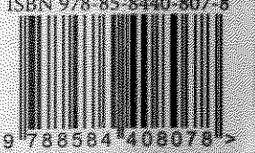
Já é conhecida a influência do Direito francês nas bases de Direito Público brasileiro. Mais recentemente, tem-se revelado uma recíproca: o crescente interesse do Direito francês pelo Direito brasileiro. A presente obra intenta dar continuidade aos estudos e às reflexões de Direito Comparado Brasil-França nesse ramo, com a peculiaridade de tratar sobre temas atuais. Buscou-se discutir os institutos mais modernos de Direito francês e de Direito brasileiro, inseridos em seu contexto jurídico, a fim de subsidiar a análise das práticas e dos institutos jurídicos franco-brasileiros. Não se pretende, com referida análise, sugerir que os modelos franceses devam ser importados à ordem jurídica brasileira, ou vice-versa. Pelo contrário: ambas as experiências têm o potencial de aguçar o olhar crítico frente ao Direito de origem, bem como diante das teorias do Direito construídas nos dois países.

ISBN 978-85-8440-807-8



Lumen Juris Direito

Visite nossa loja virtual: www.lumenjuris.com.br

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho
Angela Limongi Alvarenga Alves
Fernando W. Bunemer Nahas
Maria Isabela Haro Meloncini

Temas atuais de Direito Público

Coordenadores

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Angela Limongi Alvarenga Alves

Fernando W. Bunemer Nahas

Maria Isabela Haro Meloncini

Temas atuais de Direito Público

Diálogos entre Brasil e França

Autores:

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho - André Luiz Fonseca Fernandes - Angela Limongi Alvarenga Alves - Anis Kfouri Jr. - Arthur Scatolini Menten - Benoît Schmaltz - Carlos Abener de Oliveira Rodrigues Filho - Caroline Dal Poz Ezequiel - Danilo Valdir Vieira Rossi - Emilie Barbin - Fernando de Andrade Mota - Fernando Menezes de Almeida - Fernando W. Bunemer Nahas - Gabriel de Mello Galvão - José Virgilio Lopes Enei - Julio César Moreira Barboza - Leonardo Romano Soares - Luísa Maffei Costa - Maria Isabela Haro Meloncini - Nina Beatriz Stocco Ranieri - Victor Rhein Schirato - Wagner Roby Gídaro

Lumen Juris Direito

Copyright © 2016 *by*
Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Angela Limongi Alvarenga Alves,
Fernando W. Bunemer Nahas e Maria Isabela Haro Meloncini

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Renata Chagas

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Temas Atuais de Direito Público: Diálogos entre Brasil e França. /
Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Angela Limongi Alvarenga Alves,
Fernando W. Bunemer Nahas, Maria Isabela HaroMeloncini (Organizadores)
... [et al.]. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.
408 p.; 23cm.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8440-807-8

1. Direito Público – Brasil – França. 2. Direito Constitucional - Teoria do
Estado – Brasil - França. 3. Direito Comparado – Brasil – França. I.Cunha
Filho, Alexandre Jorge Carneiro da. II. Alves, Angela Limongi Alvarenga.
III. Nahas, Fernando W. Bunemer. IV. Meloncini, Maria Isabela Haro.
V. Título.

CDD –341

Sumário

Apresentação 1

Prefácio 3

PARTE 1 – Diálogos em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional

State and Nation: New Relationships? 9
Nina Beatriz Stocco Ranieri

Retour sur la (presque) révision constitutionnelle de 2016.
Ce qu'elle dit de nous, Français 27
Benoît Schmaltz

Teoria e prática do Estado de Direito no Brasil e na França:
compreensões possíveis acerca do princípio da soberania 33
Angela Limongi Alvarenga Alves

La formation du concept d'Etat de Droit en droit français 57
Emilie Barbin

Uma lei pode ser imperfeita? Reflexão a partir do julgamento da QPC
sobre a *Garde à Vue* pelo Conselho Constitucional francês 89
Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

O Controle de Constitucionalidade no Direito Francês e a
Question Prioritaire de Constitutionnalité – QPC 101
Anis Kfouri Jr.

Os Direitos Fundamentais no Direito Público Francês – A autonomia de vontade e direito de morrer. 113
Wagner Roby Gídaro

PARTE 2 – Diálogos em Direito Econômico

Logística Reversa e Dumping Social 135
Carlos Abener de Oliveira Rodrigues Filho

A gestão de dejetos domésticos e a fiscalidade ambiental: uma ligação necessária na França e no Brasil 149
André Luiz Fonseca Fernandes

Planejamento urbano no direito brasileiro: análise crítica à luz do direito francês 165
Maria Isabela Haro Meloncini

Banco Central Europeu, política, economia e direito: breves comentários sobre sua competência e seus objetivos 185
Fernando W. Bunemer Nahas

Insider trading e *bis in idem*: considerações à luz da decisão do *Conseil Constitutionnel* de 17 de março de 2015 205
Fernando de Andrade Mota

PARTE 3 – Diálogos em Direito Administrativo

Basic structures of Brazilian administrative law: focus on accountability 225
Fernando Menezes de Almeida

Aspectos orgânicos e institucionais da regulação dos serviços públicos 235
Vitor Rhein Schirato
Julio César Moreira Barboza

Revisitando o Princípio da Inalienabilidade e Impenhorabilidade dos Bens Públicos à luz de Parcerias Público-Privadas e novas Modalidades de Contratação pela Administração Pública: o *Bail Emphytéotique Administratif*, as *Partenariats* e outras Experiências do Direito Francês 259
José Virgilio Lopes Enei

Contratação Direta sem licitação: uma comparação entre a lógica das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação no Direito Administrativo Brasileiro em relação à lógica encontrada no Direito Administrativo Francês para celebração dos contratos administrativos 285
Luísa Maffei Costa

A jurisdição administrativa francesa e o *Conseil d'État* 303
Caroline Dal Poz Ezequiel

Efetividade do controle extrajudicial da legalidade na administração pública: um exercício de comparação entre o modelo brasileiro e o modelo francês 317
Gabriel de Mello Galvão

O Tribunal de Contas, a *Cour de Comptes* e a natureza jurídica de suas decisões 339
Danilo Valdir Vieira Rossi

O controle de contas na França e no Brasil pelas Cortes de Contas: uma breve comparação 355
Leonardo Romano Soares

Finalidade e perfil do controle da Administração Pública 383
Arthur Scatolini Menten

Apresentação

O projeto *Temas atuais de Direito Público: diálogos entre Brasil e França* surgiu da incrível experiência compartilhada pelos autores deste estudo ao cursar a disciplina *Temas Fundamentais de Direito Público Francês II*, oferecida no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco em 2015. O ponto alto do curso foram as aulas ministradas durante uma semana, nos períodos da manhã e da tarde, junto à *Université Jean Moulin - Lyon 3*, tendo gerado reflexões para ulterior discussão no Brasil, nas aulas remanescentes da disciplina, bem como para subsidiar os artigos apresentados neste livro.

A iniciativa acadêmica pioneira, que desde 2014 encontra crescente espaço na grade regular de aulas oferecida aos mestrandos e doutorandos da *Velha e Sempre Nova Academia*, foi capitaneada em 2015 pelos Professores Fernando Dias Menezes de Almeida e Nina Beatriz Stocco Ranieri, em uma jornada que ainda agregou dois dias de debates na Albert Ludwigs Universität Freiburg (Universidade de Freiburg, Alemanha), em extensão viabilizada pelo Professor Vitor Rhein Schirato.

No decorrer do período em que os pesquisadores brasileiros foram recebidos pelos professores e pelos *doctorants* franceses (gentileza à qual agradecemos na pessoa da Professora Caroline Chamard-Heim), estabeleceram-se laços de cooperação e de amizade que propiciam um avanço significativo nas investigações acadêmicas desenvolvidas em cada uma das Universidades participantes. Os debates e as trocas de textos e de conhecimento marcaram de forma indelével o espírito dos que se dispuseram a aproveitar o curso em sua integralidade.

Como etapa obrigatória à conclusão do ciclo de aprendizado, os estudantes apresentaram um artigo inspirado em algum dos temas tratados nas sessões desenvolvidas em território francês. Eis o ponto de partida para obra que, com enorme satisfação, ora apresentamos ao grande público,

Os participantes da jornada de 2015 foram convidados a revisitar seus trabalhos entregues à Faculdade, transformando-os em capítulos deste livro, juntamente com reflexões dos Professores Fernando Dias Menezes de Almeida, Nina Beatriz Stocco Ranieri e Victor Rhein Schirato, do Maître de Conférences Benoît Schmaltz, bem como da colega Emilie Barbin.

Teoria e prática do Estado de Direito no Brasil e na França: compreensões possíveis acerca do princípio da soberania

Angela Limongi Alvarenga Alves[1]

1. Introdução

A soberania constitui tema situado entre o jurídico e o político, sujeito às influências do meio social e dos fatores econômicos, capaz de influenciar e ser influenciado pelos diversos valores daí decorrentes, permitindo, outrossim, um sem-número de abordagens distintas.[2]

O tema, apesar de muito estudado, principalmente pelo Direito Internacional, no âmbito da Teoria Geral do Estado e nos estudos do Estado de Direito, muito pouco se tem avançado. Sob essa perspectiva, a temática permanece ainda enevoada e envolta por ambiguidades.[3] Na perspectiva do Estado de Direito, espaço em que se concentra o presente artigo, as teorias desenvolvidas sobre a soberania remontam inevitavelmente às construções clássicas, sobretudo as francesas e mais especificamente à teorização levada a cabo por Jean Bodin no século XVI. Todavia, os estudos comparados entre as concepções de soberania desenvolvidas na França e as doutrinas alemã e vienense encampadas pelo Brasil revelam que a soberania prescinde de novas reflexões e (re)compreensões, a fim de conciliar duas idéias centrais para o Estado contemporâneo: soberania e Estado de Direito.

1 É pesquisadora, doutoranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (FD-USP) e mestre em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).

2 MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. A globalização entre o passado e o futuro da soberania. *In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, volume especial, 2008, p. 45.

3 KRITSCH, Raquel. *Soberania*: a construção de um conceito. São Paulo: Humanitas, 2002. p. 5.

2. Soberania e Estado de Direito na França

A doutrina juspublicística francesa contemporânea aponta que *l'État de droit* apresenta dois amplos significados. O primeiro, segundo o qual o Estado age exclusivamente de forma jurídica, ou seja, opera mediante o direito. Enquanto soberano, o Estado funda e delimita o ordenamento jurídico nacional, isto é, o conjunto de regras que ele dita a si mesmo e daquelas que dele resultam. O segundo, o de que o Estado está submetido ao direito, cujo objetivo é o de enquadrar e limitar o Estado mediante o direito. O poder político é enquadrado pelo direito através de garantias de separação de poderes, proclamação de direitos e liberdades e controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.[4]

Esses dois significados, que mais se completam do que se excluem, compõem a formulação básica d' *lÉtat de droit*, que não é senão a tradução literal da palavra *Rechtsstaat*, oriunda da formulação alemã de Estado de Direito.[5]

A problemática de um Estado limitado pelo direito, contudo, não nasce na contemporaneidade[6], mas na contraposição a um movimento que conferiu ao Estado exatamente o contrário: a concentração de poder na figura do Estado como legitimação do poder de fato em poder de direito, ideia essa plasmada na concepção de soberania.

A soberania, a partir da teorização de Jean Bodin, no século XVI, é então tida como poder uno, indivisível e incontrastável de autogoverno do Estado, pertencente ao soberano, figura essa que se confundia com o próprio Estado e que sofria limitações apenas das leis divinas[7]

Essa concepção geral perdurou na França, apesar de algumas variações, até a Revolução Francesa[8], com a ruptura com o monarca para a partir de então a nação se tornar o titular da soberania. A mudança do titular, no entanto, não

4 LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338.

5 _____. État de droit e soberania nacional na França. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338.

6 ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3.

7 BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris: Fayard, 1986.

8 GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22.

modifica a natureza da soberania, a qual permanece ainda muito próxima à ilimitação[9], já que a lei ganha caráter incontestável, expressão da vontade geral, nos moldes de Jean Jacques Rousseau, presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Jean Jacques Rousseau (1712-1778) propõe a reflexão acerca da preservação da liberdade natural do ser humano e ao mesmo tempo da garantia de segurança e bem-estar em sociedade. Tal desiderato só se viabiliza com a conformação ao contrato social, por meio do qual prevalece a soberania da sociedade, a soberania política da vontade coletiva: o elemento volitivo consubstanciado em povo.[10]

O Contrato Social (1762), de acordo com Rousseau, é um pacto formado entre os homens no qual todos se unem em forças comuns, alienam seus direitos em favor da comunidade, formando um corpo político. Ao alienar-se nesse pacto, o autor ressalta a importância da vontade geral: "[...] Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sobre a suprema vontade geral, [...]". O autor declara que ao legitimar o contrato, os indivíduos devem esquecer-se como indivíduos e pensar como "povo", ou seja, devem mover-se no mesmo objetivo. Segundo ele, através desse pacto os contratantes tornam-se membros do Estado como soberano e súditos, na denominada teoria "soberania popular".[11]

Há que se ponderar, contudo, o contexto europeu no século XVIII, época em que Rousseau concebeu sua obra. À época, as ideias inovadoras começavam a ser difundidas, dando lugar à propagação do capitalismo. O surgimento do Iluminismo como um movimento de "convicção no progresso do conheci-

9 Alain Laquièze se posiciona em relação à soberania nacional ao tempo da Revolução Francesa como ilimitada. No presente trabalho, adota-se o entendimento esposado por Nina Ranieri, segundo o qual mesmo a soberania inicialmente desenhada por Jean Bodin encontrava limites nas leis de Deus. Nesse mesmo sentido, Simone Goyard-Fabre e Alberto Barros. Por essa razão prefere-se a expressão "muito próxima à ilimitação" à expressão utilizada pelo autor "a mudança do titular não modifica a natureza da soberania, a qual permanece ilimitada", Cf. LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338.

10 ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

11 COSTA, Larissa Moreira; PEREIRA, Fábio Inácio. A soberania popular como princípio de liberdade em Jean-Jacques Rousseau. *Anais do XXII SEMIC PUC-PR*. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/semic/trabalho.php?dd0=6533&dd90=ecae6d0ed8>. Acesso em 13 Mar 2015.

mento humano, na racionalidade na riqueza e no controle sobre a natureza"[12] abriu caminho para o progresso da produção científica, econômica e racional. Nesse período, a "monarquia absoluta reinava em todos os Estados, em funcionamento no continente europeu"[13], os dogmas da Igreja defendiam esse tipo de governo, afirmando ser instituído pela graça de Deus, justificando, assim, seus privilégios econômicos.[14]

Embora iluministas defendessem o sistema capitalista como forma de libertação da sociedade, a principal finalidade desse movimento era libertar a sociedade através da racionalidade, dos enganos pregados por ideólogos, como a Igreja e a aristocracia.[15]

Assim, Rousseau, como importante pensador iluminista, centralizava suas ideias no indivíduo, tendo como princípio de organização social e política a liberdade e a igualdade. Dessa forma, o autor se preocupa em encontrar uma forma de organização social que garantisse esses princípios à sociedade[16], e em suas palavras: "quero indagar se pode existir na ordem civil alguma regra de administração legitima e segura tomando os homens como são e as leis como podem ser".[17]

Rousseau aponta que a única forma de garantir esse direito a todos os indivíduos é basear essa organização social na vontade geral, ou seja, no consentimento de todos, para assim formar uma soberania popular.[18] Suas idéias são centradas na figura do indivíduo, que por sua vez ao submeter-se às leis, torna-se livre. Sua formulação é de suma importância para o Estado de Direito porque entende soberania, lei, vontade geral e interesse comum como vínculos indissociáveis.

12 HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 71.

13 _____. *A era das revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 71.

14 COSTA, Larissa Moreira; PEREIRA, Fábio Inácio. A soberania popular como princípio de liberdade em Jean-Jacques Rousseau. *Anais do XXII SEMIC PUC-PR*. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/semic/trabalho.php?dd0=6533&dd90=ecae6d0ed8>. Acesso em 13 Mar 2015.

15 _____. A soberania popular como princípio de liberdade em Jean-Jacques Rousseau. *Anais do XXII SEMIC PUC-PR*. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/semic/trabalho.php?dd0=6533&dd90=ecae6d0ed8>. Acesso em 13 Mar 2015.

16 _____. A soberania popular como princípio de liberdade em Jean-Jacques Rousseau. *Anais do XXII SEMIC PUC-PR*. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/semic/trabalho.php?dd0=6533&dd90=ecae6d0ed8>. Acesso em 13 Mar 2015.

17 ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 33.

18 _____. *O contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

Para Rousseau, a soberania é inalienável, só podendo pertencer ao corpo político organizado, limitado territorialmente. É também indivisível, por ser portadora da vontade geral. Assim, governo não se confunde com soberano e nem com o Estado. O governo é um corpo executivo e não participa do contrato social, funcionando como correia de transmissão entre os súditos e o soberano.

Nesse sentido, Rousseau defende a ideia de liberdade política, pois ao tornar-se soberano, o povo detém o poder de decisão em relação ao Estado[19]. Como súdito, tem o dever de obedecer, pois para ele a obediência a lei que se estatui a si mesma é liberdade. Portanto, o autor chama a atenção para a necessária reflexão sobre a soberania enquanto base fundante do Estado de Direito atual.

De toda forma, no contexto francês do século XVIII, a radicalização na apreensão das idéias de Rousseau tornam a lei opressiva[20], o que não passou desapercebido por teóricos de corrente liberal, como Benjamin Constant (1767-1830), que no intuito de equacionar um sistema que rompesse com o terror que se instalou na França nos anos que se seguiram à Revolução Francesa e que ao mesmo tempo garantisse a continuidade da proposta inicial e revolucionária da mesma[21], Constant (1815), critica duramente a soberania popular pensada por Rousseau, ao argumento de uma abstração que havia até então favorecido os anos de terror e a ditadura subsequente de Napoleão Bonaparte, em 1800.[22]

Reformulando a soberania popular de Rousseau, Constant (1815) propõe a soberania do povo calcada em sua essência, pois que, a natureza da soberania do povo implica na observância da liberdade individual, cuidadosamente limitada em sua extensão, caso contrário, a liberdade poderia ser perdida em nome da própria soberania do povo. De outro modo, a soberania que não se limita torna-se ilegítima. Esse limite é dado pela independência e autonomia

19 COSTA, Larissa Moreira; PEREIRA, Fábio Inácio. A soberania popular como princípio de liberdade em Jean-Jacques Rousseau. *Anais do XXII SEMIC PUC-PR*. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/semic/trabalho.php?dd0=6533&dd90=ecae6d0ed8>. Acesso em 13 Mar 2015.
_____. A soberania popular como princípio de liberdade em Jean-Jacques Rousseau. *Anais do XXII SEMIC PUC-PR*. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/semic/trabalho.php?dd0=6533&dd90=ecae6d0ed8>. Acesso em 13 Mar 2015.

20 LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338.

21 GHELERE, Gabriela Doll. A liberdade individual para Benjamin Constant. *Dissertação de Mestrado*. São Paulo: USP, 2008. p. 71.

22 _____. A liberdade individual para Benjamin Constant. *Dissertação de Mestrado*. São Paulo: USP, 2008. p. 71.

individuais, pois em Constant (1815), o assentimento da maioria não basta para a legitimação dos atos do Estado.

Para tanto, o autor propõe uma comparação entre o modelo político da Antiguidade Clássica, em que esse prescindia aprisionar para libertar – precisava de escravos para o bom exercício da liberdade política e o modelo moderno, em que o cidadão precisa ser representado politicamente para ser livre como indivíduo.[23]

A representação, por sua vez, tem por finalidade dissociar o poder da sociedade e constituir a expressão maior da liberdade política dos modernos[24]. A proposta é a articulação entre a liberdade individual e a soberania do povo de modo que uma seja o pressuposto que impeça a supremacia arbitrária e a outra carregue consigo a necessidade do sistema representativo.[25]

Para que o sistema representativo limitasse a soberania do povo era preciso também proteger as liberdades individuais contra o perigo de sua anulação ou inviabilidade pelo discurso da vontade geral. Por isso, Constant (1815) concebe uma representatividade censitária, em que a cidadania estava condicionada à propriedade privada, já que, para ele, os despossuídos não teriam condições de bem avaliar seus próprios destinos. Essa questão, no entanto, não era para ele imutável. Se, por um lado, a representatividade não garantia a liberdade para todos, ela ao menos podia ser alcançada no porvir, ou seja, o não-cidadão de hoje poderia vir a ser o cidadão de amanhã.[26]

De toda forma, Constant (1815) insurge-se contra o sistema hereditário, preconizando um sistema eletivo a fim de que a soberania do povo esteja totalmente desvinculada de qualquer resquício do *Ancien Régime*. Assim, como critério de contenção do poder com traços de modernidade, propõe, a partir das ideias de Montesquieu em sua Teoria da Separação dos Poderes (1748), peculiar separação de poderes, em que além dos poderes Executivo, Legislativo e

23 CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique*. Paris: Hocquet, 1815. p. 66.

24 GHELERE, Gabriela Doll. A liberdade individual para Benjamin Constant. *Dissertação de Mestrado*. São Paulo: USP, 2008. p. 71.

25 _____. A liberdade individual para Benjamin Constant. *Dissertação de Mestrado*. São Paulo: USP, 2008. p. 71.

26 CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique*. Paris: Hocquet, 1815. p. 66.

Judiciário, tal como formulado por Montesquieu, o Poder Neutro[27], para regular todos os outros.

Esse poder "Neutro" constituiu uma solução à proposta de Montesquieu, já que Constant (1815) entendia que a tripartição dos poderes, por si só, não seria capaz de limitar o poder do Estado. Se a soma total do poder é ilimitada, os poderes divididos só precisariam formar uma coalizão e o despotismo seria inevitável.[28] Esse Poder Neutro, no entanto, no curso da história dos locais em que foi adotado sob a égide de "Poder Moderador", Brasil e Portugal – e em ambos articulados pela mesma pessoa, D. Pedro I – revelou-se um potente instrumento ditatorial constitucional, a despeito de toda neutralidade, equilíbrio, segurança e unidade imaginadas por Constant em 1815.

A soberania do povo, assim, nos limites impostos por Constant (1815) se transfigurava em soberania absoluta e arbitrária do soberano, traduzindo um modelo de Estado muito distante do que se entende hoje por Estado de Direito.

A temática da lei opressiva, no entanto, ainda que percebida por Benjamin Constant, só passa ao centro das discussões da juspublicística francesa no século XX, momento em que a fragilidade do Estado francês, dominado pela teoria da soberania nacional e pelo princípio da lei como expressão da vontade geral é questionada por Carré de Malberg.[29]

27 O Poder Neutro de Benjamin Constant serviu de inspiração para a criação do Poder Moderador no Brasil, com a Constituição de 1824. De acordo com esse poder, a vontade expressa do imperador tinha preponderância sobre os outros três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. O artigo 98 da Constituição Brasileira de 1824, assim previa: "O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos." Já o artigo 101 do mesmo diploma legal previa que "O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores na fórma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim pede o bem do Império. III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei : Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes : Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas aos Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado."

28 GHELERE, Gabriela Doll. A liberdade individual para Benjamin Constant. *Dissertação de Mestrado*. São Paulo: USP, 2008. p. 71.

29 LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338.

O Estado de Direito, no século XX, se transformou num mero Estado Legal, expressão cunhada por Carré de Malberg, em sua *Contribuition à la théorie générale de l'État* ,[30] para identificar duas diferenças principais entre o regime de *l'État de Droit* e o *l'État légal*, presente na França àquela ocasião: enquanto o Estado de Direito age no interesse do cidadão e para a garantia dos seus direitos, no Estado Legal, a autoridade administrativa se subordina exclusivamente à lei.[31] A partir de então, começa a ser abandonada a fórmula setecentista do Estado de Direito na França.[32]

As duas teorias da soberania em voga na França passam então a ser ventiladas e reformuladas pela doutrina: a da soberania nacional e a da soberania do povo, ambas lastreadas na representatividade, porém, com divergências teóricas no que tange à concepção mesma do poder jurídico no Estado de Direito.

A teoria da soberania nacional, fundada na sublimação da vontade popular e nas leis daí decorrentes é reformulada em prol de uma limitação controlada do poder do governante pelo parlamento, através da inserção de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis a ser efetivado pelos juízes.[33] Esse controle, no entanto, recebeu críticas em razão de um excesso de poder conferido aos juízes e ainda, diante da falta de mecanismos de responsividade dos mesmos por danos causados aos cidadãos.[34]

A teoria da soberania do povo, fundada na vontade popular, inicialmente concebida por Jean Jacques Rousseau e posteriormente reformulada por Benjamin Constant, sofre novas reformulações para designar o poder jurídico do povo enquanto titular da Constituição, marcando a passagem de um Estado de sujeitos no *Ancien Régime* para um Estado de cidadãos, Constituição e poder constituinte.[35]

Ambas as perspectivas – teorias da soberania do povo e da nação – recebem adeptos na França na contemporaneidade, razão pela qual se revela dificultosa a

30 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 22.

31 MALBERG, Raymond. *Contribuition a la théorie générale de l'État*. Paris: Dallos, 2004. p. 11.

32 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 22.

33 LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O *Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338.

34 ____. État de droit e soberania nacional na França. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O *Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338.

35 BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Paris: PUF, 1994. p. 371.

afirmação de que haja prevalência de uma sobre outra. Ambas, no entanto, trazem importante cabedal teórico para se pensar o Estado de Direito atualmente.

3. Soberania e Estado de Direito no Brasil

Como poder político, o fundamento da soberania no Brasil deriva do primado da independência fundamental do poder do Estado.[36] Como poder jurídico, corresponde ao poder originário e exclusivo do Estado, enquanto pessoa moral, de declarar e assegurar por meios próprios a positividade do seu direito e de resolver, em última instância, sobre a validade de todos os ordenamentos internos.[37]

Essa concepção de soberania estatal, no entanto, provém da perspectiva das escolas alemãs e vienense, em que o Estado, enquanto pessoa moral, possui a exclusividade para declarar seu direito[38], diferentemente das doutrinas em voga na França – soberania nacional e soberania do povo, que possuem vertente sociológica[39] lastreada na representatividade.

Segundo a teoria encampada no Brasil, em sentido lato, o conceito político-jurídico de soberania indica o poder de mando em última instância numa sociedade política e, consequentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra esse poder supremo, exclusivo e não derivado.[40] Em sentido restrito, na sua significação moderna, a soberania aparece no final do século XVI, juntamente com o Estado, para indicar, em plenitude, o poder estatal, único, sujeito único e exclusivo da política.[41]

Esse conceito liga-se intimamente ao poder político: de fato, a soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito. Admite assim,

36 RANIERI, Nina. *Teoria do estado*: do estado direito ao estado democrático de direito. Barueri: Manole, 2013. p. 84.

37 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 235.

38 MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 29.

39 ____. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 29.

40 MATTEUCCI, Nicola. Soberania verbete. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11 ed. Brasília: Unb, 1998 . p. 1179.

41 ____. Soberania verbete. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11 ed. Brasília: Unb, 1998 . p. 1179.

diversas caracterizações, de acordo com as diferentes formas de organização do poder que ocorreram na história humana, sendo sempre possível identificar uma autoridade suprema, ainda que na prática, essa autoridade se explicite ou venha a ser exercida de modos bem diferentes.[42]

De acordo com a concepção encampada pelo Brasil, trata-se de conceito jurídico-político que possibilita ao Estado moderno, mediante sua lógica absolutista interna, impor-se à organização medieval de poder, baseada, por um lado, nas categorias e nos Estados e, por outro, nas duas grandes coordenadas universalistas representadas pelo papado e pelo império: isso ocorre em decorrência de uma necessidade de unificação e concentração de poder, cuja finalidade seria reunir numa única instância o monopólio da força num determinado território e sobre uma determinada população e com isso, realizar no Estado, a máxima coesão política.[43] Esse argumento é compartilhado por Abbagnano, que, fundado em Hegel, sintetiza que "as duas determinações de os negócios e os poderes particulares do Estado não serem autônomos e estáveis nem em si mesmos, nem na vontade pessoal dos indivíduos, mas de terem raízes profundas na unidade do Estado – que outra coisa não é senão a identidade deles"[44].

O termo Soberania se torna, assim, o ponto de referência necessário para teorias políticas e jurídicas muitas vezes bastante diferentes, de acordo com as diferentes situações históricas, bem como a base de estruturações estatais muitas vezes bastante diversas, segundo a maior ou menor resistência da herança medieval; mas é constante o esforço por conciliar o poder supremo de fato com o de direito.

Apesar da adoção das perspectivas alemãs e vienense da soberania no Brasil, as análises teóricas partem do pensamento francês, já que têm início com a sistematização levada a cabo por Jean Bodin (1530-1596), em sua obra "Les six livres de la République". Por ter vivenciado a transformação da ordem feudal para o início do Estado Moderno na França, Jean Bodin acredita na concentração de poder nas mãos do governante, revelando ideário absolutista. O poder soberano traduz-se no poder divino, devendo, portanto, ser obedecido pelos súditos. Não há, contudo, preocupação com a origem da soberania, mas com a sua natureza, pois é ela o elemento

42 MATTEUCCI, Nicola. Soberania verbete. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11 ed. Brasília: Unb, 1998 . p. 1179.

43 ____. Soberania verbete. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11 ed. Brasília: Unb, 1998 . p. 1179.

44 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 911.

fundante, o eixo sobre o qual se move o Estado de uma sociedade política e do qual dependem todos os magistrados, leis e ordenanças. Nesse viés, entendia-a como um poder uno, indivisível, perpétuo e absoluto concentrado na figura do soberano.

Essa construção, entretanto, devido à confluência estabelecida entre soberania e soberano foi superada por construções teóricas mais condizentes comum ideal abstrato de Estado. Inicialmente com Georg Jellinek, da escola alemã e depois com Hans Kelsen, da escola vienense, a soberania ganha novos contornos. É entendida como propriedade do poder do Estado. Em sua teoria normativista, Hans Kelsen sustenta que o Estado é quem titulariza o poder soberano, sendo a soberania a qualidade de uma ordem normativa. Em razão disso, pondera Umberto Campagnolo que Direito, Estado e Soberania constituem três elementos indissociáveis. O vínculo existente entre soberania e Direito foi, a partir de então, consensualizado.[45]

Estado[46] e Direito são, entretanto, instituições cercadas de ambiguidades, especialmente no plano simbólico.[47] Ambos contém doutrinas de obediência e revolta, ambos se servem de instrumentos de proteção e garantia da liberdade,

45 KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e estado soberano*. Org. Mario G. Losano. Trad. Marcela Varejão. São Paulo:Martins Fontes, 2002. p.71

46 O Estado, por seu turno, sofreu, assim como a soberania, diversas alterações de sentido, podendo ser compreendido sob diversas perspectivas. Sob o viés jurídico-político, a evolução do Estado moderno é sintetizada por Nina Ranieri (2013) em Estado estamental, Estado absolutista e Estado constitucional. O Estado estamental ou monarquia limitada, segundo a autora, apresenta-se como forma de organização política intermediária entre o Estado medieval e o Estado absolutista. Seus traços distintivos, notados a partir do século XIII, em grande parte do território europeu são: a) ser mais institucionalizado que o Estado medieval; b) ter referência territorial; c) dispor de um sistema de governo dual, calcado em dois centros de poder distintos, mas mutuamente reconhecidos – o do monarca e da comunidade política integrada por "estados", "cortes" ou "estamentos". O Estado absolutista governa a partir da concentração e da centralização do poder no soberano. Assim, a produção normativa se dá pelo soberano e não mais pelo acordo com os estamentos, tornando-a uniforme nacionalmente. Ela traz em seu bojo um instrumento de autoridade, fazendo com que, para o indivíduo, não houvesse a reivindicação de direitos perante o Estado (Ranieri, 2013). Além disso, segundo a autora, o governante é *legibus solutus*, não se vinculando nem se limitando pela lei, que é produto de seu poder absoluto. A partir no movimento Iluminista do século XVIII, bem como as Revoluções burguesas, as bases do Estado absolutista foram postas em xeque. A partir de então, o Estado constitucional conquista espaço no cenário político, sem, contudo, se desvincular do legado histórico precedente de unidade do Estado e da sociedade. O Estado constitucional fundamenta-se no governo e no poder regulados pelo Direito, com respeito à pessoa humana e seus direitos. A limitação do poder e da ordem se dá pelas Constituições, que por sua vez garantiam a proteção das liberdades públicas, a tripartição de poderes e funções e a centralidade de instituições representativas, sobretudo o Parlamento.

47 RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013. p. 12-13.

mas também de meios de opressão, controle e dominação.[48] A expressão "Estado de Direito", por seu turno, também é carreada de ambiguidades, assim como os vocábulos "Estado" e "Direito". Pode ser empregada com diferentes significados, que variam conforme se refiram ao conteúdo formal ou material do Estado de Direito, designando um tipo de Estado, um modelo prescritivo de organização social ou um princípio democrático constitucional.[49]

Nina Ranieri explica que como tipo de Estado, o Estado de Direito designa uma categoria de Estado moderno europeu na qual o sistema jurídico –e não outros sistemas, de natureza moral ou religiosa – opera em favor da tutelados direitos humanos e da limitação do poder do Estado.[50]

Danilo Zolo explica que o "Estado de Direito" se firmou no século XX como umas das fórmulas mais felizes das filosofias política e jurídica ocidentais, tornando-se, ao final, universalmente difundida. Nesse sentido, o Estado de Direito constitui uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de se dilatar, de se operar de modo arbitrário e prevaricar, limitando,destarte, os poderes do Estado.[51]

O Estado de Direito convola a ideia de limitação do poder do Estado pelo Direito, bem como explicita Elias Diaz:

> *Este implica – en términos non exhaustivos – sometimiento del Estado al Derecho, a su proprio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por médio de leys, que han sido creadas - lo qual es decisivo – según determinados procedimientos de abierta e libre participación popular, com respeto pues para los derechos fundamentales concordes com tal organización institucional.*[52]

48 RANIERI, Nina. *Teoria do Estado*: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013. p. 12.

49 ____. *Teoria do Estado*: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013. p. 12.

50 ____. *Teoria do Estado*: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013. p. 205.

51 ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3..

52 DIAZ, Elias. Estado de derecho y democracia. In: DIAZ, Elias. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1966. p. 2.

Assim, se, por um lado, a soberania encerra a idéia de concentração do poder no Estado, a perspectiva de Estado de Direito convola exatamente o contrário: a limitação do poder do Estado pelo Direito. Seria possível conciliar duas idéias tão centrais para o Estado contemporâneo? A fim de refletir sobre essa proposição, recorre-se ao pensamento francês para contemplar as transformações sofridas pela soberania e (re)pensar o Estado de Direito a partir dessas perspectivas.

4. Soberania e Estado de Direito em discussão

Se, por um lado, a construção teórica de soberania do povo, inicialmente pensada por Rousseau e posteriormente reformulada pela juspublicística francesa, convola a idéia de soberania popular, cujo poder encontra-se plasmado no povo, que por sua vez elabora a Constituição, provoca importante reflexão – mensurar *quem* ou *o que* constitui esse povo não é tarefa das mais simples.

A questão do povo assume diversas acepções. Em acorde com Friedrich Müller, o conceito de povo é e sempre foi um conceito fluido, podendo assumir diversos significados. O povo assume *status* ativo, quando titular de nacionalidade,de acordo com as prescrições normativas do texto constitucional. Assume a condição de instância global de atribuição de legitimidade quando compreendido através de uma estrutura de legitimação permeada pelas instituições e aparelhos estatais, podendo também ser tomado como destinatário de prestações civilizatórias do Estado. E pode ser um ícone se considerado como intocável, como uma imagem abstrata e discursivamente construída como una e indivisível. Não diz respeito a nenhum cidadão ou grupo de pessoas. Pelo contrário. Pode ser um ícone, um povo que "não existe" na vida real.[53]

Se o poder supremo no âmbito do Estado de Direito pertence ao povo, como definir este conceito, de modo a evitar as usurpações da soberania?

A alta carga de abstração subentendida na idéia de povo não passou desapercebida por Constant, que, muito embora reconhecesse genialidade na teoria de Rousseau, cuida de trazer à baila diversas críticas, para, ao final, defender uma soberania popular através da qual a liberdade individual seria assegurada pelas instituições políticas, fazendo com que seu pensamento em muito se

53 MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 2

distanciasse do liberalismo de Estado mínimo[54], pensamento esse, porém, não imune a críticas, já que a questão central para a perspectiva da soberania do povo ainda é a mesma, a representatividade e a dificuldade em se definir *quem* ou *o que* é o povo.[55]

A teoria da soberania nacional, por sua vez, sofre críticas, pois a vontade geral pode tornar uma lei opressiva[56] e, via de regra, a lei votada não exprime a vontade geral.[57] Mesmo o controle de constitucionalidade das leis a ser efetivado pelos juízes e implantado na França não é capaz de afastar esse problema, pois, conforme aponta Blachèr:

> *Há dois tipos de expressão da vontade geral existentes no direito positivo na França. O regime tradicional, chamado legicentrista, em que as leis são concluídas através do voto parlamentar e outro, de regime constitucionalista, que é mais complexo, na medida em que se baseia em procedimento representativo (o voto) e jurisdicional (o controle de constitucionalidade).*[58]

Demais disso, já apontava Carré de Malberg que a soberania nacional francesa, ou seja, o poder característico do Estado que reside essencialmente na nação, após a Revolução Francesa, consagrou-se, implicitamente, como base do direito francês. A ideia fundamental de que os poderes e os direitos dos quais o Estado é sujeito não são, no fundo, senão os direitos e os poderes da própria nação, contudo, implica admitir também que existe identidade entre a nação e o Estado, no sentido de que este não pode ser senão a personificação daquela, o que aproxima a ideia de soberania nacional francesa da ideia de soberania do Estado encampada pelo Brasil.[59]

54 Liberal à época designava muito mais uma posição política do que propriamente uma teoria, como no início do século XX, cf. QUIRINO, Célia. Liberdade e igualdade. *Revista Discurso*, n.15. 1983. p. 2.

55 CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique*. Paris: Hocquet, 1815. p. 2.

56 LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338.

57 BLACHÈR, Philippe. *Contrôle de constitutionalité et volonté générale*: la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution. Paris: PUF, 2001. p. 2.

58 ____. *Contrôle de constitutionalité et volonté générale*: la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution. Paris: PUF, 2001. p. 2.

59 MALBERG, Carré de. *Teoría general del Estado*. 2 ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 545.

Articular essas ideias, em princípio não constitui tarefa fácil, todavia, tomando o Estado de Direito como fio condutor, abre-se interessante senda de discussões: do vínculo existente entre soberania e Direito a fim de questionar quem, de fato, possui o poder jurídico soberano.

O limite da soberania do povo ou da nação e sua representação está na identificação entre poder soberano e Direito: o poder soberano, enquanto possuidor do monopólio da produção jurídica é *legibus solutus*, é o criador do ordenamento, enquanto que, para o Estado de Direito, este poder permanece submetido ao ordenamento jurídico, no qual há a identificação, através da racionalização pelo Direito, do poder soberano.[60]

O moderno conceito de soberania, tanto nas vertentes francesas como na alemã-vienense adotada no Brasil, conseguiu dar unidade a processos históricos, tais como a formação do Estado moderno e possibilitou a elaboração conceitual de uma teoria acabada de Estado.[61]

Sob esse aspecto, ressalta Ferrajoli, o modelo de Estado de Direito, por força do qual todos os poderes ficam subordinados à lei, equivale à negação da soberania, de forma que dele resultam excluídos os sujeitos ou os poderes *legibus soluti*; assim, como a doutrina do Estado de Direito e dos limites de sua atividade equivale a uma doutrina de negação da soberania.[62]

Ao mesmo tempo em que a soberania constitui o ponto de conformação do Estado, que sob a perspectiva moderna, concatena a vitória do constitucionalismo e do Estado de Direito, representa também uma contrariedade, já que o Estado de Direito visa combater a arbitrariedade, evitando, outrossim, a concentração de poder.

Por outro lado, os movimentos em prol da redução e da contenção de poder do Estado trouxeram novas conformações para o próprio Estado e para a soberania. Não se trata pura e simplesmente da formulação do Estado de Direito. Parte desse movimento diz respeito à multiplicidade de fontes do Direito atual, fruto de exigências de mercado ou reivindicações democráticas – no âmbito

60 MATTEUCCI, Nicola. Soberania verbete. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11 ed. Brasília: Unb, 1998 . p. 1179.

61 ____. Soberania verbete. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11 ed. Brasília: Unb, 1998 . p. 1179.

62 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 71.

interno dos Estados e de tendências comunitárias, como a França e sua relação para com a União Europeia – no âmbito externo aos Estados.

O fenômeno da multiplicação das fontes do Direito é uma realidade que não é mais unicamente de origem interna, mas cada vez mais também de origem comunitária e internacional e se aplica no território nacional às vezes sem nenhuma medida de ratificação[63].[64] Esse movimento de dupla faceta, interna e externa, apesar de alterar substancialmente a produção do Direito traz também duplo desdobramento. A face interna da soberania sofre com uma produção do Direito cada vez multicentrada, para além do Estado de Direito e a face externa, conta cada vez mais com uma produção do Direito por instâncias exteriores ao Estado, desafiando frontalmente a soberania, tanto na França como no Brasil.

Com a globalização econômica, o sistema social deixa enevoado o centro e o vértice, alterando sobremaneira a face interna da soberania. A fragmentação dos interesses, a pluralização dos âmbitos sociais, o pluralismo das fontes do direito interno e a multiplicidade de formas de autoridade desvirtuam a centralidade da soberania, tanto aquela calcada no povo, na nação ou no Estado.

Um dos aspectos mais significativos e conhecidos do fenômeno da globalização é o crescente predomínio dos sistemas financeiro e econômico mundiais sobre os sistemas nacionais e locais. À medida que o livre comércio se generaliza, as disputas pelo mercado se tornam mais acirradas e as empresas transnacionais passam a atuar como sistemas integrados, os processos decisórios dos Estados são cada vez mais submetidos a pressões desregulamentadoras - sob a forma de privatizações de serviços essenciais, alienação de empresas públicas, revogação de monopólios estatais, substituição de estratégias protecionistas pela liberalização comercial, flexibilização da legislação trabalhista, redução de encargos sociais, como aponta Carlos Eduardo Faria fazendo com que a soberania acabe sendo reformulada e redesenhada, na França e no Brasil.[65]

63 Aponta Lewandowski (2004) que no contexto europeu a desnecessidade de ratificação pelos Estados das tratativas provenientes do Parlamento Europeu/União Europeia é pacífica diante da adoção irrestrita pelo bloco da teoria do compartilhamento de soberania. Já no contexto brasileiro, não há que se falar em aplicabilidade imediata de normas provenientes do MERCOSUL, ainda que a teoria do compartilhamento da soberania também tenha sido adotada pelo bloco, já que há ressalvas quanto a esse particular. Assim, a internalização normativa fica sujeita ao alvedrio dos países-membros e, portanto, dos respectivos procedimentos de ratificação. Aponta o autor que apesar da ressalva, há no âmbito do MERCOSUL diversos instrumentos de cooperação no âmbito jurídico.

64 LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338.

No plano institucional, atributos formais, materiais e simbólicos da soberania, como supremácia, incondicionalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, centralidade e unidade de Estado são progressivamente relativizados e enfraquecidos não apenas pelo poder substantivo do mercado, mas igualmente pela entrada em cena de novos atores sociais, locais ou regionais, reivindicando espaços de autonomia política, administrativa e fiscal cada vez mais abrangentes.[66]

No plano da soberania externa, o fenômeno da externalização do Direito, pela penetração de normas europeias no Direito interno francês constitui um exemplo que altera substancialmente o Estado, seu Direito[67] e sua soberania. Demais disso, as decisões provenientes de mecanismos de governança multinível, que também obrigam os Estados, como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização Mundial do Comércio (OMC) e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) dentre outros, também constituem exemplos.

No caso da França, o Estado perdeu o monopólio do poder normativo, não sendo mais o único competente para a atividade legiferante em matérias que foram transferidas para a União Europeia[68] por consenso mútuo entre os Estados, a partir do Tratado de Lisboa, em 2007, que reformulou a União Europeia, criando, inclusive, sua competência normativa própria. Assim, a capacidade soberana do Estado de dizer o Direito foi profundamente afetada.[69]

Diante da imensa variedade de corpos regulatórios e adjudicatórios internacionais surgidos com a globalização da economia, concebidos com base em valores, categorias, conceitos, diagnósticos e prescrições prevalecentes no âmbito das economias centrais e postos em prática por mecanismos controladores

65 FARIA, Carlos Eduardo. Policentrismo x soberania: as novas ordens normativas. In: FARIA, Carlos Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

66 FARIA, Carlos Eduardo. Policentrismo x soberania: as novas ordens normativas. *In: Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

67 BRUCE-RABILLON, Eva. Propos introductifs: souveraineté d l'État et supranationalité normative. *In: Politeia*. n. 25. Paris. 2014. p. 115

68 ____. Propos introductifs: souveraineté d l'État et supranationalité normative. *In: Politeia*. n. 25. Paris. 2014. p. 115.

69 ____. Propos introductifs: souveraineté d l'État et supranationalité normative. *In: Politeia*. n. 25. Paris. 2014. p. 115.

e fiscalizadores dos mais diversos organismos multilaterais e órgãos (formais e informais) de governança multinível, essas decisões e funções se entrelaçam e corroem a soberania dos Estados, mormente França e Brasil, levando a transferências de competência que abrem caminho para o que Carlos Eduardo Faria chama de "vazio de legitimação".[70]

Assim, o Estado de Direito, que, em sua essência tem o poder do Estado limitado pelo Direito criado por ele mesmo, como expressão de sua soberania, passa a ser limitado por um Direito que lhe é externo e que não encontra em sua soberania a sua razão de Estado.

Com efeito, a presença não de um, mas de vários poderes soberanos demonstra que a soberania e o Estado de Direito em suas formulações, ainda que mais modernas, precisam ser repensados, tanto na França como no Brasil.

Na face interna, a soberania popular de Rousseau e a soberania do povo de Constant sofrem ataque frontal estabelecido pela realidade contemporânea: o povo, soberano, exercendo sua soberania diretamente no caso de Rousseau[71] ou mediante representação no caso de Constant, na atualidade não mais atua como soberano ou, ao menos, essa atuação se dá de forma falseada, como uma espécie de "representação da representação", junto a organizações que nada tem de representativas e muito menos democráticas, como pontua Ferrajoli "a bem da verdade, as constituições continuam falando em "soberania popular"; porém, isso não passa de uma simples homenagem verbal ao caráter democrático-representativo dos atuais ordenamentos"[72].

Nessa esteira, entende Bruce-Rabillon que a soberania francesa teria passado por intensa mutação, de forma a permitir a delegação de competências no âmbito da União Europeia. A autora entende que nem mesmo a partilha (hipótese de cessão parcial da soberania) e o compartilhamento (hipótese de exercício conjunto de soberania)[73], ambos apontados por Lewandowski, seriam

70 FARIA, Carlos Eduardo. Policentrismo x soberania: as novas ordens normativas. *In*: FARIA, Carlos Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

71 SINGER, André. Rousseau e o Federalista: pontos de aproximação. *In*: *Lua Nova*: n.51, 2000. p. 2.

72 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 33.

73 BRUCE-RABILLON, Eva. Proposintroductifs: souveraineté de lÉtat et supranationaliténormative. Centre Jean Bodin – Recherchejuridique et politique. UPRES, n.4337. 2014

suficientemente descritores do fenômeno existente na União Europeia, mormente no contexto francês da atualidade[74].

Também o vínculo existente entre soberania e Estado de Direito passa a ser questionado. O movimento proveniente da União Europeia vem anunciar um novo paradigma pós-moderno de Estado e de Direito, tanto que Jürgen Habermas chama de nova constelação política pós-nacional, uma sociedade cosmopolita para definir a supranacionalidade[75].[76]

Por outro lado, há os defendentes de corrente mais conciliadora, sobretudo no Brasil. Entendem que, muito embora a soberania venha sofrendo ataques em sua constituição mesma, diante de questões de relevância, como a da supranacionalidade, ainda assim, a soberania sobrevive[77]. Os Estados, por mais que convivam atualmente com diversificadas fontes produtoras do Direito, muitas vezes externas ao próprio Estado, todas essas questões passariam, obrigatoriamente, pelo crivo estatal através da apreciação pelo Poder Judiciário de cada Estado, criando, outrossim, um novo papel para a magistratura, como amálgama da soberania.[78]

Tal apreciação via Poder Judiciário se daria através de ações individuais questionadoras de direitos prescritos ou garantidos pelas Constituições dos Estados, mas que de alguma forma estejam limitados ou restringidos pelas normativas provenientes de exigências de mercados ou de ordem internacional, como, por exemplo, a flexibilização de direitos trabalhistas por sindicatos ou direitos sociais prestacionais restringidos por políticas de austeridade fiscal impostas pela União Europeia, para conferir "saúde" financeira aos Estados componentes do bloco.

74 Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

75 Assevera Bruce-Rabillon (2014) que o governo francês, abriu uma série de conferências no âmbito do Conselho de Estado Francês, acerca do tema "Para onde vai o Estado?". Colloque – Deuxciéme conférence du cycle "Où va l'État?", organisée mercredi 27 novembre 2013 à 17h30 em salle d'Assemblée générale du Conseil d'État, cf. Bruce-Rabillon, 2014.

76 HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. São Paulo: LitteraMundi, 2002.

77 CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. Constitucionalismo em tempo de globalização: a soberania nacional em risco? *Tese de Doutorado*. São Paulo: USP, 2014. p. 287.

78 ____. Constitucionalismo em tempo de globalização: a soberania nacional em risco? *Tese de Doutorado*. São Paulo: USP, 2014. p. 287.

A apreciação de questões supranacionais pelo Poder Judiciário também é assinalada no âmbito da União Europeia, seara em que soberania dos Estados se encontra mais rechaçada. Assinala Bruce-Rabillon que fenômeno reverso, como contramovimento, tem sido verificado na França atualmente. Muito embora haja normativas provenientes da União Europeia, fruto da competência legiferante conferida pelo Tratado de Lisboa, de 2007, os juízes e as cortes francesas têm, com frequência, julgado e interpretado questões conforme a Constituição Francesa, sobretudo as de ordem principiológica, em detrimento do que prescrevem as normativas da União Europeia.[79]

Esse processo de formalização e abstração da soberania acaba por esconder quem de fato comanda a sociedade política, razão pela qual Stephen Krasner defende a ideia de uma soberania de fato, muito mais conectada ao poder de mando do que à criação eminentemente jurídica. Apesar disso, a construção do Estado de Direito parece ter amarrado e neutralizado esse poder. A soberania, no entanto, não desaparece: é latente, permanecendo adormecida quando conveniente e reaparecendo com toda a sua força em situações limite.[80]

5. Considerações finais

As análises acerca do princípio da soberania a partir das contribuições teóricas e práticas do Estado de Direito francês fornecem interessante senda de debate acerca da soberania e as suas relações para com o Estado de Direito, na França e no Brasil, bem como as lutas travadas no bojo dos Estados sobre a apropriação do poder.

O estudo comparativo entre as teorias francesas da soberania – soberania do povo e soberania da nação – frente a teoria adotada no Brasil de soberania do Estado, a partir do modelo de État de Droit trazem relevantes reflexões acerca da própria formulação de Estado de Direito, sobretudo diante das discussões sobre a relação conflituosa entre soberania e Estado de Direito, principalmente porque tanto na França como no Brasil, o vínculo existente entre a soberania e a positivação do direito resta profundamente afetado.

79 BRUCE-RABILLON, Eva. Proposintroductifs: souveraineté de lÉtat et supranationaliténormative. Centre Jean Bodin – Recherchejuridique et politique. UPRES, n.4337. 2014.

80 MATTEUCCI, Nicola. Soberania verbete. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11 ed. Brasília: Unb, 1998 . p. 1179.

Se, por um lado a soberania pressupõe concentração do poder estatal, por outro, o Estado de Direito convola a contenção desse mesmo poder, pela via do Direito. Conciliar essas duas noções na atualidade não constitui tarefa das mais simples, todavia, pensar essas práticas e teorias, sobretudo, na realidade atual demonstra que ambos – soberania e Estado de Direito – prescindem de (re) construções e (re)compreensões. Apesar disso, a realidade atual no Brasil e na França demonstra que há espaço para ambos, ainda que essa relação seja, por vezes, deveras conflituosa.

6. Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco/FAPESP, 2001.

BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Paris: PUF, 1994.

BLACHÈR, Philippe. *Contrôle de constitutionalité et volonté générale*: la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution. Paris: PUF, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Governo, estado e sociedade*: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris: Fayard, 1986.

BRUCE-RABILLON, Eva. Propos introductifs: souveraineté de lÉtat et supranationalité normative. *Centre Jean Bodin – Recherche juridique et politique*. UPRES, n.4337. 2014.

CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. Constitucionalismo em tempo de globalização: a soberania nacional em risco? *Tese de Doutorado*. São Paulo: USP, 2014.

CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique*. Paris: Hocquet, 1815.

COSTA, Larissa Moreira; PEREIRA, Fábio Inácio. A soberania popular como princípio de liberdade em Jean-Jacques Rousseau. *Anais do XXII SEMIC*

PUC-PR. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/semic/trabalho.php?dd0=6533&dd90=ecae6d0ed8>

DAHL, Robert. Can international organizations be democratic? A skeptic view. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDÓN, Casiano. *Democracy's Edges*. Cambridge University Press, 1999. p. 19-40.

DIAZ, Elias. Estado de derecho y democracia. In: DIAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1966.

FARIA, Carlos Eduardo. Policentrismo x soberania: as novas ordens normativas. *In: Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GHELERE, Gabriela Doll. A liberdade individual para Benjamin Constant. *Dissertação de Mestrado*. São Paulo: USP, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2002.

HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1970.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes 1995.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e estado soberano*. Org. Mario G. Losano. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KRASNER, Stephen. *Soberanía, hipocresía organizada*. Tradução de Ignacio Herrera. Barcelona: Ediciones Paidós Iberica, 2001.

KRITSCH, Raquel. *Soberania*: a construção de um conceito. São Paulo: Humanitas, 2002.

LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. *In:* COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MALBERG, Carré de. *Teoría general Del Estado*. 2 ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania verbete. *In:* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11 ed. Brasília: Unb, 1998.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. A globalização entre o passado e o futuro da soberania. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, volume especial, 2008, p.45-53.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

QUIRINO, Célia. Liberdade e igualdade. *Revista Discurso*, n.15. 1983.

RANIERI, Nina. *Teoria do Estado:* do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013.

ROCHA, Cleidison de Jesus. *Princípios de política*: o Estado segundo Benjamin Constant. Disponível em: <http://www.ufac.br/portal/unidades-administrativas/orgaos-complementares/edufac/revistas-eletronicas/revista-ramal-de-ideias/edicoes/edicao-1/caminhos-dos-plurais/principios-de-politica>.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*: princípios do direito político. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Alcides Cardoso dos; DURÃO, Fábio Akcelrud; SILVA, Maria das Graças Villa. *Desconstruções e contextos nacionais*. Rio de Janeiro: Sete Letras, 2006.

SINGER, André. Rousseau e o Federalista: pontos de aproximação. *Lua Nova*: n.51, 2000.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O *Estado de Direito*: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

La formation du concept d'État de Droit en droit français

Emilie Barbin[1]

1. Introduction

Dès le début de son ouvrage consacré à l'État de droit, Jacques CHEVALLIER remarque que l'État de droit «se présente dans les sociétés contemporaines comme une véritable *contrainte axiologique*, dont dépend la légitimité du discours politique»[2].Il s'affirmerait alors comme «une des conditions de tout projet politique en quête de reconnaissance ou de légitimité»[3]. Ainsi, ses apparitions pléthoriques s'expliquent-elles par l'effet de garantie qui semble accompagner le prononcé de l'expression dans le sens où il se voit invoqué comme un «fétiche»[4]. L'État de droit se trouve alors repris comme un refrain sur le devant de la scène politique, comme un instrument à la consonance juridique, mais dont l'écho est devenu politique. Toutefois, envisager l'État de droit comme un tropisme du discours politique conduit à l'appréhender comme une notion finaliste, destinée à apporter un certain crédit. Il se trouverait, de cette façon, enserré dans un discours de la légitimation politique réducteur. L'expression connote en effetun caractère juridique; faire référence à l'État de droit induit une inscription, plus que succédanée, dans le champ du droit.

Néanmoins, cet usage de l'État de droit comme un leitmotiv du langage politique a généré une certaine confusion quant à sa signification conceptuelle. Aussi Michel TROPER met-il en garde sur le caractère suspect que revêt

1 Doctorante contractuelle à l'Institut de droit administratif de l'Université Jean Moulin Lyon 3. Thèse en cours sur les modes de régularisation des actes administratifs en droits français et brésilien, sous la direction des professeurs Caroline Chamard-Heim (Lyon 3) et Fernando Menezes (USP).

2 Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, 2ème édition, Montchrestien, 1994, p. 7.

3 Éric MILLARD, «L'État de droit, idéologie contemporaine de la démocratie», *in* Patrick CABANEL, Jean Marc FÉVRIER (dir.), *Questions de Démocratie*, Presses universitaires du Mirail, p. 415.

4 Danièle LOCHAK, «Le principe de légalité : mythes et mystifications», *AJDA*, 1981, p. 387.