

8 Reestruturando o Estado: do Estado-nação à comunidade política global

SABINO CASSESE

1. Advertências preliminares¹

Este artigo é dividido em três partes. A primeira diz respeito ao surgimento do Estado; a segunda discute a queda do Estado; a terceira é sobre o ressurgimento do Estado.

Duas advertências preliminares são necessárias. A primeira é para advertir os leitores de que essa será uma “*Walkürenritt*”, uma “Cavalcada das Walquírias”, como na ópera de Richard Wagner. Ou seja: será um lançar de olhos muito breve sobre uma história muito extensa. A segunda advertência diz respeito ao Estado. Em 1931, um acadêmico americano escreveu que “um rápido exame do termo ‘Estado’ resultou em não menos que cento e quarenta e cinco definições diferentes”, e concluiu que “doravante, a referência ao Estado precisa ser acompanhada de notas indicando a particular definição que está sendo utilizada”². Assim, é importante tratar o conceito de “Estado” com cuidado.

¹ Trad. Fernando Alves Gomes, doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Traduzido de *From the Nation State to the Global Polity*, in *Reconfiguring European States in crisis*, coordenado por King, Desmond & Le Galès, Patrick (2017), mediante autorização da Oxford University Press, a quem os organizadores agradecem.

² TITUS, C. H., A nomenclature in political science. In *American Political Science Review*, 1931, XXV, p. 45 e 3, p. 615 e ss. V., também, CASSESE, Sabino. Fortuna e decadenza della nozione di Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, 1, p. 91-103.

2. O primeiro ciclo: surgimento e crescimento

Se olharmos para o ciclo pelo qual os corpos políticos europeus passaram nos últimos séculos, veremos que, no século XIV, havia 1.000 entes políticos nessa parte do mundo; no século XVI, havia apenas 500; na época da Revolução Francesa havia 350; e no começo do século XX havia apenas 25 entes políticos que podiam ser chamados de Estados-nação. Como escreveu o historiador britânico Mark Greengrass, “engolir e ser engolido foram características fundamentais do passado político da Europa”³.

Não obstante esse processo de fusões, os Estados que resultaram não estavam completamente unidos. Por exemplo, mesmo depois da fusão dos Estados alemães (a chamada unificação da Alemanha), havia diversos corpos políticos dentro da unidade maior: depois de 1871, no *Kaiserreich*, sob a ordem da Prússia e do *Kanzler* Bismarck, havia 26 entes políticos – alguns dos quais com poderes em questões militares.

Por que houve uma mudança tão grande desde o século XIV? Por que as nações se tornaram Estados-nação? Quais são os fatores explicativos desse desenvolvimento? Quais foram os agentes catalisadores da criação dos Estados?

Há três explicações⁴. A primeira foi desenvolvida pelo historiador e cientista político americano Charles Tilly, em um livro intitulado “*Capital and Coercion*”⁵, e pode ser sintetizada com a seguinte afirmação: “os Estados fazem a guerra; a guerra faz os Estados”. Em outras palavras, o Estado fiscal-militar surge da dinâmica de conquista e dominação.

A segunda explicação é a seguinte: a construção de nações é um processo de autopropetuação e autoengrandecimento governado pelos que estão em seu interior. Aqueles que ocupavam cargos do Estado foram capazes de agir com certo grau de autonomia em relação às classes dominantes e foram capazes de

³ GREENGRASS, M. Introduction: conquest and coalescence. In GREENGRASS, M. (Ed.), *Conquest and coalescence: the shaping of the State in early modern Europe*. London, Edward Arnold, 1991. p. 2.

⁴ Para uma taxionomia das teorias da formação do Estado, cf. ERTMAN, T. State formation and State building in Europe. In JANOSKI, T.; ALFORD, R.; HICKS, A.; SCHWARTZ, M. A. *Handbook of political Sociology*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003. p. 367; SPRUYT, H. The origins, development and possible decline of the modern State. In *Annual Review of Political Science*, 2002, vol. 5, p. 127 e ss.; TEDOLDI, L. Dove eravamo rimasti? Lo Stato in età moderna tra problemi storiografici e questione aperte. In *Le carte e la storia*, 2009, a. XV, n. 2, p. 19 e ss.; CARROLL, P. Articulating theories of States and State formation. In *Journal of Historical Sociology*, 2009, vol. 22, n. 4, dezembro, p. 553; e VU, T. Studying the State through State formation. In *World Politics*, 2010, vol. 62, n. 1, janeiro, p. 148 e ss.

⁵ TILLY, C. *Coercion. Capital and European States AD 990-1992*. Oxford: Blackwell, 1992.

levar a cabo os fins que desejavam. O Estado é o desenvolvimento de um poder monocrático: instituições centrais foram construídas para servir ao príncipe e foram organizadas em círculos concêntricos em torno do mandatário⁶, segundo o entendimento de que “*le roi a um pouvoir préexistant aux lois*” (“o rei tem um poder preexistente às leis”)⁷.

A terceira explicação tem a ver com cultura, identidade, língua, ideias, tradições nacionais e crenças. Em 11 de março de 1882, um grande historiador francês, Ernest Renan, proferiu uma palestra em Paris sobre “*Qu'est-ce qu'une Nation?*” (“O que é uma Nação?”). Sua conclusão foi que “*une nation est une âme, un principe spirituel*”, “*une grande solidarité*”, “*un heritage*”; “*l'existence d'une nation est un plébiscite de tous les jours*” (“uma nação é uma alma, um princípio espiritual, uma grande solidariedade, uma herança; a existência de uma nação é um plebiscito diário”)⁸.

A escola clássica alemã de filologia dos séculos XVIII e XIX também estabeleceu um vínculo direto entre a cultura e o Estado. Para Friedrich August Wolf, a escola e o Estado eram uma só coisa⁹; para Ulrich Wilamowitz-Moellendorf, havia uma relação direta entre “*Volk, Staat, Sprache*” (“povo, Estado, língua): um povo só existe se possui uma cultura comum e uma língua compartilhada¹⁰.

Em suma, a guerra não é o único caminho para a centralização burocrática e para a construção do Estado; há outras explicações. Isso não significa que a guerra seja menos importante. Os Estados continuam a se preparar para guerras, para defender seus territórios ou seus cidadãos, mesmo além de seus territórios, ou para manter a paz em outras partes do mundo. O que é o Estado-nação? Quais são as peculiaridades dessa comunidade política em comparação com formas anteriores (cidades-estado, confederações, federações, impérios)?

⁶ MOLAS RIBALTA, P. L'Impact des institutions centrales, in REINHARD, W. (Ed.), *Les elites du pouvoir et la construction de l'État en Europe*, Paris: PUF, 1996, p. 25 e ss.

⁷ CHATEAUBRIAND, F.-R., *Mémoires d'outre-tombe*, Paris: Laffont, p. 1305.
⁸ Disponível em: <<http://www.lexilogos.com/document/renan/nation.htm>>. Para uma tradução italiana, cf. RENAN, E. *Che cos'è una nazione?* E altri saggi. Roma: Donzelli, 2004. Outra explicação para o nascimento do Estado é dada pelo processo de secularização, sobre o qual cf. BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Diritto e secolarizzazione*. Dallo Stato moderno all'Europa unita. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 33 e ss.

⁹ LANZA, D. *Interrogare il passato*. Lo studio dell'antico tra Otto e Novecento. Roma: Carocci, 2013. p. 33.

¹⁰ WILAMOWITZ-MOELLENDORF, U. von. *Volk, Staat, Sprache*. Berlin: Büxenstein, 1898; cf. também. D. LANZA, *Interrogare il passato*, op. cit., p. 67.

Primeiro, o Estado é uma comunidade política que se desenvolve em uma sociedade. Isso não significa que ele se estabelece como um corpo representativo, mas apenas que ele cria a nação: a “*fabrication collective des identités nationales*” (“fabricação coletiva das identidades nacionais”)¹¹ é, no geral, produto do Estado.

Segundo, ele tem um tamanho mínimo, que precisa ser suficiente para certo grau de desenvolvimento econômico em um mundo em que o comércio está sob o controle do Estado, e para resistir às pressões de outros Estados¹². Portanto, a construção do Estado é um processo altamente “contrastante”.

Terceiro, diferentemente dos entes políticos da Idade Média, que eram fluidos e policêntricos, e não tinha aptidão para o absolutismo, o Estado é estável, hierárquico, unitário e centralizado¹³.

Quarto, existe dentro do Estado uma divisão do trabalho, pela qual as tarefas de tomada de decisões, implementação e resolução de conflitos são conferidas a entes distintos.

Por fim, o Estado também é uma cultura, da qual um importante componente é o positivismo jurídico. Isso foi desenvolvido por juristas, que desempenharam um papel significativo no surgimento e desenvolvimento do Estado¹⁴. O positivismo é uma expressão da fé no Estado¹⁵. Assim, o Estado se tornou uma entidade quase divina, pertencente a um mundo superior, sagrado¹⁶.

Uma vez estabelecidos, os Estados-nação começaram a crescer. Houve três fatores de crescimento. Em primeiro lugar, o sufrágio: com o advento de eleições, os governos se tornaram mais representativos – “Estados de cidadãos”¹⁷. Com a extensão do sufrágio veio um crescimento na demanda popular por escolas, assistência à saúde, serviços sociais e empreendimentos públicos. E houve as guerras: basta considerarmos o crescimento do emprego público na Inglaterra, na Itália ou na França após a Primeira e a Segunda Guerra mundiais.

¹¹ THIESSE, A.-M. *La création des identités nationales. Europe XVIII-XX siècle*. Paris: Seuil, p. 13.

¹² ALESINA, A.; SPOLAORE, E. *The size of nations*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.

¹³ ASCHERI, M. *Instituzioni medievale*. Uma introduzione. Bologna: Il Mulino, 1994.

¹⁴ SCHNUR, S. (Ed.) *Die rolle der juristen bei der entstehung des mordenen staates*. Berlin: Dunker und Humblot, 1986.

¹⁵ Como notado por FORSTHOFF, E. *Lo Stato nella società industriale (1971)*. Trad. Italiana. Milão: Giuffrè, 2011, p. 12.

¹⁶ WEFEL, F. *Aus der Dämmerung einer Welt* (1936). Trad. Italiana “*Nel crepuscolo di un mondo*”, Milan: Mondadori, 1954, p. 151 (aniversário do exame de “Maturità”).

¹⁷ BEAUD, O. *La puissance de l'État*. Paris: PUF, 1994.

O Estado da lei e da ordem se tornou o “Estado paternal”, que assume o encargo de proteger a saúde e a segurança das pessoas, de prover educação, de abolir distinções baseadas em gênero e etnia, e assegurar o bem-estar¹⁸. Como Tocqueville havia previsto, o Estado é agora “*un pouvoir immense et tutélaire* [...] *Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux*” (“um poder imenso e tutelar [...] Ele é absoluto, detalhado, regulador, previdente e suave”)¹⁹. Esses desenvolvimentos afetaram os aspectos constitucionais do Estado (Parlamento e governo) muito menos que o administrativo: como notou Carl Schmitt, “o Estado total (o Estado que ocupa todos os espaços da sociedade [...]) é, por natureza, um Estado administrativo”²⁰. Consequentemente, o Estado se engajou em uma nova empreitada: distribuir e alocar recursos entre seus cidadãos.

Ao longo de sua história, o Estado se tornou uma comunidade política altamente adaptável, capaz de se ajustar a várias pressões internas e externas. Os Estados se adaptaram a regimes democráticos e autoritários; a grandes e a pequenos territórios; a políticas liberais ou comunistas.

Nesse processo adaptativo, o Estado desenvolveu uma grande habilidade de negociar e mediar²¹, em forte contraste com a tradicional “*Hoheitlichkeit*” (“soberania”), seguindo diferentes padrões de realização burocrática²². Assim, em muitos países, o Estado hoje não se mostra diferente de uma fábrica moderna, nem das técnicas gerenciais aí empregadas.

Outra evidência da natureza adaptativa do Estado é sua habilidade de assimilar elementos originalmente estranhos a suas bases tradicionais. Por exemplo, o sistema de mérito era desconhecido na Europa até o século XVIII, quando foi importado da China e se tornou um elemento permanente dos principais Estados europeus (posteriormente, a China importou os sistemas eleitorais da Europa, os quais lhe eram antes desconhecidos)²³.

¹⁸ CAPLOW, T. *Evaluating State performance*, artigo apresentado na Conference on Social Change in Western Europe, Poitiers, 8-9 de outubro, 1997.

¹⁹ TOCQUEVILLE, A. *La démocratie en Amérique II (1840)*. Paris: Lafont, 1986, p. 648.

²⁰ SCHMITT, C. *Legalità e legittimità*. In id. *Le categorie del “politico”*. Bologna: Il Mulino, 1972, p. 215.

²¹ JOBERT, B.; MULLER, P. *L'État em action*. Politiques publiques et corporatismes. Paris: PUF, 1987, p. 69 e ss. e 74 e ss.

²² SILBERMAN, B. S. *Cages of reason*. The rise of the rational State in France, Japan, the United States and Great Britain. Chicago: Chicago University Press, 1993.

²³ BERTUCCIOLI, G. *Riflessione su un anniversario*. In *Mondo cinese*, 1994, n. 87, set.-dez. p. 3 e ss., especialmente p. 6.

No curso dessa longa história, para além da aparente uniformidade, há várias diferenças substanciais e diferentes estilos de estatismo²⁴. Uma diferença importante é a que há entre Estados fortes (p. ex., o "étatisme" francês, a tradição prussiana, e a poderosa teoria hegeliana do Estado) e Estados fracos (tais como a Itália, onde 127 executivos diferentes foram estabelecidos em seus 150 anos de existência).

Uma segunda diferença é a que há entre Estados europeus e não-europeus: os primeiros compartilham a tradição do *ius publicum europaeum*, baseado na reinterpretação alemã do direito romano²⁵.

A terceira e mais importante diferença é a que há entre Estados com um componente bélico significativo e Estados em que, ao contrário, esse elemento se tornou menos importante²⁶.

A literatura recente tem preferido abandonar a dicotomia entre Estados fortes/Estados fracos em favor da ideia de que é necessário ampliar a noção de estatalidade²⁷, e de que existem diferentes graus de estatalidade. "[A] importância do Estado não pode ser captada em um *continuum* unidimensional forte/fraco, nem por um modelo construído sobre a concepção weberiana de capacidade de coerção localizada em burocracias centralizadas²⁸. Essa conclusão, no entanto, traz à tona uma questão: "como o Estado evolui e tem êxito sem os tradicionais elementos da construção estatal ou sem os costumeiros aparatos de poder e autoridade?"²⁹.

Outro ponto importante é a interação entre o processo de construção estatal e a forma com que o conceito de Estado é tratado, como o Estado é percebido e estudado. Voltaire acreditava que havia dois modelos, corporificados pela França e pela Inglaterra, respectivamente. Na França, o Estado estava no centro,

²⁴ BALDWIN, P. Beyond weak and Strong: rethinking the State in comparative political history. In *Journal of Policy History*, 2005, vol. 17, n. 1, p. 12 e ss., especialmente p. 18; STEINMO, S. *The evolution of modern States*. Sweden, Japan and the United States. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 29 e 206.

²⁵ SCHMITT, C. *Ex captivitate salus*. Trad. Italiana. Milão: Adelphi, 1987, p. 64-80. GAROFALO, L. Carl Schmitt e la "Wissenschaft des römischen Rechts". Saggio su un cantore della scienza giurídica europea. In *Diritto e società*, 2007, n. 2.

²⁶ CAPLOW, T. *Evaluating State performance*, op. cit.

²⁷ O primeiro autor a destacar os "diferentes níveis de estatalidade" é NETTI, The State as a conceptual variable, in *World Politics*, 1968, vol. XX, n. 4, julho, p. 559 e ss. Essa ideia foi então expandida por TILLY, Reflections on the history of European State-Making. In *The Formation of National States in Western Europe*. Princeton: Princeton University Press, 1975.

²⁸ KING, D.; LIEBERMAN, R. Ironies of State building: a comparative perspective on the American State. In *World Politics*, 2009, vol. 61, n. 3, julho, p. 581.

²⁹ KING, D.; LIEBERMAN, R. *Ironies of State building*, op. cit., p. 548.

enquanto na Inglaterra ele se baseava no autogoverno. (No entanto, é de notar-se ao passo que nós, hoje, concebemos o autogoverno como sinônimo de governo local, nos séculos XIX e XX acadêmicos como Von Gneist acreditavam que *Selbstverwaltung*, em oposição a *Staatsverwaltung*, tinha um significado muito maior, a saber, de que a própria sociedade podia controlar o Estado³⁰.)

A Inglaterra é um paradoxo: um Estado muito poderoso, com forte poderio militar e centro de um império colonial, mas desprovido de qualquer noção de Estado. Em seu livro "Introduction to the Study of the Law and Constitution"³¹, o mestre do constitucionalismo britânico do século XIX, professor Albert Venn Dicey, ignorou tanto a palavra quanto a noção de Estado, enquanto acadêmicos tais como Georg Jellinek, na Alemanha, ou Vittorio Emanuele Orlando, na Itália, colocaram a teoria do Estado no centro de suas reflexões.

O mesmo é válido para os EUA, onde o conceito de Estado "perdeu importância durante a 'revolução comportamental' dos anos 1950 e 1960³² e experimentou um ressurgimento nos anos 1980: em 1985, um livro intitulado "Bringing the State Back In"³³ foi publicado e nele se observava "um súbito crescimento do interesse no Estado". Ficou claro, agora, que "a aparente ausência de Estado nos EUA é uma ilusão"³⁴.

Esses paradoxos conduzem a outro: não há necessariamente uma convergência entre Estados e teorias do Estado. Estados fortes podem ter teorias pobres ou absolutamente ausentes (tais como o Reino Unido), enquanto Estados fracos podem desenvolver fortes teorias do Estado (tais como a Itália). Já se observou, com referência a esse último caso, que "em sua autoconstrução inicial como centros de poder político inclusivos, os Estados produziram para si mesmos uma forma semântica inflada e excessivamente autocentrada que eles não foram capazes de perceber"³⁵.

³⁰ VON GNEIST, R. *Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, 2 vols. Berlin: Springer, 1857-1863, vol. II, p. 818, e *Geschichte und heutige gestalt des englischen Communalverfassungs oder das Self-Government*, 2 vols. Berlin: Springer, 1863. Sobre Gneist, cf. FERRARESI, F. Il modelo costituzionale inglese e la Germania fra Otto e Novecento. In CAPOZZI, E. (Ed.), *Le costituzione anglosassoni e l'Europa: riflessi e dibattiti tra '800 e '900*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002, p. 79 e ss., especialmente p. 83 e ss.

³¹ DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the Constitution (1885)*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

³² VU, T. *Studying the State*, op. cit., p. 148.

³³ EVANS, P.; RUESCHEMEYER, D.; SKOCPOL, T. (Eds.). *Bringing the State back in*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

³⁴ KING, D.; LIEBERMAN, R. *Ironies of State building*, op. cit., p. 547.

³⁵ THORNHILL, C. The future of the State. In KJAER, P. F.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. *The financial crisis in constitutional perspective*. The dark side of functional differentiation.

Atualmente, há 193 Estados que pertencem à ONU, 185 Estados que são membros da OIT, e 156 Estados que são parte da OMC. Para se tornar um membro através de tratados, os Estados estabelecem organizações internacionais, e as organizações internacionais, então, induzem, promovem, apoiam e controlam os Estados; elas estabelecem padrões de democracia e de primado das leis ("rule of law") para os Estados. Assim, a construção de Estados é hoje tanto um processo "de baixo para cima" ("bottom-up") quanto de cima para baixo ("top-down").

3. O segundo ciclo: a queda do Estado

O segundo ciclo começou no começo do século XX, com a primeira crise do Estado. Ela continuou até os anos 1970, com a segunda crise e a "retirada do Estado", e segue até nossos dias, com a terceira crise do Estado e o processo de globalização.

Por que os políticos e os acadêmicos começaram a falar de uma crise do Estado na Europa do começo do século XX? É que, àquela altura, a autoridade do Estado foi, pela primeira vez, questionada desde dentro – por exemplo, por greves de funcionários públicos. No entanto, esse foi apenas um exemplo da "doença" social relacionada ao Estado, um indicador das difíceis relações entre a autoridade do Estado e a sociedade civil.

Esse enfraquecimento do Estado teve dois intérpretes – um na Itália, durante a Primeira Guerra Mundial, e o segundo na Alemanha, durante a República de Weimar. O primeiro foi Santi Romano, que propôs substituir o Estado pela "ordem jurídica" como conceito central do direito público. O segundo foi Johannes Popitz, seguido de Carl Schmitt, que introduziu o conceito de "policracia" como substituto da democracia³⁶.

A primeira crise foi objeto de diferentes reações. Duguit escreveu que "l'État n'est pas une personne juridique; l'État n'est pas une personne souveraine. L'État est le produit historique d'une différentiation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée"; "[...] faux le postulat de l'État-personne; faux celui de la puissance droit subjectif [...]" ("o Estado não é uma pessoa jurídica, o Estado não é uma pessoa soberana. O Estado é o produto histórico de uma diferenciação social entre os fortes e os fracos em uma dada sociedade"; "[...] é falso o postulado do

Oxford: Hart, 2011. p. 372. Sobre as teorias do Estado, ver também FIORAVANTI, M. Per una storia dello Stato moderno in Europa. In *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, n. 39, p. 69 e ss.

³⁶ FORSTHOFF, E. *Lo Stato nella società industrial*, op. cit., p. 14.

Estado-pessoa; falso o postulado do poder como direito subjetivo [...]. Ele propôs que se abandonasse o conceito de Estado em favor de conceitos mais realistas, como os de "serviço público" e de "governantes"³⁷.

Em vários países, mas especialmente na Itália e na Alemanha, as reações autoritárias à crise do Estado produziram outro resultado: uma "Staatsmüdigkeit", uma "esgarçadura do Estado" e um "Entzauberung" (desencanto ou desmistificação) do Estado³⁸.

A segunda crise ocorreu nos anos de 1970 e 1980. No nível político, os indicadores dessa nova crise foram as reformas introduzidas por Margaret Thatcher e Ronald Reagan; no nível acadêmico, o livro de autoria de Guy Peters e Richard Rose, intitulado *Can government go bankrupt?*³⁹ Essa crise se deveu ao fracasso do Estado moderno de executar suas obrigações, à inabilidade de atender as demandas populares, às dificuldades sofridas pelo Estado de bem-estar, à ingovernabilidade, à crise financeira⁴⁰ e às falhas na consecução de políticas públicas⁴¹. Poderia Hegel supor que o Estado viesse a entrar em falência?

O Estado respondeu aos sinais internos dessa crise de diversas formas: a retirada do Estado da regulação da economia, liberalização, privatizações, venda de propriedades do Estado, cortes em gastos públicos, descentralização, terceirização e contratação fora do serviço público.

Esses desenvolvimentos reduziram não apenas o tamanho dos Estados, mas também as diferenças entre a esfera pública e a arena privada. Como consequência,

³⁷ DUGUIT, L. *L'État, les gouvernants et les agents*. Paris: Fontemoing, 1903, p. 1 e p. 53. Esse livro foi o desenvolvimento de outro livro sobre o Estado, do mesmo autor, *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Fontemoing, 1901. O propósito do texto posterior era "montrer que l'État n'est point cette personne collective, investie d'un pouvoir souverain, imaginée par l'esprit inventif des publicistes" (p. 1) e criticar o trabalho publicado por Georg Jellinek em 1892, bem como trabalhos anteriores de P. Laband e C. F. Gerber. Cf. também id., *Les transformations du droit public*. Paris: Colin, 1913, p. XIX: "Ainsi la notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande; il est un grupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public deviant la notion fondamentale du droit public modern. Les faits vont le démontrer".

³⁸ DAHM, G. *Die Stellung des Menschen im Völkerecht unserer Zeit*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1961, p. 11.

³⁹ PETERS, G.; ROSE, R. *Can government go bankrupt?* New York: Basic Books, 1978.

⁴⁰ MAYNTZ, R. Governing failures and the problem of governability: some comments on a theoretical paradigm. In KOOIMAN, J. (Ed.), *Modern governance: new government-society interactions*. London: Sage, 1993, p. 11 e ss.

⁴¹ PRESSMAN, J. L.; WILDAVSKY, A. *Implementation: how great expectations in Washington are dashed in Oakland, or why it's amazing that federal programs work at all*. Berkeley: University of California Press, 3. ed., 1984.

um novo problema surgiu: como estabelecer o que é a essência do Estado e da autoridade soberana, o “núcleo duro” dos poderes da autoridade pública, a linha divisória entre o público e o privado. Por exemplo, na medida em que a *Grundgesetz* (a Lei Fundamental alemã) estabelece que o exercício da autoridade soberana é, como regra, atribuída aos integrantes do serviço público (art. 33, § 4), podem as instalações judiciárias ser privatizadas na Alemanha⁴²? Ou, uma vez que a Constituição israelense protege a dignidade e a liberdade humanas, pode a lei autorizar uma empresa privada e com finalidade lucrativa a operar penitenciárias em Israel⁴³?

Em um nível mais elevado, para além do Estado, o obscurecimento da linha divisória entre o público e o privado deu surgimento a outro problema: o de redefinir uma área que todos os membros de uma união possam considerar pública. Para isso, a União Europeia identificou uma nova instituição, o “corpo regido pelo direito público”, que também inclui entidades privadas sob o controle público, seja pela participação ou pelo financiamento. Desse modo, o Estado se torna uma entidade “à géometrie variable”.

Mas há também sinais externos dessa crise: corporações transnacionais exercendo “autoridade paralela” em relação a governos nacionais⁴⁴; grandes corporações, seguradoras, contadores e burocratas internacionais todos entrencheados na soberania do Estado; houve, portanto, uma “autoridade declinante do Estado” e um crescimento da “autoridade para além do Estado”⁴⁵.

A terceira crise é a que está em curso. Na Europa, governos nacionais perderam o controle de suas moedas. Em 1998, havia 37 moedas na Europa; em 2014,

⁴² Cf. *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvR 133/10 (2012). Esta decisão estabeleceu que a lei não dava ensejo a objeções relativas a proteção insuficiente contra injustificada interferência em direitos fundamentais.

⁴³ A resposta da Suprema Corte de Israel (Caso n. HJC 2.605/05, de 2009) foi de que o dispositivo constitucional de acordo com o qual o governo é o ramo executivo do Estado (Seção I) implica que há um “núcleo duro” de poderes soberanos que o governo deve ele próprio exercer, de modo a garantir a liberdade individual e a dignidade humana. Casos semelhantes surgiram na Costa Rica e na Índia com relação à privatização das prisões e da polícia. Cf. SLANSKY, D. A. *Private policing and human rights*. In *Law & Ethics of Human Rights*, 2011, vol. 5, p. 112 e ss.

⁴⁴ STRANGE, S. *The retreat of the State*. The diffusion of power in the world economy. Cambridge: Cambridge University Press, especialmente p. 91 e ss.

⁴⁵ STRANGE, S. *The retreat of the State*, op. cit., p. 3 e ss. e p. 91 e ss. Cf. também CASSESE, S.; WRIGHT, V. *La restructuration des États en Europe occidentale*. In CASSESE, S.; WRIGHT, V., *La restructuration de l'État en Europe*. Paris: Éditions de la Découverte, 1996, p. 77 e ss., e KING, D.; LES GALES, P., *Sociologie de l'État en recomposition*. In *Revue Française de Sociologie*, 2011, vol. 52, n. 3, p. 453 e ss.

apenas 20. Em nível global, o fenômeno da globalização está se desdobrando: existem 2.000 regimes regulatórios globais e 60.000 organizações não-governamentais; existem organizações internacionais como a OIT, redes de reguladores nacionais, tais como o Comitê de Basel; reguladores híbridos público/privado, tais como a ISO (*International Standardization Organization*), e reguladores privados globais, tais como a ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). Esses reguladores têm o poder de impor padrões: vide, p. ex., a *Codex Alimentarius Commission*, que estabelece padrões dos alimentos que chegam às nossas mesas. Essas organizações internacionais não são parte de uma ordem jurídica unitária, mas sim de um espaço jurídico fragmentado.

A globalização é, ao mesmo tempo, a desnacionalização das instituições do Estado e um processo cumulativo de expansão do comércio, da comunicação, da mídia, da migração, do crime, do terrorismo, e mesmo da moda⁴⁶. Esse desenvolvimento tem dois níveis: um é global ou universal, e o outro é supranacional.

As principais características do nível global são as seguintes: desenvolvimento por meio de conexões mútuas; uma organização fluida; técnicas de tomada de decisões em conjunto; ausência de qualquer separação entre os níveis global e doméstico; uma administração e um direito administrativo com fracos fundamentos constitucionais; o crescimento de um “governo das leis” (“*rule of law*”) global (i. e., princípios comuns a todos os regimes regulatórios: o direito de ser ouvido, de participar, de ser informado, de acesso a um juiz) e a legalização de redes administrativas globais em prol de um governo das leis universal; por fim, o controle do Estado *pela* economia, em vez de controle do Estado *sobre* a economia (para sermos exatos, por meio das agências de classificação; são os mercados que controlam o Estado, e não este àqueles)⁴⁷.

No que concerne à europeização – que não é mais que um exemplo de supranacionalismo – nós vemos múltiplas cidadanias (Europeias, nacionais e subnacionais); múltiplos *demoi* (como o *Vielvölkerstaat* da Idade Média)⁴⁸ nos quais as identidades se tornam menos importantes; diversas linguagens, como

⁴⁶ Vide HABERMAS, J., *The divided west*, Cambridge, Ciaran Cronin, 2006, p. 175; SASSEN, S., *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 1; ZÜRCHER, C., *When governance meets troubled states*. In BEISHEIM, M.; SCHUPPERT, G. F. (Ed.), *Staatszerfall und governance*. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 11.

⁴⁷ CASSESE, S. *Administrative law without the State? The challenge of global regulation*. In *Journal of International Law and Politics*, 2005, vol. 37, n. 4, p. 663 e ss., e CASSESE, S. *The global polity*. Sevilha: Global Law Press (online).

⁴⁸ WERNER, K. F. *Naissance de la noblesse. L'essor des élites politiques en Europe*. Paris: Fayard, 1998.

no Mehrsprachenstaat do passado; a concentração de poder é substituída por redes (por exemplo, a estrutura do Banco Central Europeu o papel dos governos nacionais); e uma pluralidade de comunidades políticas – como no *imperium*, que incluía diversos *regna*.

No entanto, é necessário sublinhar que os Estados são organizados em “camadas”, e que nem todos os seus desenvolvimentos ocorreram simultaneamente. Portanto, as três crises mencionadas acima não ocorreram ao mesmo tempo e não cobriram o mesmo período de tempo, como observado por diversos autores⁴⁹.

A queda do Estado nos impõe um grande problema: se o Estado é o lugar em que a democracia se desenvolveu, o que acontecerá com a democracia se o Estado desaparecer ou se tornar menos importante? Irá ela evaporar? Ou será substituída por uma democracia cosmopolita?

4. O terceiro ciclo: ressurgimento do Estado

No fim do segundo ciclo, a dúvida era se o Estado seria capaz de sobreviver a tantas crises sem ser derrotado.

Contudo, muitos dos desenvolvimentos do segundo ciclo estavam perpassados de ambiguidades. Para colocar em ação as reformas do *Big Government*, Margaret Thatcher exigiu um governo central bastante forte: para fazer o Estado diminuir, são necessários grandes poderes. Uma maior privatização ia de mãos dadas com uma regulação maior da parte de agências regulatórias independentes. O ativismo do Estado mudou de uma orientação de guia do mercado para uma de apoio⁵⁰. Além disso, mais proteção dos direitos do consumidor implica mais regulação do Estado.

Essas ambiguidades mostram que o Estado não desapareceu com as liberações e a globalização – ao contrário, está muito vivo e está apenas se autorreestruturando para ajustar suas estruturas e funções para os novos espaços, superando suas fraquezas internas. Os desenvolvimentos analisados acima são apenas parte da dinâmica do Estado.

O Estado lida com sua fragmentação interna (*next-step agencies, enti pubblici, établissements publiques*) governando sem recorrer a modelos de governo

⁴⁹ JACOBS, L.; KING, D. America's political crisis: the unsustainable State in a time of unraveling. In *PS Political Science and Politics*, 2009, abril, p. 277 e ss.

⁵⁰ LEVY, J. (Ed.) *The State after statism. New activities in the age of liberalization*. Cambridge, MA: HUP, 2006.

centrados no Estado⁵¹; aprendendo as lições do governo sem governança (?); realizando a “substituição social da incapacidade do governo para guiar e impulsionar”; promovendo o “gerenciamento de redes [...] e sistemas de interação auto-organizados” como uma alternativa para o governo convencional; por um “impulso descentralizado” (“decentralized rowing”)⁵²; e, finalmente, usando um instrumento da tradição colonial britânica, a regra indireta. Com efeito, pode-se dizer que o mundo está redescobrendo a regra indireta: a União Europeia está indiretamente criando regras, como do mesmo modo a Organização Mundial do Comércio.

No que diz respeito a pressões externas, os Estados estão perdendo parte de sua soberania para instituições locais e globais, mas, ao mesmo tempo, promovem disputas entre as nações⁵³. Assim, de “guardiães da segurança nacional” eles passam a ser “guardiães contra a insegurança econômica”⁵⁴.

A “diligência recíproca” (*Wechselseitige Eigennutz*), “reciprocal expediency” é a primeira e mais importante razão pela qual o Estado se abriu e estabeleceu entidades globais estabelecidas de padrões. Um dos primeiros a observar este fato foi Immanuel Kant⁵⁵.

Os Estados compartilham sua soberania (de um ponto de vista tradicional, este é um oxímoro: a verdadeira soberania não pode ser compartilhada – se ela é compartilhada, não é soberania). Eles juntam forças com outros Estados e aceitam órgãos reguladores globais, mas também tentam reduzir a assimetria entre a economia globalizada e os governos nacionais.

Cada Estado está confinado por suas próprias fronteiras e, portanto, não tem poder de lutar contra o terrorismo global ou contra o aquecimento global, ou para organizar os Jogos Olímpicos. Para que essas atividades sejam levadas a efeito, o Comitê de Sanções da ONU, o Acordo de Kyoto e o Comitê Olímpico Internacional são necessários.

Como eles precisam dividir tarefas e poder, os Estados se tornam parte de redes globais, substituindo hierarquias por vínculos horizontais, comandos e

⁵¹ PIERRE, J.; PETERS, B. G. *Governing complex societies. Trajectories and scenarios*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013.

⁵² PETERS, B. G. Shouldn't row, can't steer: what's a government to do?. In *Public Policy and Administration*, 1997, vol. 12, n. 2, p. 51 e ss.

⁵³ CABLE, V. The diminished nation-state. A study in the loss of economic power. In *Daedalus*, 1995, vol. 124, n. 2, p. 23 e ss. (tema da edição: “Que Futuro para o Estado?”).

⁵⁴ STRANGE, S. The defective State. In *Daedalus*, 1995, vol. 124, n. 2, p. 55 e ss.

⁵⁵ KANT, I. *Zum ewigen frieden*, trad., italiana, *Per la pace perpetua*, Milão: Feltrinelli, 2010, p. 78. Vide suas observações sobre o “Handelsgeist” (o “espírito de comércio”).

controles por negociação. Divisão estrita entre departamentos, claros limites de autoridade, mecanismos detalhados de relatoria, e procedimentos formais de tomada de decisão são substituídos por complementaridade e reciprocidade, interdependência vertical e horizontal, e ações de suporte mútuo⁵⁶.

O resultado com frequência é negativo, pois esses novos e confusos arranjos normalmente conduzem às armadilhas da tomada de decisão conjunta ou compartilhada.

Nesse ponto, os Estados têm menos poder, já que eles têm que dividir as decisões com outros Estados, mas, ao mesmo tempo, eles podem assim entrar em áreas que lhes eram antes interditas. Aqui nós podemos presenciar outro paradoxo: menos poder e ao mesmo tempo mais poder para o Estado.

Em suma, “ao contrário do bravo mundo novo que muitos esperavam com o despertar da globalização e da integração da economia global [...], o Estado está firmemente presente”⁵⁷, e “a noção da crescente ausência do Estado no sistema internacional e na economia global rapidamente evaporou”⁵⁸. Não há uma derrocada, retirada ou crise do Estado. Há apenas um processo de transformação, adaptação e reestruturação, que é parte da dinâmica do Estado.

Contrariando uma visão disseminada que opõe a globalização aos governos nacionais, os Estados são um elemento constitutivo da globalização, como no voo da pomba de Kant: “*Die leicht Taube, indem sie im freien Fluge die Luft teilt, deren Widerstand sie fühlt, könnte die Vorstellung fassen, dass es ihr im luftleeren Raum noch viel besser gelingen werde*” (“A leve pomba, cortando o ar em voo livre e sentindo a sua resistência, poderia acreditar na ideia de que seria mais bem sucedida no vácuo”)⁵⁹.

⁵⁶ THOMPSON, G.; FRANCES, J.; LEVACIC, R.; MITCHELL, J. (Eds.) *Markets, hierarchies and networks. The coordination of social life*. Londres: Sage, 1991.

⁵⁷ KING, D.; LIEBERMAN, R. *Ironies of State building*, op. cit., p. 550. Conclusões semelhantes são alcançadas por G. Corso em *Persistenza dello Stato e trasformazioni del Diritto*, e em L. Condorelli, *Crisis dello Stato e diritto Internazionale: simul stabund Stato contemporâneo e la sua crisi*, p. 107 e ss. e 173 e ss., bem como em DU GAY, P.; SCOTT, A. *Transformation de l'État ou changement de regime? De quelques confusions en théorie et sociologie de l'État*. In *Revue Française de Sociologie*, 2011, vol. 52, n. 3, p. 537 e ss.

⁵⁸ KING, D.; LIEBERMAN, R. *Ironies of State building*, op. cit., p. 547. Sobre o desafio posto pela globalização para o Estado, cf. também LOWI, T. J., *La globalizzazione, la guerra e il declínio dello Stato*. In *Revista Italiana de Scienza Politica*, 2009, ano XXXIX, n. 1, p. 3 e ss.; LAUDER, K.-H., *The State in international law*, Osgoode Hall Law Research Paper n. 27, 2010.

⁵⁹ KANT, I. *Kritik der reinen Vernunft*. Riga: Hartknoch, 1781, Einleitung III.

No processo da globalização, há diversos paradoxos que reforçam as ligações entre o Estado e a globalização. Primeiramente, a globalização é um processo pelo qual os Estados estabelecem, por acordo, reguladores globais. Mas o inverso também é verdade, na medida em que os reguladores globais sustentam, promovem e fornecem incentivos para os Estados, como ocorre no caso das Nações Unidas e dos esforços globais para promover a democracia (e.g., o Fundo para a Democracia das Nações Unidas, ou a Iniciativa para a Democracia da União Europeia) e o Estado de Direito.

Em segundo lugar, instituições globais promovem ou desenvolvem indicadores globais, pressionando assim os Estados e fomentando a auto-harmonização, as pressões recíprocas e a imitação. São exemplos a “*State Capacity Survey*” (“Pesquisa da Capacidade do Estado”), desenvolvida pela Universidade de Columbia; o “*State Fragility Index*” (“Índice de Fragilidade do Estado”), publicado pelo *The Center for Systemic Peace* e pelo *The Center for Global Policy at George Mason University*⁶⁰; o “*Sovereignty Index*” (“Índice da Soberania”), elaborado por um empreendimento conjunto do *Brookings Institution*, do *Institute for State Effectiveness*, e da *Australian National University*⁶¹; o “*Index of State Weakness in the Developing World*” (“Índice de Fraqueza do Estado no Mundo em Desenvolvimento”), publicado pelo *Brookings Institution*⁶²; o “*Failed States Index*” (“Índice dos Estados Fracassados”), produzido pelo Fundo pela Paz e publicado pela *Foreign Policy*⁶³; e os “*Worldwide Governance Indicators*” – WGI (“Indicadores Mundiais de Governança”).

5. Implicações metodológicas

Concluiremos com a afirmação de duas implicações metodológicas dessa análise. A primeira é que devemos adotar uma abordagem evolutiva das instituições sociais⁶⁴. Juristas são bons em analisar e dissecar “corpos mortos”. Nós

⁶⁰ GOLDSTONE, J. A.; BATES, R. H.; EPSTEIN, L.; GURR, T. R.; LUSTIK, M. B.; MARSHALL, M. G. A global model for forecasting political instability. In *American Journal of Political Science*, 2010, 54(1), p. 190-208.

⁶¹ GHANI, A.; LOCKHART, C.; CARNAHAN, M. *Closing the sovereignty gap*. Overseas Development Institute (ODI), 2005.

⁶² RICE, S. E.; PATRICK, S. *Index of State weakness in the developing world*. The Brookings Institution, 2008.

⁶³ HAKEN, N.; MESSNER, J. J.; HENDRY, K.; TAFT, P.; LAWRENCE, K.; ANDERSON, T. et al. *Failed States Index 2012* (J. J. Messner ed.), The Fund for Peace Publication, p. 1-48.

⁶⁴ LEWIS, O.; STEINMO, S. *How institutions evolve: evolutionary theory and institutional change*, artigo apresentado na APSA em Seattle, 2011.

devemos, contudo, aprender a analisar e estudar instituições vivas. Nós devemos avançar na compreensão das regras que regem a sua mudança, do mesmo modo que o escultor americano Alexander Calder trocou objetos “estáveis” por “móveis”.

Por fim: enquanto buscamos melhorar o estado lastimável das medidas empíricas da qualidade dos Estados⁶⁵, devemos também tentar dar uma forma conceitual para a complexa rede integrada de comunidades políticas globais e nacionais. Os Estados são uma parte constitutiva da globalização. Eles se expandem no espaço global e, ao mesmo tempo, são limitados por instituições globais. Governos nacionais se desdobram, como observado pelo professor francês de Direito Internacional, Scelle, em sua teoria do “*dédoublement fonctionnel*” (“desdobramento funcional”): eles estabelecem instituições globais e se tornam seus servos ou executores. Entre os Estados e as instituições globais, e entre os Estados, formam-se novos tipos de relações, que poderíamos chamar de *accountability* horizontal⁶⁶; governos nacionais monitoram outros governos nacionais, uma vez que suas ações estão inter-relacionadas.

⁶⁵ FUKUYAMA, F. What is governance?. In *Governance*, 2013, vol. 26, n. 3, julho, p. 347 e ss.; BANCO MUNDIAL, *The State in a changing world*. Selected world development indicators. Washington: Banco Mundial, 1997.

⁶⁶ Para esse conceito como aplicado em governos nacionais, cf. O'DONNELL, G. Horizontal accountability in new democracies. In SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. F. (Eds.). *The self-restraining State*. Power and accountability in new democracies. Londres: Lynne Rienner, especialmente p. 38 e ss.

9

A integração de Portugal na União Europeia e seu impacto na arquitetura dos poderes do Estado

CARLOS BLANCO DE MORAIS

1. Premissa: a interdependência entre a Teoria Geral do Estado e a Teoria da Constituição¹

1.1. Estado como realidade principal de uma relação biunívoca

Questiona Gomes Canotilho² se deve ser aceito o teorema de que a Constituição pressupõe o Estado e que o Estado pressupõe a Constituição.

¹ O presente escrito decorreu de uma preleção por nós feita em 2014, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a convite da professora Maria Paula Dallari Bucci, e proferida num seminário dedicado à temática da Teoria Geral do Estado. Esse curso influenciou, de perto, uma das rubricas de “Teoria Geral da Constituição em tempo de crise do Estado Social”, que publicamos em final de 2014, em Lisboa (MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional II: Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 23 e seg.), na qual se desenvolveram alguns dos tópicos da nossa intervenção de São Paulo, enriquecida pelo estimulante debate havido na Faculdade do Largo de São Francisco. Tendo-nos sido agora solicitado, pela professora Maria Paula a elaboração do capítulo de um livro que procura transcrever as intervenções do seminário, optamos por reescrever a preleção originária, com os desenvolvimentos do livro referido no parágrafo anterior e com a adição de novos dados que, entre finais de 2014 e início de 2015, marcaram debates recentes em torno das teorias do Estado e da Constituição, à luz das tensas relações políticas e financeiras, entre Estados europeus colocados sob resgate financeiro e entidades supranacionais. Retornamos, assim, ao tema do nosso colóquio de 2014, com outros desenvolvimentos, atualizações e algumas provocações.

² CANOTILHO, Gomes. Novos questionamentos da Teoria da Constituição. In AAVV *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. FERNANDEZ SEGADO, F. (Coord.), Madrid, 2003. p. 143.