

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS

LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA

KARINE SALGADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria e filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Jose Luis Bolzan De Moraes, Leonardo da Rocha de Souza, Karine Salgado – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-134-0

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do Estado. 3. Filosofia do Estado. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

CONPEDI 2015-MG

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

PREFÁCIO

Os livros que abordam Teoria e Filosofia do Estado têm o grande desafio de enfrentar questões teóricas, relacioná-las a questões práticas e realizar propostas de avanços ou de soluções para os problemas enfrentados. Tudo isso nem sempre atingido. O livro que organizamos a partir dos trabalhos selecionados e apresentados no GT CONPEDI Teoria e Filosofia do Estado -, e ora apresentamos, pretende dar conta de tudo isso.

Dos textos apresentados, percebemos uma grande preocupação nas discussões sobre os tipos de Estado. Nessa temática, um dos textos deste livro trata do Estado de Bem-Estar Social, com uma análise das suas origens até os dias atuais. Outros cinco textos abordam o Estado de Direito, relacionando esse tema à esfera pública, à soberania e à pós-modernidade, além de analisar sua evolução histórica e as relações de poder presentes nesse projeto, sempre inacabado.

O livro também conta com trabalhos relacionados à soberania dos Estados e suas relações transnacionais. São textos que estudam: a relativização da soberania quando necessária para garantir a proteção ambiental, os desafios da nação na globalização, bem como os exércitos privados e os diplomatas independentes em uma realidade cosmopolita.

Outro bloco de artigos se preocupou com temas que envolvem a Constituição e a democracia. São propostas de reconstrução da teoria deliberativa, da relação entre democracia e Estado na América Latina, e entre democracia e crise, bem como sobre os fundamentos da representação política. Além desses temas, dois trabalhos abordaram o novo constitucionalismo na América Latina, um deles envolvendo o surgimento do Estado Plurinacional e outro estudando a busca pela libertação da diversidade.

Três outros trabalhos apresentaram temas relacionados à federação, um deles mais teórico, voltado à jurisdição constitucional, e dois abordando a autonomia e as atribuições dos Municípios no modelo federativo brasileiro.

Por fim, tivemos textos com temas mais diversificados, tratando de: separação de poderes e função judiciária, natureza humana e origens do Estado, direito de resistência, servidão voluntária e a questão das massas, concepções de justiça, humanismo e segurança jurídica.

Percebemos, assim, com os trabalhos constantes neste livro, a riqueza de temas e de abordagens que podem ser feitas quando se estuda a Teoria e a Filosofia do Estado. Aqui se apresentam as grandes dificuldades e os imensos desafios para aqueles que se dedicam a (re) pensar as circunstâncias que envolvem as instituições político-jurídicas, em particular na sua expressão moderna, projetando-as para o futuro. Um futuro incerto que nos leva a termos presente a necessidade de revisitar o conhecimento jurídico para que possamos dar conta dos dilemas que incidem nas experiências da modernidade.

Uma boa leitura a todos!

Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes - UNISINOS

Prof.^a Dra. Karine Salgado - UFMG

Prof. Dr. Leonardo da Rocha de Souza - UCS

PANORAMA DO DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO: DAS ORIGENS À PÓS-MODERNIDADE

OVERVIEW OF THE DEVELOPMENT OF THE ESTADO DE DIREITO: FROM ITS ORIGINS TO POST-MODERNITY

**Jorge Luis Mialhe
Karina Caetano Malheiro**

Resumo

O Estado como concentração do poder político foi inventado na Europa como reação ao poder político fragmentado da Idade Média, mas o Estado de Direito é criação relativamente recente na história humana. Foi desenvolvido como meio de oferecer uma estrutura estatal baseada em um sistema legal, do qual também retira sua legitimidade para existir. O presente artigo através da pesquisa dedutiva, na modalidade histórica, visa perscrutar o impacto das mudanças ao Estado de Direito na sua forma democrática, causadas pelas desestabilizações criadas na pós-modernidade, mormente em função da globalização. Alterações estão sendo gradualmente incorporadas, tais como as novas tecnologias e as trocas filosóficas com o sistema anglo-saxão do Rule of Law, proporcionando mais flexibilidade ao Estado de Direito que sempre disse o direito para a sociedade e jamais ocupou-se de adaptar-se rapidamente às mudanças sociais e culturais, o grande marco desta era. Ainda assim, o Estado Democrático de Direito corre o risco de ser reduzido, juntamente com os direitos fundamentais que lhe são peculiares em virtude das mudanças da era pós-moderna.

Palavras-chave: Formação do estado, Estado de direito, Rule of law, Direitos fundamentais, Pós-modernidade

Abstract/Resumen/Résumé

The State as concentration of political power was invented in Europe as a reaction to the fragmented political power of the Middle Age, but the Estado de Direito is a relatively recent creation in the human history. It was developed as means to offer a state structure based in a legal system, from which it also draws its legitimacy to exist. The current paper through the deductive research, in its historical research type, seeks to explore the impact of the changes to the Estado de Direito in its democratic form, caused by the destabilizations created in post-modernity, mainly due to the globalization. Alterations are being gradually incorporated, such as new technologies and the philosophical exchanges with the Anglo-Saxon Rule of Law, providing more flexibility to the Estado de Direito which has always said the Law to society and never occupied itself to adapt quickly to social and cultural change, the major milestone of this era. Still, the Estado Democrático de Direito risks being reduced, along with the fundamental rights that are so peculiar to it, due to the changes of the post-modern era.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Formation of the state, estado de direito, Rule of law, Fundamental rights, Post-modernity

Introdução

Crise. Etimologicamente: “lat. *Crīsis, is* ‘momento de decisão, de mudança súbita, crise’”¹. Na pós-modernidade, tanto o Estado de Direito quanto o próprio Direito encontram-se em crise existencial: ambos precisariam com urgência decidir-se sobre o futuro próximo. Mas as instituições, quanto mais sólidas são, maior a resistência que oporão às mudanças. Resistem, quando deveriam flexibilizar-se. Entram em lenta agonia, o que acaba por enganar seus partidários quanto à premência de ações adaptativas. Então, ao invés de uma morte rápida, esvanecem com o passar do tempo, tornando-se obsoletas.

Perscrutar acerca do porquê dessa obsolescência é entender o que precisa ser mudado no Estado (Democrático) de Direito para garantir sua sobrevivência pelo máximo de tempo possível. Destarte, temos como objetivo principal do presente artigo a apresentação de um panorama do desenvolvimento do Estado, de suas origens até o Estado Democrático de Direito, visando compreender que as mudanças que estão em curso na atualidade, são parte da vida do Estado de Direito, mas que poderão causar a derrocada do mesmo e conseqüentemente das garantias e direitos fundamentais que lhe são essenciais. Utilizou-se método dedutivo, com técnica histórica.

Afinal, o Estado de Direito como “*forma política que confere aos direitos fundamentais primazia axiológica*” em que “não há norma jurídica mais importante que aquelas que, ao consagrarem direitos, tornam-se nucleares a todo o ordenamento jurídico.”² é o ideal visado, senão pelos detentores do poder, pelo menos pelos cidadãos ao redor do mundo precisamente por essa conexão pós-moderna entre Estado de Direito e direitos fundamentais³.

Para tanto, necessário examinar a invenção do Estado como oposição ao poder político fragmentado da era medieval e seu posterior desenvolvimento. Passando pelo Estado Moderno que proporcionou o Absolutismo e em seguida pelo seu nêmesis o Estado Liberal,

¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 872.

² HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011, p. 36.

³ Relevante a diferença apontada por Ingo Wolfgang Sarlet entre direitos fundamentais “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” e direitos humanos que “guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

em que o Estado tornou-se mínimo em prol do capitalismo industrial do século XIX, mas que também trouxe no rastro das revoluções liberais o ideário de direitos e garantias fundamentais⁴.

Depois pela criação do Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State* que foi desenvolvido como reação ao liberalismo extremado e predatório. E, finalmente, o Estado Democrático de Direito, pleno de direitos e garantias fundamentais, em contínua fusão com o sistema anglo-americano do *Rule of Law*, e ironicamente situado em plena era pós-moderna com suas quebras de paradigmas e volatilidade das relações humanas.

Examinemos brevemente o Estado de Direito, de suas raízes ao atual mundo pós-moderno.

1. Do “vazio medieval” à invenção do Estado

Apesar do ideal de Estado existir desde a Antiguidade Clássica, a busca pela estabilidade da sociedade pelo Direito começa a divisar-se em definitivo com o Estado Moderno, “lo stato” de Maquiavel “aquela que mais se aproxima (ou mais pode se aproximar) da ideia de Estado”. (HORTA, 2011, p. 29)

Talvez o gérmen do que seria o Estado Democrático de Direito, aparece pela primeira vez nos campos de Runnymede, no dia 15 de junho de 1215. Naquele dia os barões ingleses forçaram a primeira carta oficial de direitos ao Rei João Sem-Terra.⁵

Que se tratava de um documento restrito aos senhores feudais, disso não existem dúvidas, nem que pouco tempo depois o Rei João repudiou a carta. Mas que aquele documento abriu o caminho para todo o arcabouço de direitos hoje existentes e, portanto, para o próprio Estado de Direito como o conhecemos, também não há discussões. Churchill ao comentar a Magna Carta reitera tal posição “Não tem qualquer manifestação copiosa de princípios de governos democráticos ou de direitos do homem.”, mas ao se defenderem do rei, os barões acabaram por defenderem também os direitos de toda a classe rural de homens

⁴De acordo com Blandine Kriegel, devemos atentar para o fato de que, os direitos humanos (e fundamentais no plano interno de um Estado) têm origem bíblica: é no velho testamento que as pessoas recebem valor por terem sido criadas por Deus; a lei lhes concedeu este status e os governantes garantiram-no. São Francisco de Assis “proclamou a existência de direitos individuais e subjetivos” e William de Ockham “introduziu uma noção de direitos subjetivos que arrasaram o direito romano bem como a teoria tomista.” KRIEGEL, Blandine. **The State and the Rule of Law**. Princeton: Princeton University Press, 1995, localização: 592-596. (*livro eletrônico Kindle*).

⁵ CHURCHILL, Winston S. **Uma história dos Povos de língua inglesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: UniverCidade, 2009, pp. 66-67.

livres, “grandes ou pequenos” e tal manobra de união popular contra o governante repercutiria por toda a história do direito ocidental.⁶

A cláusula precursora foi a de número 39: “Nenhum homem livre será levado, nem preso, nem capturado, nem exilado, nem de qualquer outra forma destruído, nem iremos persegui-lo, nem mandaremos persegui-lo, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.”⁷ Seguida pela igualmente importante 40: “A ninguém nós iremos vender, a ninguém nós iremos recusar ou atrasar, direito ou justiça.”⁸

Com essas duas cláusulas nasceram três princípios basilares do Estado Democrático de Direito: o devido processo legal, expressão proveniente do “pela lei da terra”, o monopólio da justiça pelo Estado e a submissão de toda e qualquer pessoa (inclusive o governante) à lei, que traz ínsito o ideal de soberania⁹, o “elemento *formal* que se apresenta essencial à sua identificação”¹⁰ (HORTA, 2011, p. 30) como Estado de Direito.

Não por acaso, o equivalente hoje a Estado de Direito¹¹ em inglês seja a expressão *The Rule of Law*¹², que em tradução literal significa “O Domínio da Lei” ou o “O Império do Direito”.

Uma ressalva deve ser feita: na filosofia jurídica ocidental, o Estado de Direito baseado no direito alemão hegeliano, se oporia ao *Rule of Law* britânico. Difícil, no entanto,

⁶ CHURCHILL, 2009, p. 67.

⁷ Na tradução para o inglês da Carta original em Latim, em versão provavelmente do Arcebispo Stephen Langton: “39.No freemen shall be taken or imprisoned or disseised (sic) or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.” MURPHY, Gerald; TROUTMAN, Nancy (The Cleveland Free-Net); distribuída por Cybercasting Services Division of the National Public Telecomputing Network (NPTN) para a ONG Constitution Society. Disponível em: <http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>. Acesso em: 02ago2015.

⁸ “40. To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice.” Idem.

⁹ A soberania foi “tratada teoricamente, por primeira vez, em *Les Six Livres de la République*, de Jean Bodin, no ano de 1576. Antes disso, a construção desse conceito vem-se formando, embora não apareça, ainda, permeada pela ideia que lhe será fundante, como poder supremo, o que irá acontecer já no final da Idade Média, quando a supremacia da monarquia já não encontra poder paralelo que lhe faça sombra – o rei tornara-se, então, detentor de uma vontade incontrastada em face de outros poderes, ou melhor, de outros poderosos, e.g., os barões ou os senhores feudais nos limites de suas propriedades. Ou seja, deixa de existir uma concorrência entre poderes distintos, e ocorre uma conjugação dos mesmos em mãos da monarquia, do rei, do soberano.” MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 26.

¹⁰ José Luiz Borges Horta explica que “A soberania traduz-se na propriedade central do Estado, desde a Modernidade; a partir de então, somente as comunidades políticas cujas ordens normativas não devem validade a nenhuma ordem superior serão reconhecidas como estados.” HORTA, 2011, pp. 30-31.

¹¹ Conforme nos informa Horta, citando Arturo Sampay e Pablo Lucas Verdú, a expressão Estado de Direito (ver a ressalva de J. Chevallier na nota 16), *Rechtsstaat*, foi usada pelo alemão R. Von Mohl na obra *Die Polizeiwissenschaften des Grundsaetzendes Rechtsstaates* (A ciência política baseada no Estado de Direito) de 1832. HORTA, 2011, p. 34.

¹² A expressão oficial é atribuída ao Professor de Direito Inglês da Universidade de Oxford, A.V. Dicey, “que a usou em seu livro *Uma Introdução ao Estudo do Direito da Constituição, publicado em 1885*”, apesar de existirem anteriormente a esta data algumas expressões equivalentes. BINGHAM, Tom. **The Rule of Law**. Londres: Penguin, 2011, p.1. (tradução da autora)

acreditar nesta concepção fora de uma abordagem exclusivamente filosófica e formal, dadas as “contaminações” práticas existentes: a noção de devido processo legal nasceu com a Carta Magna e é intrínseco ao Estado de Direito continental (mesmo que somente no plano formal), assim como, o ideal de Estado soberano tem suas origens em Maquiavel e com certeza influenciou o reinado dos reis ingleses, a partir de Henrique VIII (que foi por sinal, contemporâneo de Maquiavel) nas “ilhas britânicas”.

Eventualmente, e mais especialmente após a década de 1980, o Estado de Direito Continental passou a estreitar relações¹³ com o *Rule of Law* anglo-saxônico:

[...] não somente o Estado de Direito deixou o terreno árido da dogmática jurídica, transformando-se em figura imposta ao discurso político, mas também em se universalizando, ganhando, progressivamente, não apenas os países de tradição anglo-saxônica como também os do Leste e do Sul; todo Estado que se respeite é doravante obrigado a se apresentar sob o aspecto futurista, de se ornar com as cores cambiantes de Estado de Direito, que se tornou um verdadeiro modelo internacional, ao qual os Estados são obrigados a se conformar. Testemunha-o uma série de Constituições recentes, o Estado de Direito tornou-se uma referência incontornável, um dos atributos substanciais da organização política, ao mesmo nível da democracia, com a qual ele estabelece relações complexas. O Estado de Direito, dessa forma, perdeu a significação estreita que desde há muito tempo mantinha: os traços de sua genealogia tendem a se apagar, como demonstra o amálgama progressivo com a teoria da *Rule of Law*, no quadro de um “modelo sincrético” (D Mockle, 1994); posta *sob a marca de universal*, o Estado de Direito ultrapassa e transcende as traduções particulares que lhe são dadas. (CHEVALLIER, 2013, pp. 9-10)

Essa junção de Estado de Direito e do *Rule of Law* na pós-modernidade não é necessariamente uma circunstância detratora: o Estado de Direito em si, “concebido essencialmente de maneira formal¹⁴, independentemente de todo caráter “substancial” ou

¹³ Vide a Constituição Europeia, por exemplo, produto deste “estreitamento da aproximação” entre a “*common law* anglo-americana e a ciência jurídica europeia continental. As diferenças entre ambas têm-se vindo a esbater, no essencial, graças à crescente atividade legislativa levada a cabo nos primeiros, que os aproxima dos legalistas sistemas continentais, e a um reconhecimento por parte destes da importante força criadora da jurisprudência, muito à imagem do que sucede na realidade jurídica anglo-americana.” CUNHA, Paulo F.; AGUIAR E SILVA, Joana; SOARES, António L.. **História do Direito: do Direito Romano à Constituição Europeia**. Reimpressão Coimbra: Almedina, 2010, p. 221.

¹⁴ Chevalier explica, no entanto, que na verdade, ocorreu uma inversão de concepção na segunda metade do século XIX, porque quando Johann Wilhelm Placidus cunhou o termo *Rechtsstaat* em 1798, para “qualificar a escola kantiana”, tratava-se de designação para “um Estado cuja a esfera de ação é limitada pelos direitos naturais dos indivíduos” com um “sentido próximo ao da *Rule of Law* britânica.” “Em reação a essa visão liberal, Friedrich Julius Stahl (1802-1861) (*Die Philosophiedes Rechts*, 3ed, 1856), fervoroso defensor da monarquia prussiana, que queria suprimir da definição do *Rechtsstaat* toda referência aos objetivos do Estado, para somente se fixar “à sua maneira”, como os realizar: o direito aparece assim, não mais como dispositivo de limitação do poder do Estado, em nome das liberdades individuais, mas como meio de organização racional do Estado; [...]”. (CHEVALLIER, 2013, p. 16) e que “O surgimento dos Estados totalitários ou autoritários no coração do século XX mostrará, de outro modo, que o Estado pode ser apenas um envoltório formal e o Estado de Direito uma ilusão de ótica, recobrando uma concepção puramente instrumental do direito. O Estado de Direito, então, não é uma realidade intangível, mas essencialmente evolutiva e pode ser reduzida a nada, pelo processo de

“procedimental” ” e que “contrasta fortemente com a *Rule of Law* britânico, sistematizada por Dicey (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885), inteiramente fundada com (sic) a preocupação de proteção dos direitos e liberdades individuais”, (CHEVALLIER, 2013, p. 15) terminou por englobar esse caráter substantivo e, conseqüentemente, toda uma gama de direitos fundamentais.

A ‘humanização’ do Estado de Direito pós-moderno é grandemente devida às trocas jusfilosóficas com o *Rule of Law*, o qual teve um início menos ‘humanista’ como nos informa Blandine Kriegel, para a qual o sistema anglo-saxão originou-se na realeza inglesa e não a partir do desenvolvimento espontâneo do direito consuetudinário, ou seja, foi um modo de controle estatal, dando a ilusão de que na Inglaterra não havia absolutismo como no continente.¹⁵

Como dito anteriormente, a Magna Carta foi o gérmen. O feudalismo¹⁶ baseado nas divisões territoriais e de poder entre diversos senhores feudais, gerando guerras intermináveis e a impossibilidade de alianças sólidas o suficiente para a existência de um poder central, perduraria até o século XV. Essa por sinal, a característica distintiva do período:

A especificidade da ordem jurídica medieval repousa, em *primeiro* lugar, nesse relativo vazio, [...] a incompletude do poder político medieval, entendendo por incompletude a carência de toda vocação totalizante do poder político, sua incapacidade de se apresentar como fato global e assimilador de todas as manifestações sociais, [...] (GROSSI, 2014, p. 50)

Essa “incompletude do poder político medieval” não implica necessariamente na “ausência do “Estado”” que vemos ao contemplar a Idade Média com um olhar pós-moderno, mas sim, “um não Estado”¹⁷ porque em verdade, não havia necessidade de Estados para aquela sociedade nascida e criada nos escombros do Império Romano. O homem medieval não conseguia ver além de seu tempo, além de suas necessidades, para ele, aquele “não Estado” era efetivamente tudo que havia e com que se contava.

desnaturalização da forma estatal.” CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 11.

¹⁵ KRIEDEL, 1995, localização: 1196. (*livro eletrônico Kindle*).

¹⁶ “O sistema feudal da Europa ocidental que se seguiu à queda do império carolíngio – curta tentativa de impor ordem à desordem resultante da invasão bárbara que destruíra Roma – era descentralizado até mesmo pelos padrões de regimes semelhantes em outras regiões. No feudalismo, o governo não era “público” nem se concentrava nas mãos de um único monarca ou imperador; pelo contrário, dividia-se entre um grande número de governantes desiguais que tinham entre si relações de lealdade e que o tratavam como propriedade privada. Na Europa Ocidental, porém, a situação se complicava ainda mais em razão da posição excepcional ocupada pela Igreja.” CREVELD, Martin van. **A ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.82.

¹⁷ GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, pp. 50-53.

Uma vantagem sobre a pós-modernidade é latente, foi a “incompletude” que possibilitou “uma incrível liberdade do campo histórico, uma possibilidade de ação autônoma para uma pluralidade de presenças, que à sombra de um poder totalmente completo, veriam sua autonomia totalmente frustrada ou até mesmo expropriada.” (GROSSI, 2014, p. 58). Em outras palavras, foi o “vazio medieval” que possibilitou juntamente com o humanismo a idealização do que é efetivamente um Estado.

Tudo somado é óbvio, à derrocada da Igreja Católica com o fim do Império Romano no Oriente, em 1453, e o advento da Reforma Protestante. A Igreja Católica que fora durante toda a Idade Média, a única instituição politicamente forte e que floresceu naquela era justamente por substituir o “vazio” político¹⁸, foi progressivamente reduzida. (CREVELD, 2004, p. 106)

O primeiro grande rompimento com a Igreja, veio da própria Inglaterra criadora da Magna Carta. O rei Henrique VIII rompe com o papado, é excomungado, toma posse das propriedades da Igreja na Inglaterra e se declara Chefe da recém-fundada Igreja Anglicana. E essa foi a primeira vez na história do período que um monarca era mais rico do que todos os nobres juntos (CREVELD, 2004, p. 96). O poder centralizado ou a “coroa imperial fechada”¹⁹, passa a ser o “santo graal” do século XVI para os príncipes europeus.

A Reforma Protestante²⁰ que lançou preceitos fundamentais para o Estado laico foi a grande causa do fortalecimento estatal em face da Igreja de Roma²¹. Os cargos políticos, anteriormente pertencentes ao clero, passaram a ser assumidos por nobres, advogados²² e

¹⁸ “Thomas Hobbes pronunciou a sentença de que ‘o papado não é mais do que o fantasma do falecido Império Romano, ocupando o trono sobre o túmulo deste último.’” COLLINSON, Patrick. **A Reforma**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, p. 31.

¹⁹ Henrique VIII, Francisco I e Felipe II, foram os primeiros “reis” com a chamada “coroa imperial fechada” CREVELD, 2004, p. 119, ou seja, detentores de todo o poder estatal.

²⁰ Pierangelo Schiera ao escrever sobre o Estado Moderno coloca a questão da reforma como grande motor da “nova forma de organização do poder expressamente político. A dramaticidade de tal gênese é, ainda, exaltada pelo fato de que o conflito religioso encontrou, por fim, sua solução – destacadamente na França e também na Alemanha e na Inglaterra – não no triunfo de uma fé sobre a outra mas na superação das pretensões de fundar um poder sobre uma fé.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13ª ed., 4ª reimpressão Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, p. 427.

²¹ Não se deve esquecer a importância para todo aquele momento histórico, daquele que ainda hoje é considerado o invento mais importante da história humana: a prensa de Gutemberg. Foram os tipos móveis que possibilitaram à Reforma Protestante se alastrar pela Europa (Lutero publicou um livro novo a cada duas semanas por mais de trinta anos) e a disseminação do conhecimento humanista: “Uma autoridade nesses temas propôs que o que mudou o mundo não foi o Renascimento, e sim a imprensa. Praticamente ignoramos o que o foi o Renascimento, a não ser como ideia um tanto diáfana, mas podemos tocar e pesar o produto da imprensa, que teve imenso impacto tanto sobre os letrados quanto sobre os ignorantes.” COLLINSON, 2006, pp. 49-57.

²² Thomas Cromwell, advogado antes de tornar-se ministro e secretário de Henrique VIII foi o grande arquiteto da Igreja Anglicana (era adepto da Reforma Protestante), defensor do poder real e de um Estado inglês forte. Acabou decapitado graças a sua postura revolucionária face aos nobres conservadores. DORAN, Susan. **The Tudor Chronicles**. London: Quercus, 2008, p. 150.

filósofos. Os tributos tornaram-se seculares, tornando possível o investimento no Estado, ao mesmo tempo em que o poderio territorial e econômico do Papa restringia-se²³.

Mesmo em países onde o protestantismo não se instalou e, em verdade, o catolicismo recrudesciu, como Portugal e Espanha, o fim do poder dos principados chegara para quase toda a Europa, com exceção de Alemanha e Itália que somente conseguiriam unir-se no século XIX. O poder centralizado naquelas nações possibilitou as Grandes Navegações e a descoberta da América.²⁴

O Estado, na pessoa do governante, tornava-se forte e coeso, assim como as leis que serviam para garantir tal coesão. Existiam tribunais, mas todos se submetiam ao poder real, cabendo ao rei dizer o direito final. Sob um olhar do século XXI, tal fato parece uma abominação, mas foi exatamente esse dizer um “único” direito, o direito real, que possibilitou o monopólio estatal da justiça nos moldes do Estado de Direito²⁵.

Finalmente, importante a lição de Alain Supiot sobre a origem filosófica do “poder” do Estado:

Grande invenção do Ocidente, o Estado repousa na crença inextirpável num Ser imortal e onipotente, crença que começou a se “laicizar” na aurora dos tempos modernos. O poder temporal foi colocado entre nós sob a égide da soberania do Rei que nunca morre, depois do Povo que se regenera sem cessar, e esse soberano intemporal acabou excluindo a onipotência divina da regulamentação dos negócios humanos.²⁶

2. O Estado Moderno

Foi no século XVII, ainda na Inglaterra que pela primeira vez, lutou-se contra o despotismo real com fulcro naqueles princípios criados pela Magna Carta. A Revolução

²³ Creveld expõe este declínio no poder papal: “(...) com o passar do tempo, sua influência sobre os assuntos internacionais tornou-se proporcional à extensão territorial que governavam e às forças armadas que comandavam.” CREVELD, 2004, p. 106.

²⁴ Também o fim do poder eclesiástico: os reis passaram a confiscar propriedades da Igreja, como Carlos V que transformou em tributos para o cofre real, antigas contribuições para a Igreja, ou Francisco I que vendeu privilégios eclesiásticos acima de “100 mil livres” e mandou a renda para os cofres do Estado. Felipe II obteve metade da receita da Igreja espanhola, dinheiro provavelmente usado nas grandes navegações. CREVELD, 2004, pp. 97-98.

²⁵ No feudalismo, cada senhor feudal tinha suas próprias leis, tornando impossível que uma decisão fosse revista ou examinada, pois não existia poder acima dos demais. É a história da novela de Heinrich von Kleist, “Michael Kohlhaas”, baseada em um fato verídico que ocorreu na Alemanha no século XVI: Michael Kohlhaas é um vendedor de cavalos forçado a deixar seus animais como pedágio a um *junker*, um jovem senhor de terras, quando retorna, seus cavalos estão destruídos e seu vigia foi morto. Kohlhaas procura obter justiça no tribunal da região, mas é ignorado em razão da posição do *junker*. Sem ter como apelar para instância superior de justiça (porque inexistente), aterroriza os nobres da região até ser morto. KLEIST, Heinrich von. **Michael Kohlhaas**. São Paulo: Grua, 2014.

²⁶ SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 182.

Gloriosa colocou em movimento lutas sociais jamais vistas na história humana, trazendo à baila os dois direitos primordiais da liberdade: direitos civis e políticos.

Na Inglaterra, por sinal, as tentativas de implantação do absolutismo arrefeceram para sempre com a Revolução de 1688: não por acaso o Rei Guilherme de Orange voltou do exílio na Holanda trazendo em seu comboio de navios, John Locke, cujo traço principal de sua filosofia liberal foi “a responsabilidade do Soberano perante seus súditos. Nem o direito divino dos reis, dado por Deus, nem a visão hobbesiana de um Soberano todo-poderoso feito por Contrato, mas sim um Soberano que é mais um gerente do Estado do que qualquer outra coisa.”²⁷ Locke escreveu sobre a legitimidade do poder real atribuído pelo contrato com os súditos, em seu “Segundo Tratado de Governo”:

Para que a finalidade e medida deste poder (*direito natural de preservação da vida e propriedade), quando nas mãos de cada homem no estado natural, sendo a preservação de toda sua sociedade, que é toda a humanidade em geral, não pode ter outra finalidade ou medida, quando nas mãos do magistrado, mas preservar os membros daquela sociedade em suas vidas, liberdades e posses; e, portanto, não pode ser um poder absoluto, arbitrário sobre suas vidas e fortunas, que devem sempre que possível serem preservadas; mas um poder para fazer leis, e anexar penalidades a elas, tendendo à preservação do todo, ao cortar aquelas partes, e somente aquelas, que são tão corruptas, que elas ameaçam o sólido e saudável, sem o qual nenhuma severidade é legal. E este poder tem seu propósito original somente em pacto e acordo, e o consentimento mútuo daqueles que perfazem a comunidade.²⁸

Winston Churchill ao escrever sobre o governo de William de Orange esclarece que o partido “liberal”, os whigs, “viam a Revolução como a confirmação de sua crença na ideia de um contrato entre a Coroa e o povo.” e que o William III ao aceitar “a decisão parlamentar com benevolência” de coroá-lo, admitiu essa noção de contrato, principalmente para evitar “que os princípios whigs” acabassem por fundar uma república.²⁹ Foi a aceitação de William de que era soberano legítimo via consenso popular que garantiu a sobrevivência da monarquia inglesa até a pós-modernidade.

No continente europeu, o Estado moderno confundiu-se com o Estado *per si*: o Absolutismo, ou o poder real, central, elevado ao máximo possível. O contratualismo iluminista foi desenvolvido como reação à concentração de poder. Montesquieu e a separação

²⁷BRITO, Ari Ricardo Tank. O liberalismo Clássico, in: Flamarion C.; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara (coord.). **Manual de Filosofia Política**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 125.

²⁸ LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. Ed. de 1690, digitalizada por Dave Gowan. Livro de Domínio Público (*livro digital*), seção 171. Nota com asterisco dos autores.

²⁹ CHURCHILL, 2009, p. 273.

de poderes, Rousseau e o contrato social.³⁰ Mesmo na Inglaterra, os exageros em não se perceber a gana por liberdade – na forma de representação – engendraram a Revolução Norte-americana e a primeira constituição democrática. Na França, o reinado de mais de setenta anos de Luís XIV enredou seus dois herdeiros e acabou por dar azo à Revolução Francesa, mais tarde engolfando a Europa no caos das guerras napoleônicas.

Por tudo isso, o Estado moderno é segundo o conceito de Maria Isabel de M. P. Limongi: “um conjunto de relações de poder pensadas e legitimadas em termos de direitos e deveres. Os autores contratualistas contribuíram diretamente para formação desse conceito.” Para a autora, toda legitimação do poder depende da existência de um “ato contratual, mesmo que efetivamente não tenha sido.”³¹

3. O Estado Liberal

O Estado liberal se desenvolve a partir de duas coincidências: as abominações sociais, políticas e econômicas geradas pelo absolutismo, as quais ensejaram toda uma filosofia de lassidão do poder constituído para com a sociedade e os avanços tecnológicos realizados na esteira da filosofia iluminista e que proporcionaram a industrialização.

Um Estado mínimo e uma indústria jovem e gananciosa fizeram juntos muito bem à segunda: “Com a definição precisa do espaço privado e do espaço público, o indivíduo guiado pelo ideal da liberdade busca no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas implementadas no âmbito do Estado que assumiu a feição de não interventor.”³²

O capitalista era o indivíduo buscando seus “interesses próprios” formalmente igual a todos seus empregados enquanto o Estado, desinteressado de distinções materiais, cruzava seus braços contanto que seus bolsos estivessem cheios de arrecadações. É a frase de Charles Dickens em a “Casa Soturna”, sua obra máxima sobre a Justiça inglesa em pleno liberalismo do início do século XIX: “O único grande princípio da lei inglesa, é realizar negócios para si mesma.”³³

O liberalismo levado a cabo *ipsis literis* conforme o adágio ‘laissez-faire, laissez-passer’, promoveu o colonialismo durante todo o século XIX, bem como a riqueza dos países

³⁰LIMONGI, Maria Isabel de Magalhães Papaterra. Os Contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau, in: RAMOS, Flamarion C.; MELO, Rúion; FRATESCHI, Yara (coord.). **Manual de Filosofia Política**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100.

³¹LIMONGI, in: RAMOS; MELO; FRATESCHI, 2015, p. 99.

³²MOTA, Maurício. Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política, in: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (org.). **O Estado Democrático de Direito em questão: Teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 5.

³³DICKENS, Charles. **Bleak House**. London: Penguin Books, 1994, p. 503 (tradução dos autores)

européus e dos Estados Unidos com a industrialização desenfreada. Mas também gerou de acordo com Eduardo C. B. Bittar “Carestia, fome, sede, doenças, epidemias, mortandade generalizada, reproduções virais, catástrofes naturais, descontrolo ambiental” as quais “são experiências reflexas que estão previstas no itinerário do continuísmo ininterrupto do mundo do ter, desde a Revolução Industrial até os dias de hoje.”³⁴

A completa e absoluta desumanização do trabalho em que o ser humano passa a ser mera engrenagem da indústria criou os movimentos comunista, socialista, anarquista “que, a um só tempo, animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais.”³⁵

O Estado mínimo e não interventor precisou transformar-se em Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State* para sobreviver às convulsões sociais que de tímidas em meados do século XIX, tornaram-se um problema político em fins daquele século e início do XX: a Rússia czarista não se apercebeu ou mesmo não se interessou por essas novas “sensibilidades” a tempo de salvar-se do comunismo.³⁶

4. O Estado de Direito na Pós-Modernidade

Um dos traços do Estado de Direito na era em que vivemos é o seu diálogo com o *Rule of Law* anglo-americano. Essa amálgama ainda em curso começou com a participação do Presidente Norte-americano Woodrow Wilson no Tratado de Paz de Versalhes em 1919.

De acordo com John Maynard Keynes, Wilson não era um filósofo brilhante como os livros de história gostariam, assemelhando-se mais a um “pastor não-conformista, um presbiteriano talvez” do que a um “rei-filósofo”, mas mesmo assim, teve uma formação decente na *Rule of Law* norte-americana.³⁷

Seus “quatorze pontos” apresentados em Versalhes, cujo décimo quarto, segundo Jorge L. Mialhe “[...] era a fundação de uma organização internacional que efetivamente foi criada em 1919: a Liga das Nações que, mesmo não tendo alcançado o seu principal objetivo, foi a primeira experiência de estabelecimento de uma organização internacional formada por

³⁴ BITTAR, Eduardo C. B.. **O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2ª ed. rev., atual. e ampliada Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 499.

³⁵ MOTA, idem, p. 7.

³⁶ HORTA, 2011, pp. 120-126.

³⁷ KEYNES, John Maynard. **As consequências econômicas da Paz**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, pp. 25-27.

Estados soberanos, de todos os continentes [...]”³⁸ tiveram recepção tímida à época, principalmente pela falta de apoio do próprio Congresso Americano. Mas a noção de direitos e garantias fundamentais anglo-saxônicos estava presente nas propostas.³⁹

Foi com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que o “amalgama” dos dois sistemas – Estado de Direito continental e *Rule of Law* anglo-saxão realmente começou. A “grande declaração de princípios do pós-guerra associada com o nome da Sra. Eleanor Roosevelt” (BINGHAM, 2011, p. 6) recupera direitos da Declaração Universal de 1789 e acrescenta o arcabouço de proteção do *Rule of Law* no próprio Preâmbulo: “Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império do direito, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,” (grifos nossos)⁴⁰.

Depois disso, a presença da expressão “império do direito”⁴¹ se consolidou nos documentos internacionais. A Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 “refere-se aos governos dos países europeus como tendo ‘uma herança comum de tradições políticas, ideais, liberdade e o império do direito.’”; o Tratado da União Europeia traz em seu art. 6º: “A União é fundada nos princípios da liberdade, democracia, respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, e no império do direito, princípios que são comuns aos Estados Membros.”; e a Constituição da África do Sul de 1996 afirma na primeira cláusula: “a Supremacia da Constituição e do Império do Direito”. (BINGHAM, 2011, p.6)

³⁸ MIALHE, Jorge Luís. Relações Internacionais e Direito Internacional numa Sociedade Globalizada: Breves Anotações, in: MIALHE, Jorge Luís (org). **Ensaio de Direito Internacional**. Campinas-SP: Millennium Editora, 2008, p. 15.

³⁹ Woodrow Wilson também teve o mérito de levar a questão da sanção à Liga das Nações para o âmbito internacional: “As funções da esfera pública seriam as mesmas tanto para um estado jurídico entre Estados quanto para uma ordem jurídica intraestatal. Desde que Wilson vinculou esperanças de sanção da liga dos povos, os governos foram de fato obrigados, cada vez mais, a considerar, ao menos do ponto de vista da propaganda, a esfera pública mundial: a “paz”, seja lá como for definida, parece ter se tornado o *topos* central de uma opinião pública internacional, tal como, na época, foram as palavras de ordem da Revolução Francesa no plano nacional.” HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: Ed. UNESP, 2014, p.485.

⁴⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 05ago2015.

⁴¹ Bingham faz a ressalva acerca da antiga “diferença” entre Estado de Direito e *Rule of Law*: “Apesar de ‘*Rule of Law*’ ser, obviamente, uma expressão inglesa, familiar no Reino Unido e em países como Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, cujo direito foi influenciado por aquele da Bretanha, é também significativo em países cujo direito é influenciado pela jurisprudência da Alemanha, França, Itália, Países Baixos e Espanha. Na Alemanha, por exemplo, referência é feita ao *Rechtsstaat*, na França ao *État de droit*, que, traduzidos literalmente, significam ‘o estado governado pelo direito.’” BINGHAM, 2011, p.6 (tradução da autora)

Esse colóquio entre Estado de Direito e *Rule of Law*, ligeiramente tendencioso ao “império do direito”, diga-se, tem outro motivo menos nobre do que a difusão de direitos e garantias fundamentais: a expansão do poderio econômico e cultural norte-americano acirrado com a globalização e que, após o fim do bloco comunista, instituiu “o modelo americano como referência universal”.⁴²

A globalização econômica⁴³ gerou o problema mais significativo para os Estados na pós-modernidade: a chamada “porosidade das fronteiras” da Comissão sobre a Governança Global. De acordo com André-Jean Arnaud, “Não existe mais fronteira alguma para as telecomunicações, para mídia nem para a multimídia. [...] Nenhuma fronteira mais para os mercados financeiros, [...] Nenhuma fronteira mais para um sistema criminoso tornado transnacional.”⁴⁴ Na realidade, não existem mais fronteiras efetivas e, por isso, a insegurança gerada é total, conforme a lição de Mohamed Elbaradei:

Não podemos nos conformar com a ideia de que uma ameaça à segurança a meio mundo de distância não irá nos afetar, seja na forma de um ataque cibernético, seja na forma de um colapso financeiro, uma pandemia ou o roubo de material nuclear. Essas ameaças não podem ser combatidas de maneira eficaz por nenhum país ou organização por sua própria natureza, exigem respostas multidimensionais, cooperação multinacional.⁴⁵

Apesar do fenômeno da globalização não ser “[...] algo historicamente novo, parece cristalino constatar que as transformações recentes por ela causadas apresentam singular radicalidade, modificando cotidianamente o mundo e imprimindo ao curso da humanidade um passo veloz por caminhos indefinidos e sinuosos [...]”⁴⁶

O conceito de soberania sofre então um revés gerado pela própria democracia: a participação democrática soma-se às outras razões para a crise do Estado o que gera “um descompasso entre a pretensão de um poder unitário e o caráter plural das mesmas, ocorre uma dispersão nos centros de poder” (MORAIS, 2011, p. 28).

⁴² ARNAUD, André-Jean. **Governar sem Fronteiras – entre globalização e pós-globalização – Crítica da Razão Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 7.

⁴³ Hobsbawm foi categórico sobre o assunto “Quando a economia transnacional estabeleceu seu domínio sobre o mundo, solapou uma grande instituição, até 1945 praticamente universal: o Estado-nação territorial, pois um Estado assim já não poderia controlar mais que uma parte cada vez menor de seus assuntos.” HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991**. 2ª ed. 1ª reimpressão São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 413.

⁴⁴ ARNAUD, idem, p. 16.

⁴⁵ ELBARADEI, Mohamed. **A Era da Ilusão: a diplomacia nuclear em tempos traiçoeiros**. São Paulo: Leya, 2011, p. 356.

⁴⁶ UNGARO, Gustavo Gonçalves. **Responsabilidade do Estado e Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 42-43.

Tal “dispersão” enseja, por exemplo, a participação a cada dia mais relevante das Organizações não-governamentais “que podem ser enquadradas em um espaço intermediário entre o público, representado pelos organismos internacionais, e o privado, representado pelas empresas transnacionais” e o papel delas “vem se aprofundando, sendo, nos dias que correm, muitas vezes imprescindíveis para que certos Estados tenham acesso a programas internacionais de ajuda, possam ser admitidos em determinados acontecimentos da ordem internacional etc.” (MORAIS, 2011, p. 31)

O exercício do poder político na sociedade internacional está essencialmente concentrado nos Estados. Entretanto, esta posição está sendo alterada por conta do aumento considerável da influência de outros atores – sobretudo as empresas transnacionais e, mais recentemente, pela crescente participação das organizações não governamentais (ONGs) nos fóruns internacionais mais importantes. (MIALHE, 2008, p.5)

Na análise de Nye (2002), os novos atores internacionais atuam transpondo as fronteiras e escapando ao controle governamental: num extremo, “banqueiros transferindo eletronicamente importâncias mais vultosas que a maioria dos orçamentos nacionais”. Esses poderes difusos atuam no especulativo e volátil universo dos mercados de capitais e nas *offshores*. No outro extremo, operam “terroristas empreendendo ataques e hackers prejudicando as operações da Internet”, acrescentando-se, ainda, máfias e toda a espécie de crime organizado vinculado ao tráfico de pessoas, órgãos, drogas, armas, animais, vegetais, minerais e bens culturais. (NYE, 2002, p. 80-81; MIALHE, 2008, p.8-9)

O “declínio da soberania” ocorre para Alain Supiot por um “recoo do poder discricionário em proveito do poder funcional” que é basicamente “um crescimento dos controles exercidos sobre aqueles que o detém” que acaba por eliminar “o tempo do chefe único juiz do bem dos seus” e também por um “recoo da centralização do poder em proveito de uma distribuição dos poderes” em que o princípio da igualdade e da subsidiariedade “se conjugaram” para “questionar todas as formas de organização piramidal do poder.” (SUPIOT, 2007, pp. 186-187).

Ademais, “a abertura de fronteiras” em razão da globalização, corrói os sistemas jurídicos nacionais, passando o direito a adequar-se à ordem internacional e reduzindo a “capacidade de ação estatal [...] frente a uma demanda de segurança, de solidariedade e de descentralização, que cresce à proporção dos efeitos desestabilizadores da globalização” (SUPIOT, 2007, p. 192)

A globalização da sociedade capitalista, escreve Klaes (1998), “ao promover a mercantilização das relações sociais e dos campos jurídicos nacionais, vem abalando a ordem jurídico-política e as diferentes instituições estatais e civis que a regulam, além de afetar a própria face do Estado”. (KLAES, 1998, p.191)

O Estado em tempos de globalização perdeu ou reduziu os seus papéis em matéria de produção, política social, regulação econômica e ordenamento territorial.

Tal condição favoreceu, nas palavras de Bourdieu, (1998) “a coerção econômica disfarçada muitas vezes de razões jurídicas” na medida em que “o racionalismo das Law firms, grandes multinacionais jurídicas impõem as tradições do direito americano ao planeta inteiro. (BOURDIEU, 1998, p.31)

Por essa característica do Direito manter-se “fechado, produto de um progresso inerente ao tipo de conhecimento positivista que lhe é subjacente, e homologado pela vontade nacional por meio de sua representação democrática, inelutável, irreversível”, surgiram e surgem diariamente ao redor do globo, as chamadas “zonas de não-direito” em que o modo de produção legal é incapaz de acompanhar o desenvolvimento sócio cultural pós-moderno (ARNAUD, 2007, pp. 22-23).

Isso ocorre porque o Direito, mormente o Direito de tradição romano-germânica, ainda tem um modo de produção⁴⁷, dependente de positivação minuciosa e extensiva. Basicamente, o Direito (mesmo na *Common Law*) que impera na pós-modernidade é analógico enquanto o mundo tornou-se digital.⁴⁸ Senão, vejamos. Em certos estados brasileiros, o processo tornou-se eletrônico: da protocolização da petição inicial à publicação da sentença, todos os procedimentos são realizados via Internet e mesmo com os problemas técnicos usuais (sinal de Internet, trânsito pesado de informações que acarretam travamentos e atrasos, vírus, entre outros), o sistema é, sem dúvida, eficiente.

Mas os usuários do sistema são o grande problema dele. Não importa se todo o processo judicial tornou-se eletrônico, importa que os prazos continuam não sendo cumpridos pelo judiciário, importam as ‘gorduras’ no sistema.⁴⁹

⁴⁷ “A ilusão de um Direito estático, pré-determinado em códigos escritos dotados de uma imanente racionalidade, desde há muito que é posta em causa [...]” CUNHA; AGUIAR E SILVA; SOARES, 2010, p. 223.

⁴⁸ “Mais além de ‘modernizar-se’, o Estado nacional precisa, na verdade, livrar-se das regressões que o atravancam desde o século XIX.” MAUS, Ingeborg. Do Estado Nacional para o Estado Global: o declínio da democracia. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas – Direito e Globalização**. Piracicaba: Editora UNIMEP, Vol. 14, n. 33, jan.-abr./2003, p.131.

⁴⁹ Como informa o site da Caixa de Assistências dos Advogados do estado de São Paulo (CAASP), as discrepâncias desnecessárias (e incrivelmente “feudais”) em um sistema altamente mutável também geram problemas: “Prepare o seu computador, obedecendo os requisitos básicos de software e hardware requeridos por cada Tribunal ou Fórum, que têm sistemas específicos. Cada Tribunal criou um sistema próprio de envio de

Esse descompasso do ‘usuário’ analógico com a realidade digital relaciona-se com a inaptidão humana para adaptar-se eficientemente às mudanças que tão rápidas, são verdadeiras “transgressões permanentes” à ordem preestabelecida (ARNAUD, 2007, p. 27). Exemplo maior desse cenário é a busca pela regulação em oposição à regulamentação⁵⁰ do Estado Democrático de Direito.

A regulação traz a “substituição progressiva da supremacia da autoridade pública pela da negociação privada” (ARNAUD, 2007, p. 49), o que em outras palavras implica na redução da soberania estatal na tradição romano-germânica cujo “mito do legislador supremo” retirou da sociedade civil quaisquer possibilidades de participação no passado nem tão remoto (ARNAUD, 2007, p. 51).

Não é de se admirar, portanto, que a globalização não trouxe maiores impactos em termos jurídicos para os Estados com tradição da *common law* que “privilegia tradicionalmente a regulação”, porque para eles “o valor das regras postas no âmbito de regulações não estatais nunca levantou historicamente, problemas especiais.” (ARNAUD, 2007, pp. 50-51)

Também perfeitamente compreensível a “contaminação” do Estado Democrático de Direito pós-moderno com princípios e regras provenientes do *Rule of Law* - é uma questão de sobrevivência.

Salutar então, o comentário sobre o positivismo português de Paulo Ferreira da Cunha, Joana Aguiar e Silva e António Lemos Soares:

Dissemos que esta nossa tradição jurídica, codificatória, é uma tradição com mais de um século de existência. Talvez seja caso para acrescentarmos: só. A verdade é que a força da realidade jurídica em que vivemos nos faz pensar a nossa como uma ordem necessariamente legal, privando-nos frequentemente do exercício de uma capacidade crítica suficientemente atenta para nos lembrar que nem sempre foi assim. Que nem sempre foi assim e que pode haver a necessidade de, pelo menos pontualmente, repensar esta mesma tradição.⁵¹

petições. Geralmente, para acessá-los é preciso que seja implantada no computador do advogado uma configuração específica do sistema do Tribunal em questão. Portanto, é conveniente verificar os detalhes técnicos de cada um, já que estes podem ser frequentemente alterados.” (grifos nossos). Disponível em: http://www.caasp.org.br/processoeletronico/onde_comecar.asp. Acesso em: 08ago2015. Ou seja, faz sentido, em termos de rapidez e eficiência, as normas contábeis “enfriadas goela abaixo” no âmbito mundial pelos Estados Unidos a partir da década de 1990, visando à globalização da contabilidade. Disponível em: <http://www.iasplus.com/en/standards/ias>. Acesso em: 08ago2015.

⁵⁰ De acordo com o Dicionário Etimológico da língua portuguesa, tanto regulação quanto regulamentação advém de “regra *sf* aquilo que regula, dirige, rege ou governa”. CUNHA, António Geraldo da. **Dicionário Etimológico da língua portuguesa**. 4ª ed. 4ª reimpressão Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, pp. 553-554. A regulação tem ínsita a noção de ajuste, por isso usada pela indústria relojoeira, pela economia e política (ARNAUD, 2007, p. 49), já regulamentação implica em uma imposição de medidas legais ou regulamentares; fora do contexto jurídico são utilizadas como sinônimas. HOUAISS, 2001, p. 4218.

⁵¹ CUNHA; AGUIAR E SILVA; SOARES, 2010, p. 219.

O fato é que, a posição do Estado como protagonista da sociedade “[...] deve permanecer como conceito central à organização política da sociedade também no futuro, pois, apesar do novo panorama em que não mais atua como agente onipotente e solitário, mantém-se como elemento de confluência da ação de todos os demais entes existentes [...]” e para a “convivência democrática” é essencial a manutenção do “[...] sistema de limitação do poder calcado nas noções de Estado de Direito e de princípio da legalidade [...]”.⁵²

Conclusão

Da invenção do Estado na Era Moderna ao Estado Democrático de Direito na pós-modernidade mais de cinco séculos se passaram. Com a devida vênua, “os” cinco séculos mais importantes da história humana. Da dúvida sobre a planificação do mundo às sondas marcianas, do singular direito ao paraíso concedido pela Igreja aos direitos em constante mutação da Internet, do *trebuchet* à bomba Tsar soviética, o progresso humano em todas as áreas, ciências, direito, guerra, foi astronômico. Impossível imaginar toda essa “evolução”⁵³ sem a presença do Estado, forte, central, amparado em um sistema legal preestabelecido.

Na pós-modernidade, é exatamente a rigidez e a necessidade da positivação, que torna o Estado Democrático de Direito tão sujeito aos ataques da globalização, das novas tecnologias, das empresas transnacionais mais poderosas que países. Foram os direitos concedidos uns após os outros principalmente após o *Welfare State*, junto com a democracia ampla e participativa que impõem ao Estado de Direito novas regras.

Os direitos fundamentais permeiam toda a vida ocidental em que existe um Estado Democrático de Direito e o restringem ao ponto de causar distorções. O Estado Democrático de Direito encontra-se sim, em sua crise existencial. Essa é a encruzilhada da vida desta invenção tão necessária para o desenvolvimento da sociedade humana atual.

Como há sempre um processo envolvido, imaginamos que demorará até que o Estado Democrático de Direito desapareça por completo. Mas pensar assim, é esquecer de algumas verdades: o tempo hoje é contado em bits e sua velocidade não se assemelha em nada a do ponteiro do relógio analógico, construções monumentais podem levar anos para serem completadas, mas desabam em questão de segundos e o Estado *per si* não acabará, só o Estado Democrático de Direito. O Estado se enrijecerá, se adaptará aos novos tempos em

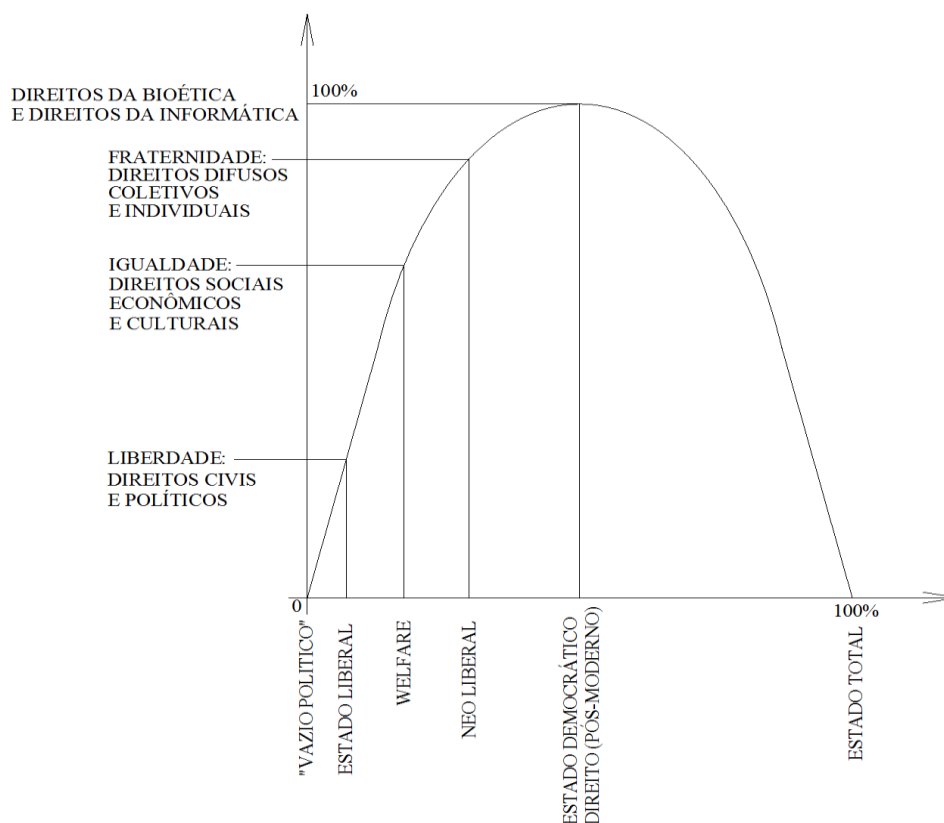
⁵² UNGARO, 2012, pp. 70-71.

⁵³ Temos que reconhecer como uma evolução tecnológica, partir de catapultas medievais para uma bomba atômica tão cataclísmica que somente foi testada uma única vez. Esse é o problema da tecnologia, tudo é evolução, independentemente da ética ou das “sensibilidades” humanistas.

detrimento dos direitos, começando com a liberdade que é sempre o primeiro direito a ser restringido.

Foi assim com o Ato Patriótico após o ataque às Duas Torres em Nova York. É o que acontece agora com a possibilidade “constitucional” de se espionar toda e qualquer pessoa, independente de mandado judicial na França pós-Charlie Hebdo. A grande marca do Estado *per si*, em oposição ao Estado Democrático de Direito, é exatamente manipular a lei como bem lhe aprouver, porque afinal, é apenas um mecanismo para obtenção de legitimidade.

Em uma singela homenagem aos gregos, inventores supremos do Mundo Ocidental como conhecemos, um gráfico com uma demonstração da curva normal de Gauss⁵⁴ sobre a relação entre Estado (a partir do modelo liberal) e direitos:



* Os direitos da bioética e da informática são meros exemplos dos chamados “direitos de 4ª geração” e para alguns autores até de 5ª geração.

Ainda não estamos vivendo o caos, mas se não começarmos a repensar nossas instituições, o caos se instalará mais rápido do que estamos destruindo o meio ambiente do

⁵⁴ A curva normal ou de distribuição normal de Gauss, trata “de uma distribuição contínua de probabilidade”. SPIEGEL, Murray Ralph. **Estatística**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1977, pp. 201-202.

planeta e com certeza, bem mais rápido do que os oito séculos desde a Magna Carta que levamos aprimorando o conceito mais caro para a política, direito e sociedade, o Estado em que todos devem obediência às leis, enquanto buscam o bem comum.

Em tempo a frase de John Locke do seu “Segundo Tratado de Governo”: “Onde quer que termine o direito, a tirania começa...” por outro lado, como bem coloca Alain Supiot “O Direito nasceu bem antes do Estado e há razões para pensar que sobreviverá a ele.” Talvez ambos tenham razão, afinal, Alfred Lord Tennyson foi categórico: “Ainda assim, todas as coisas devem morrer.” É verdade, tudo está fadado a desaparecer, mas enquanto não chegamos a este ponto crítico em um futuro incerto e com certeza sombrio, precisamos lutar pela dignidade do Estado Democrático de Direito nesta era da incerteza.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. **Governar sem Fronteiras – entre globalização e pós-globalização – Crítica da Razão Jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BINGHAM, Tom. **The Rule of Law.** Londres: Penguin, 2011.
- BITTAR, Eduardo C. B.. **O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas.** 2ª ed. rev., atual. e ampliada Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 13ª ed., 4ª reimpressão Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BRITO, Ari Ricardo Tank. O liberalismo Clássico, in: Flamarion C.; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara. **Manual de Filosofia Política.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CREVELD, Martin van. **A ascensão e declínio do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da língua portuguesa.** 4ª ed. 4ª reimpressão Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.
- CUNHA, Paulo F.; AGUIAR E SILVA, Joana; SOARES, António L.. **História do Direito: do Direito Romano à Constituição Europeia.** Reimpressão Coimbra: Almedina, 2010.
- DICKENS, Charles. **Bleak House.** London: Penguin Books, 1994.
- DORAN, Susan. **The Tudor Chronicles.** London: Quercus, 2008.
- ELBARADEI, Mohamed. **A Era da Ilusão: a diplomacia nuclear em tempos traiçoeiros.** São Paulo: Leya, 2011.
- GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública.** São Paulo: Ed. UNESP, 2014.
- HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991.** 2ª ed. 1ª reimpressão São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito.** São Paulo: Alameda, 2011.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KEYNES, John Maynard. **As consequências econômicas da Paz.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

KLAES, Maria Isabel Medeiros. O fenômeno da globalização e seus reflexos no campo jurídico. In: OLIVEIRA, Olga Maria (Org.). **Relações Internacionais e globalização: grandes desafios.** Ijuí: Unijuí, 1998.

KLEIST, Heinrich von. **Michael Kohlhaas.** São Paulo: Grua, 2014.

KRIEGEL, Blandine. **The State and the Rule of Law.** Princeton: Princeton University Press, 1995. (*livro eletrônico Kindle*)

LIMONGI, Maria Isabel de Magalhães Papaterra. Os Contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau, in: RAMOS, Flamarion C.; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara (coord.). **Manual de Filosofia Política.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government.** Ed. de 1690, digitalizada por Dave Gowan. Livro de Domínio Público (livro eletrônico Kindle)

MAUS, Ingeborg. Do Estado Nacional para o Estado Global: o declínio da democracia. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas – Direito e Globalização.** Piracicaba: Editora UNIMEP, Vol. 14, n. 33, jan.-abr./2003.

MIALHE, Jorge Luís. Relações Internacionais e Direito Internacional numa Sociedade Globalizada: Breves Anotações, in: MIALHE, Jorge Luís (org.). **Ensaio de Direito Internacional.** Campinas-SP: Millennium Editora, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos.** 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOTA, Maurício. Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política, in: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (org.). **O Estado Democrático de Direito em questão: Teorias críticas da judicialização da política.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NYE JR., Joseph. **O paradoxo do poder americano.** São Paulo: Editora da UNESP, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional.** 12ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SPIEGEL, Murray Ralph. **Estatística.** São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1977.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

UNGARO, Gustavo Gonçalves. **Responsabilidade do Estado e Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2012.

SITES

Caixa de Assistência dos Advogados do estado de São Paulo – CAASP. Disponível em: http://www.caasp.org.br/processoeletronico/onde_comecar.asp. Acesso em: 08ago2015.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 05ago2015.

International Accounting Standards. Disponível em: <http://www.iasplus.com/en/standards/ias>. Acesso em: 08ago2015.

The Magna Charta. Disponível em: <http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>. Acesso em: 02ago2015.