

---

<sup>589</sup> HELD, David. **La democracia y el orden global**. Del estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 1997. p. 320-323: “[...] Todavía faltaría un foro para discutir los cuestiones globales que afectan directamente a los actores y las agencias de la sociedad civil; los actores transnacionales, las asociaciones civiles, las organizaciones no gubernamentales y los movimientos sociales seguirían sin tener más que un papel político marginal. [...] Este sistema de gobierno seguiría siendo, en pocas palabras, un modelo «estadocéntrico» o «soberanocéntrico» de política internacional, y estaría muy lejos de lo que podríamos caracterizar como un orden democrático más «denso» de los asuntos globales.”

<sup>590</sup> PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: 2004. p. 74-75.

congresso acadêmico; não é um partido, ainda que contemple a participação de militantes e ativistas de muitos partidos do mundo todo; não é uma organização não-governamental, tampouco um movimento social, apesar de ser chamada por muitos de seus participantes de “movimento dos movimentos”. Ademais, “apesar de se apresentar como agente de mudança social”, o Fórum Social Mundial “não confere prioridade a nenhum actor (sic) social específico neste processo de mudança” e não obedece a nenhuma ideologia claramente definida. Finalmente, extirpando qualquer dúvida acerca da sua originalidade, o Fórum Social Mundial “não está estruturado segundo nenhum dos modelos da moderna organização política”; “ninguém o representa nem está autorizado a falar – e muito menos tomar decisões – em seu nome, se bem que se veja a si próprio como um fórum que viabiliza as decisões dos movimentos e organizações nele participantes.”<sup>591</sup>

A narrativa perfaz exatamente o *cosmopolitismo subalterno insurgente* incentivado por Boaventura, que baseia-se na “resistência transnacionalmente organizada contra os localismos globalizados e os globalismos localizados”, articulando-se em “um conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pela globalização neoliberal.” Nos termos preconizados pelo professor português, “o cosmopolitismo subalterno e insurgente [...] refere-se à aspiração por parte dos grupos oprimidos de organizarem a sua resistência e consolidarem as suas coligações à mesma escala em que a opressão crescentemente ocorre”, ou seja, globalmente.<sup>592</sup>

Nessa linha, percebe-se que a promoção e a defesa de uma concepção ampla de direitos humanos vem favorecendo a aglutinação “de uma vasta rede de movimentos sociais e de organizações não-governamentais que, à escala global, estão a redesenhar os conceitos de cidadania e de justiça numa perspectiva cosmopolita.” São abrangentes as pautas de luta priorizadas por inúmeras mobilizações, compreendendo desde a defesa da vida, saúde, direitos reprodutivos, oposição à pena de morte, eliminação das armas, até questões ambientais; enfim, sumariamente, envolvendo todas as causas que se reconduzam, em alguma medida,

---

<sup>591</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 415-417.

<sup>592</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 439.

à defesa da dignidade humana nas diversas partes do mundo. “Estas são as forças que protagonizam um novo cosmopolitismo.”<sup>593</sup>

Tais movimentos e iniciativas preenchem as lacunas abertas pelas crises que afetam o Estado e que interferem prejudicialmente no modo como são efetivados os mais variados direitos a que se comprometem tanto a nível internacional quanto no âmbito de suas Constituições. Mais do que suprir as carências e ausências estatais, no entanto, cumprem outro importantíssimo papel, já que não raro é “contra” o próprio Estado que se trava a luta pela conquista de direitos.

A história é a prova de que os direitos têm sido praticamente arrancados do poder estatal, sendo os deveres que lhes correspondem impostos ao Estado. É preciso assinalar a coragem e a determinação daqueles que lutam para a formalização de tais direitos, pois para garantir o direito de greve, por exemplo, as pessoas tiveram primeiro que realizar greves (as quais não tinham direito), reunindo poder social e político para alterar a relação de forças condicionante e pré-existente. Uma das graves dificuldades notadas a partir daí é que, tão logo alcançado o objetivo inicial e convertida a reivindicação em direito, ou seja, incorporada ao programa de deveres estatais, o agrupamento das forças sociais tende a se dissolver, ficando às instituições estatais o encargo de velar pelo direito conquistado.<sup>594</sup>

Essa necessária “libertação” em relação ao Estado, contudo, sobretudo em âmbito internacional, não é algo que partirá dos próprios Estados, o que reclama diretamente uma cidadania ativa por via de uma redemocratização das relações sociais. É indispensável a recuperação dos canais democráticos face ao aparato estatal, tanto quanto a criação e ampliação de espaços públicos que configurem verdadeiras estruturas abertas de cidadania.<sup>595</sup>

Começa a se materializar o “compromisso cosmopolita igualmente fundamental” de que fala Appiah. Aceitar o Estado nação, argumenta o autor, significa aceitar coletivamente uma série de responsabilidades especiais quanto à vida e à justiça dos próprios cidadãos, o que não destitui da obrigação de vigilância e exigência a que todos os demais Estados respeitem e satisfaçam os direitos e necessidades de

---

<sup>593</sup> NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: 2004. p. 18-19.

<sup>594</sup> CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudadanos siervos**. Madrid: Trotta, S.A., 1993. p. 148.

<sup>595</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, derecho y justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000. p. 195.

cada um de seus nacionais. Compartilha-se um dever coletivo entre nações (e apesar delas, se for o caso) e entre pessoas para que cada ser humano, em qualquer parte da Terra, tenha seus direitos atendidos.<sup>596</sup>

Com as novas perspectivas ocasionadas pela globalização e pela pós-modernidade, aliadas as demais circunstâncias abordadas, afinal, o que resta do Estado? Qual o papel que lhe cabe, que lhe é possível, hoje? Quem assumirá a autoridade tão acostuada às fronteiras da figura estatal?

De imediato, ressalva-se que a relação Estado–autoridade não é sinonímica e, assim, a despeito da imprescindibilidade de uma instância de autoridade, notadamente para organização da vida política e social, não necessariamente esta autoridade precisa ser o Estado. Isso resguarda o que a própria modernidade construiu historicamente enquanto processo civilizatório (Hobbes falava em autoridade, que foi, no caso, apenas assumida pelo Estado), sem impedir que se abra mão do Estado como autoridade, desde que permaneça alguma referência nesse sentido (que pode se dar em outro âmbito) – o que, em alguma proporção, vem ocorrendo historicamente, com a construção de outras referências de autoridade que já se equivalem e até superam o poder do Estado.

Importa que haja uma referência de autoridade que, independentemente de por que(m) venha a ser exercida, seja efetiva e, para tanto, comum. Mais motivos a reforçar a elaboração de um Constitucionalismo de filtragem de todos esses elementos que não estritamente vincule-se ao Estado.

No âmbito do direito cosmopolita a ideia de autoridade legítima já vem sendo repensada e reformulada para além do Estado e seus domínios geográficos específicos. No que se distancia do Estado, a autoridade aproxima-se do Direito democrático cosmopolita, aplicável amplamente em diferentes esferas, associações, cidades, Estados e redes globais.<sup>597</sup>

Segue-se a isso a análise de Sassen, constantemente chamando atenção para o fato de que a autoridade sequer depende de um caráter territorial, muito menos excludente. Embora tenha sido essa a forma de consolidação dos Estados modernos, existem e, portanto, são perfeitamente viáveis, outros sistemas de organização e

---

<sup>596</sup> APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética en un mundo de extraños. Traducción de Lilia Mosconi. Madrid: Katz, 2007. p. 214.

<sup>597</sup> HELD, David. Principles of cosmopolitanism order. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, n. 39, p. 153-169, 2005. Disponível em: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/cre>>. Acesso em: 21 Set. 2015. p. 167.

governo, baseados, por exemplo, em afinidades ao invés de territorialidade; ou, então, ainda que territoriais, não excludentes.<sup>598</sup>

Talvez tenha chegado o momento de revisar o contrato social moderno que flagrantemente “não alcança a profusão social da pós-modernidade.” Desse modo poderiam ser pactuados novos termos, mais inclusivos socialmente, quem sabe abrangendo também a natureza e o meio ambiente. Certamente um “contrato social do tipo pós-moderno” “não poderia limitar-se ao espaço-tempo nacional e estatal [...], não se basearia numa clara distinção entre Estado e Sociedade Civil” e, para “a deliberação democrática, como exigência cosmopolita, não teria sede nem forma institucional específicas.”<sup>599</sup>

Seria o fim do Estado? Na concepção de Held, arquétipos desse cariz fazem “murchar” o Estado-nação, retirando sua exclusividade e centralidade no exercício de poder legítimo dentro das fronteiras – o que já ocorre em muitos lugares, verdade seja dita. As leis e regras estatais seriam apenas mais um dos focos de desenvolvimento jurídico, de reflexão e mobilização política, enquanto os cidadãos, vivendo em comunidades sobrepostas, seriam cidadãos de suas comunidades políticas imediatas e, simultaneamente, de redes regionais e mundiais mais amplas que venham impactar suas vidas. Um sistema cosmopolita sobreposto, como o que vem sendo pensado, tanto em sua forma como substância refletiria e abraçaria diversas formas de poder e autoridade que, mais ou menos intensamente, já operam dentro e fora das fronteiras.<sup>600</sup>

Estado e Direito têm condições reais de desempenhar um papel significativo no contexto político e social renovado da pós-modernidade, especialmente por faltarem bússolas e parâmetros de orientações no fluxo desordenado que se segue. De igual modo, o Constitucionalismo, absorvendo os componentes destacados ao longo do estudo, é capaz de resgatá-los. Por isso se postula um papel *contra-fáctico* que deve ser incorporado por essas instituições, no sentido de fazer valer as previsões e compromissos juridicamente assumidos, inclusive sobre outras forças reais que

---

<sup>598</sup> SASSEN, Saskia. **¿Perdiendo el control?** La soberanía en la era de la globalización. Traducción de Víctor Pozanco. Barcelona: Bellaterra, 2001. p. 22. Quanto a esses aspectos o estudo se densifica em SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages.** New Jersey: Princeton University Press, 2006.

<sup>599</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí, SC: Univali, 2014. p. 41-43.

<sup>600</sup> HELD, David. Principles of cosmopolitanism order. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez.** n. 39 (2005), p. 153-169. Disponível em: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/cre>>. Acesso em: 21 Set. 2015. p. 167.



possam atuar, *facticamente*, na contramão dos direitos humanos e dos preceitos democráticos cosmopolitas.

Parece acertada, diante disso, a interpretação de Bull, de que "a busca de conclusões que possam ser apresentadas como 'soluções' ou 'conselhos práticos' é um elemento corruptor no estudo contemporâneo da política mundial que, apropriadamente entendido, constituiu uma atividade intelectual e não prática." Por maior que seja a vontade de saber o que será do futuro da política mundial, a verdade é que se caminha no escuro. De qualquer forma, novamente subscreve-se o autor, ao julgar que "é melhor reconhecer que estamos na escuridão do que fingir que podemos ver a luz."<sup>601</sup>

Das trevas medievais às luzes da razão moderna, retorna-se à escuridão. Claro está, destarte, que a autoridade não precisa ser o Estado, o que também não significa que não possa sê-lo. Para tanto, um árduo trabalho de refundação e relegitimação será demandado, caso se queira trazer o Estado e o Direito nascidos a partir do século XVI, finalmente, para o século XXI.

---

<sup>601</sup> BULL, Hedley. **The anarchical society**: a study of order in world politics. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002. p. 308: "The search for conclusions that can be presented as 'solutions' or 'practical advice' is a corrupting element in the contemporary study of world politics, which properly understood is an intellectual activity and not a practical one. [...] It is better to recognize that we are in darkness than to pretend that we can see the light."

## 8 CONCLUSÕES

*“O Universo não é uma ideia minha.  
 A minha ideia do Universo é que é uma ideia minha.  
 A noite não anoitece pelos meus olhos,  
 A minha ideia da noite é que anoitece por meus olhos.  
 Fora de eu pensar e de haver quaisquer pensamentos  
 A noite anoitece concretamente  
 E o fulgor das estrelas existe como se tivesse peso.”*

*(Alberto Caeiro, heterônimo de Fernando Pessoa)*

Cada passo deste trabalho, seguindo de página em página, foi dado em uma direção cujo ponto de chegada, ou seja, a resolução do problema proposto, estabeleceu-se desde logo: como situar o Estado e o Direito entre integração e interferência do Direito (e de todo um contexto) internacionalizado diante da(s) insuficiência(s) das instituições jurídico-políticas nacionais e do próprio Constitucionalismo, de modo a permitir-lhe servir de filtro a um “novo tipo de Direito” em ação (o “Direito em trânsito”) e possibilitar a (re)configuração do Estado Democrático de Direito a partir dos direitos humanos e da perspectiva cosmopolita?

Escolhido o destino, a rota traçada para o seu alcance foi dividida em dois momentos, basicamente, “modernidade” e “pós-modernidade”, com todos os atrasos e avanços entre esses dois pontos que se fizeram necessários para a compreensão desejada. De fato, para o entendimento não apenas da modernidade, como também daquilo que lhe influenciou e lhe impeliu, com reflexos, posteriormente, em sua própria formação e instituições, o retorno às experiências jurídicas pré-modernas foi decisivo.

Na reconstrução do percurso histórico que permitiu a consolidação do Estado e do Direito modernos, objetivada pela primeira parte da tese, foi conferida especial atenção a dois traços particularmente marcantes na conformação que se alastraria pelo mundo ocidental e predominaria praticamente sem ser contestada por séculos: razão e individualismo, como eixos centrais da modernidade, diretamente refletidos no Estado e no Direito.

A razão perpassa a modernidade intrinsecamente, impondo-se ao Estado e ao Direito – enquanto expressões do poder que é exercido racionalmente e, portanto, de modo secularizado –, à organização burocratizada da vida social, ao modo de produção de riquezas e à economia (sistema capitalista), à compreensão do indivíduo (como ser livre, autônomo e especial, pois racional) e do tempo (o progresso, contínuo). E se a modernidade marcou e foi marcada pelo apogeu da razão (levando-

a ao seu limite, inclusive), de igual prestígio foi cercado “o homem”, único ser pensante e racional, por isso protagonista da história e senhor do próprio destino. Será esse indivíduo o sujeito da modernidade, titular de direitos e deveres com relação ao Estado a que “pertence”.

Tal é a importância desses preceitos que, a partir de sua combinação, consegue-se visualizar as bases originárias da figura estatal. A forma de organização medieval, com um poder fragmentado e impregnado de religiosidade, com permanentes conflitos pela inexistência de qualquer uniformidade social ou jurídica, sem quaisquer condições, portanto, de assegurar aos indivíduos o livre desenvolvimento de suas potencialidades, flagrantemente destoa dos postulados racionais que promoveram sua substituição pelo Estado que surge na modernidade. Não à toa o Estado surge como absolutista, pois responde à necessidade de um elemento forte e centralizador diante da fragmentação e da instabilidade de poder.

Na despedida do século XVI, o tempo avança e a Idade Média fica para trás. Como a materialização do conceito de soberania em termos jurídicos e políticos, a fragmentação do poder, leis e costumes dá lugar à unidade, a religiosidade é solapada pela laicidade e a razão, absoluta, assume o leme dos próximos séculos. Em linhas gerais, atribui-se a Jean Bodin e a Thomas Hobbes a edificação mais precisa do que serviria, por muito tempo, como justificação e legitimação da soberania, traço definidor do Estado, expressivo de sua centralidade e exclusividade no exercício do poder e na condução da vida dos indivíduos em seu território cuidadosamente demarcado. Para completar as referências da transição à modernidade, a Paz de Vestfália, de 1648, além de encerrar a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), note-se, oriunda de conflitos religiosos tipicamente medievais, concretiza a ideia de sociedade internacional proposta por Hugo Grócio em *De Jure Belli ac Pacis*, que já no ano de 1625 teorizava sobre o que viria a ser o primeiro acordo de paz geral dos tempos modernos.

Assim como as falhas e debilidades da estrutura organizacional do medievo, ao tornarem-se insuportáveis, acarretaram sua substituição por algum modelo alternativo, o curso histórico ordinário, em geral, reproduz essa lógica a variadas instituições. Nesse contexto específico, ainda, soma-se o ímpeto ao progresso, à perfeição, característico da modernidade, que não tardou para envolver o Estado. No entanto, o que se quer destacar é que, apesar da notável importância desse passado pré-moderno, ao fornecer o padrão que deveria ser superado e, portanto, o norte da mudança a ser buscada, a figura do Estado e tantas outras concepções conseqüências

costumam ser investigadas em prejuízo desse período. Veja-se o Constitucionalismo, raramente analisado em formações que não sejam posteriores às revoluções americana (1776) e francesa (1789) – de fato, são eventos cruciais a sua formação e compreensão, precursores do Estado de Direito, o que não deve desencorajar, contudo, uma investigação que lhes preceda.

Efetivando essa busca, então, concluiu-se que se a própria ideia de Constituição antecede ao seu conceito moderno (fazendo-se presente na antiguidade e na Idade Média), acompanha-lhe a este passado alguma concepção, mesmo incipiente, de limitação do poder pela lei (ainda que fosse, à época, apenas para garantir a permanência de alguma forma política). Modernamente, a manifestação mais significativa desse intuito consiste na doutrina da separação dos poderes, ínsita ao Constitucionalismo e que, por essa razão, isso é, ao associá-lo à tentativa de controle do poder político, autoriza a situá-lo em tempo mais remoto.<sup>602</sup>

Ocorre que “a vontade” de controle do poder e respeito ao Direito já existentes na Idade Média aí não passou do plano das ideias (o que não deve desmerecer sua relevância para a história do Constitucionalismo – eis a contribuição histórica desprestigiada que aqui se fez questão de não omitir), pois a “invenção” e a “aplicação” de mecanismos aptos e legítimos para uma tal missão são conquistas do Constitucionalismo moderno, cujos créditos, enfim, precisam ser atribuídos, sobretudo, às Revoluções americana e francesa, que lhe deram os contornos mais definitivos e duradouros.

Em relação à Revolução americana o principal legado, sem dúvida, concerne à noção de supremacia da Constituição – da qual decorrem o *judicial review* e o controle de constitucionalidade –, que combinada à tradição constitucional francesa – a encarar a Constituição menos como um “limite ao exercício do poder” (definidora das “regras do jogo”) e mais como “projeto político”, vetor de transformação – formará o núcleo do que, mais tarde, será chamado de Constitucionalismo Contemporâneo.

Outra consequência da Revolução francesa que interfere profundamente na consolidação de um novo paradigma de sistema constitucional está relacionada à

---

<sup>602</sup> Quanto à existência e distinção de um Constitucionalismo antigo e moderno, a obra de Charles Howard McIlwain é o que se pode chamar, legitimamente, de clássico, justificando que se reitere uma de suas premissas essenciais, indicativa do “mais antigo, persistente e duradouro dos fundamentos do verdadeiro constitucionalismo”, qual seja, a “limitação do governo pela lei”; tais limitações, “se não a mais importante parte do nosso constitucionalismo, são, sem dúvida, a mais antiga.” McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Ithaca, New York: Cornell University, 1947. p. 21-22.

queda do *Antigo Regime* e o conseqüente estabelecimento do Estado de Direito Liberal. Aliás, aqui, mais uma vez se demonstra a contestação do presente movendo a história. Na sociedade absolutista, de caráter estamental, desenvolve-se um novo estrato burguês que se vê tolhido em suas potencialidades pela disposição social do regime, a privilegiar vínculos de nobreza e eclesiásticos. Forma-se uma classe com notável poder econômico que, no entanto, não pode ser plenamente desenvolvido por faltar-lhe interação política. De outro lado, acresce-se a miserabilidade e insatisfação, também, daqueles que viviam simplesmente oprimidos por todos esses poderes.

Por isso o Estado de Direito pós-revolucionário acautela-se com uma Constituição que privilegie, acima de tudo, a liberdade dos indivíduos, notadamente em detrimento do Estado, ao qual incumbe um espaço extremamente reduzido de atuação, apenas o necessário para a garantia da liberdade e da propriedade, e de igualdade em uma perspectiva meramente formal. Mais uma formação política e social que se estabelece já prenunciando o próprio colapso, pois as objeções que farão ruir esse modelo estatal decorrem de modo evidente das circunstâncias sobre as quais se baseia: liberdades negativas, igualdade formal e não intervenção estatal, a fórmula infalível para a desigualdade e a exclusão, cujas tentativas de superação conduzem ao Estado Social.

O Estado Social agrega aos valores e fins do modelo anterior a pretensão de fazê-los efetivos; não há uma negação daquilo que compôs o Estado Liberal e sim um “acúmulo”, uma ampliação de metas que leva à “ampliação” da figura estatal, no sentido de exigir-lhe uma postura intervencionista e de vincular-lhe a conteúdos próprios, já que a igualdade preconizada é a de condições (sentido material). Nesse contexto, a lei e a Constituição também assumem novas funções, pois já não se prestam à garantia da ordem posta, mas à transformação, à promoção de direitos sociais, entendidos como indispensáveis, inclusive, para a efetivação dos direitos individuais.

Não serão poucas ou passageiras, no entanto, as dificuldades enfrentadas pela formatação social do Estado – tanto que lhe perseguem até hoje, constituindo um cenário identificado como crise do Estado Social, o que, por outro lado, faz com que se reconheça a sua permanência, sua “inconclusão”. Além disso, às suas bases são incorporadas novos componentes, fundamentos e desafios, dando origem ao chamado Estado Social e Democrático de Direito.

Tendo como berço as ruínas da guerra, o modelo estatal democrático encerra a mais elaborada e complexa versão do Estado de Direito, justificando que se inaugure uma classificação própria para explicá-lo, tal a importância e impacto das mudanças que o seguem. Trata-se de uma composição que se pode chamar, verdadeiramente, de Estado Constitucional, dadas as suas características sem precedentes, originadas da combinação do percurso histórico e de outras versões do modelo estatal com os estarrecedores eventos do século XX.

Ressignificada e reposicionada no centro do sistema jurídico-político, a Constituição que adjetiva o modelo estatal reclama sua autoridade e superioridade, formal e substancialmente, agregando, além de uma função ordenadora, um intuito transformador. Não se trata, simplesmente, da substituição da lei pela Constituição, opera-se uma modificação mais essencial e profunda, capaz de alcançar e influenciar todo o aporte teórico que permitiu e justificou, por séculos, outras formas de organização e exercício do poder.

Dentre as distinções que se sobressaem ao Estado Democrático de Direito, muitas derivadas do impacto da Segunda Guerra, que escancarou a fragilidade das instituições até então construídas, extremamente significativa alteração é a que se dá quanto ao núcleo das Constituições e, assim, dos Estados, que passam a encontrar na noção de dignidade da pessoa humana, aliada aos direitos humanos, um renovado fundamento e propósito.

A dignidade da pessoa humana representa a síntese entre moralidade e dever jurídico, reconciliando valores e/ao Direito e, assim, provendo um fundamento aos Estados Democráticos, ao mesmo tempo que lhe impõe novos desafios, veiculados, em grande parte, pelos direitos humanos. Revestidos de universalidade, pensados dessa forma, os direitos humanos denunciam, em toda a sua gravidade, a insuficiência e irresponsabilidade de se confinar determinados assuntos a âmbitos meramente nacionais. Sobrepondo fronteiras, esses direitos antecipam-se à realidade que irrompe no século XXI.

Uma realidade que começa a sinalizar o desgaste das até então seguras construções modernas, como o Estado e o Direito (territorialmente tão bem definidos quanto o poder que expressam), ao que concorre, decisivamente, uma série de eventos chamada de “globalização” (que se “repete” ao longo da história, com particularidades e manifestações diferentes a cada período), também originada no século XX, e adentrando o século XXI sem comedimento.



Ao introduzir uma era de interdependência, por promover a quebra das seguras relações que antes completavam-se no interior dos Estados-nação, a globalização desloca o Estado do seu eixo tradicionalmente central e exclusivo, que lhe assegurava o monopólio do poder (soberania) e da regulação/ordenação (Direito) nos limites do seu território. O que o fenômeno globalizante faz é exatamente refundar a concepção de espaço-tempo; eis a nascente dos desencaixes retratados ao longo do trabalho, o “velho Estado e seu Direito” em um (e para um) contexto inteiramente renovado, valendo-se de vínculos e estratégias já superados pelo presente.

Esse deslocamento do Estado, a debilidade das fronteiras diante de problemas globais e o surgimento de outros tipos de poder inevitavelmente afetam ao Direito, pois outras fontes e formas de regulação acabam se desenvolvendo em busca de mais adequadas respostas. Nitidamente a sociedade globalizada vive situações que ultrapassam o território e o Direito nacionais, tornando insuficiente as previsões e as instituições locais.

Conduzindo a análise a um plano mais denso e, percebendo que verdadeiras revoluções estão ocorrendo por toda a parte, artes, arquitetura, economia, política, Estado, Direito, enfim, é possível unificar a causa de tantas mudanças e instabilidades em múltiplos domínios, constatando-se que há uma crise paradigmática em curso, e o paradigma em xeque é a modernidade.

Desse estado de crise, referência permanente da atualidade, intensificam-se as críticas à modernidade, as quais podem ser divididas em três grandes categorias: (i) a modernidade como um projeto inacabado e que ainda pode ser salvo<sup>603</sup>; (ii) a

---

<sup>603</sup> A investigação dessa linha de abordagem baseou-se, principalmente, em autores como Jürgen Habermas, Alfonso de Julios-Campuzano e Sergio Paulo Rouanet, sobretudo, por meio das obras: HABERMAS, Jürgen. *Modernidade - um projeto inacabado*. In: ARANTES, Otilia B. Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas: arquitetura e dimensão estética depois das vanguardas**. São Paulo: Brasiliense, 1992; HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. (Doce lecciones). Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989); JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, derecho y justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000; ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

modernidade em fase de transição<sup>604</sup>, já revestida, inclusive, de um novo sentido<sup>605</sup>; e, (iii) a modernidade falida, além de esgotada já superada por uma nova era, chamada (ainda que provisoriamente) de pós-modernidade.<sup>606</sup>

As duas primeiras possibilidades (incompletude e transição) foram cuidadosamente examinadas ao longo da pesquisa, contudo, a suspeita inicial de que a pós-modernidade significaria mais do que um agregado prefixal indicativo de continuidade, configurando, em alguns pontos, verdadeira ruptura com o paradigma moderno, confirmou-se.

Inúmeras posições e divergências teóricas foram ponderadas, pois sequer haveria outro modo de analisar tema tão complexo e polêmico. As dissensões em torno da pós-modernidade, para além da compreensão de presente e futuro que implicam à modernidade, perpassam a sua própria forma de ser/existir, isso é, nem mesmo há consenso sobre a pós-modernidade ser um fato ou uma ideia, um contexto ou uma perspectiva, uma realidade ou uma abstração. Essa indefinição repercute, sem dúvida, na forma de abordagem do tema. Encarando-se a pós-modernidade como uma ideia, por exemplo, é possível resisti-la, empregar meios e esforços para que não chegue a concretizar-se. Se, porém, tomada como fato, já não pode ser negada, embora ainda possa receber diferentes leituras.

---

<sup>604</sup> Para a compreensão dessa perspectiva, *a modernidade em fase de transição*, foram estudados autores como Anthony Giddens, Alain Touraine, David Harvey, Ulrich Beck e Zygmunt Bauman, especialmente a partir das obras: GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990; TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. 6. ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1999; HARVEY, David. **The condition of postmodernity**. An enquiry into the origins of cultural change. Cambridge, MA: Blackwell, 1990; BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010; BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997; BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

<sup>605</sup> Essa posição, reconhecendo que há uma fase de transição da modernidade, mas que não se trata de “qualquer fase” e, sim, do curso de sua superação, já tão avançado que lhe descaracteriza e lhe confere um novo sentido, fundamentou-se em autores como Luis Alberto Warat e Ernildo Stein, a partir das obras, respectivamente, WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004; STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

<sup>606</sup> Apesar da menção a autores como Friedrich Nietzsche e Michel Foucault, essa linha da pesquisa baseou-se, notadamente, em Jean-François Lyotard (LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 8. ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004).

Abre-se, então, um abismo entre “o que o contexto atual é/representa” e “o que se quer que o contexto atual seja”, quando, na verdade, a realidade não é uma escolha. Por isso a base sobre a qual se assenta a (re)discussão do Estado e do Direito parte dos consensos relativos às transformações em curso, utilizando a expressão “pós-modernidade”, inicialmente, para designar o espaço e o tempo em contínuo e desordenado movimento, como um contexto-astro que arrasta ao fluxo arritmico de sua órbita tudo que estiver à volta – destarte, algo que não pode simplesmente ser ignorado, revertido ou evitado.

É nesse espaço-tempo, portanto, concatenado com a globalização, que as crises manifestam-se. Quanto às afetações ao Estado, concentrou-se, sobretudo, em um aspecto conceitual e estrutural, refletido no conceito de soberania (cuja importância reforça-se desde o início da tese). Na medida em que a globalização, por exemplo, favorece a participação de novos atores na arena internacional, seja pela “relativização” das fronteiras ou pela constituição de diferentes formas de poder e seu exercício, “destitui-se” a exclusividade do poder estatal. Isso significa que no espaço-tempo presente não se justifica insistir no entendimento teórico original acerca da noção de soberania, uma vez tendo sido manifestamente superado pelo curso histórico.

Há um novo paradigma, que pode não estar completamente instituído, mas definitivamente está em andamento, sendo o bastante para que se repense o Estado e o Direito. A incapacidade cada vez mais indisfarçável dessas instituições em oferecer soluções aos dilemas e problemas contemporâneos é o mais preocupante sintoma de seu esgotamento. Tanto é urgente reinventar essas estruturas e suas estratégias quanto o suporte teórico que lhes fundamenta; nesse sentido, verificaram-se interessantes alternativas de compressão desse “novo espaço” e de “novas interações” do e para o Constitucionalismo (constitucionalismo multinível, interconstitucionalidade, transconstitucionalismo), das quais, todavia, não se obteve posições conclusivas, notadamente diante da amplitude pretendida pela tese, em contraste com o caráter delimitado e descritivo das abordagens tomadas como parâmetro – mas que cumpriram a missão confiada de “atualizar a (re)interpretação” do Constitucionalismo.

O primeiro ponto que distingue referidas abordagens do modelo de compreensão proposto pela tese – por meio do “Direito em trânsito” – encontra-se desde o paradigma adotado para a observação e proposição. Ao passo que o “Direito

em trânsito” projeta-se sobre e para um contexto pós-moderno, as alternativas contrapostas não incorporam essa referência, sequer demonstrando alguma inclinação nesse sentido.

Pelo contrário, mostram-se presas à modernidade e dependentes de suas estruturas. O constitucionalismo multinível<sup>607</sup>, por exemplo, surge em torno do problema da (in)existência e (des)necessidade de uma Constituição para a Europa, posteriormente sendo reconduzido e ressignificado para abranger outras situações consideradas “além do Estado”. Ainda assim, nota-se que os Estados continuam sendo “o ponto de partida”, sobretudo, porque toda a engrenagem do constitucionalismo multinível depende das legitimidades internas (logo, nacionais) dos governos. De certo modo, então, trata-se de uma proposta que ainda privilegia Estados em detrimento de outros atores, inclusive, pessoas.

Por sua vez, a interconstitucionalidade<sup>608</sup>, além de também voltar-se para realidade europeia (o que, de imediato, restringe a sua perspectiva), mantém a centralidade das Constituições e poderes constituintes nacionais, propondo uma correlação entre diferentes Constituições, as quais, inevitavelmente, vinculam-se a determinadas estruturas estatais. Desse modo, a interconstitucionalidade não designa um novo espaço do qual conversações constitucionais seriam originárias, mas formata uma rede que é dependente, em grande medida, da pré-existência de pontos comuns entre as diversas ordens constitucionais (as quais são postas em comunicação/contato, sem prejuízo de suas prescrições próprias ou dos seus laços estatais).

Em relação ao transconstitucionalismo<sup>609</sup> é ainda mais evidente o apego às concepções tipicamente modernas, pois a Constituição pensada exatamente nestes

---

<sup>607</sup> O modelo de referência para a tese foi o de PERNICE, Ingolf. The global dimension of multilevel constitutionalism a legal response to the challenges of globalization. In: **Common Values in International Law: Essays in Honor of Christian Tomuschat** 973–1005 (P.M. Dupuy et al. eds, 2006) (VölkerrechtAlsWertordnung: Festschrift Für Christian Tomuschat); PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited? **Common Market Law Review**. United Kingdom, n. 36: 703-750, 1999. Algumas incursões de Neil Walker também foram ponderadas (WALKER, Neil. **Multilevel Constitutionalism: looking beyond the German debate**. LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series. LEQS Paper n. 08/2009. June 2009).

<sup>608</sup> A interconstitucionalidade estudada refere-se à proposta de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008; acompanhada de algumas reflexões da teoria original de PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)**. Coimbra: Almedina, 1997.

<sup>609</sup> Conforme estudos de NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

termos constitui a base da teoria em questão, que investiga o surgimento de novos problemas constitucionais e, como tentativa de solução, propõe “pontes de conversação” entre as ordens constitucionais envolvidas. De modo algum são questionadas ou contestadas a figura da Constituição e a forma de organização modernas, que são precisamente os pontos de partida da proposta.

Na medida em que se reafirma a inovação do “Direito em trânsito” como modelo de compreensão do presente, destarte, especialmente por assumir a pós-modernidade, insiste-se naquilo que é seu pressuposto: um repensar e reinventar abrangentes que precisam dar conta de um mundo que, apesar de interconectado, não necessariamente dialoga; a aproximação supostamente viabilizada pela globalização e pelos avanços tecnológicos não significa harmonia. Ao contrário, as conformações em questão têm promovido conflitos e problemas de escala planetária, aos quais, na linha do que se advertiu muitas vezes ao longo do texto, as instituições modernas só têm respostas modernas, ineficazes à complexidade pós-moderna.

Assim, em um mundo marcado pela diferença, pelo relativismo e pela pluralidade, para mencionar alguns traços do contexto fragmentário da globalização e da “pós-modernidade”, mais do que em qualquer outro momento um ponto de convergência faz-se necessário para encaminhar o diálogo e a cooperação.

Missão que pode perfeitamente ser assumida, a despeito das críticas, pelos direitos humanos, em seu caráter de universalidade que, conforme demonstrado pelo estudo, além institucionalizar e promover um mínimo ético comum, não se incompatibilizam com a liberdade e a diversidade. Tanto que o seu potencial contra-hegemônico vem sendo reconhecido e aproveitado, inclusive, por diversos modelos de organização estatal e social voltados ao resgate da própria história mediante o afastamento das matrizes eurocêntricas que se impuseram por séculos.

Como exemplificado em diversos textos constitucionais, na figura do Estado Plurinacional (com destaque para os modelos definidos pelas Constituições da Colômbia, Equador e Bolívia) e no chamado de Novo Constitucionalismo Latino-Americano, os direitos humanos (além da centralidade no Constitucionalismo Contemporâneo) não apenas são incorporados, como ocupam um lugar de destaque na abertura de novos rumos, de modo que não se verifica, portanto, qualquer incompatibilidade com a sua pretensão de universalidade – o mesmo podendo ser dito com relação ao relativismo pós-moderno, pois a ideia é que se mantenha um mínimo

comum universal, ou seja, o ponto de partida do diálogo, no qual cabe toda a variedade do mundo.

Outro “complicador” da efetivação dos direitos humanos em uma perspectiva universal é o excludente (e hoje, insuficiente) elo de cidadania, sobretudo porque normalmente associado à nacionalidade, mantendo uma relação que não atende às necessidades do presente. Com todas as mudanças destacadas, a cidadania, enquanto vínculo interpretado restritivamente, vê-se comprometida e desacreditada também pelas demandas altamente complexas e desterritorializadas da sociedade contemporânea, as quais, novamente, as instituições modernas não conseguem acompanhar – o que acaba agravando a crise do Estado e do Direito ao tentarem, sem sucesso, (re)agir.

Somente com a superação da “cidadania” que restringe e impede o acesso aos direitos humanos será possível começar a articular estratégias plausíveis de enfrentamento da crise do Estado-nação e a própria crise do Direito. Como suporte teórico a este fim, o cosmopolitismo é crucial, pois apesar de comportar linhas divergentes, baseia-se em um consenso que, por si só, é suficiente à consecução pretendida: a ideia de que todos os seres humanos, o que inclui as instituições que estes formam e mantêm, são responsáveis uns pelos outros, independentemente de laços sanguíneos, territoriais ou quaisquer outros que não a condição de humanidade.

A perspectiva cosmopolita também norteia o diagnóstico e a proposta final da tese, a respeito da existência de um “novo Direito”, reformatado pela pós-modernidade, mas ainda não inteiramente assumido. Trata-se do “Direito em trânsito”, composto por dois movimentos simultâneos, um *geográfico*, outro *histórico*, a conferirem-lhe, respectivamente, *circularidade* e *metatemporalidade*

Na composição do primeiro movimento – *geográfico* – foram examinadas as formas de “recepção” das decisões tomadas internacionalmente para o âmbito nacional, considerando-se tanto os mecanismos jurídico-formais de recepção do direito internacional pelas Constituições quanto as decisões de agentes e instituições externas que simplesmente se impõem, forçadamente e sem observância de qualquer “rito”.

Relativamente ao primeiro caminho, há que se reconhecer um significativo avanço quanto à recepção dos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos. No Estado brasileiro, existem diferentes possibilidades: o art. 5º da Constituição indica a possibilidade de tratados materialmente constitucionais



(previsões com status de norma constitucional) e tratados material e formalmente constitucionais (aprovados como emendas constitucionais).<sup>610</sup> Para os demais tratados e convenções internacionais, que não versem sobre temas relacionados aos direitos humanos, é atribuído status de legislação infraconstitucional, o que enaltece e sinaliza a prioridade dos documentos voltados à proteção do ser humano.

Também se percebeu uma forte tendência, não apenas nacional, pois outras Constituições foram analisadas, de recrudescimento das normas internacionais voltadas à garantia dos direitos humanos, ainda que implique alguma tensão frente à soberania, por mais essa via, então, afetada, rearticulada e até mesmo, abreviada.

Tanto por meio dos textos constitucionais pesquisados quanto pelas decisões averiguadas concluiu-se que a relativização da soberania refletida no Direito vai aos poucos moldando um Direito novo, que supera a interação entre “Direitos” ou entre “níveis do Direito”. Abre-se um acesso pelo qual circula permanentemente o “Direito em trânsito”, de instâncias locais/nacionais a instâncias externas/internacionais em ambos os sentidos – englobando na expressão “instâncias externas” uma gama variada de instituições, estatais ou não –, seja pela predisposição e abertura dos Estados nacionais ou pela capacidade de pressão e imposição de atores internacionais, engenhando o primeiro movimento, de aspecto *geográfico*, do “Direito em trânsito”.

O segundo movimento é detectado a partir das insuficiências das instituições locais/nacionais e do Direito vinculado a “um Estado” e impulsionado pela crise da modernidade. Ao completar-se o *movimento histórico*, verifica-se que, em essência, não subsiste o Estado conforme sua origem moderna, mas uma estrutura de caráter moderno que, mesmo anacrônica, insiste em permanecer sem se renovar.

Confirmou-se ao final da pesquisa que o Estado e o Direito enfrentam transformações que superam em muito a mera condição de mudança, pois penetram em um nível tão profundo que alcançam a forma básica dessas instituições, ameaçam sua existência tradicional e impõem uma dinâmica tão inesperada que as deslocam completamente no espaço-tempo. Crise, portanto, é o termo exato para descrever essa condição. De fato, se até mesmo a modernidade encontra-se em crise (para utilizar a fórmula descritiva mais aceita – e mais “cômoda”, já que praticamente

---

<sup>610</sup> Pelo menos, segundo a interpretação que se firmou ao longo da tese. Para o Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento da *supralegalidade* dos referidos tratados e convenções quando não submetidos ao rito formal previsto no parágrafo terceiro do artigo 5º.

impossível negar as afetações substanciais aos preceitos modernos), enquanto paradigma espaço-temporal de origem do Estado e do Direito, não causa surpresa essa constatação.

Considerando, porém, que a pós-modernidade (e, em alguns casos, mesmo a afirmação “menos drástica” de uma crise da modernidade) ainda encontra resistência teórica, o movimento em questão ainda não se consumou por inteiro.

Com efeito, o segundo movimento do “Direito em trânsito”, ao assumir o contexto pós-moderno, representa um passo importante para que o Direito consiga reaver seu papel, recompondo-se a partir dessa interação com um novo paradigma, o que justifica designá-lo como um *movimento histórico*, a exigir-lhe e imprimir-lhe um caráter “*metatemporal*”, implicando-lhe mudança, transcendência e autorreflexão.

Nesse trânsito ao paradigma espaço-temporal pós-moderno o Direito deixa de estar vinculado exclusivamente ao Estado-nacional, de modo que precisa ser repensado em outras formas, com destaque para o cosmopolitismo, fundamental à substituição das relações calcadas na soberania por relações de diálogo, cooperação e consenso entre Estados e os diversos atores e instituições estatais ou não que confluem para a produção e efetivação do novo Direito. Conseqüentemente, novos mecanismos e fundamentos para o controle do poder precisam ser adotados, já que o Constitucionalismo, até então responsável por essa missão, também desenvolveu-se atrelado ao Estado.

Algumas propostas e modelos iniciadas por autores atentos às mudanças substantivas em curso foram examinadas no trabalho, contudo, ainda persiste uma enorme dificuldade de aceitar o fim da modernidade, o que se julga indispensável para discutir com seriedade os desafios e perspectivas sobre Estado e Direito no mundo contemporâneo. Há muito a ser feito em termos de efetivação dos direitos humanos, e são questões urgentes, por isso a imperiosidade de se revisar as instituições modernas – o que apenas será possível aceitando os problemas denunciados – a fim de (re)capacitá-las ao atendimento desses fins, ou então, substituí-las de uma vez por todas. O pior que se pode fazer, portanto, é continuar negando a realidade, apostando na modernidade e no seu legado como se o seu tempo ainda fosse o mesmo.

Irrefreavelmente o tempo corre e a história acontece trazendo mudanças inevitáveis, sendo necessário criar condições que permitam, pelo menos, a escolha de uma direção. A direção que a tese sugere é guiada pelos preceitos cosmopolitas, buscando uma espécie de “independência” com relação ao Estado em favor de uma

“cidadania” global, aberta e ativa. O principal compromisso cosmopolita, que responsabiliza todos e a cada um pelo respeito incondicionado ao ser humano e seus direitos, faz que a luta pela efetivação dos direitos humanos não precise esperar pelos Estados, significando que outro tipo de referência (d)e autoridade pode ser construída.

Em nenhum momento afirmou-se que o Estado não pode ser esse referencial, o que se reitera é que, sob as circunstâncias atuais, isso não se verifica. As instituições modernas, Estado e Direito, ainda podem desempenhar algum papel no contexto renovado da pós-modernidade – mesmo porque até então não foram projetados concretamente quaisquer substitutos –, assim como o Constitucionalismo pode resgatá-los (a tese defende uma função *contra-fáctica* a essas instituições, no sentido de contrapor outras forças reais que possam atuar, *facticamente*, na contramão dos direitos humanos e dos preceitos democráticos cosmopolitas). Antes, porém, a pós-modernidade deverá ser assumida, pois não se resolve um problema que é desconhecido.

Por fim, acredita-se que dentre todas as contribuições do trabalho, a mais significativa é a de ter encarado de frente um dilema que vem atormentando filósofos, sociólogos, juristas, cientistas de várias ordens: a pós-modernidade. Há tempos detectada na arquitetura, na literatura, nas artes, na filosofia, o tema ainda é timidamente enfrentado pela ciência jurídica, cercado de ressalvas e escudos; parece uma ofensa cogitar o abandono da modernidade.

O problema da tese é respondido com o “Direito em trânsito”, que desvencilha-se do “dilema” integração/interferência do Direito internacionalizado (no seu primeiro movimento, *geográfico*) e responde às insuficiências das instituições jurídico-políticas nacionais (no seu segundo movimento, *histórico* – ainda incompleto), sinalizando, a partir disso, os pressupostos e preceitos que precisam ser incorporados ou revistos pelo Constitucionalismo. Estado e Direito, portanto, foram situados na pós-modernidade, cujo estudo revelou-se um desafio muito maior do que o planejado. O problema concreto que aflige essas instituições em razão dessa revolução paradigmática, contudo, permanece em aberto e sem perspectiva de resolução, pelo menos enquanto não se aceitar o diagnóstico contextual que acaba de ser desvendado.

De todo modo, o modelo de compreensão oferecido pela tese já representa uma importante contribuição para a solução dessas dificuldades, tanto sob uma perspectiva teórica quanto prática. Do ponto de vista teórico, desde as pesquisas

preliminares acerca do estado da arte da discussão verificou-se uma adoção genérica da expressão “pós-modernidade”. Entre centenas de estudos analisados por indicarem relação com este tema, uma boa parte procedia apenas à utilização do termo em sentido vago, isso é, enquanto um aspecto secundário e não como uma preocupação central das pesquisas, sequer havendo um cuidado quanto à definição de seu sentido ou da extensão de seus efeitos. Outros estudos demonstraram uma generalização do tema e do termo, que apropriado por diversas áreas foi abordado de formas e com implicações diferentes em cada uma delas, mas, sobretudo, assumindo um sentido completamente estranho ao contexto jurídico-político em que foi inserido para os fins da presente pesquisa.

Nesse sentido é que se reafirma ser uma das principais inovações e contribuições da tese, especialmente a partir do modelo proposto com o “Direito em trânsito”, uma postura definida (ainda que não definitiva) com relação à pós-modernidade. Mais do que uma ampla investigação do termo, perpassando diversas de suas significações (crise, transição, superação...), reuniu-se argumentos e elementos demonstrativos de que é possível sustentar a pós-modernidade enquanto novo paradigma espaço-temporal vigente.

A partir disso, considerando as repercussões de um novo paradigma, fez-se (e faz-se) necessário (re)pensar as instituições e estruturas que devem à modernidade sua origem e fundamento, no que reside o aspecto concreto das soluções projetadas pela tese. Toda a resistência em reconhecer a pós-modernidade como algo presente e real atrasou, e continua atrasando, o desenvolvimento de alternativas para a necessária revisão do que se consolidou na e pela modernidade e que hoje mostra-se anacrônico e insuficiente (possivelmente em uma relação de causa e efeito, ou seja, as instituições são insuficientes porque são anacrônicas).

O “Direito em trânsito”, assim, é proposto como um renovado modelo de compressão, inédito em sua formatação e nas projeções que oferece, pois inteiramente pensado para um contexto pós-moderno. Permite-se, por essa via, uma rediscussão não apenas sobre os papéis que cabem ao Estado e ao Direito, como também sua (re)adequação, explorando aspectos que, apesar de atuais e indispensáveis a uma percepção apropriada do contexto como um todo, são evitados e omitidos. O “Direito em trânsito” traduz um novo espaço-tempo, um novo mundo que se descortina e que agora conta uma reflexão teórica consistente e prospectiva adequada à complexidade pós-moderna – que se insiste em recusar.

No entanto, tal como “a minha ideia do Universo é que é uma ideia minha...”, por mais que se aguente relutar, a pós-modernidade é muito real para ser negada; mesmo que se cerre os olhos, seu peso e presença serão sentidos. A pós-modernidade está para o espaço-tempo tal como “a noite” do poema que inspira esse desfecho, simplesmente, “acontece concretamente”.

## 9 REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. Notas marginais sobre teoria e práxis. In: ADORNO, Theodor W. **Palavras e sinais: modelos críticos**, 2. Petrópolis: Vozes, 1995.

ALONSO, Fernando H. Llano. **El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant**. Madrid: Dykinson, 2002.

ALVES, J.A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**. Reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo**. La ética en un mundo de extraños. Traducción de Lilia Mosconi. Madrid: Katz, 2007.

ARAUJO, José A. Estévez. Crisis de la soberanía estatal y constitución multinível. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, n. 40, p. 43-57, 2006.

ARENDT, Hannah. **The origins of totalitarianism**. New York: Harvest Book, 1973.

ARGENTINA. **Constitución nacional** (1853 – reinst. 1983, rev. 1994). Disponível: <<http://www.senado.gov.ar/delInteres>>. Acesso em: 02 Set. 2015.

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

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARTOLA, Miguel. **Constitucionalismo en la historia**. Barcelona: Crítica, 2005.

ASENSIO, Rafael Jiménez. **El constitucionalismo: procesos de formación y fundamentos del derecho constitucional**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

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.

BAILYN, Bernard. **As origens ideológicas da revolução americana**. Tradução de Cleide Rapucci. Bauru, SP: EDUSC, 2003.

BARCELONA, Pietro. **Postmodernidad y comunidad**. El regreso de la vinculación social. Traducción de Héctor Claudio Silveira Gorski, José Antonio Estévez Araujo, Juan-Ramón Capella. Madrid: Trotta, 1992.



BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARTELSON, Jens. **Visions of world community**. New York: Cambridge University Press, 2009.

BARUDIO, Günter. **La época del absolutismo y la ilustración (1648-1779)**. Historia universal. Vol. 25. Traducción de Vicente Romano García. Madrid: Siglo XXI, 1992.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulação**. Lisboa: Relógio D'Água, 1981.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt, **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BBC NEWS. Google to defy French 'right to be forgotten' ruling. **BBC News**. Disponível: <<http://www.bbc.com/news>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

BBC NEWS. **Rebaixamento afeta mercado e piora situação do Brasil, diz consultoria**. Entrevista de Fiona Mackie, editora-regional para América Latina da consultoria *Economist Intelligence Unit*, à BBC News. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/noticias>>. Acesso em: 12 Set. 2015.

BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2005.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. **Poder y contrapoder en la era global**. La nueva economía política mundial. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A., 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

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

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do estado. **Separata da Revista de História das Ideias**. Coimbra, v. 26, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Revista Lua Nova**. São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>>. Acesso em: 11 Jul. 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. 3. ed. modif. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**; uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Néson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBITT, Philip. **The shield of achilles**: war, peace, and the course of history. New York: Anchor Books, 2003.

BOBBITT, Philip. **A guerra e paz na história moderna**: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BODIN, Jean. **Les six livres de la republique**. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583. Présentation de Gérard Mairet. Paris: Librairie générale française, 1993.

BOLIVIA. **Constitución política del estado plurinacional de Bolivia** (2009). Disponível em: <<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/>>. Acesso em: 30 Jun. 2015.

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.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz. **Entre discursos e culturas jurídicas**. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2006.

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

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NETO, Alfredo Copetti (Org.). **Estado e constituição**: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ijuí: Unijuí, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Coord.) **O impacto no sistema processual dos tratados internacionais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Estado e constituição em tempos de abertura: a crise conceitual e a transição paradigmática num ambiente intercultural. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v.5, n. 2, p.133-140, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br>>. Acesso em: 31 Ago. 2015.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: para onde caminha a humanidade. **Revista Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v.6, n.11, p. 109-132, jul/dez. 2011. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br>>. Acesso em: 07 Ago. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 Jul. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Entenda o anteprojeto de lei de migrações**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias>>. Acesso em: 03 Ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1625**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag). Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 28 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 31 Ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença. **Recurso extraordinário 466.343-1-SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Ministro relator: Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 Ago. 2015.

BROWN, Chris; AINLEY, Kirsten. **Understanding international relations**. 3rd ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

BULL, Hedley. The importance of Grotius in the study of international relations. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam (Org.). **Hugo Grotius and international relations**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

BULL, Hedley. **The anarchical society**: a study of order in world politics. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002.

BULL, Hedley. **La sociedad anárquica**: Un estudio sobre el orden en la política mundial. Traducción de Irene Martín Cortés. Madrid: Catarata, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: *Max Limonad*, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CAPELLA, Juan Ramón. **Los ciudadanos siervos**. Madrid: Trotta, 1993.

CAPELLA, Juan-Ramón. La globalización: ante una encrucijada político-jurídica. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, n. 39, p. 13-24, 2005.

CARBONELL, Miguel. (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CARBONELL, Miguel. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM/Trotta, 2007.

CARMONA, Ernesto. **660 individuos y 147 corporaciones controlan la economía mundial**. *Ssociólogos – Sociología y actualidad*. Disponível em: <<http://ssociologos.com/2013/02/27/660-individuos-y-147-corporaciones-controlan-la-economia-mundial/>>. Acesso em: 09 Set. 2015.

CARNEIRO, Henrique. Guerra dos Trinta Anos. In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História das guerras**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

CHADE, Jamil. Suíça acolhe refugiados em abrigos nucleares. **Estadão internacional**. Reportagem de 29 Jun. 2015. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias>>. Acesso em: 03 Ago. 2015.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHILE. **Constitución política de la república de Chile** (1980 – rev. 2014). Disponível em: <<https://www.camara.cl/camara>>. Acesso em: 02 Set. 2015.

CID, Benito de Castro. Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. **Anuario de Filosofía del Derecho**. Valencia, n. XII, p. 679-687, 1995. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 11 Abr. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSTITUTE. **The world's constitutions to read, search, and compare**. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org>>. Acesso em: 05 Ago. 2014.

CRUZ, Luis M. **Estudios sobre el neoconstitucionalismo**. México: Porrúa, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí, SC: Univali, 2014.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição da vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAMÉ, Luiza. **Bebida alcoólica será liberada na copa, garante Aldo Rebelo**. 19 março 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/esportes/bebida-alcoolica-sera-liberada-na-copa-garante-aldo-rebelo-4351540>>. Acesso em: 25 Jul. 2013.

D'ENTREVES, Alessandro Passerin. **La noción de estado**: una introducción a la teoría política. Barcelona: Ariel, 2001.

DERRIDA, Jacques. **Força da lei**: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. Tradução de Leyla Perone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 2010.

DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno**. Traducción de Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez. Madrid: Marcial Pons, 2009.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 11 Jul. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 21. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ECUADOR. **Constitución de la republica de Ecuador** (2008). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEcuador.pdf>>. Acesso em: 30 Jun. 2015.

EL PAÍS. Merkel hace llorar a una niña palestina. **El País Internacional**. Reportagem de 16 Jul. 2015. Disponível em: <<http://elpais.com/elpais>>. Acesso em: 03 Ago. 2015.

ESPAÑA. **Constitución española** (1978 – rev. 2011). Disponível em: <<http://www.congreso.es/constitucion>>. Acesso em: 02 Set. 2015.

EUROPE. **The Schengen area and cooperation**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>>. Acesso em: 14 Ago. 2015.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo. Policentrismo *versus* soberanía: los nuevos órdenes normativos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, n. 44, 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 23 Maio 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, [et. al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1996.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio. **El estado moderno en Europa**. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2004.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Contra o terrorismo, UE propõe controle das fronteiras e da internet**. 11 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo>>. Acesso em: 14 Ago. 2015.

FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado Social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF Ernst; DOEHRING, Karl. **El estado social**. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1986.

FORSTHOFF, Ernst. Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF Ernst; DOEHRING, Karl. **El estado social**. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 30. reimp. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

GARCÍA, Pedro de Vega. El problema de los derechos fundamentales en el Estado Social. **Anuario Jurídico de la Rioja**. Logroño, n. 3, 1997. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 12 Maio 2014.

GARCÍA, Pedro de Vega. Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. **Revista Estudios Políticos** (Nueva Época). Medellín, n. 100, abr/jun. 1998. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 30 Abr. 2014.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985.

GERMANY. **Basic law for the federal republic of Germany** (1949 – rev. 2012). Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/constitution/Germany>>. Acesso em: 02 Set. 2015.

GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Stanford: Stanford University Press, 1990.

GRANDELLE, Renato. França autoriza eutanásia, mas tribunal europeu a derruba. **Jornal O Globo**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com>>. Acesso em: 12 Set. 2015.

GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del constitucionalismo después del estado moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

GRIMM, Dieter. A Europa Precisa de uma Constituição? In: \_\_\_\_\_. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2005.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. Derecho constitucional para la sociedad multicultural. Derecho constitucional y Estado nacional. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Edición y traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común**: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. (Doce lecciones). Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1989.

HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. n. 44, ano 2010. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em: 22 Jul. 2014.

HABERMAS, Jürgen. Modernidade - um projeto inacabado. In: ARANTES, Otília B. Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas**: arquitetura e dimensão estética depois das vanguardas. São Paulo: Brasiliense, 1992.

HABERMAS, Jürgen. A Europa necessita de uma Constituição? Um comentário sobre Dieter Grimm. In: \_\_\_\_\_. **A Inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HAMILTON, Alexander. The Federalist 78. A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behavior. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. New York: Oxford University, 2008.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HARVEY, David. **The condition of postmodernity**. An enquiry into the origins of cultural change. Cambridge, MA: Blackwell, 1990.

HAWKING, Stephen. **A brief history of time**. New York: Bantam Books, 1998.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HELD, David. **La democracia y el orden global**. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazzuca. Barcelona: Paidós, 1997.

HELD, David. Regulamentando a globalização? A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony. (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: UNESP, 2007.

HELD, David. Principles of cosmopolitanism order. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Granada, n. 39, p. 153-169, 2005. Disponível em: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/cre>>. Acesso em: 21 Set. 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Or matter, form and power of a common-wealth ecclesiasticall and civill. London: Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651.

HOBBS, Thomas. **De cive**. The English version. New York: Oxford University Press, 1987.

HOBBS, Eric. **The age of revolution, 1789-1848**. New York: Vintage Books, 1996.

HOBBS, Eric. **Age of extremes**. The short Twentieth Century, 1914-1991. London: Abacus, 1995.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **Por diferença pequena, suíços aprovam cotas para imigração**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias>>. Acesso em: 03 Ago. 2015.

JAPAN. **The constitution of Japan (1946)**. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/constitution/Japan>>. Acesso em: 02 Set. 2015.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **En las encrucijadas de la modernidad**. Política, derecho y justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Coleção Estado e Constituição. n.º 9. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Estado constitucional y ciencia del Derecho. Perfiles de un nuevo paradigma. **Crónica Jurídica Hispalense**. Filosofía del Derecho. Sevilla, n. 6, p. 503-54, 2008.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **La transición paradigmática de la teoría jurídica**. El Derecho ante la globalización. Madrid: Dykinson, 2009.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização**: modernidade, cidadania e direitos humanos. Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.].

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução de Luciana Villas-Boas Catelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ, Contraponto, 1999.

KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEVY, Leonard W. Marbury v. Madison - 1 Cranch 137 (1803). In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; WINKLER, Adam (Orgs.). **Encyclopedia of the American Constitution**. 2<sup>nd</sup>. ed. New York: Macmillan, 2000.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. V. 2. O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LOWEN, Mark. **Grécia**: Para que serviu o plebiscito? BBC News. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/noticias>>. Acesso em: 12 Set. 2015.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2010.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 8. ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado plurinacional na América Latina**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30440-31724-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 Jul. 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 7, p. 203-216, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.>>. Acesso em: 07 Ago. 2014.

MAGNOLI, Demétrio. Introdução: Além de Hobbes. In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da paz**. São Paulo: Contexto, 2008.

MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría histórica del estado y del derecho constitucional**. Volumen I. (Formas precapitalistas y Estado moderno). Barcelona: PPU, 1988.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional público**. Parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Poder Executivo não pode denunciar tratados sem participação do Congresso. **Revista Consultor Jurídico**. Em 23 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/valerio-mazzuoli-executivo-nao-denunciar-tratados-congresso>>. Acesso em: 31 Ago. 2015.

McCONNELL, Michael W. Toward a More Balanced History of the Supreme Court. In: WOLFE, Christopher (Org.). **That eminent tribunal**: judicial supremacy and the Constitution. New Jersey: Princeton University, 2004.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism**: ancient and modern. Ithaca, New York: Cornell University, 1947.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIGNOLO, Walter D. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**: Dossiê: Literatura, língua e identidade. Niterói, n.34, p.287-324, 2008. Disponível em: <<http://www.uff.br/cadernosdeletrasuff/34/traducao.pdf>>. Acesso em: 08 Dez. 2014.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Una filosofía del derecho en modelos históricos**: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2002.

MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie européias**. Tradução de Daniela Cerdeira. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

MORGAN, Edmund S. Constitutional history before 1776. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; WINKLER, Adam (Orgs.). **Encyclopedia of the American Constitution**. 2<sup>nd</sup>. ed. New York: Macmillan, 2000.

MOURÃO, Ronaldo Rogério de Freitas. A colonização de Marte. **Revista Super Interessante**. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/tecnologia/a-colonizacao-de-marte>>. Acesso em: 28 Jul. 2015.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo**: os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: LTr, 2011.

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

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**. São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **Ética e direitos humanos**. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: 2004.

OLIVEIRA, André Jorge de. Anonymous alerta Estado Islâmico: “De agora em diante não há lugar online seguro para vocês”. **Revista Galileu**. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A filosofia na crise da modernidade**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/carta-das-nacoes-unidas/>>. Acesso em: 20 Jul. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 20 Jul. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Mais de 300 mil migrantes e refugiados chegaram à Europa em 2015, alerta ACNUR. **Nações Unidas do Brasil**. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 13 Set. 2015.



OSIANDER, Andreas. Sovereignty, international relations, and the Westphalian myth. **International Organization**. Vol. 55, n. 2, 2001, p. 251-287. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org>>. Acesso em: 05 Dez. 2014.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Universidade de Brasília, Finatec, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. **La autoridad de los derechos**: los derechos entre instituciones y normas. Madrid: Trotta, 2006.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

PELÁEZ, Francisco José Contreras. **Kant y la guerra**. Una revisión de *La paz perpetua* desde las preguntas actuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La Ley, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. El nuevo paradigma de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional. **Crónica Jurídica Hispalense**. Filosofía del Derecho. Sevilla, n. 11, p. 459-476, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Sobre los valores fundadores de los Derechos Humanos. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **El fundamento de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1989.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited? **Common Market Law Review**. United Kingdom, n. 36: 703-750, 1999.

PERNICE, Ingolf. The global dimension of multilevel constitutionalism a legal response to the challenges of globalization. In: **Common Values in International Law**: Essays in Honor of Christian Tomuschat 973–1005 (P.M. Dupuy et al. eds, 2006) (VölkerrechtAlsWertordnung: Festschrift Für Christian Tomuschat).

PERU. **Constitución política del Perú de 1993**. Disponível em: <<http://spij.minjus.gob.pe>>. Acesso em: 02 Set. 2015.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Aline. UE pode exigir que domínios não europeus respeitem direito ao esquecimento. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **EOS - Revista Jurídica da Faculdade Dom Bosco**. Curitiba, v. 2, n. 1, Ano II, jan/jun. 2008. Disponível em: <<http://www.dombosco.sebsa.com.br>>. Acesso em: 31 Ago. 2015.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu (seu sentido, problemas e limites)**. Coimbra: Almedina, 1997.

POGREBINSCHI, Thamy. Thomas Hobbes. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

PORTUGAL. **Constituição da república Portuguesa** (1976 – rev. 2005). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao>>. Acesso em: 02 Set. 2015.

PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: 2004.

RÉMOND, René. **Introdução à história de nosso tempo: do antigo regime aos nossos dias**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1981.

REVISTA FORUM. Entenda o acordo entre a Grécia e os credores europeus. **Revista Forum**. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br>>. Acesso em: 12 Set. 2015.

REYES, Manuel Aragón. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM/Trotta, 2007.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

ROMANO, Roberto. Paz de Westfália (1648). In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **La sociedad de los iguales**. Traducción de Maria Pons. Barcelona: RBA, 2012.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

RPT NOTÍCIAS. Alemanha anuncia suspensão do Acordo de Schengen em resposta ao afluxo de refugiados. **RPT Notícias Mundo**. Disponível em: <<http://www.rtp.pt/noticias/mundo>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

RUGGIE, John Gerard. Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations. **International Organization**. Cambridge, n. 47, p. 139-174, 1993. doi: 10.1017/S0020818300004732. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action>>. Acesso em: 16 Set. 2015.

SABINE, George H. **Historia de la teoría política**. Revisada por Thomas Landon Thorson. Traducción de Vicente Herrero. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. **Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo**. 2. edición. Madrid: Tecnos, 2001.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de Justiça. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. **Derecho constitucional europeo**: derechos y libertades. Madrid: Sanz y Torres. 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM/Trotta, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTILLÁN, José F. Fernández. **Hobbes y Rousseau**. Entre la autocracia y la democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. 1. reimp. Volume 4. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos.

**Revista Espaço Jurídico.** Journal of Law. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 325-344, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br>>. Acesso em: 31 Ago. 2015.

SASSEN, Saskia. **¿Perdiendo el control?** La soberanía en la era de la globalización. Traducción de Víctor Pozanco. Barcelona: Bellaterra, 2001.

SASSEN, Saskia. **Territory, authority, rights:** from medieval to global assemblages. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

SCHAEFFER, Ute. A fome no mundo é um problema político. Revisão de Augusto Valente. **Deutsche Welle.** Disponível em: <<http://www.dw.de/a-fome-no-mundo>>. Acesso em: 09 Fev. 2014.

SILVA, Filipe Carreira. **O futuro do estado social.** Lisboa: Relógio D'Água, 2013.

SINGER, Peter. **Um só mundo:** a ética da globalização. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SØRENSEN, Georg. **La transformación del estado** – Más allá del mito del repliegue. Traducción de Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

SOTELO, Ignacio. Estado moderno. In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Filosofía política II.** Teoría del Estado. Madrid: Trotta, 1996.

SOUZA, Leonardo. Bancos seguram dinheiro bloqueado na Lava Jato. **Jornal Folha de S. Paulo.** Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade.** 3. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. 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.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Estudos jurídicos.** São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan/abr. 2005.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba, SP: Unimep, 2005.

THE GUARDIAN. French doctors refuse to rule on fate of brain-damaged man. **The Guardian**. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world>>. Acesso em: 12 Set. 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOURAINÉ, Alain. **Como sair do liberalismo?** Tradução de Maria Leonor Loureiro. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 6. ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-131/12**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-ue-google-direito-esquecimento.pdf>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

UNITED NATIONS. **International migration and development**. Report of the Secretary-General. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/population/migration>>. Acesso em: 03 Ago. 2015.

VENEZUELA. **Constitución de la república Bolivariana de Venezuela** (1999 – rev. 2009). Disponível em: <<http://www.cne.gob.ve>>. Acesso em: 02 Set. 2015.

VENTURA, Deisy. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na mundialização**. Desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos. Ijuí: UNIJUÍ, 2015.

VILE, M. J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VITA, Caio Druso de Castro Penalva. Hugo Grócio. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: UNISINOS; Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

VITALI, Stefania; GLATTFELDER, James B.; BATTISTON, Stefano. **The Network of global corporate control** (2011). PLoS ONE 6(10): e25995. doi:10.1371/journal.pone.0025995. Disponível em: <<http://journals.plos.org>>. Acesso em: 09 Set. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos e justicia. 4. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.

WALKER, Neil. **Multilevel constitutionalism**: looking beyond the German debate. LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series. LEQS Paper n. 08/2009. June 2009.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O fim do mundo como o concebemos**: ciência social para o século XXI. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WARAT, Luis Alberto. Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes. **Sequência**, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

WATSON, Adam. **The evolution of international society**. London: Routledge, 2002.

WIGHT, Martin. **Systems of states**. New Jersey: Leicester University, 1977.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, vol. 18, n. 2, p. 329-342, mai/ago. 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 07 Ago. 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul/dez. 2011. Disponível em: <<http://www.unifor.br/index.php>>. Acesso em: 15 Ago. 2014.