

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria e filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Maria Creusa De Araújo Borges, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-376-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Teoria do Estado. 3. Filosofia do Estado. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

A reflexão sobre a organização política é tão antiga quanto a própria filosofia, ou melhor dizendo, é contemporânea dos primeiros passos dados pelos gregos na constituição de um espaço de racionalidade voltada à discussão dos assuntos da cidade. Tucídides em sua “História da Guerra do Peloponeso, Aristóteles, em suas “Política” e “Ética à Nicômaco”, Platão na “República” e em “As Leis”, ou ainda Jenofonte em suas obras “Memorabilia” e “Ciropedia” são os precursores de uma tradição de pesquisa e pensamento que hoje constitui um vastíssimo campo de trabalho especulativo acerca do Estado e de todas as formas de organização do espaço público, cujas origens estão nas cidades antigas. O legado desses pensadores antigos, reforçado por nomes como Santo Agostinho, Maquiavel, todos os contratualistas e iluministas, passando por Tocqueville, Marx, enfim, por um sem número de filósofos, é o que hoje chamamos de filosofia política, ou filosofia do Estado.

As perguntas colocadas por esses filósofos políticos do passado seguem vigentes em nossas sociedades; são questões eternas cujas respostas são moduladas pelas vicissitudes dos fenômenos das organizações políticas de nosso tempo. Com o acontecimento da globalização nos últimos 30 ou 40 anos, e com todos os efeitos dela emergentes que recaíram sobre os Estados nacionais, remodelando boa parte de suas estruturas, funções e possibilidades de ação, a filosofia do Estado reencontrou hoje um novo lugar no universo intelectual que evoca os debates apaixonados da época da Revolução Francesa, dos quais brotaram múltiplas construções filosóficas sobre o Estado e sobre a democracia. Guardadas todas as proporções, uma efervescência comparável à que se sucedeu no Clube dos Jacobinos no período pré-revolucionário, reapareceu nos espaços acadêmicos nessas últimas décadas, revitalizando um domínio de atividades há tempos enfraquecido, desde o surgimento das ciências sociais em fins do século dezenove e começo do século passado. O reaquecimento de velhas perguntas aplicadas a novíssimos contextos tem atraído a atenção de um público heterogêneo, desde a sociologia, passando pela ciência política e pela filosofia, até chegar aos bancos das escolas de Direito.

É nesse cenário entusiasmado de debates acerca do Estado que o CONPEDI tem protagonizado, através de seus exitosos congressos, a criação de um imenso espaço cultural de investigação, encontros e discussões acerca dessa temática. Chegamos ao XXV Congresso do CONPEDI, desta feita realizado na emblemática Curitiba, as Curitiba de Paulo Leminski, nas próprias palavras do poeta:

IMPRECISA PREMISSA

(quantas curitibas cabem numa só Curitiba?)

Cidades pequenas,

como dói esse silêncio,

cantinelas, ladainhas,

tudo aquilo que nem penso,

esse excesso

que me faz ver todo o senso,

imprecisa premissa,

definitiva preguiça

com que sobe, indeciso,

o mais ou menos do incenso.

Vila Nossa Senhora

da Luz dos Pinhais,

tende piedade de nós.

Aqui, absorvendo os ares de uma cidade que transpira cultura, mais uma vez, estamos a discutir a instituição do Estado, nas mais diversas possibilidades que nos trouxeram os verdadeiros protagonistas desse XXV Congresso do CONPEDI: os pesquisadores que participaram desse grande evento científico e cultural, e, em particular, no nosso microcosmos, os participantes do Grupo de Trabalho 40, sobre Teoria e Filosofia do Estado, com os seguintes trabalhos:

- Autonomia financeira e poder municipal: a crise do federalismo brasileiro, as políticas públicas locais e alternativas fiscais, de Giovani da Silva Corralo e Bruna Lacerda Cardoso;
- Fins do estado na sociedade contemporânea: problemas da metodologia jurídica, de Ramonilson Alves Gomes;
- Direito e filosofia política em Platão e Aristóteles, de Flávio Pansieri e Rene Erick Sampar;
- Estado, desigualdade e direito: uma análise do papel do Estado e do Direito na sistema capitalista, de Jean Carlos Nunes Pereira;
- Estado pós-nacional, justiça e globalização. Precisamos de marte para resolver nossos problemas de metajustiza?, de Luiz Gustavo Levate e Camila Menezes de Oliveira;
- Supranacionalidade: necessária (re)leitura da soberania estatal e ordenamento jurídico internacional, de Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes e Rodrigo Fernandes;
- Participação cidadã, cosmovisões indígenas e Estado democrático: o papel inovador da teoria da Constituição frente ao novo constitucionalismo latino-americano, de Patricia Maria dos Santos;
- O Estado de Direito como pressuposto do controle dos poderes públicos, de Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini e João Alfredo Gaertner Junior;
- Capitalismo dependente e superexploração do trabalho: elementos para uma análise do Estado e do Direito na periferia capitalista, de Rafael Caetano Cherobin;
- O poder do Estado e o poder popular: qual deve prevalecer para resguardar direitos fundamentais constitucionais e a democracia brasileira?, de Fernanda Eduardo Olea do Rio Muniz e Antonio Walber Matias Muniz;
- A tentativa de compreensão do estado moderno levando em conta os conceitos de povo, soberania e democracia para Jefferson e Rousseau, de Marcos Vinícius Viana da Silva e Jose Everton da Silva;
- Da (in)aplicabilidade da reserva do possível frente ao princípio da separação de poderes, de Lucas Fortini Bandeira;

- O compromisso estatal com a política econômica no Estado capitalista, de Eduarda de Sousa Lemos;
- Nomos, interpretação legal e violência: Robert Cover no mapa da globalização jurídica, de Maurício Pedroso Flores;
- O Estado, a Constituição econômica e sua sustentabilidade: análise dos desafios e possibilidades contemporâneas, de Sâmela Cristina de Souza e Bruno Gadelha Xavier;
- Breve estudo acerca da proposição de Jürgen Habermas para a compreensão da racionalização, de André Luiz de Aguiar Paulino Leite;
- A predicação necessária entre Estado e Direito, de Daniel Nunes Pereira;
- O exaurimento do Estado em face da social democracia, de Eduardo Felipe Veronese;
- A ideia da categoria ético-jurídica dos direitos humanos como centro de gravidade global: reflexões sobre o futuro do Estado, de Gustavo Vettorazzi Rodrigues;
- Concepções das formas estatais atreladas as sociedades: a fragilidade do Estado democrático de Direito diante o povo ícone, de Clarice Souza Prados;
- Impactos da (não) internalização do stare decisis na jurisdição constitucional brasileira, de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Pedro Henrique Arcain Riccetto;
- Elementos principiológicos axiomáticos do terceiro setor, de Kledson Manuel Castanheira Rodrigues.

Os trabalhos apresentaram um ótimo nível de reflexão e, cremos, contribuem significativamente para o desenvolvimento dos campos de conhecimento dedicados ao Estado e à democracia. A todos os que se interessam por esses territórios temáticos, recomendamos a leitura desses artigos que, antes de mais nada, materializam um compromisso de seus autores com uma sociedade mais democrática, mais justa e mais solidária.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - URI/UNIJUÍ

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges - UFPB

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

FINS DO ESTADO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: PROBLEMAS DA METODOLOGIA JURÍDICA

PURPOSES OF THE STATE IN CONTEMPORARY SOCIETY: PROBLEMS OF LEGAL METHODOLOGY

Ramonilson Alves Gomes ¹

Resumo

Toda sociedade ou instituição é criada e orientada para cumprimento de seus fins. E sua estrutura deve atuar para o atingimento das finalidades. Mas o Estado é uma entidade multifacetada, complexa, perenemente em processo de construção e composta por muitos órgãos ou peças. Afora problemas internos, próprios da democracia e da desarmonia entre os comandos que emanam do Executivo, Legislativo e Judiciário, o Estado encontra-se envolvido num verdadeiro “cosmos normativo”, de fontes heterodoxas, como o *solt law*. Refletir sobre a metodologia jurídica para realização dos fins do Estado neste cenário globalizado é o objetivo deste artigo.

Palavras-chave: Fins do estado, Globalização, Metodologia jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Every society or institution is created and targeted to achieve its purposes. And its structure should work for the achievement of the purposes. But the state is a multifaceted, complex entity, perennially under construction and composed of many organs or parts. Aside from internal, own problems of democracy and disharmony between the commands emanating from the executive, legislative and judiciary, the State is involved in a true "normative cosmos", heterodox sources like *solt law*. Reflecting on the legal methodology for carrying out the purposes of the State in this globalized scenario is the purpose of this article.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ends of the state, Globalization, Legal methodology

¹ Mestre e Doutorando em Direito. Professor. Magistrado.

1 Introdução

A pretensão deste artigo é ponderar sobre as bases teóricas necessárias à compreensão do Estado na sociedade contemporânea: sua história, caracterização, fins ou razão existencial, metodologia e desafios. Essencialmente, o objetivo é verificar quais são os fins do Estado na sociedade contemporânea e, sobremaneira, contribuir para uma resposta a indagação de como se opera sua realização no plano da metodologia jurídica.

Cuida-se de um estudo sobre o Estado com base na Ciência do Direito (metodologia jurídica), mas com um enfoque interdisciplinar,¹ decorrente da necessidade de um olhar mais abrangente deste relevante e multifacetado ator social. Por isso, há incursões, meramente de apoio – mas imprescindíveis - noutras Ciências do Espírito, como História, Ciência Política, Sociologia, Economia Política, Filosofia Política e Filosofia Jurídica.

A expressão Estado, derivada do latim *status* (estado, posição, ordem, condição), surgiu em 1513, com O Príncipe, de Nicolau Maquiavel, de forma que a “ideia, modelo e fórmula de governo conhecida dos antigos, e que nós, os modernos, tendo em vista a versão que nos é familiar, designamos debaixo do nome de Estado era desconhecida” (BONAVIDES, 2004, p. 28). Utilizava-se comumente o nome república. Mas, para uniformidade da nomenclatura que se atribui à ideia-entidade, menciona-se Estado para designar também a organização política das sociedades pré-modernas.

Outras questões de ordem devem ser firmadas: primeira, a não correspondência temporal, de cronologia, de periodização e de nomenclatura entre as “Idades” históricas consagradas. E a diferença se justifica porque a atenção será voltada aos traços característicos do Estado e as finalidades que foram agregadas ao longo do tempo; segunda, a eleição da historicidade como parâmetro para apresentação de um roteiro não desconsidera: a) a multiplicidade fático-social e econômico-política da História dos povos e nações; b) que outros parâmetros, afora o ocidentalizado (eurocêntrico), existiram e são pouco conhecidos; c) que nenhum processo é retilíneo e uniforme; sempre registra reverterios, avanços, diferenciações espaciais e inúmeras contingências da cultura local.

Mas, em razão da divulgação do conhecimento e das interferências recíprocas, um roteiro do parâmetro básico ocidental de modelo de Estado pode ser objetiva e validamente desenhado. Há considerável identidade nos diversos modelos, principalmente no tocante ao essencial: “pressupostos filosóficos-políticos e às referências de valor” (ZOLO e COSTA,

¹Na interdisciplinariedade, a solução do problema decorre da articulação de conhecimentos de diversas disciplinas, em que pese os interesses próprios de cada uma delas ser preservado; na multidisciplinariedade, não há integração dos conhecimentos nem articulação de resultados. Enquanto na transdisciplinariedade, busca-se superar o conceito de cada disciplina.

2006, p. 31). E, como toda narrativa ou reconstrução histórica, apresenta-se uma versão possível, que se pretende aproximada da realmente verificada.

Ao final da reflexão sobre o estado da arte, vislumbra-se que não se trata, essencialmente, de redefinir os fins do Estado: segurança, liberdade e bem-estar ou, numa expressão: realizar os direitos fundamentais (justiça); mas o problema central é como alcançá-los neste contexto de interdependência e de governança mundial complexas? A resposta não pode vir do Direito, mas da Política, da Economia e da Educação que geram o lastro material necessário à realização dos direitos fundamentais pelo Estado. As instituições e instrumentos estatais podem e devem, sob o comando democrático, além de reafirmar os fins perenes do Estado, fomentar meios para ofertar segurança jurídica à sociedade e à atividade econômico-empresarial bem como coibir desvios e improbidades na aplicação dos recursos públicos.

2 Estado Pré-Moderno

Para caracterização de uma sociedade, três elementos são imprescindíveis (DALLARI, 2007, p. 21). O primeiro é a finalidade ou valor social, consistente na busca do bem comum que, no elaborado conceito do Papa João XXIII (1881-1963) é o “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (Carta Encíclica *Pacem in Terris*, II, 58).

O segundo é a ordem que determina manifestações reiteradas de comportamento, segundo um sistema de adequação padronizado. Ordem entendida na perspectiva dialética da Filosofia e da Ciência do Direito como princípio racional de “inteligibilidade e simetria” (SALDANHA, 2003, p. 128) É a ordem que confere unidade, identificação e controle ao sistema social (CANARIS, 2012, pp. 12/13).

O terceiro é o poder de influenciar decisivamente nas pessoas, na sociedade, dirigindo-as (BOBBIO, 2002, pp. 933-943). O poder social é imprescindível à sobrevivência da vida coletiva. Em toda convivência humana, sempre haverá conflitos e a necessidade de afirmação de uma vontade superior, dirigente e vinculante.

É intuitivo que citados elementos caracterizadores da sociedade não podem ser considerados isoladamente. Apresentam inegável interação simbiótica, de modo que, apenas para fins didáticos, resta possível, por exemplo, desatrelar o poder social da ordem ou da finalidade, reciprocamente.

Assim, numa primeira tentativa de conceituação, pode-se afirmar que o Estado é uma sociedade, pois: a) visa ao bem comum dos seus membros (finalidade); b) é ordenada pelos

instrumentos jurídicos da modernidade ocidental (Constituição e demais normas); c) deve subordinar-se ao poder social, à vontade dominante.

O Estado Medieval, decorrente da queda e fragmentação do Império Romano, particularizava-se politicamente pela estruturação do poder imperial dividido entre os reis, um conjunto pulverizado de feudos - com autoridades locais, pouco definidas, descentralizadas, efêmeras - em convivência com a força do Supremo Pontífice do Cristianismo (o Papa da Igreja Católica). Afora a sujeição às diversas ordens de mando (Papa, reis, senhores feudais), marcou o período medieval a constante ameaça de invasão pelos povos não Cristãos (bárbaros), o que, intuitivamente, gerava um clima de medo e o desejo de segurança.

Esse ambiente de temor às ameaças bárbaras, de subordinação ao senhor feudal, ao rei e a Igreja, com estes dois últimos, não raramente, entrando em disputa por firmação da autoridade, representou o conjunto de condições necessárias ao ressurgimento de uma única autoridade forte e garante da segurança interna e externa. E, em 1648, com a celebração dos Tratados de Paz de Vestfália, afirmou-se a delimitação espacial (território) onde o poder de mando da autoridade governamental seria exercido plenamente (soberania) e com vistas a garantir a segurança, interna e externa (BARBAS HOMEM, 2013, p. 13).

3 Estado Moderno Absolutista

O ideário renascentista evidenciava que o clero deveria ater-se às questões religiosas. As matérias mundanas, relativas ao poder temporal, como a administração do Estado, a cobrança de impostos, a regulação dos comportamentos e as decisões dos conflitos ficariam sob a gerência dos príncipes e auxiliares (magistrados). Nas ciências da natureza, as constatações astronômicas de Nicolau Copérnico (1473-1543), Johann Kepler (1571-1630) e Galileu Galilei (1564-1642), evidenciando que a Terra não é plana nem fica no centro do Universo (Sistema Solar), reforçaram o questionamento da legitimação do poder político com base na divindade. E, como parte dos conceitos da Igreja Católica, especificamente sobre as formas, localização e movimentos dos astros e céus, restaram infirmados, tudo o mais do Catolicismo Cristão podia ser questionado.

Com a Revolta de Martinho Lutero contra a Igreja Católica (1517) - então onipotente no ocidente - em face do comércio de reliquias sagradas (simonia) e do perdão dos pecados mediante pagamento (indulgências), restou sedimentada a doutrina de salvação unicamente pela fé e não pela fé e pelas “obras”. A Igreja se afastava, gradualmente, do mundano e do temporal, restringindo-se ao religioso. A laicização do Estado avançava de forma progressiva e irreversível. Na economia, verificava-se o início da urbanização e do desenvolvimento

comercial mercantilista internacional. As descobertas das grandes navegações, que ampliaram os espaços de trocas e mercados, eram fomentadas pelo desejo estatal de expansão territorial. Américas, Ásia e África forneciam matéria-prima, ouro, prata, produtos naturais, especiarias e escravos aos colonizadores.

Obras como *O Príncipe* (1513), de Maquiavel, *Os Seis Livros da República*, de Bodin (1576) e *Leviatã* (1651), de Hobbes, forneceram os fundamentos teóricos legitimadores da Monarquia Absoluta de inspiração religiosa (Direito Divino)². O primeiro pregava o uso de todos os meios para a segurança da integralidade do Estado, bem como enunciava as virtudes do Príncipe Perfeito. O segundo sustentava a necessidade de, na República (Estado), existir um poder de mando, de gerência, controle e representação (então pessoal, do Rei) ilimitado. O terceiro, com a ideia de o homem, em estado de natureza, ser lobo do homem, defendia que o Estado era fruto do recíproco temor. Por isso, para sua segurança, devia renunciar à liberdade em favor do Leviatã (Estado).

Nesse contexto sócio-econômico e político, o poderio do Estado firmou-se definitivamente na História ocidental. O ideário de o Estado ser um ente político superior, exercente da governança social, garantidor da segurança, externa e interna, e impositor dos padrões comportamentais já estava solidificada. Não havia espaço para retorno ao poder político pulverizado do Feudalismo medieval; contudo, a divisão social em estamentos permanecia tão desigual quanto à presente no Feudalismo e, nesse sentido, o exemplo francês é representativo. Afora o Monarca Absoluto, também no luxo e, geralmente, na ociosidade, sobrevivendo do pagamento das rendas e do dízimo, estava a cúpula clerical (primeiro estado, 120 mil pessoas). No segundo estado (350 mil) encontrava-se a aristocracia, sobrevivente dos grandes feudos e os magistrados. O terceiro estado (24 milhões), composto por camponeses, trabalhadores urbanos e comerciantes residentes nas pequenas cidades (burgos), pagava cada vez mais impostos, rendas e dízimos para alimentar a fartura do primeiro e do segundo estados (HOBSBAUM, 2005. p. 87).

Politicamente, era tamanha a concentração do poder governamental nas mãos do rei que foi atribuída a Luiz XIV, “Rei Sol”, então imperador da França, a autoria da frase que mundialmente simboliza o poder estatal exercido sem limites: “L’État c’est moi” (O Estado sou eu). Emmanuel Joseph Sieyès retratou a política de então: “1ª) O que é o Terceiro Estado? – Tudo. 2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada. 3ª) O que é que ele

² Também podem ser citadas: *A Educação do Príncipe Cristão* (1516), de Erasmo; *Da Autoridade Temporal* (1523), de Martinho Lutero; *Tratado Teológico-Político* (1665), de Benedict Spinoza.

pede? – Ser alguma coisa“ e contribuiu para esboçar a teoria do poder constituinte com base na legitimação soberana democrática (SIEYES, 2009).

4 Garantida a segurança. E liberdade política? A lei que emoldura o Estado

O exercício dividido do poder do Estado como mecanismo assecuratório à liberdade, à igualdade e, destacadamente, à propriedade, foi esboçado por John Locke, no Segundo Tratado sobre o Governo (1689), e se incorporou à Constituição histórica da Inglaterra. Locke já vislumbrava a função legislativa exercida pelo Parlamento; a executiva e a federativa, pelo Rei. Falava da função judicial, mas não concebia a competência de compor conflitos como poder do Estado (LOCKE, 2007, pp. 163/166).

Mas foi com Charles de Montesquieu, na obra *Do Espírito das Leis* (1748), precisamente no Livro Décimo Primeiro, rubricado “Das leis que formam a liberdade política quanto à sua relação com a constituição” que, de forma expressa, aparece a formatação dos três poderes do Estado (LOCKE, 2007, pp. 163/166). A obra magistral de defesa da liberdade política - tão cara à época de um Estado francês absolutista - idealizou a arquitetura político-jurídica estatal que, ainda hoje, com alguma particularidades, é observada nos Estados constitucionais do ocidente: Portugal (art. 2º), Brasil (art. 2º), Estados Unidos (arts, 1º, 2º e 3º). Os fundamentos *Do Espírito das Leis*, no tocante ao asseguramento da liberdade política - já que também pondera sobre propriedade, moeda, clima - são: o patriotismo, a legalidade (vontade geral) e o exercício do poder estatal dividido entre órgãos (poderes) com funções definidas.

Para Montesquieu, a liberdade política, objeto mais precioso da sua época, do seu tempo e da sua obra, era compreendida como “o direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam; se um cidadão pudesse fazer tudo o que as leis proibem, não teria mais liberdade, uma vez que os outros teriam também esse poder” (LOCKE, 2007, p. 264). Concluiu que o poder (do Estado) não pode ser exercido individual e ilimitadamente. A tendência ao arbítrio é inevitável à natureza humana. O poder deve ser contido pelo próprio poder, pelo exercício dividido entre órgãos distintos. Textualmente: “todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo até que encontre limites.... Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder” (LOCKE, 2007, p. 166). Mais adiante, apresentou a concepção da estrutura política do Estado Moderno do segundo período (constitucional), dividindo o exercício da poder estatal entre órgãos distintos (chamados poderes), com interfaces necessárias, mas não associados.

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo da coisas que dependam do direito das gentes, e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos a este último 'o poder de julgar', e o outro chamaremos, simplesmente, 'o poder executivo do Estado'" (LOCKE, 2007, p. 166).

5 E a legitimidade da lei: a democracia

No Contrato Social – Princípios do Direito Político (1752), Jean-Jasques Rousseau apresenta à literatura política mundial uma interpretação renovada da ideia do pacto original, criador do poder político. Ele – como a maioria do seu tempo - parte da observação da família, entendida como mais antiga e única natural sociedade humana, onde os filhos, inicialmente, precisam dos cuidados dos pais para a sobrevivência. Mais tarde, tornam-se “igualmente independentes. Se continuam unidos, já não é de maneira natural, mas voluntária, e a própria família só se mantém por convenção” (ROUSSEAU, 2006, p. 10). Os filhos, pois, só restringem sua liberdade por vontade.

Em Hobbes, no Leviatã, (1651), o contratualismo decorre do temor recíproco do homem pelo homem, por isso o consenso de que a Monarquia Absoluta é o mecanismo assecuratório da sobrevivência social, ainda que implique renúncia da liberdade individual. Mas Rousseau rebate que “renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há nenhuma reparação possível para quem renuncia a tudo” (ROUSSEAU, 2006, p. 15).

Em Locke, no Segundo Tratado sobre o Governo (1689), as concessões individuais generalizadas legitimam o governo com exercício limitado de poder para, basicamente, defender a liberdade civil, a igualdade formal e a propriedade privada, inclusive com escravidão; contudo, no pacto fundamental de Rousseau asseverou que o “o direito de escravizar é nulo, não é somente porque ilegítimo, mas porque absurdo e sem significação. As palavras escravidão e direito são contraditórias; excluem-se mutuamente” ((ROUSSEAU, 2006, p. 64).

Para Rousseau, a legislação representará fielmente a vontade geral (será boa) quando decorrer do processo democrático que, para ele, dá-se quando o povo encontra-se suficientemente informado das opções. Portanto, a democracia rousseauiana, ao mesmo tempo que utópica e ambicionada - “se houvesse um povo de deuses, haveria de governar-se democraticamente. Um governo tão perfeito não convém aos homens” ((ROUSSEAU, 2006, p. 84) - não é meramente formal; pelo contrário, já compreendia algumas das condições

materiais atualmente reconhecidas. Com efeito, Rousseau já falava em suficiência de informações, quando hoje, tem-se o entendimento de que democracia pressupõe cidadania e esta compreende ontologicamente: a) mínima condição material de sobrevivência (habitação, saúde, alimentação, lazer etc); b) mínimas escolarização e politização, que permitam a identificação desembaraçada das ideias políticas e dos sempre camuflados propósitos midiáticos.

De outro lado, em termos jurídicos mais restritos, pode-se dizer que o Contrato Social foi a primeira obra a definir Estado de Direito democrático: “Chamo, pois, República a todo Estado regido por lei, qualquer que seja a forma de administração, porque só então o interesse público e a coisa pública significa algo. Todo governo legítimo é republicano”(ROUSSEAU, 2006, p. 48).

6 Estado Moderno (de Direito): de Liberal-Constitucional ao Social-Constitucional

A articulação dos fatos históricos antecedentes às últimas décadas do século XVIII forneceu o substrato sócio-político para os seguintes acontecimentos, relevantes à estruturação política do Estado na Europa Ocidental, tornando-o de base constitucional. Primeiro, da Revolução Inglesa: a carga de deveres e impostos aos que integravam o estamento do terceiro estado chegou a tal ponto que, “em 1628, o Parlamento inglês estabeleceu, por meio da Petição de Direitos, que o rei não poderia criar impostos, convocar o exército ou mandar prender pessoas sem prévia autorização parlamentar” (COTRIM, 2002, p. 261).

Segundo, da Revolução Industrial (séculos XVIII e XIX): verificou-se com o avanço da produção em massa, a divisão do trabalho e a defesa do livre comércio, enfim do liberalismo econômico, sustentado por Adam Smith, em Riqueza das Nações (1776), para quem as funções do Estado são resumidas no trecho seguinte: “proteger a sociedade contra a violência ou invasão de outros países, proteger a sociedade da injustiça e da opressão internas; manter e contruir obras que sejam de interesse geral, mas que não interessem aos particulares (SMITH, 1996 , p. 32.).

Terceiro, a independência das colônias inglesas da América do Norte, formando os Estados Unidos da América, com a proclamação da primeira Constituição escrita do mundo ocidental, firmada com base em três postulados: a) a forma federativa de Estado; b) uma democracia liberal, garante do exercício dos direitos civis, políticos e econômicos; c), a tripartição de poderes: o Executivo republicano, o Legislativo bicameral e o Judiciário, com uma Corte Constitucional na cúpula. E, no ano de 1803, a Suprema Corte, no julgamento do caso Marbury X Madison, conferiu ao Judiciário norte-americano o caráter de efetivo ator

político, com poder para controlar a constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo. Pela primeira vez na história do Estado, permitiu-se ao poder jurídico o controle do poder político (MORAIS, 2001, p. 577.)

Quarto, Locke, Montesquieu e Rousseau foram os mais destacados filósofos e cientistas políticos do Iluminismo na formação da arquitetura conceitual e pragmática do exercício limitado do poder do Estado. O primeiro, no Segundo Tratado sobre o Governo, defendia o contrato social e pregava a defesa da liberdade humana, da propriedade e da escravidão; o segundo, com o Do Espírito das Leis, sustentou expressamente o governo das leis e o exercício tripartite do poder estatal entre órgãos diversos: Executivo, Legislativo e Judiciário; e, o terceiro, atribuiu a titularidade do soberano poder estatal ao povo; não a Divindade nem ao Monarca.

Quinto, a Revolução Francesa foi fruto da inquietação do tecido social. E, após a Tomada da Bastilha, a Assembleia Nacional Constituinte, em 26 de agosto de 1789, sob inegável influência Do Espírito das Leis e Do Contrato Social – Princípio do Direito Público, proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que, dentre outros postulados, consagrava: a liberdade e a igualdade legal (arts. 1º e 6º); os direitos naturais do homem, a serem defendidos pelas sociedades, inclusive as políticas (como o Estado): a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (art. 2º); a soberania (art. 3º); a lei como “expressão da vontade geral” (6º); a publicidade da administração governamental (arts. 14 e 15); o constitucionalismo, expresso em documento que estrutura politicamente o Estado nas bases da garantia de direitos e na separação dos poderes (art. 16); e, a propriedade privada (art. 17).

O Estado Moderno, agora Estado de Direito de feição liberal, exitoso na missão de refrear os perenes impulsos absolutistas, assegurou os direitos políticos e civis – denominados de primeira geração dos Direitos Humanos. Garantiu o atingimento do fim estatal liberdade. A estrutura política do Estado, no constitucionalismo positivista,³ ficou juridicamente caracterizada (BARBAS HOMEM, 2001). A moldura da legalidade impunha o dever estatal de inação para cumprimento da finalidade de respeito à liberdade individual. Mas, mesmo asseguradas: a) a segurança, no Estado Absolutista; b) a liberdade, no Estado Moderno Liberal-constitucional; do frenético ritmo de mudança no panorama político e sócio-econômico, sobreveio a constatação da insuficiência do modelo estatal vigente e a

³ Na Idade Média do Segundo Período, cuja centralidade é a Revolução Francesa, tem-se: a) na Filosofia e na Sociologia: o Positivismo; na Economia: o Liberalismo; na Ciência Política: o Estado de Legalidade; no Direito: o Constitucionalismo.

necessidade de nova formatação, com redefinição da sua teleologia e das estratégias para alcançá-la.

Assim, relevante à transconfiguração do Estado de Direito – de liberal para social - merecem registro: a) na França: a ascensão de Luiz Bonaparte ao governo francês, sua fracassada tentativa de expansão territorial (1799 a 1815) e o Congresso de Viena (nova divisão política do continente europeu); b) independência das colônias latino-americanas (início do século XIX); c) neocolonização europeia na Ásia, África e Oceania, na nova fase (industrial) do capitalismo; d) a unificação da Itália e da Alemanha; e) a Comuna de Paris (1870) inspirada no Manifesto Comunista; f) a Revolução Russa e a instalação do socialismo na URSS e dos blocos da Guerra Fria; g) a Primeira Guerra Mundial, a aguda crise capitalista que fomentou os regimes totalitários na Itália e na Alemanha, e a Segunda Grande Guerra Mundial; e, h) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 (HOBSBAWM, 2009). Tais fatos escreveram, com morte, fome e sangue, que o formato do Estado de Direito de feição liberal, garantidor das liberdades civis e políticas, reclamava revisão. Exigia-se uma atuação estatal de providência, promovendo o mínimo de bem-estar aos titulares do poder. Além de “de Direito”, o Estado deveria consolidar a democracia e ter finalidade social. O Estado seria o “Deus laico” garante da felicidade.

O império da legalidade, nos Estados constitucionais da Europa Ocidental, restou substituído pela soberania da legitimidade democrática, A Constituição do Estado seria a expressão da vontade geral (Rousseau) do povo e para o povo (Abraham Lincoln). Neste rumo, tudo o necessário ao bem comum, ao asseguramento dos direitos de primeira e segunda geração, ofertado pelo Estado, representava insuficiente contraprestação estatal diante da renúncia coletiva fundante do contrato originário. A teleologia estatal, na democracia social, é “promover o bem-estar e qualidade de vida para o povo” (CANOLTILHO,1991, p. 86), garantindo as condições necessárias ao pleno desenvolvimento das lícitas potencialidades humanas, isto é, realizar os direitos fundamentais sociais.

7 Estado Globalizado

“*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*”, a célebre frase de Ulpiano no *Corpus Iuris Civilis* apresenta tamanha densidade ontológica e axiológica que a mais elaborada possibilidade interpretativa mostra-se com déficit de revelação. Mas uma decorrência é evidente: a impossibilidade de almejar qualquer compreensão em Direito e suas tecnologias⁴

⁴ Tecnologia no sentido literal de conhecimento científico aplicado à prática. Assim, para os fins operacionais desta comunicação, tanto o Estado como a Constituição são tecnologias da Ciência do Direito.

(Estado, Constituição, leis) sem as luzes que emanam dos domínios das Ciências Humanas. Direito e Estado são, portanto, vivas expressões culturais de um povo.

Na hipótese, pode-se dizer que a marca mais expressiva do tempo presente e da sociedade contemporânea (pós Guerras Mundiais) é a globalização que, nas suas múltiplas conotações, está alterando profundamente as metodologias do Estado e do Direito. E, numa observação inicial, resta permitido afirmar que a “origem” da globalização está no impressionante avanço tecnológico, sobretudo dos meios de transmissão de informações e de distribuição de produtos e riquezas, o que modificou conceitos como tempo, espaço, risco, soberania, lei, coerção, sanção.

Igualmente é aceito que o fracasso do modelo de Estado de economia estatizada do socialismo real⁵ representou fator decisivo à emergência da globalização, na medida em que o Estado de economia livre (de mercado, capitalista) agora não mais se encontrava contingenciado por barreiras geográficas e, sobretudo, ideológicas. Mas, para fins didáticos e metodológicos, convém sistematizar e caracterizar a globalização em três dimensões ((VIEIRA, 2000, pp.81-100),⁶ conforme quadro-síntese abaixo. Citada opção pela forma de abordagem permite a visualização mais ampla e geral da globalização, já que a ênfase da análise recairá sobre alguns pontos de específica importância ao tema do trabalho.

Sociedade contemporânea. Globalização. Caracterização.

1ª Dimensão – Econômico-financeira, que modificou a soberania estatal, compreende:

- a - internacionalização do capital;
- b- desterritorialização da produção e grandes corporações;
- c - privatização das empresas estatais;
- d - revolução tecnológica (internet);
- e - movimentação econômico-financeira global, com endividamento de alguns Estados;
- f - elevada faixa etária e reduzida natalidade.

2ª Dimensão – sócio-cultural, que dificulta o estabelecimento de pautas sociais estáveis.

Versa sobre:

- a - complexidade social e ausência de pautas valorativas uniformes;

⁵Fracasso é mesmo expressão adequada. A antiga União Soviética restou desunida e formou vários Estados, todos com economia de mercado. A China, desde 1978, vem operando acelerada migração para a economia de mercado, de modo que comunismo ou socialismo são mera alusões ideológicas do serviço público.

⁶ VIEIRA Liszt aponta cinco dimensões: econômica, política, social, ambiental e cultural. Eduardo Viola fala de treze dimensões: militar, política, econômico-produtiva, financeira, comunicacional cultural, religiosa, interpessoal-afetiva, científico-tecnológica, populacional-migratória, esportiva, ecológico-ambiental, epidemiológica, criminal-policial e política. (VIOLA, Eduardo. A Multidimensionalidade da Globalização, As Forças Sociais Transnacionais e seu Impacto na Política Ambiental do Brasil In: FERREIRA, L. e VIOLA. Incertezas de Sustentabilidade na Globalização, Ed. Unicamp, Campinas, 1996.pp.15-91).

- b - proliferação veloz da informação;
- c – multiculturalismo: divulgação das culturas e inter-relacionamento;
- d - redefinições de tempo e espaço;
- e - criação de novos riscos transfronteiriços e transgeracionais.

3ª Dimensão – Jurídico-política: pode ser resumida na própria caracterização do Estado na sociedade contemporânea. Chamamos aqui de Estado globalizado. Assim e para os fins operacionais desta pesquisa, firma-se uma identificação da globalização jurídico-política com o perfil do Estado na sociedade contemporânea - o que envolve:

3.1 - características internas:

3.1.1 - apresenta desconexão entre às fórmulas jurídico-positivas e o mundo da vida. É o caso dos seguintes “mitos” jurídicos:

a - soberania plena dos Estados: é fato que diante de concentração e gigantismo internacional de empresas e corporações, alguns Estados, de reduzido protagonismo econômico no cenário mundial, não ostentam igualdade nas relações internacionais nem absoluta gerência na economia político-econômica interna. Os comandos político-jurídicos internos sujeitam-se aos imperativos macroeconômicos internacionais;

b - divisão horizontal⁷ do Poder entre Legislativo e Executivo para a formação da decisão política (GOMES CANOTILHO, 2003, pp. 541-567). A competência para administrar finanças e orçamento e a representação interna e externa do governo estatal sugere uma hipertrofia do Executivo na definição da pauta política em grande parte dos Estados (OTERO, 2011, pp. 144-146);

c - justiça e certeza da lei: o parâmetro legislativo não mais ostenta a vinculação de certeza e justiça que a legalidade do Estado Modeno preconizou. A lei, sobremaneira a infraconstitucional, pode, por razões casuísticas e complexas, apresentar variadas vicissitudes no seu processo de formação e aplicação, nomeadamente por ausência de inspiração em propósitos de real interesse público.

O estudo do tema das leis: razões, história, feitura, aplicação ou metodologia é demasiado complexo e sujeito a inúmeras variantes; mas, interessa asseverar que sua vinculação à mentalidade libertária do indivíduo e aprisionadora da conduta dos agentes estatais, no Estado liberal, não se mostra mais consentânea com o tempo presente, globalizado.

⁷ A divisão vertical, territorial ou espacial opera-se entre os entes que integram o Estado Federado. A horizontal verifica-se entre os órgãos constitucionais de soberania.

3.1.2 - sua legislação local é insuficiente ou impotente. O fato é que: a) em face da complexidade dos temas “reguláveis”, matérias de cientificidade incerta ou de abrangência transnacionais (p. ex.: ambientais, industriais e alimentares), são praticamente inapropriáveis ao legislador nacional; b) temas como os que versam sobre questões religiosas, bioéticas ou ambientais, apresentam, afora incertezas científicas, elevada densidade político-eleitoral e, na prática, os Parlamentos, não raramente, esquivam-se da responsabilidade, transferindo a carga decisória para outros atores políticos, agências técnicas ou organismos internacionais.

François Ost lembra que a democracia é “uma política de indeterminação”, desagregadora e liberta das esferas do poder, do saber e da lei. Seus desafios atualmente consistem em: a) decidir o que é conflitante e tormentoso através do “desfecho negociável com a ajuda de procedimentos aceites”; b) não ocultar conflitos nem exarcebá-los e tentar reduzi-los via consensos mínimos; c) garantir estabilidade em ambiente político-temporal intrinsecamente movediço, mormente em tempos de crise econômica e ideológica; d) realizar direitos prestacionais sem base financeira suficiente (OST, pp. 333-339).

Também é oportuna a advertência de que estes conflitos próprios da democracia ficam ainda mais potencializadas em Estados onde as decisões do governo⁸ - em Estados com Executivo, Legislativo e Judiciário - apresentam vozes dissonantes. O descompasso na atuação dos Poderes é evidente e, sem dúvida, fomenta a insegurança. A orquestra mostra-se demasiada desarmônica: desafina. Onde só existe um único comando do governo, como na China e pela Assembléia Nacional Popular, por exemplo, vê-se que toda estrutura estatal está vocacionada ao atingimento dos fins do Estado. Lógico que há outros inúmeros problemas causados exatamente pelo déficit de democracia ou questionamentos sobre os direitos fundamentais. Mas esta pontuação muito particular sobre democracia e atingimento dos fins do Estados evidencia a necessidade de uma harmonização possível nos comandos que afloram dos órgãos de governo dos Estados.

3.2 - características externas:

3.2.1 – envolvimento na complexa rede das organizações supra-estatais. Sabino Cassese⁹ diz que há 193 Estados na ONU, 2.000 organizações internacionais governamentais e mais de 20.000 não-governamentais, de modo que os Estados integram uma complexa e intrincada rede (*net*) de governança e de produção de normas, gerando um “cosmos normativo” (GOMES

⁸ Governo no sentido de expressão da soberania no exercício do poder político e pelos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Não governo no sentido de chefia do Executivo para fins de administração central, enquanto o Rei, Imperador ou Presidente exerce a chefia para fins de representação internacional.

⁹ CASSESE, Sabino. Palestra Dimensões Globais da Democracia, proferida na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, em 07-11-11.

CANOTILHO, 2003, pp. 87/89 e 287/292), também chamada de interconstitucionalidade, supraconstitucionalidade ou transconstitucionalidade, de seguintes componentes:

a - elevado poder de corporações industriais, financeiras e Estados (ou blocos), com grande poder de influência nas decisões;

b – a força dos *soft power* (PEREIRA VALADÃO, 2007, p. 13-47) e do *soft law*, de forma que a participação dos “pequenos” (do ponto de vista econômico) Estados neste “cosmos normativo” pode ser basicamente de chancela das deliberações de terceiros (NYE, 2010, p. 320);

c - integra uma sociedade global de riscos econômicos, ambientais e sociais;

d – governança compartilhada. Tamanho o entrelaçamento e interdependência entre os Estados que não se discute o caráter negociado das decisões das organizações internacionais, públicas e privadas, ou supraestatais. A temática é como influenciar favoravelmente aos pretensos interesses neste cenário hipercomplexo.

8 Soft Law: uma nova metodologia jurídica internacional

Em termos semânticos, ou melhor quanto ao adjetivo “soft”, o *soft law* decorre do *soft power* - denominação originalmente cunhada por Joseph Nye para designar o poder de participar, de forma decisiva – pela persuasão, atração ou imposição - da agenda político-econômico internacional (aspecto objetivo). E, no aspecto subjetivo, o *soft power* representa o conjunto de novos atores (públicos, privados, multilaterais) e forças que interagem decisivamente em um cenário internacional de elevadíssima interdependência e complexidade.

Neste sentido, o *soft law* representa o Direito escrito que emerge de organizações internacionais - diferente do tratado e do costume, apontados em sede de Direito Internacional como *hard law* - mas que, na prática, ostenta considerável poder de forçar o cumprimento (coerção). Não é tratado porque prescinde do elemento volitivo, tanto na formação (ratificação ou incorporação ao ordenamento interno) quanto na execução, já que não dispõe dos mecanismos tradicionais de coerção. Também não é costume porque não se sujeita aos testes de verificação histórica e fiabilidade, pois se apresenta na forma escrita, visível. E igualmente não se cuida de princípio ou de doutrina – habitualmente identificados como fontes mediatas do Direito. É mesmo uma “nova” fonte jurídica, de normatividade expressa, decorrente de organizações multilaterais (geralmente).

Maria João Estorninho salienta que o *soft law* é vocacionado a

“desempenhar com agilidade a função de lei internacional, que as nações e os particulares devem cumprir Em matéria econômica (que evidentemente também compreende o comércio), o nível de cogência prática é enorme. Em outras matérias comporta, geralmente, um grau menor, porém, inexoravelmente condiciona comportamentos futuros dos agentes a ela sujeitos” (ESTORNINHO, 2008, p. 46)

Afora a Declaração Universal de Direitos da ONU, as normas da Aviação Civil Internacional (OACI), da Organização Mundial de Saúde (OMS), do Fundo Monetário Internacional, da International Organization for Standardization (ISO), dentre outros, um exemplo expressivo próximo e expressivo de *soft law*¹⁰ é o *códex alimentarius* - um conjunto normativo de parâmetros sanitários mínimos disciplinadores da produção e comercialização de alimentos no âmbito internacional, elaborados pela Comissão Internacional do Códex Alimentarius¹¹.

Por óbvio que, não sendo contratado ou incorporado pelos Estados, as normas do *soft law* são desprovidas das tradicionais sanções diretas, aplicadas, inclusive, por órgãos de jurisdição internacional. No entanto, os mecanismos indiretos ou reflexos de sancionamento mostram-se mais eficientes e, na prática, obrigam o cumprimento. É o caso, por exemplo, do alimento não produzido (armazenado e transportado) conforme as regras do Códex Alimentarius. Simplesmente não são comercializados em lucrativos e exigentes mercados.

Portanto, a breve ilustração acima evidencia que a globalização alterou profundamente a metodologia do Direito: da legislação à aplicação. E o *soft law* inova em matéria de fontes jurídicas, alarga as possibilidades indirectas de coerção e altera o conteúdo da soberania. Nas palavras de Maria João Estorninho, o *soft law* trouxe novas “implicações para a dogmática jurídica: a questão dos novos processos de decisão em rede, em matérias que envolvem processos tecnologicamente complexos e cientificamente incertos e a questão da coexistência entre esquemas tradicionais de hétéro-controlo e novas formas de auto-controlo” (ESTORNINHO, 2008, p. 55).

9 Fins do Estado na sociedade contemporânea

As sociedades e instituições existem porque vocacionadas ao cumprimento de fins. São as finalidades que determinam e orientam a criação, estrutura e funcionamento das sociedades e instituições. O fim é elemento e a verdadeira razão do Estado. Na Teoria do Estado, que ganhou autonomia epistemológica com Jellinek, é assente que a sociedade

¹⁰ Podem ser citados: a Declaração Universal de Direitos da ONU, as normas da Aviação Civil Internacional (OACI), da Organização Mundial de Saúde (OMS), do Fundo Monetário Internacional, da International Organization for Standardization (ISO), dentre outros exemplos.

¹¹ Cuida-se de Comissão Internacional aberta a todos os países integrantes da Organização Mundial de Saúde (OMS) e da FAO - setor específico da ONU para assuntos relacionados aos alimentos e à agricultura.

política estatal apresenta os seguintes fins objetivos universais, absolutos ou perenes: a segurança, a justiça e a promoção do bem-estar social (JELLINEK, 2012).¹²

Marcelo Caetano, após analisar as teorias jurídicas da teleologia estatal de Jellinek, Duguit e Kelsen, sustenta que segurança (interna, externa e jurídica), justiça e igualdade (formal e material) e bem-estar (material e espiritual) são os fins perenes do Estado.

A segurança interna, decorrente do legítimo monopólio da violência (na concepção filosófica e sociológica de Max Weber): a) veicula a estabilidade nas relações pessoais e patrimoniais; b) garante a “duração das normas e a irrevogabilidade” das decisões do Poder; a segurança externa é a defesa do Estado contra as intempéries naturais e agressões.

A justiça é rubrica genérica que faz sinônimo com sistema unificado e ordenado por normas jurídicas. Compreende a justiça comutativa, ao estilo do postulado de Ulpiano: “dar a cada um o que é seu”; e a justiça distributiva, na medida da solidariedade entre os membros da sociedade e de modo a não faltar o mínimo à existência.

Já a promoção do bem-estar é o encargo estatal de prover o bem comum, o conjunto de condições ao pleno desenvolvimento das potencialidades lícitas (João XXIII). O ônus prestacional de prover e fomentar serviços socialmente reconhecidos como importantes aos titulares da sociedade estatal (CAETANO, 2009, pp 143-177).

E, a par dos fins objetivos universais, há também os fins objetivos particulares que correspondem às escolhas políticas do governos em dada contingência histórica. São os fins que decorrem das aspirações sócio-político-econômicas de época ou momento: livre iniciativa e propriedade individual (estado liberal), justiça social e estatização dos bens (estado socialista); democracia ou formas mistas de governo. Ainda se fala de fins subjetivos para expressar o conjunto das pretensões ou ambições individuais no âmbito da sociedade política. Mas citadas pretensões subjetivas não se cuidam, em verdade, no plano maior da Teoria do Direito ou da Ciência Política de fins do Estado, mas das expectativas individuais dos cidadãos no e perante o Estado.

Para Jorge Miranda, a finalidade do Estado é a “promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do ambiente”, densificando os direitos fundamentais, inclusive os de tipologia principiológica, o que se apresenta como: primeiro, tarefa: “traduz um enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do

¹² Kelsen só reconhece como fim do Estado a criação e a aplicação do Direito; Duguit apresentou uma classificação diferente de Jellinek e centraliza a atenção nos atos jurídicos que, para ele, mas tendem a realização dos fins estatais. Valendo-se do critério único da atividade jurídica do Estado, fala em: a) ato-regra, que estabelece ou modifica modos de conduta. Fruto da atividade do legislativo; b) ato-condição, para concretizar as atividades administrativas. Próprias do Executivo; c) ato-subjetivo, para viabilizar o atendimento de uma necessidade concreta. Inerente à jurisdição.

exercício do poder”; segundo, atividade: que abrange as estruturas e formas, processos e procedimentos de realização dos atos públicos (MIRANDA, 2002, pp. 336).

Fins não se confundem com funções estatais. Marcelo Caetano assenta que os fins são veiculados pela funções. Estas instrumentalizam aqueles. As funções são as “tarefas concretas” e o “conjunto de poderes e deveres” (CAETANO, 2009, p. 148) dos órgãos do Estado exatamente para densificar os fins. Por isso, falar-se, conforme Jellinek, em funções nos seguintes sentidos: a) material, conforme o conteúdo do ato para veicular um fim; b) formal, consoante a aparência e revestimento do ato; c) orgânica, de acordo com a origem ou fonte do ato que tende a realização de um fim.

No arremate, engendra sua teoria integral das funções do Estado, dividindo-as em: a) funções jurídicas (legislativa, jurisdicional e executiva); b) função técnica: prestação de educação, oferta de cultura; c) função política: relações diplomáticas. Mas adverte que a compreensão da classificação dos fins do Estado é meramente didática, porquanto, na prática, verifica-se uma relação de complementaridade e interdependência dos critérios.

Mas, de logo, é importante asseverar duas dificuldades que podem surgir da configuração ou mais precisamente da tentativa de execução dos fins do Estado. A primeira diz respeito ao demasiado apelo aos fins objetivos particulares. Por exemplo, o crescimento econômico (China) que pode gerar um déficit de atenção ao fim objetivo universal bem-estar ou bem comum, com elevado custo social ou em termos de direitos fundamentais das liberdades. A segunda versa sobre a falta de consciência e de sintonia, principalmente dos órgãos de governo, dos reais fins objetivos universais e particulares dos Estados. É o caso, por exemplo, do Brasil.

O descompasso de atuação sugere que seus agentes não têm consciência dos fins estatais. Seja na consagrada e didática metáfora natural-absolutista do Estado como corpo humano e o rei como cabeça, seja na comparação moderno-liberal do ente estatal como máquina e as instituições como peças da engrenagem, vê-se que tanto os órgãos do corpo como as peças da máquina não guardam a necessária harmonia do olhar horizontal mais amplo.

Portanto, conforme o caminho interdisciplinar percorrido, vê-se que os objetivos do Estado contemporâneo (democrático) são: a) segurança, interna e externa, para o seu povo. O que, sob a ótica do próprio Estado é a autopreservação; b) garantir os direitos fundamentais, nomeadamente as liberdades civis e políticas (de primeira dimensão), e os decorrentes da solidariedade social de caráter coletivo (terceira dimensão), que pressupõe postura estatal de mínima intervenção na sociedade e na economia. A chamada segunda dimensão de direitos fundamentais, identificada como os de natureza sócio-econômica (saúde, educação,

previdência) e que reclama recursos públicos bastantes à satisfação, tem extensão e profundidade condicionada à contingência da existência do lastro material.

Os órgãos de poderes do Estado - Executivo, Legislativo e Judiciário - integram o macrogoverno do poder estatal. Fazem parte de um só corpo (ou máquina). Devem, nas suas órbitas de atuação, cumprir os fins maiores do Estado, firmados diretamente na Constituição (ou noutros programas normativos), nomeadamente a realização dos direitos fundamentais e observada a contingência da existência do lastro material.

Reafirmando a idéia de o Estado ser um processo complexo, sempre em construção e impassível de enclausuramento ou de ser enxergado por um olhar único, convém apontar, em forma de síntese de reflexão, alguns dos desafios e indagações que se apresentam na Ciência do Direito quanto à autonomia e funcionalidade tecnológica do Direito, particularmente do Estado e no tocante à definição e cumprimento de seus fins.

Primeiro, não se vivencia, especialmente na Europa Centro-Occidental e que basicamente integra a União Européia: a) uma transição do Estado para uma nova formatação da realidade político-jurídico-institucional na relação sociedade e poder, como (neo)federação, ressurgimento de impérios; b) cidadão de comunidade (não de Estado).

Os próprios nacionalismos fazem prova plena de que os liames jurídicos nem sempre superam vinculações culturais pre-existentes mas também demonstram que o Estado, com todos os seus componentes (povo, território, governo soberano e fins), ostenta protagonismo na condução da sociedade.

Realmente, os fortíssimos laços culturais, afora outros sociais, econômicos, políticos, são bastantes sugestivos que, ao menos num futuro visível, os Estados continuarão como principais atores na órbita jurídica internacional da globalização. Não se vislumbra sua superação por outras realidades sócio-políticas.

Segundo, a densificação dos meios de exercício do ideal democrático de Lincoln (governo do/pelo/para o povo), deve ser permanentemente reforçada. Não se descarta a possibilidade de abertura de espaço ou conjuntura que potencialize ondas totalitárias. Em que pese os dilemas próprios, como a constante mudança de pautas sociais e governamentais – decorrentes das eleições periódicas -, a democracia e, sobretudo, o seu procedimento legitimador são os meios eficientes à pedagogia do aperfeiçoamento do Estado e das instituições.

Assim, ressoa que, na realização dos direitos fundamentais, inexistem remédios únicos ou milagrosos. Seja para os Estados com elevado endividamento seja para os que apresentam

corrupção endêmica e generalizada dos recursos públicos, vislumbra-se que só a pedagogia do tempo depurador e o procedimento democráticos podem apresentar um caminho viável.

Terceiro, a concepção do Estado como ente soberano, monopolizador da produção de normas de convivência coletiva e autossuficiente, interna e externamente, na tomada de decisões está superada. Citada concepção é desprovida de correspondência fática. O *soft law* é exemplo vivo e inquestionável. Até mesmo os EUA que, na segunda metade do último século, pareceu isolado e hegemônico na definição da pauta político-econômica e cultural, encontra-se imerso no cenário da governança em rede. E, consciente da hipossuficiência estatal, busca meios de eficiente incursão na ordem mundial.¹³ Imposições hierárquicas e fechamento operacional levam à exclusão do Estado enquanto partícipe da governança mundial. A realidade hoje é de uma atuação em *net*, onde os Estados dialogam horizontalmente pautas axiológicas e teleológicas com os demais atores, externos e internos, públicos e privados (NYE, 2010, pp 320).

Quarto, percebe-se não haver pertinência em se cogitar de redefinir os fins do Estado. Sua principal missão é mesmo realizar os direitos fundamentais, particularmente as liberdades clássicas, já que as de segunda geração ficam condicionadas à existência do lastro material dos recursos necessários. José Cassalta Nabais demonstra que o dever fundamental de pagar impostos representa a superação do Estado patrimonial pelo Estado fiscal, coaduna-se com democracia, Estado de Direito e, sobretudo, exprime o dever de solidariedade comunitária (NABAIS, 2012).

Não se trata, essencialmente, de redefinir os fins do Estado: segurança, liberdade e bem-estar ou, numa palavra: justiça; mas o problema central é como alcançá-los neste contexto de interdependência e de governança mundial complexas? A resposta não pode vir do Direito, mas da Política, da Economia e da Educação que geram o lastro material necessário à realização dos direitos fundamentais pelo Estado. Os instrumentos jurídicos estatais, internos e externos, podem e devem, sob o comando democrático, além de firmar os fins do Estado, ofertar segurança jurídica à sociedade e à atividade econômico-empresarial bem como coibir desvio e improbidades na aplicação dos recursos públicos.

Quinto, não se vislumbra dotado de mínima racionalidade lógica, o descompasso inconciliável e, por vezes, irrealizável, dos comandos que emergem do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, enquanto componentes do governo. Arienzo pontua que “se o bem do estado e da coletividade popular representa o valor e a finalidade do Estado, o crescimento

¹³ As estratégias para manutenção do poderio político-econômico dos EUA são ilustradas nos trabalhos dos professores Francis Fukuyama (autor, dentre outros, de *O Fim da História e o último Homem*) e Joseph Nye (do último *The Future of Power*).

e a afirmação da potência vital que são próprios de qualquer organização estatal seriam o meio indispensável para a realização de um tal fim” (ARIENZO, 2012. p. 251).

A presente reflexão mostra-se válida porque é mesmo em tempos de crise político-econômica, de questionamento das ideologias, onde se afirmam vocações democráticas ou autoritárias, de modo que, no atual cenário, especial papel cabe à jurisdição, em especial a constitucional:¹⁴ ponderar com prudência e precisão sobre os fins ou as razões objetivas universais do Estado contemporâneo (realizar os direitos fundamentais) e, concretamente, mas observadas às contingências, harmonizar-se com elas.

10 Referências

- BARBAS HOMEM, Antônio Pedro. **O Espírito das Instituições**, Almeidina, Coimbra, 2006.
- BARBAS HOMEM, Antônio Pedro. **História das Relações Internacionais**, Almeidina, Coimbra, 2010.
- CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, Almeidina, Coimbra, 6ª ed, 3ª reimpressão, Coimbra, 2009, pp. 122/206.
- CASSESE, Sabino. **Palestra Dimensões Globais da Democracia**, proferida na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, em 07-11-11.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- ESTORNINHO, Maria João. **Segurança Alimentar e Protecção do Consumidor de Organismos Geneticamente Modificados**, Almeidina, Coimbra, 2008.
- FUKUYAMA, Francis. **O Dilema Americano: Democracia, Poder e Legado do Neoconservadorismo**. Trad. de Nivaldo Montigelli Editora Rocco, 2006
- GOMES CANOTILHO, Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almeidina, Coimbra, 7ª ed., 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 1. ed. Sao Paulo: Martins Fontes, 1990.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp 31-82 e 235-435.
- MONTESQUIEU, Charles de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Merville. São Paulo: Martin Claret, 2002
- NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais**, Coimbra, reimpressão, Coimbra, 2011, pp. 09/30.
- NYE, Joseph, **The Future of Power**, Washington, DC, PublicAffairs, 2010, pp 320. ISBN-10: 9781586488918.
- OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública**, 2ª. Reimpressão, Almeidina, Coimbra, 2011, pp. 144-146.
- ROUSSEAU. Jean-Jacques. **O Contrato Social – Princípios de Direito Político**. Trad. Antônio da Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁴ Jurisdição constitucional no modelo da herança estados-unidense e alargada no Brasil com o controle difuso da constitucionalidade por todos os juizes e tribunais.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. 2ª edição. Rio de Janeiro-São Paulo:Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 4ª ed., Record, Rio de Janeiro, 2000.

VIOLA, Eduardo. **A Multidimensionalidade da Globalização, As Forças Sociais Transnacionais e seu Impacto na Política Ambiental do Brasil** In: FERREIRA, L. e VIOLA. Incertezas de Sustentabilidade na Globalização, Ed. Unicamp, Campinas, 1996.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **Estado de Direito, História, teoria, crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo, Martins Fontes, 2006.