

Maria Paula Dallari Bucci
Murilo Gaspardo
Organizadores

Teoria do Estado

SENTIDOS CONTEMPORÂNEOS

2018

saraiva *jur*

ISBN 978-85-472-2991-7

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Teoria do Estado : sentidos contemporâneos / Alberto Amaral Júnior ; organizado por Maria Paula Dallari Bucci e Murilo Gaspardo. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

1. O Estado 2. Estado - Teoria I. Amaral Júnior, Alberto II. Bucci, Maria Paula Dallari III. Gaspardo, Murilo.

17-1816 CDU 320.101

Índice para catálogo sistemático:

1. Teoria geral do Estado : Ciência política 320.101

saraiva
educac

Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC

0800-0117876
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h
www.editorasaraiva.com.br/contato

Diretoria executiva Flávia Alves Bravin
Diretoria editorial Renata Pascual Müller
Gerência editorial Roberto Navarro

Consultoria acadêmica Murilo Angeli Dias dos Santos

Edição
Eveline Gonçalves Denardi (coord.)
Deborah Caetano de Freitas Viadana

Produção editorial
Ana Cristina Garcia (coord.)
Luciana Cordeiro Shirakawa
Rosana Peroni Fazzolari

Arte e digital
Mônica Landi (coord.)
Claudirene de Moura Santos Silva
Fernanda Matajs
Guilherme H. M. Salvador
Tiago Della Rosa
Verônica Pivisan Reis

Planejamento e processos
Clarissa Boraschi Maria (coord.)
Juliana Bojczuk Ferrinho
Keili Priscila Pinto
Marília Cordeiro

Fernando Penteado
Mônica Gonçalves Dias
Tatiana dos Santos Romão

Novos projetos Fernando Alves

Diagramação Muiraquiá Edição Gráfica
Revisão Ana Maria Cortazzo

Capa Tiago Della Rosa

Produção gráfica Marli Ramplim

Impressão e acabamento Sergio Luiz Pereira Lopes
Barbra

Sumário

Autores	7
Apresentação	9
Enrique Ricardo Lewandowski	
Introdução	15
Maria Paula Dallari Bucci e Murilo Gaspardo	
Sentidos epistemológicos	
1. A Teoria do Estado entre o jurídico e o político27	
Maria Paula Dallari Bucci	
2. A democracia sob a ótica da Teoria do Estado: esboço de um programa de pesquisa.....75	
Murilo Gaspardo e Sebastião Botto de Barros Tojal	
3. Teoria Geral do Estado ou Teoria do Estado?.....109	
Luiz Gustavo Bambini de Assis	
4. Contribuição para uma teoria realista do Estado brasileiro135	
Carolina Gabas Stuchi	
5. A experiência na disciplina Teoria do Estado Brasileiro I: um estudo a respeito da formação das instituições políticas brasileiras no século XIX.....167	
Rodrigo Pires da Cunha Boldrini	
6. A importância de se compreender o Estado e suas circunstâncias197	
José Luis Bolzan de Morais	

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 “Cavalgada das Valquírias”, 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, I, 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 autopetuação 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

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 prééxistant 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)?

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.

⁶ MOLAS RIBALTA, P. L'Impact des institutions centrales, in REINHARD, W. (Ed.), *Les elites du pouvoir et la construction de l'Etat 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 desempenham 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 THIESE, 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 SCHNER, S. (Ed.) *Die rolle der juristen bei der entstehung des mordenen staates*. Berlin: Dunker und Humblot, 1986.

¹⁴ Como notado por FORSTHOFF, E. *Lo Stato nella società industriale (1971)*. Trad. Italiana. Milão: Giuffrè, 2011, p. 12.

¹⁵ 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 tutéaire [...]. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux"* ("um poder imenso e tutelar [...] Ele é absoluto, detalhado, regulador, providente 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. *Legalität e legitimität*. 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 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 interpretação 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 centralizadas"²⁸. 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 costumesiros 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 sinónimo 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 1960"³² 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 des 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.; SKOCPOŁ, 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 de uma dessas organizações, é preciso ser um Estado. Esse é outro paradoxo: 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 democracia.³⁶

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 industriale*, 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 “esgarçada 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 groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devant la notion fondamentale du droit public moderne. 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 géométrie 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 enriquecidos 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 restructurations des États en Europe occidentale*. In CASSESE, S.; WRIGHT, V., *La recomposition 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

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 redescobrimo 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 Eigenmutz*”, “*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*. Basilegestoke: 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”).

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.

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 parâmetro: 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 tabund simul cadent?*, ambos in *Ars Interpretandi*, 2011, vol. XVI, edição especial sobre “Lo Stato contemporaneo 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 declino dello Stato*. In *Revista Italiana di 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*; o “*Sovereignty Index*” (“Índice da Soberania”), elaborado por um empreendimento conjunto do *Brookings Institution*, do *Institute for State Effectiveness*, e da *Australian National University*; o “*Index of State Weakness in the Developing World*” (“Índice de Fraqueza do Estado no Mundo em Desenvolvimento”), publicado pelo *Brookings Institution*; o “*Failed States Index*” (“Índice dos Estados Fracassados”), produzido pelo Fundo para a Paz e publicado pela *Foreign Policy*; e os “*Worldwide Governance Indicators*” – WGI (“Indicadores Mundiais de Governança”).

5. Implicações metodológicas

Concluímos 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 “*dédoublément 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 horizontal*⁶⁶; governos nacionais monitoram outros governos nacionais, uma vez que suas ações estão inter-relacionadas.

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 aceite 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.

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.

A resposta é a de que ambas as realidades se predicam reciprocamente em-bora o Estado se configure como elemento principal dessa relação.

A Constituição não nasce por si mesma ou para si mesma, mas surge como manifestação de um poder de autoridade que pretende assegurar a unidade política de um Estado.

Podem existir Estados sem Constituição³, mas já não se torna possível conceber uma Constituição positiva fora do Estado. Se excluirmos o uso desadequado do conceito nos tratados constitutivos de certas organizações internacionais ("Constituição da Organização Internacional do Trabalho), verifica-se que quando a União Europeia instituiu uma Convenção para aprovar um "Tratado Constitucional", caso esse tratado tivesse vingado, o seu nascimento na esfera do Direito Internacional Público como um ensaio de "Pacto federal" acabaria por se transformar, através de um processo evolutivo de alterações deslizantes, na autêntica Constituição de um novo Estado Federal europeu.

Havendo memória de Estados sem Constituição não é possível, contudo, conceber um *Estado de direito* sem uma Constituição, como norma de referência que opere como parâmetro de validade desse direito e como limite jurídico do poder político.

Em suma, o Estado, em face da Constituição, reveste uma natureza principal enquanto a segunda assume um papel relevante, mas instrumental relativamente ao primeiro.

Essa asserção decorre, em *primeiro lugar*, do facto de o Estado anteceder, em regra, a Constituição e poder ser servido não apenas por uma, mas por várias constituições que se sucedem ao longo do tempo. O Estado é tanto um viveiro como um cemitério de constituições. Daí que as posições que tendem de forma reducionista, ou a alçar o relevo da Constituição a um patamar superior ao do Estado estribados na ideia de "patriotismo constitucional"⁴, ou a circunscrever,

³ SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*, Madrid, 1982, p. 58. Até ao dealbar do movimento constitucionalista no século XVIII, os Estados não eram regidos por qualquer constituição em sentido moderno, havendo, no tempo presente, monarquias árabes que não são servidas por constituições.

⁴ Cf. HABERMAS, J. *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, 1989, p. 174 e seg.; e *La inclusión del otro. Estudios sobre Teoría Política*, Barcelona, 1996, p. 265. Um entendimento que confunde o peso essencial da unidade coesiva de destino de um povo com a relatividade e transitoriedade de uma lei, cuja aplicação e interpretação se faz com a razão e não com a emoção própria dos patriotismos.

mesmo implicitamente, a Constituição a uma "Carta de direitos fundamentais"⁵, pecam por reducionismo e por confusão entre o essencial e o acessório.

É que Constituição pode, como elemento integrador, catalisar o patriotismo, mas não o substitui, pois mas este último como sentimento de devoção à Pátria, aos seus símbolos e ao seu património constitui um elemento espiritual transpositivo que se recolhe no "ánimus" de um povo, o qual constitui um elemento do Estado e que pode imaterialmente encontrar-se presente, de forma transversal, em diversas constituições que possam servir a mesma coletividade através de sistemas e regimes diversos. E a Constituição de um Estado de direito, para além de Carta de direitos fundamentais é, também, um estatuto do poder político e de organização territorial do mesmo Estado, sem o qual a democracia, a separação de poderes e a autonomia de entes territoriais não estaria garantida.

Em *segundo lugar*, a Constituição, tal como se adiantou, nasceu para servir o Estado estruturando os seus elementos, legitimando o regime político, definindo o sistema de governação, regulando os termos e o modo de exercício da soberania, ordenando as suas normas jurídicas e atos políticos, traçando as tarefas cometidas aos poderes públicos e estabelecendo o regime dos direitos fundamentais. Ora, ressaltados os novos Estados que nascem de processos descolonização ou de secessão (em que o nascimento da Constituição acompanha o nascimento do Estado), todos estes atributos do conteúdo da Constituição são predeterminados pelas características históricas e identitárias do Estado e pela vontade de um dos seus elementos, o povo, fonte legitimante da sua soberania política.

Em *terceiro lugar*, Constituição que tenha alguma pretensão de durabilidade deve ajustar-se à natureza do Estado, reger a factualidade do tempo presente e integrar a sua diversidade. A realidade que emerge da prática política, das exigências de uma sociedade pluralista e dos imperativos da economia influem sobre a interpretação e aplicação da Constituição. Caso as normas constitucionais não logrem assegurar a sua efetividade aplicativa e contribuir para a unidade política, numa realidade político-social em mudança, elas definham, nominalizam-se e colocam em causa quer a sua própria legitimidade quer a sua função legitimadora do poder.

Dito isso, verifica-se, também, que a Constituição logra, pelo seu lado, modular e definir o papel do Estado.

⁵ Cf. ALEXI, R., in ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy, Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24-2001, p. 30. Esse entendimento esquece que sem um estatuto jurídico do poder político, a Constituição não existe.

A Lei Fundamental, ao estabelecer os fins e as tarefas estaduais acaba por ter um forte impacto na sua transformação como pessoa coletiva pública. Hoje o Estado, como refere Canotilho, é uma coletividade adjetivada: com efeito, Estado Liberal, Estado Social, Estado de Direito, Estado Socialista, Estado Republicano, Estado Autoritário, Estado Corporativo, são paradigmas estaduais marcados por perfis políticos que resultam do conteúdo das Constituições que os ordenam. É o fundamento do poder político, o seu modo de acesso, o seu controlo, as tarefas que lhe são cometidas e os termos em que são garantidos os direitos de cidadania que permitem classificar um Estado e inseri-lo num determinado modelo ou família⁶.

1.2. Os vasos comunicantes entre Teoria Geral do Estado e Teoria da Constituição

Sem prejuízo de o Estado preceder a Constituição, ambos se pressupõem e influenciam biunivocamente. Daí que Teoria Geral do Estado e Teoria da Constituição estabeleçam entre si um importante sistema de vasos comunicantes.

A Teoria da Constituição consiste num *domínio do saber no âmbito da Ciência do direito público*⁷, que analisa, categoriza e fundamenta a ordenação jurídico-constitucional superior do fenómeno político.

Por seu turno, a Teoria Geral do Estado é o *domínio do conhecimento que estuda, os problemas que defluem da natureza e dos atributos constitutivos do Estado, das suas funções e fins, da legitimação e organização do poder político, da sua forma territorial e da sua evolução e categorização histórica e política em torno dos conceitos de legitimidade e soberania*⁸.

A Teoria do Estado influi, incontornavelmente, na teorização constitucional. Vejamos alguns exemplos.

⁶ A própria interpretação constitucional transforma as tarefas e os fins do Estado. Por exemplo, na Constituição Brasileira de 1988 o perfil intervencionista do Estado no domínio social encontra-se na Constituição, mas foi catalisado a patamares muito superiores aos que resultam do texto, pela leitura construtivista e ativista que o poder judicial fez da Lei Fundamental, convertendo-a em Carta dirigente e gerando transformações nas tarefas e na gestão prestacional do Estado que não pensadas pelo constituinte.

⁷ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*, op. cit., p. 21.)

⁸ KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*, Porto Alegre, 2009, p. 24 e seg. e 29 e seg.; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1971, p. 2 e seg.; AGESTA, Sanches. *Princípios de Teoria Política*, Madrid, 1983, p. 102 e 105; CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 43 e p. 121 e seg.

Um modelo de Estado democrático organizado na base de um sistema parlamentar e centrado na realização dos fins básicos, como justiça, segurança e mínimos de bem-estar, revê-se num paradigma próprio de Constituição mais curta ou sintética, não dirigida e aberta à livre adoção de políticas públicas alternativas, em razão dos programas ratificados pelo eleitorado. Já um modelo de Estado com grandes desigualdades económico-sociais e com uma vocação intervencionista, centrado na promoção do nível de vida dos mais desfavorecidos, pode potenciar uma Constituição mais programática ou até dirigida, extensa e portadora de tarefas detalhadas impostas ao legislador no domínio económico e social, restringindo a sua liberdade de executar o programa político ratificado em eleições.

No primeiro caso, a teorização constitucional dominante que emerge do texto positivo centra-se na liberdade democrática do legislador, na contenção do poder judicial e na eficácia limitada das normas constitucionais que se resumem ao papel de regulação das “regras do jogo” político e de garantia dos níveis mínimos de prestações económicas e sociais. Trata-se de uma realidade comum a vários Estados europeus, como a Holanda, Áustria, Suécia, Dinamarca, Alemanha e, até certo ponto, Espanha. Já no segundo caso abre-se espaço para o predomínio de teorias que acentuam o papel direto das normas constitucionais que impõem políticas públicas ao legislador e fundamentam o apagamento do legislativo em face de um poder judicial tornado garante ou fiador da efetividade desses mandatos normativos. É o caso do Brasil e, em menor extensão, o de Portugal.

Do mesmo modo, estados multinacionais ou territorialmente extensos reclamam uma gestão descentralizada do espaço que se estrutura sob a forma de uma Federação (caso da Suíça no primeiro exemplo e do Brasil e dos Estados Unidos, no segundo) ou de uma regionalização avançada (Espanha) predicando teóricas constitucionais justificativas de determinados modelos de autonomia política territorial e de repartição vertical das funções do Estado. Já outros sem essas características optam por formas menos avançadas de descentralização administrativa, como é o caso da França.

1.3. “Teoria Geral da Constituição” e teorias constitucionais

Registada que está uma porosidade relacional entre a Teoria Geral do Estado e a Teoria da Constituição, multiplicam-se, nesta última, as concepções que foram sendo construídas em torno de distintos modelos de Estado de direito.

Esse pluralismo conceitual leva algumas correntes doutrinárias a falar, já não numa teoria mas em várias teorias da Constituição, ligadas a diferentes “constitucionalismos” ou movimentos constitucionalistas⁹.

Alguns consideram que o chamado “movimento constitucionalista” do século XVIII corresponderia, apenas, ao chamado “constitucionalismo liberal” ligado a um modelo de Estado de direito burguês ou Estado-polícia, regido por uma Constituição utilitária. A este se seguiriam, em democracia, diversos “constitucionalismos sociais” ligados ao Estado de bem-estar. Contemporaneamente, depois da Segunda Guerra Mundial, mas com a emergência daquilo que alguns designam de “constituições cidadãs” (como a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, a sul-africana de 1997 e a brasileira de 1988), ter-se-ia começado a sedimentar, marginalmente na Europa do Sul, África Austral democrática e, fundamentalmente, na América Latina, um modelo constitucional de pretensão universal, designado por “neconstitucionalismo”¹⁰. Em torno de um Estado social intervencionista ter-se-ia erigido um constitucionalismo dirigente, omnicompreensivo e ancorado em princípios difusos de justiça e de moralidade, garantidos e concretizados pelo judiciário e procurando assumir pretensões de contemporaneidade¹¹.

De outro lado, contrapõem-se as correntes liberais defensoras de um Estado mínimo, regido por constituições sintéticas e procedimentais, ocupadas com a organização e limitação do poder e parcas na imposição de tarefas precisas aos poderes públicos, no domínio económico e social.

Frente a estas conceções constitucionais, e a outras não menos importantes teorias de natureza intermédia, houve quem augurasse um dobre de finados da

Teoria da Constituição: cada meta-conceção de Estado e de Constituição fundamentaria um “constitucionalismo” e reclamaria uma teoria própria da Constituição. Não haveria, assim, uma Teoria da Constituição, mas várias.

Gomes Canotilho problematizou o problema da “dissolução da Teoria da Constituição”¹² num conjunto de teorias exógenas, como as “teorias filosóficas da justiça” (que procuram incorporar na Constituição, valores de justiça centrais em fundamentos de ordem ética); as “teorias sociológicas” (que procuram na Constituição meios procedimentais de materialização do direito); e as teorias económicas materialistas do livre mercado (que colocam em causa a aptidão da Constituição e da sua vertente idealista ou utópica para dar resposta a novas exigências do mercado e da sociedade).

A par dessas teorias constitucionais, erosivas de uma Teoria da Constituição, progrediria um fenómeno de esmaecimento do Estado e dos seus atributos soberanos através e diversos fatores, tais como:

- o *impacto do chamado constitucionalismo “global”* (uma espécie de “ius cogens constitucional” centrado em supostas regras universais) ou “regional”, tendo este último ganho na Europa um espaço destacado através do primado do direito supranacional derivado (que prevaleceria sobre a lei e, segundo certas correntes e decisões jurisprudenciais, sobre a própria Constituição);

- *do impacto do Estado-Administração* (seja pela dependência da efetividade das normas programáticas da Constituição – que não desapareceram por magia como alguns querem fazer crer – em relação a de uma atuação administrativa estadual, seja pelo crescimento do poder da administração, na gestão do Estado social);

- *do crescimento do poder jurisdicional* (que, através do seu próprio positivismo jurisprudencial radicado em fórmulas e critérios de concretização da Constituição, destronaria a Ciência Jurídica e a dobraria aos seus próprios cânones).

Sucedeu que o Direito Constitucional, como todo o Direito, ancora-se numa Ciência, nesse caso a Ciência Jurídica, ocupando as normas constitucionais uma posição hierárquica cimeira no ordenamento, irradiando a sua força jurídica em grau variável, para a generalidade dos ramos do direito.

A Ciência Jurídica não dispensa a observação e a descrição dos factos e do direito que os rege, nem a conceção de métodos analíticos, a positividade de princípios e teoremas, bem como a elaboração de um pensamento dogmático assente na classificação da realidade que pretende descrever. Ora, a Ciência do Direito

⁹ CANOTILHO, Gomes. Novos questionamentos..., op. cit., p. 142 e seg.
¹⁰ Assim, CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y nivel de analisis. In AAVV *El Canon Neoconstitucional*, Madrid, 2010. p. 153-154.

¹¹ BULOS, Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2010. p. 76. Em que pesem as críticas duras e assertivas que faz ao neoconstitucionalismo e as pistas que traça para a sua superação, rende-se ao impacto da sua afirmação no Brasil e qualifica-o, pouco prudentemente, de “Constitucionalismo contemporâneo”. Vai seguramente mais longe do que expoentes e divulgadores do neoconstitucionalismo, como Miguel Carbonell e Leonardo García Jarraillio, organizadores da obra coletiva *El Canon neoconstitucional*, Madrid, 2010. p. 11 e seg. (Introdução) e p. 153. Num artigo do primeiro, o fenómeno é situado no universo ibero-americano (Brasil, Colômbia, Venezuela, Equador e Argentina); sustenta-se a pretensão “ultranacional” do fenómeno; defende-se a criação de uma “sociedade aberta de neoconstitucionalistas” formada por juizes e académicos; não se oculta a sua propensão de expandir o fenómeno e chamar para o seu campo autores da órbita do moralismo reflexivo que não são neoconstitucionalistas; mas não se tem a pretensão de batizar esta corrente de constitucionalismo contemporâneo.

¹² CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003. p. 1.355.

Constitucional é servida por uma teoria constitucional, de alcance geral, que fornece modelos explicativos sobre o modo como o Estado e a Constituição interagem e como os tipos de Estado logram ou não dar resposta aos problemas concretos da sociedade¹³. Enfim, explica-nos as regras basilares sobre o modo como o Direito Constitucional deve ser concebido, aplicado, interpretado e garantido¹⁴.

É certo que há quem considere que a Ciência Jurídica no Direito Constitucional não seria uma realidade estática ou contemplativa do seu objeto de estudo, mas que interviria decisivamente para o criar e transformar, de modo a propor meios destinados a tornar eficazes normas inoperantes¹⁵.

Essa afirmação apenas pode ser entendida no sentido de, por exemplo, no domínio das análises e debates da Teoria da Constituição, emergirem contributos doutrinários que propõem institutos destinados a conferir alguma efetividade a normas de eficácia diminuída. Todavia, tal contributo não implica uma filiação da Teoria da Constituição nas teorias expansivas de que seria necessário vitalizar todas as normas constitucionais nominais ou adormecidas: ou seja, de que a todas as normas, sejam elas precativas ou programáticas, deve corresponder uma efetividade jurídica equiparada, mediante remédios judiciais de tipo injuntivo ou substitutivo¹⁶. Isso, na medida em que existem outras concepções relativas às tarefas do Estado e à natureza das substituições que consideram que há normas sem efetividade ou que caducaram ou se nominalizaram naturalmente, não fazendo sentido ressuscitá-las fora do contexto histórico-ideológico que presidiu à sua introdução originária (caso da maioria das normas da Constituição económica portuguesa de 1976, tais como a “eliminação dos latifúndios” ou o apoio do Estado a experiências de autogestão). E que entendem, ainda, que muitas normas relativas à economia e aos direitos sociais de viés programático não podem ter eficácia direta, encontrando-se sujeitas à reserva do possível em termos de organização gestonária e recursos financeiros, não cabendo ao judiciário, à luz da

¹³ CANOTILHO, Gomes. Novos Questionamentos..., op. cit., p. 140.

¹⁴ Também no sentido da definição de uma Teoria da Constituição de objeto amplo e disociada de teorias e tendências, vide AFONSO VAZ, Manuel. *Teoria da Constituição: o que é a Constituição hoje?*, Coimbra, 2012. p. 12 e seg., o qual considera que à Teoria da Constituição incumpe “descobrir, explicar e seriar os fundamentos ideais e materiais da Constituição, assim como compreender as suas condições histórico-culturais de desenvolvimento e otimização, pondo especialmente em relevo as complexas relações entre a Constituição (escrita) e a realidade constitucional”.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direrchos y garantias*. La ley del mas débil, Madrid, 2010. p. 33.

¹⁶ Como é o caso do mandado de injunção no Brasil e a tutela antecipada de prestações sociais concretizada pelos tribunais comuns.

separação de poderes, substituir-se a um legislador omissivo na efetivação desses comandos normativos.

Temos, assim, que a Ciência do Direito Constitucional contribui para a criação e justificação de critérios metódicos, procedimentos e remédios que são aptos, por vezes, a transformar o mesmo direito, através de inovações doutrinárias e jurisprudenciais albergadas em teorias específicas. *Isto sem que a mesma Ciência se comprometa com elas, salvo situações de alargado consenso ou enraizamento de propensão dogmática*.

A objetividade analítica que deve estar presente no estudo do Direito Constitucional, frente à pluralidade de paradigmas e teorizações doutrinárias de Estado e de Constituição, que despontam no tempo presente, é incompatível com a apropriação da ideia de “constitucionalismo” por uma única corrente doutrinária. Daí que, no plano dogmático, não seja rigoroso falar, nem de uma “nova Teoria da Constituição” (no esteio de um ângulo de visão reducionista)¹⁷, nem numa pluralidade atomizada de “constitucionalismos” e “teorias da Constituição”, correspondentes às diversas concepções de Estado de direito e de Constituição: concepções, nas quais, a Teoria da Constituição em sentido dogmático se teria diluído.

Sem embargo, esse aluvião de teorias específicas conduz a certas perplexidades, como aquelas que consideram que, no tempo presente, a Teoria da Constituição não logrou sequer alcançar uma “opinião dominante” sobre o conceito de Constituição¹⁸.

Em face do exposto, e no ângulo de análise que aqui se adota, o “movimento constitucionalista” ou o “constitucionalismo” em sentido amplo é, em bom rigor, uma só realidade e reporta-se ao nascimento das substituições positivas e rígidas que estribaram a emergência do Estado de direito de matriz liberal a partir do século XVIII.

Foi apenas por força desse movimento político revolucionário e das suas ondas de choque que se procedeu a uma alteração tectónica na organização jurídica do poder das coletividades soberanas, traduzida no nascimento da Constituição moderna, como uma lei rígida e suprema que marcou um ponto histórico de viragem do Estado (consubiado num “AC/DC” do estatuto do político e da cidadania). Isso não significa que o movimento constitucionalista

¹⁷ A “nova Teoria da Constituição” está alicerçada ideologicamente numa concepção omni-compreensiva do Direito e do Estado, nos termos que analisamos *supra*.

¹⁸ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade de Constituição. In *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo, 2009, p. 74.

tenha ficado aprisionado nesse mesmo século e no paradigma liberal originário que marcou a sua nascença. O impacto do seu ideário e da sua prática propagou-se, através de diferentes paradigmas, nos séculos seguintes, tocando e transformando Estados originariamente reativos ao “constitucionalismo”, alguns dos quais ainda subsistem no tempo presente em certos cantos do globo¹⁹.

Assim, o movimento constitucionalista, que constitui patrimônio essencial da Teoria da Constituição, radica num conjunto de atributos axiológicos²⁰, como é o caso da tutela dos direitos fundamentais (extraídos da relação dialética entre autoridade e liberdade); a escolha livre dos governantes pelos governados; e o princípio da separação dos poderes do Estado.

Vimos que existem constituições que, seguramente, não incorporam os pilares identitários do movimento constitucionalista, já que procuram apenas utilizar a Constituição como instrumento formal de legitimação de um poder autocrático. Contudo, esses textos, não obstante o fato de nada terem que ver com um sentido “ideal” ou “prototípico” de Constituição inerente ao “constitucionalismo” (movimento político criador do Estado de direito democrático), não deixam de ser constituições na medida em que organizam o poder e declaram direitos.

Dito isso, importa, *quando se aborda o fenômeno constitucional no contexto do Estado de direito democrático*, precisar a ideia de que: i) o mesmo Estado experimentou uma evolução histórica quanto ao seu perfil e à conceção e efetivação das suas tarefas; ii) que essa evolução, através de ciclos constitucionais teve tração em diferentes tipos de Constituição; iii) e que no tempo presente existem, em contraposição, vários paradigmas de Estado de direito democrático que assentam em fundamentos ideológicos, políticos, económicos e técnicos de matriz diversa. O constitucionalismo é, desse modo, servido por vários paradigmas ou conceções de Constituição.

Frente à semelhante evolução histórica e à mencionada diversidade relativa de modelos, cumpre à Teoria da Constituição no seu sentido amplo (e que pode ser designada, nesse contexto dogmático, por *Teoria Geral da Constituição*), como componente instrumental da Ciência do Direito Constitucional, não se deixar capturar por qualquer um dos paradigmas ou narrativas constitucionais existentes. Em vez disso, competir-lhe-á conhecê-las, explicá-las, classificá-las e problematizá-las através de uma análise crítica, testando a sua coerência e solidez em

face das novas exigências e transformações que o Estado democrático e a sociedade experimentam em tempos de cólera social, crise de identidade e escassez de recursos.

Não é simples separar a componente dogmática de uma Teoria Geral da Constituição das pré-compreensões naturais que conduzem a uma maior proximidade em relação a certas teorias constitucionais. Ainda assim, à Teoria Geral da Constituição cabe sedimentar um léxico comum entre as diversas teorias constitucionais mais representativas, sobre matérias centrais como a formação e a revisão da Constituição; a estrutura e classificação das normas constitucionais; o sistema de garantia da Constituição; o sistema estruturante dos direitos fundamentais e os seus princípios reitores; e um mínimo denominador sobre as bases científicas da interpretação Constitucional.

2. Introdução às mutações morfológicas do Estado contemporâneo e o seu impacto na Teoria Geral do Estado e na Teoria da Constituição

Com relevo crescente após a Segunda Guerra Mundial, o Estado experimentou um conjunto de mutações fisionómicas e morfológicas que não deixam de projetar-se no estudo da Teoria Geral do Estado e da Teoria da Constituição.

Já em 1932, Car Schmitt antecipava que a era da simples estatalidade teria os seus limites como paradigma dominante de organização coletiva²¹ em razão de uma *perda progressiva da plenitude soberana do Estado*, tal como esta foi concebida depois de Vestefália e, ainda assim, mantida até o termo da Segunda Guerra Mundial relativamente a um conjunto significativo de atores internacionais.

Vários fatores contribuíram para o fenómeno, cumprindo nesse breve apontamento alinhar seis deles²²:

i) no plano *político-administrativo* verifica-se, em face do Estado, um movimento gradual de afirmação dos interesses específicos dos grupos que integram a sociedade pluralista, sendo este impellido a integrá-los no processo público de decisão, mediante trâmites de “democracia participativa” que envolvem audições obrigatórias de grupos na feitura das leis e procedimentos administrativos de participação (ou codificação) dos administrados e institutos que agilizam a impugnação contenciosa dos atos da administração²³;

²¹ SCHMITT, Carl. El concepto de la política. In *Escritos políticos*, Madrid, 1975.

²² Cf. BENZ, Arthur. *El Estado moderno*, Madrid, 2010. p. 378 e seg.

²³ A impugnação de atos administrativos e regulamentos potencialmente lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos, a agilização de providências cautelares e “writs” de

¹⁹ Verificando-se em relação aos mesmos uma espécie de “Été indien” (um “Verão tardio”) do referido movimento constitucionalista.

²⁰ SPADARO, Antonino. *Contributo per una Teoria della Costituzione*, Milano, 1994. p. 70.

ii) no plano dos *direitos fundamentais*, existe um fenômeno crescente de “individualização” dos direitos (com a perda do papel de mediação das corporações, das instituições religiosas e das estruturas tradicionais intermédias, como a família) e de afirmação agressiva, frente ao legislador, das liberdades dos indivíduos e de grupos inorgânicos ligados a causas que antes eram consideradas de baixo perfil (questões ambientais e direitos de minorias) que aumentaram o seu impacto público graças à comunicação de massas e redes sociais;

iii) na esfera da *organização territorial*, assiste-se a um movimento ascendente de afirmação das autonomias, em nível local, regional e federal, traduzida numa transferência gradual de responsabilidades do centro estatal para poderes territoriais periféricos²⁴, na multiplicação de relações diretas entre municípios e regiões de distintos países através de comunidades transfronteiriças²⁵ e na irrupção de movimentos de autodeterminação de comunidades nacionais²⁶;

iv) no plano da *organização econômica do Estado*, os acontecimentos de 1989 que levaram à queda do “Muro de Berlim” e à desintegração da União Soviética e do comunismo na Europa, potenciaram o triunfo do modelo de economia de mercado, com a reprivatização massiva de empresas e a substituição de um *Estado Gestor* de um vasto setor patrimonial público, por um *Estado-regulador*²⁷, que criou autoridades independentes²⁸ para supervisionar os mercados econômicos e financeiros entregues a privados;

v) no plano *político, econômico e social externo*, assiste-se a um fenômeno de internacionalização da cooperação entre Estados, através do fortalecimento de organizações internacionais, passando o Direito Internacional Público a regular matérias que antes eram apenas decididas em nível estadual, tal como questões financeiras, policiais, criminais, defensivas e, em particular, a garantia de direitos humanos fundamentais, verificando-se, simultaneamente, um fenômeno de

defesa de direitos de liberdade, como a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, são exemplos dessa marcha subjetivista que faz recuar o poder do Estado-Administração e as suas imunidades em face dos administrados.

²⁴ No Reino Unido, em Portugal, na Espanha e na Itália a implantação da regionalização político-administrativa envolveu sucessivos atos de devolução de poderes para as regiões. ²⁵ Com base numa Convenção-quadro do Conselho da Europa foram celebradas dezenas de acordos de cooperação transfronteiriças e criadoras de entidades territoriais transnacionais, com poderes administrativos limitados.

²⁶ Na União Europeia registaram-se movimentos favoráveis a atos referendários para sufragar a independência de Escócia, Catalunha e Veneto, tendo no continente americano o Canadá realizado um ato referendário da mesma natureza no Quebec.

²⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. “O Estatuto Híbrido das Autoridades Reguladoras da Economia”. *Estudos Jorge Miranda IV*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 189 e seg.

²⁸ Uma administração não sujeita à direção ou à superintendência dos governos.

globalização nas comunicações e na circulação de pessoas, patentes, bens e capitais, com redução de controlos estaduais sobre esses fluxos;

vi) *finalmente, a supracitada internacionalização da cooperação evoluiu, em certos continentes, para modelos de integração supranacional*, quando na Europa foi criada uma estrutura associativa de Estados de natureza confederal, com elementos federais (a União Europeia), na qual os mesmos Estados delegaram poderes que são exercidos, em nome do ente ou em nome de todos, e cujas normas vinculam as ordens jurídicas internas.

Ora, será sobre estes dois últimos fatores de transformação da morfologia do Estado que cumprirá tecer as principais considerações do presente capítulo.

3. O influxo dos supranacionalismos inorgânico e orgânico na arquitetura da Teoria do Estado e da Teoria da Constituição

Em linha de continuidade com os dois últimos pontos abordados na rubrica precedente importa avaliar o impacto dos efeitos oriundos gerados pelo fenômeno da supranacionalidade, nas suas vertentes *inorgânica e orgânica*, nas Teorias do Estado e da Constituição.

3.1. A supranacionalidade inorgânica

Em nível inorgânico, o novo paradigma de capitalismo financeirista globalizado, sendo responsável por expressivos avanços tecnológicos e pelo desenvolvimento de potências emergentes (como a China e Índia), dos quais decorreu a elevação de nível de vida de estratos mais pobres da população, acabou por ter o seu reverso da medalha no hemisfério ocidental.

A deslocalização das indústrias europeias e norte-americanas para a Ásia gerou redução do produto interno bruto de muitos Estados ocidentais, desequilíbrio a sua balança comercial e potenciou o seu endividamento externo, o baixo crescimento do produto interno bruto e o desemprego. Empresas privatizadas cujo centro de decisão era nacional foram alvo de ofertas públicas de aquisição oriundas do estrangeiro, tendo mudado de mãos, sendo fundidas ou tendo sido desmanteladas. A concentração do capital gerou níveis nunca antes alcançados, quebrando uma lógica inerente ao sistema capitalista que é o da competitividade, concorrência e disseminação de ativos. A falta de supervisão financeira levou a que crises graves geradas num Estado que se configura como uma superpotência política, militar e financeira (o “subprime” nos Estados

Unidos em 2008) contagiassem outras economias, potenciando outras crises, como a das dívidas soberanas na Europa, em 2008/2009, com potencialidade de contágio a terceiros.

A traumática experiência europeia da *crise da dívida soberana* levou Estados de pequena dimensão (Portugal, Irlanda e Grécia) e potências médias (Espanha) a serem colocados numa posição insustentável, pelo fato de o impacto da crise financeira internacional os ter surpreendido em cenários de despesa público incontrolado e endividamento altíssimo, derivado da subsídição irrefreada de um Estado intervencionista e social.

Com o aumento da notação de risco de incumprimento do serviço da dívida dada por agências internacionais e a consequente elevação das taxas de juro desta última para níveis incontroláveis, programas internacionais de resgate foram lançados para evitar a respectiva insolvência, tendo sido aprovadas medidas draconianas de austeridade como contrapartida dos empréstimos concedidos por credores internacionais²⁹.

Ora, o fato é que passou a ser um poder transnacional e, faticamente supranacional, de carácter inorgânico, composto de uma mole difusa de credores financeiros maioritariamente privados (sem rosto definido) representados por uma “troika” ou “junta” de estruturas internacionais (como o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central europeu) a determinar, com detalhe, as políticas públicas dos Estados, da justiça à defesa, passando pelas finanças, pela segurança social e pela saúde. O transnacionalismo financeiro³⁰, um poder multiforme, invisível e dificilmente sujeito a um heterocontrolo democrático, passou a dominar a política dos Estados, utilizando como instrumento da sua força de pressão, os poderes fáticos das sociedades de notação financeira, que são subsidiadas quer por Estados, quer por grandes estruturas privadas, do setor bancário e financeiro: todo o Estado endividado e carente de/financiamento que não siga as recomendações dos representantes desses credores arrisca-se a ter uma baixa na sua notação, passível de afugentar investidores, potenciar a subida dos juros da dívida e de o forçar a adotar políticas restritivas ainda mais rigorosas para evitar a cessação de pagamentos.

²⁹ Em geral AAVV *La dimensione sociale dell'Unione Europea alla prova della crisi globale*. CICCARELLI, Andrea; GARGIULO, Pietro, Milano, 2012.

³⁰ Designado na gíria comum por “mercados”.

3.2. A supranacionalidade orgânica

No plano da *supranacionalidade orgânica*, a integração de Estados europeus na União Europeia pressupõe que esta exerça, em relação aos mesmos, poderes subordinantes que impliquem quer a limitação da sua esfera de competências, quer alterações no respetivo sistema político.

Com efeito, na medida em que os Estados-membros delegam na União Europeia (UE) competências que passam a ser exercidas em nome de todos (e cujas correspondentes decisões são concebidas, na prática, pelos grandes Estados da União, como Alemanha, França e alguns membros do norte e centro da Europa), aqueles deixam de poder exercer em plenitude os poderes constitucionais, passando a soberania a assumir carácter limitado.

Tivemos a oportunidade de descrever quais os efeitos da supranacionalidade europeia no exercício dos poderes constituídos do Estado português e de outros estados europeus, bem como na arquitetura do princípio da separação de poderes³¹.

E concluímos que a mesma supranacionalidade europeia:

i) reforçou os poderes de direção política e de centralidade legislativa dos Governos nacionais a expensas dos poderes homólogos dos Paramentos, os quais recuaram para as esferas da fiscalização política e da emissão de legislação impulsionada pelo Executivo;

ii) debilitou os Governos no exercício da função administrativa, pela emergência de uma constelação dispersa de autoridades administrativas independentes e semiindependentes, separadas dos Executivos, mas ligadas à UE;

iii) reforçou o poder jurisdicional a expensas das atividades políticas e legislativas protagonizadas pelo Governo e Parlamento, seja através da transfor-mação dos juizes nacionais em juizes europeus, escrutinadores da prevalência das normas europeias sobre as leis internas, seja por força da jurisprudência de alguns Tribunais Constitucionais que reservaram a última palavra sobre a validade das leis do Estado que introduzem medidas de austeridade impostas pela Europa³² e sobre a própria validade do direito comunitário contrário às normas constitucionais³³.

³¹ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*, tomo I, Coimbra, 2012. p. 61 e seg.

³² Caso de Portugal.

³³ Caso de Alemanha, Polónia e França.

3.3. A soberania e a legitimidade democrática nos Estados europeus em face dos desafios da supranacionalidade

As considerações expostas sobre as transformações do Estado contemporâneo, com relevo para o impacto que sobre ele se manifestou a partir dos poderes supranacionais e transnacionais, numa era incerta de globalização e cosmopolitismo político-constitucional³⁴, não deixam de produzir um impacto relevante em sede da Teoria Geral do Estado e da Teoria da Constituição.

Legitimidade e soberania são atributos ancilares do estudo da *Teoria Geral do Estado*.

Ora, a *legitimidade democrática* do poder político de um Estado, como Portugal, num tempo de submissão a um programa de ajustamento financeiro (que cessou em 2014, mas que subsistirá, em outros termos, à luz de compromissos financeiros assumidos e do império do Tratado Orçamental da UE), não pode deixar de ser reequacionada à luz de uma perda efetiva de soberania. Esta não deixa de relativizar o mandato eleitoral como elemento substancial de legitimção do decisor político: qualquer partido do arco democrático eleito para governar está vinculado, não a um programa próprio ratificado nas urnas, mas a um programa, a um caderno de encargos ou a compromissos internacionais impostos pelos representantes dos credores internacionais, tornando irrelevantes as opções alternativas oferecidas ao eleitorado.

O caso da “revolta grega” de 2015 e da quimera do novo Governo helénico de extrema esquerda em forçar a UE e os credores internacionais a aceitar um programa anti-austeridade reflete lapidarmente as considerações anteriores: o governo do Syriza, depois de um retórica grandiloquente e desafiadora, foi forçado a assinar um novo acordo transitório com os credores que, tirando alterações semânticas, poucas modificações decisivas comportou em face do teor de memorandos celebrados anteriormente por Governos liderados pelo centro-direita. O mandato democrático para a mudança foi quase liquefeito, num primeiro momento (o atual), pela aliança dos supranacionalismos orgânico e inorgânico, de quem depende, no limite, o *rating* de um Estado endividado e o valor dos juros da sua dívida externa, a solvabilidade dos seus bancos, capacidade dos poderes públicos para pagar salários e pensões, bem como para exercer as suas tarefas básicas mais elementares.

Como explicar, pois, nesse contexto de guião único, dotado de vinculação política, que a democracia representativa é legitimadora do poder, que o povo exerce esse poder através dos seus representantes, que “os mais devem governar os menos” e que a democracia competitiva entronca no binómio governo-oposição? A realidade da prática política faz com que o eleitorado possa votar nos candidatos que entender, sem prejuízo das linhas de força do programa de Governo já se encontrarem pré-formatadas, com uma margem limitada para ajustamento. Os programas eleitorais alternativos contrapõem-se antes das eleições, mas, em que pesem algumas doses de utopia (e de demagogia), o programa de Governo do novo Executivo faz desvanecer as promessas eleitorais previamente assumidas sendo afunilado por um padrão único, onde as variações consentidas nas políticas públicas entre partidos ideologicamente distanciados acabam por ter um alcance bem curto.

O mesmo se diga da *soberania*: como falar em unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e autorreferencialidade da soberania ou mesmo em “órgãos soberanos”, se essa soberania é nuns casos transferida “de fato” e noutras “de direito” para organizações e outras estruturas internacionais? Se são estas a aprovar as normas harmonizadoras em áreas fundamentais da ordem interna e se são credores internacionais a ditar, em memorandos desprovidos de valor normativo, mas de incontornável peso político, as linhas de força das principais políticas públicas que as instituições “soberanas” se limitam a concretizar ou, até, a “carimbar”? E como falar em primado “real” da função legislativa parlamentar se a integração europeia faz assentar no Governo o centro efetivo de impulso, conceção e até de decisão político-legislativa?

Essa é a realidade de alguns Estados do sistema solar da União Europeia, onde Portugal se integra.

Existe, ainda assim, algum reducionismo analítico que tende a generalizar a diagnose que atesta o enfraquecimento da capacidade de direção política do Estado-Nação contemporâneo e da relativização da sua soberania. Com efeito o fenómeno aqui descrito ocorre essencialmente no universo europeu ocidental, no qual a supranacionalidade orgânica se cumulo, em diversos Estados, com a supranacionalidade fáctica e inorgânica, em tempos de crise.

Fora desse universo, o paradigma do Estado-nação ou até do Estado-multinacional medularmente soberano existe plenamente na maioria das regiões do globo, mormente nas grandes potências como os Estados Unidos, a Federação Russa e a China ou em potências regionais como o Canadá, o Brasil, o Japão, o Irã, a União Indiana, a Austrália, a Indonésia ou a África do Sul. E o mesmo em

³⁴ Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, p. 47 e seg., 133 e seg., 165 e seg. e 190 e seg.

menor grau em outros estados europeus, asiáticos e latino-americanos, alguns dos quais operam em pleno desafio a grandes potências liderantes³⁵.

Pode-se qualificar como de “soberania limitada” uns Estados Unidos que adotam unilateralmente medidas econômicas e financeiras com impacto internacional e que quebraram o Direito Internacional com a invasão do Iraque em 2003? Ou uma Federação Russa que, igualmente em rotura com o Direito internacional, anexou em 2014, a Crimeia? Ou um Irã, que, insensível a sanções internacionais e a ameaças militares de grandes potências, prossegue um programa nuclear agressivo? Ou uma China, que envia navios militares para arquipélagos em disputa com Estados vizinhos e desencadeia operações quase abertas de espionagem informática e industrial junto de estados ocidentais? Ou até uma Suíça, que, de costas voltadas para todo o tipo de pressões dos Estados vizinhos da União Europeia, impõe por via referendária limitações à imigração (mesmo oriunda da UE) e à construção de minaretes?

É certo que existem formas de pressão, como sanções políticas e econômicas que limitam e atenuam a expressão da soberania externa de médias ou grandes potências, procurando com êxito variável, quebrar os seus excessos (*vide* o caso já referido do Irã e das sanções ocidentais à Federação Russa, em razão da guerra civil na Ucrânia). Mas basta conhecer um pouco de História para entender que essas e outras formas de pressão e até de coação existem desde os alvares da humanidade e são inerentes ao sistema de relações de força próprio da sociedade internacional.

Daí que os que procuram usar, sem propriedade, o rótulo da “globalização” para sepultar criticamente o Estado-Nação e generalizar o modelo de soberania limitada ou diminuída própria da União Europeia para os restantes Estados (que constituem a grande maioria da Sociedade Internacional) utilizam um falso argumento radicado num eurocentrismo deslocado. E tanto mais deslocado, quanto o fato de a Europa Ocidental ter deixado de constituir um dos dois maiores polos econômicos internacionais e de, passadas duas décadas, não ter logrado exportar com sucesso o seu modelo supranacional para outros blocos de cooperação regional, como os da NAFTA, MERCOSUL e ASEAN.

Ainda assim, mesmo nos Estados soberanos não europeus, haverá que reconhecer que o grau de soberania atual não é o mesmo que pontificava no período anterior à Segunda Guerra Mundial. As tarefas estatais internaciona-

³⁵ Como a Birmânia, o Paquistão, a Venezuela, a Coreia do Norte ou Cuba.

lizaram-se em quadros de cooperação e interdependência regional, as redes políticas, econômicas e financeiras transnacionais passaram a limitar a autonomia de decisão dos poderes internos e a universalização e o cosmopolitismo dos direitos fundamentais foi-se impondo gradualmente (e aderiu mesmo à agenda interna de certos Estados autoritários, obrigados a justificar-se e a alterar procedimentos repressivos). A irrupção de direitos de cidadania junto de novas gerações mais inconformistas, a expressão inorgânica do pluralismo radical nas redes sociais, o aumento do escrutínio público das autoridades por atores internacionais (difusos ou institucionais) e a globalização imediatista e visualizada da informação escrutinam, limitam e fragilizam o poder das próprias grandes potências³⁶.

O “Estado” e, sobretudo, os Estados da União Europeia, encontram-se num equilíbrio instável, confrontando-se entre uma opção de uma travagem da globalização, uma devolução de poderes às autoridades nacionais pelas estruturas supranacionais e uma contenção dos efeitos oriundos da radicalização pluralista e outra opção voltada para novos passos em frente no sentido da federalização, mormente na área fiscal e orçamental.

A nova composição do Parlamento Europeu, em 2014, refletiu as tensões dialécticas do problema exposto para os anos vindouros, que se caracterizaram pelo choque entre partidos nacionalistas em progresso eleitoral, favoráveis ao fim da União ou à redução dos seus poderes e os partidos do “mainstream” (sociais democratas, liberais e democratas cristãos,) desacreditados por casos de corrupção e tentados, como na Alemanha, Itália, Áustria e Holanda, a alianças de sobrevivência do modelo europeu vigente.

Essas transformações operadas nos poderes soberanos, nas formas de expressão democrática e nas novas fontes jurídicas e fáticas de legitimação dos poderes do Estado não deixam de afetar os debates doutrinais e os ensinamentos jurídicos em torno da Teoria da Constituição. Em aberto ficarão questões como o valor hierárquico das normas constitucionais, a identidade normativa da Constituição em face de transformações operadas no Estado que a mesma regula, os novos métodos na interpretação constitucional e novos desafios para a arquitetura tradicional do princípio da separação de poderes. A equação

³⁶ O caso *Wikileaks*, uma organização não governamental transnacional que divulga dados sensíveis sobre Estados e empresas a partir de fontes anónimas, debilitou entre 2007 e 2010 os Estados Unidos, confrontados com a divulgação pública de fontes de segretos militares e de segurança. Procedimentos coativos sancionatórios, formais ou informais, que seriam legítimos ou tolerados a décadas para lidar com esse tipo de atuações, tornaram-se, no tempo presente, inviáveis, sobretudo no universo dos estados democráticos.

problemática de algumas dúvidas da atualidade permitem debater a natureza e o grau dessa afetação³⁷.

A Teoria da Constituição, a par de uma dogmática própria tem de lidar com fatos consolidados gerados por transformações no Estado e na prática política, as quais carecem de resposta. Daí que uma “Teoria Geral da Constituição” que apenas assente incrementalmente nos pilares doutrinários do último meio século

padeça de alguma forma de autismo e não forneça as respostas adequadas que o Estado em transformação e a sociedade inquieta do tempo presente dela exigem.

3.4. Estratégias e paradigmas de reação dos Estados sobre resgate financeiro às medidas restritivas de direitos sociais impostas pelos poderes supranacionais

A estratégia dos Estados europeus sujeitos a resgate financeiro por parte de um “mix” de estruturas supranacionais, orgânicas e inorgânicas, operou de formas diferentes. A Irlanda aceitou sem pestanejar todas as medidas de austeridade e a Espanha antecipou ela própria as medidas restritivas de direitos, sem seguir qualquer memorando, tendo o seu programa de resgate sido circunscrito ao setor bancário.

A Grécia, depois de um perdão parcial de dívida e de dois programas de resgate que reduziram brutalmente o nível de vida dos cidadãos atirando setores da classe média para um limiar de pobreza, elegeu um Governo de extrema esquerda, posteriormente aliado a um pequeno partido de direita radical nacionalista, na base de um ambicioso programa eleitoral. Este centrou-se no termo dos programas de resgate e no fim da “troika”, no perdão parcial de dívida, na troca de títulos da dívida atuais por outros indexados ao crescimento, na alteração das maturidades da dívida, no aumento do salário mínimo e na reposição gradual de salários em pensões.

Contudo, o braço de ferro travado com os credores, com relevo para o Eurogrupo e FMI, não resultou, e o País foi obrigado, sob pena de saída de euro e corte do crédito, a cumprir humilhantemente com as obrigações anteriormente contraídas, obtendo apenas uma mudança semântica das expressões dessas obrigações (a expressão “troika” foi substituída por “instituições” e o “programa” de resgate por “condições” de empréstimo), bem como algum aligeiramento das regras de pagamento. Muitas das grandes promessas foram canceladas e a própria reposição do salário mínimo passou a ser feita “gradualmente”.

O novo governo desiluiu em pouco tempo e o partido do poder abriu fissuras. O novo poder em Atenas cedeu momentaneamente para comprar tempo durante quatro meses sem entrar em bancarrota, pelo que, declarações contraditórias recentes, segundo as quais o Governo não teria abandonado a ideia do perdão parcial de dívida, geraram novas desconfianças no Eurogrupo, prenunciando um perigoso jogo do “gato e do rato” durante o ano de 2015.

Em Portugal, o processo foi bem diverso. O novo Governo eleito em 2011 aceitou todas as medidas do memorando, as quais procurou implementar com

³⁷ Assim:

- Será que as normas de Direito da União Europeia prevalecem sobre as estruturas fundamentais das constituições dos Estados (como defende o Tribunal de Justiça da União) ou apenas sobre disposições instrumentais e sobre o Direito ordinário (como sustenta o Tribunal Constitucional alemão)?
- O impacto do Direito supranacional, a existência de princípios protegidos por limites materiais ou cláusulas pétreas, a existência de pretensos valores suprapositivos e a diferente estrutura de normas em matéria de direitos fundamentais não terão gerado diferentes hierarquias no interior da Constituição?
- Se o poder constituinte soberano é juridicamente ilimitado, pode a União Europeia tentar condicioná-lo à luz dos princípios basilares dos seus tratados institutivos? (Questão colocada a propósito da Constituição húngara de 2012.)
- Uma lei que afete direitos fundamentais, e que não tenha sido objeto de qualquer discussão pública, no contexto de uma “democracia deliberativa”, poderá ser julgada inconstitucional com fundamento em défice democrático à luz da “democracia participativa”?
- Em situações de crise financeira existirá um estado implícito de urgência passível de restringir a mínimos ou até a um grau zero os direitos sociais por força da prevalência de razões de interesse público? Terão os direitos sociais o mesmo peso, substância e regime de proteção constitucional que os direitos de liberdade? Fará sentido transferir para os tribunais constitucionais juízos políticos de ponderação entre direitos e interesses públicos em conflito que envolvam políticas públicas com impacto social e adotadas em contextos de crise financeira? Em que medida podem os direitos sociais ser diretamente aplicados na sua vertente positiva?
- Pode o constituinte alterar a identidade de uma Constituição programática e fazê-la evoluir para um modelo de Estado pós-social sem violar limites materiais implícitos de revisão constitucional?
- Em face do protagonismo do poder jurisdicional, fará sentido redefinir o conteúdo do princípio da separação de poderes, quando os tribunais constitucionais criam por via interpretativa novas normas constitucionais à margem do processo formal de emenda constitucional ou se substituem ao legislador através de sentenças normativas em casos de omissões legislativas?
- Fará, finalmente, sentido que as normas constitucionais sejam interpretadas à luz do caso concreto e no respeito de valores morais não explicitados na Constituição, mas revelados pelo juiz no respeito pelas suas pré-compreensões, pela jurisprudência comparada ou pelos consensos éticos e políticos que predominam no momento em que é proferida a sentença? E faz, igualmente, sentido incorporar axiomas morais nas normas quando o pluralismo legítimo o desacomoda e a diferença de opiniões, do qual deflui algum relativismo ético na normação e uma revalorização das opções democráticas do legislador? (cf. JORESO, José Juan. *La Constitución: modelo para armar*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009. p. 22 e seg.)

grande dureza, pouca tecnicidade e escassa sensibilidade política e social no seu discurso. Contudo, a reação interna a muitas das medidas de austeridade foi jurídica e não política. O Tribunal Constitucional, a pedido do Presidente da República e da oposição parlamentar, declarou a inconstitucionalidade de importantes reformas em matéria de cortes de salários e pensões e despedimentos na função pública.

Dessas decisões resultou um conflito agudo de poderes entre o Tribunal e o Governo, que fez tremar a coligação e dividiu ferozmente a doutrina entre partidários e defensores do Tribunal Constitucional.

O incumprimento de parte das medidas acordadas com a “troika” de credores foi projetada pelo Executivo para a responsabilidade do Tribunal que, sendo criticado pela União Europeia como uma jurisdição ativista, obrigou esta última a ser compreensiva perante argumentos de ordem jurídica, sobretudo por parte da Alemanha, particularmente respeitosa do seu próprio Tribunal Constitucional. O Governo procurou compensar os ganhos que teria obtido com a austeridade (e inviabilizadas pelo Tribunal Constitucional) com outro tipo de poupanças de ordem paliativa e, por contraste com a Grécia, o País não necessitou de um novo resgate e passou a ser apresentado pelos credores como um caso de sucesso (não sem algum exagero em que pese a sua submissão a dolorosas exigências de austeridade futura).

Como avaliar essa conduta algo submissa do Estado português aos credores no plano externo, temperada por um Tribunal Constitucional insubmisso que bloqueou uma parte significativa das medidas de austeridade a partir de 2013? Atenemos nos seguintes pontos firmes.

1^o *Tribunal defendeu direitos sociais sem recurso à tese da indivisibilidade entre direitos de liberdade e direitos sociais que a Constituição não consagra, mas que o neoconstitucionalismo e certa doutrina minoritária defendem e que, a ter ocorrido, teria gerado uma inaceitável mutação constitucional.*

2^o *O Tribunal atuou como último reduto da soberania num Estado sujeito a vínculos de tutela internacional, e que o Ministro dos Negócios Estrangeiros português chegou a reduzir a um protetorado.*

3^o *O Tribunal reforçou o seu poder no sistema político passando a operar como um ator decisivo.*

Terá, contudo, emergido um Tribunal Constitucional demasiado forte? Vejamos.

Em primeiro lugar, todas as políticas públicas, reformas e medidas de austeridade, indispensáveis para o cumprimento de obrigações para com os credores e para o equilíbrio financeiro do Estado, ficaram à mercê do Tribunal. No limite,

o Estado passou a depender da Justiça Constitucional quanto à possibilidade de cumprir ou não com as suas obrigações internacionais, insitas no programa de assistência. O Tribunal, em caso de excesso de rigor nas suas decisões, poderia ter provocado um segundo resgate ou a insolvência do País, em caso de intransigência dos credores. O que significa que existe uma diferença entre um estilo duro, confrontativo e posteriormente sinuoso, como o da Grécia, que é recebido com uma reação brutal e desconfiada das estruturas supranacionais e uma aproximação difusa (e confusa) como a portuguesa em que um Governo cumpridor se esconde no tribunal Constitucional como fundamento de incumprimento de certos encargos que envolvem maior austeridade.

Em segundo lugar, a judicialização das políticas públicas converteu o Tribunal Constitucional num novo “poder moderador” e a vontade popular representativa tornou-se subsidiária no processo de implantação efetiva dessas políticas. Um órgão não eleito diretamente pelos cidadãos vetou as políticas da maioria com base em juízos de constitucionalidade assentes em princípios e em operações fluidas de ponderação.

Em terceiro lugar, o impacto de sucessivas decisões de inconstitucionalidade proferidas por um órgão, que se assumiu como “não pressionável”, fez tremar em 2013 a sobrevivência de um Governo de maioria absoluta e condicionou doravante o seu poder constitucional de condução da política do Estado.

Em quarto e último lugar, o Tribunal passou a contar, junto de atores internacionais e supranacionais, como a União Europeia e o FMI, como um poder real. As próprias “agências de rating” passaram a fazer as suas avaliações sobre o País, entrando em linha de conta com a análise de risco incidente sobre as decisões do Tribunal.

Terá sido a crise que fez crescer o Tribunal, fazendo-o transitar de instância discreta e autorrestringida, ao patamar de uma instituição quicá demasiado forte para um órgão não eleito diretamente por mandato popular? Veremos, num futuro breve, se nasceu um órgão político incontornável no estudo do sistema político de governo ou se entre 2012 e 2014 brotou apenas um “fogo-fátuo”, próprio de tempos de exceção.

Em que termos é que, em Portugal, as tensões políticas entre Governo e Tribunal Constitucional, em matéria da jurisprudência da crise, tiveram impacto na Teoria do Estado e na Teoria da Constituição?

A resposta começou a ser dada em função do debate sobre doutrina, que dividiu a universidade e a opinião pública.

Certos defensores do Tribunal, mais “papistas do que o Papa”, apostam na ideia de “Constituição-Fortaleza”, imune à supranacionalidade, dirigista, autos-

suficiente, que dispensa revisões e que deve ser servida por um Tribunal Constitucional implacável, transformado numa espécie de “carrasco de Paris”, que deve decepar todas as reformas que belisquem um Estado social murado por políticas públicas detalhadamente constitucionalizadas e destinadas a vigorar para sempre, e isso mesmo que deixe de haver recursos para o pagar.

Outros, no universo liberal e neoliberal, entendem que a Constituição terá sido ultrapassada por uma realidade que se lhe impôs do exterior, exigindo uma filosofia de interpretação que a tornasse menos autista, mais cosmopolita e permeável à influência dos poderes supranacionais e a exigências do sistema financeiro europeu e internacional, sob pena de se tornar um empecilho ao progresso.

Foi um setor neoliberal, defensor da “realpolitik” da supranacionalidade europeia e global e crítico do Tribunal Constitucional que equacionou a necessidade de se ajustar a Teoria da Constituição a um Estado que deixou de ser o mesmo, em razão da perda ou da “partilha” de soberania em favor de estruturas supraestaduais.

Esses juristas acusam o Tribunal Constitucional de “insularidade”. Aos juízes do Palácio Ratton faltaria um maior cosmopolitismo que lhes permitisse entender, no quadro de crise financeira portuguesa e internacional e atenta a integração do Estado numa estrutura supranacional como a União Europeia, que o legislador já não seria mais um soberano onipotente e que as suas próprias decisões deveriam ter em conta o peso do interesse público de consolidação orçamental à luz de uma “dimensão europeia”.

Essa falta de cosmopolitismo do Tribunal Constitucional seria especialmente clara em dois outros aspetos.

O primeiro prender-se-ia com um equívoco na análise da realidade exterior ao sistema constitucional, mas que nele impacta. O Tribunal lavraria num engano, pois aceitaria a situação de exceção ou urgência financeira como um problema conjuntural e transitório, quando, na verdade, a crise financeira constituiria a ponta do *iceberg* de um problema estrutural e prolongado³⁸.

O segundo radicaria numa questão teórica de alcance estrutural. O Tribunal, na interpretação dos princípios da Lei Fundamental, criaria o risco de, a partir dos seus critérios herméticos de concretização normativa, fazer nascer uma qualquer forma de dirigismo constitucional, em torno de uma visão de Constituição “orgulhosamente só” ou da criação de um egocentrismo nacionalista e

³⁸ MEDEIROS, Rui. A jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In AAVV *O tribunal constitucional e a crise*, op. cit., p. 273 e seg.

patriótico³⁹. Chega-se mesmo a alvitrar que um Estado constitucional cosmopolita, como o português, aberto ao mundo, integrado numa União Económica e Monetária e exposto ao influxo de um mercado global reclamaria um Direito Constitucional pós-moderno, flexível, aberto a uma governação pós-nacional, o que *importa o reconhecimento da necessidade de uma nova Teoria da Constituição*⁴⁰ ajustada a um Estado de soberania comprimida, realidade que também exigiria uma nova Teoria Geral de caráter compreensivo.

Que dizer desse repto?

É um fato que o Tribunal Constitucional tem tratado a crise como uma realidade de curta duração e não exhibe uma visão profunda e ampla sobre o prolongamento estrutural da situação de exceção financeira para além de 2014, sobretudo quando se amarrrou, obstinada e perigosamente, ao seu critério de uma transitoriedade admissível das medidas restritivas, fundada na duração limitada do memorando que celebrou com a “troika”. A “amarração” da exceção transitória à vigência do referido acordo ou memorando, expressa no desastoso Acórdão n. 187 de 2013 e traduzida num critério afunilador, segundo o qual a passagem do tempo, mesmo durante a exceção, exigiria um controle cada vez mais rigoroso e intenso da constitucionalidade é irrealista e não faz o mínimo sentido, pois a austeridade, em face das obrigações do Estado, prolongar-se-á muito para além de 2014. Tratou-se de uma orientação jurisprudencial constrangedora e criadora de riscos, pois não tomou em devida conta: i) a variação imponderável da conjuntura económica e financeira nacional e internacional, depois do termo do PAEF; ii) e, sobretudo, o Tratado Orçamental (cujo impacto é diminuído nos Acs. n. 574/2014 e n. 575/2014) e que cria obrigações jurídicas ao Estado que não podem ser alcançadas, senão através da redução da despesa e consequentes medidas de austeridade.

Já quanto à falta de “*cosmopolitismo*”, que inere à sua aparente escassa sensibilidade ao Direito Comparado, não parece que o Tribunal português mereça grandes reparos, dado que até, em certas decisões, é excessivo na citação de jurisprudência e doutrina estrangeiras.

Mas no que diz respeito à problematização da necessidade de se substituir uma velha Teoria da Constituição, erigida sobre os alicerces pretensamente erodidos do Estado soberano (o Estado-Nação), por uma nova Teoria da Constituição, consonante com um modelo de *Teoria Geral do Estado pós-moderno*

³⁹ MEDEIROS, Rui. A jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise. In AAVV *O tribunal constitucional e a crise*, op. cit., p. 265 e seg. e 287 e seg.

⁴⁰ MEDEIROS, Rui. *Ult. lic. cit.*, 282-283.

e inserido, presume-se, na órbita de um constitucionalismo europeu e até global, não podem deixar de ser colocadas as maiores dúvidas.

É inegável que mutações na natureza do Estado conduzem a alterações na sua Teoria Geral e esta não deixa de influir na modulação da Teoria da Constituição. E parece bem claro que em Estados submetidos a quadros de suspensão de soberania, como aqueles que se sujeitaram a memorandos ou programas de resgate financeiro e que são, simultaneamente, parte de organizações supranacionais, os atributos da sua independência, da legitimidade democrática da lei e do grau de vinculação das normas Constitucionais esmaecem pela força dos fatos.

Contudo, essa realidade pode ser objeto de diferentes leituras e concepções teóricas que, competindo à doutrina, não cabem ao Tribunal Constitucional. Não faz qualquer sentido exigir ao Tribunal Constitucional que deixe de cumprir as suas funções, legais e constitucionais, para se transformar (como já sucedeu com o Tribunal de Justiça da União Europeia), num órgão político de vanguarda de criação inovadora do próprio Direito Constitucional. Não só não haveria legitimidade política para o efeito, mas o órgão também se tornaria ainda mais imprevisível nas suas decisões do que aquilo que lhe é imputado pelos mesmos críticos, que agora o censuram por défice de cosmopolitismo constitucional.

Quanto à questão doutrinal propriamente dita, falta, de fato, em Portugal, uma teórica do “*transconstitucionalismo*”. Uma teorização que siga o mesmo trilho que Marcelo Neves gizou no Brasil, sem grande impacto interno, é certo, não pelo valor teórico do escrito, mas pelo seu caráter inservível em potências regionais, como o Brasil, onde impera o Direito Constitucional próprio de um Estado-nação soberano, para o qual a integração regional é um instrumento (suave) de supremacia econômico num dado hemisfério, como, aliás, se impõe a qualquer potência regional digna desse nome.

Mas o “transconstitucionalismo” tem palco, relevo doutrinal e audiência política na Europa, pois serve, quer como discurso de domínio das organizações supranacionais e dos Estados “fortes”, quer como narração justificativa da debilidade e impotência de certas elites autóctones/dos Estados fracos, a quem interessa, por razões políticas ou financeiras, que os mesmos não alterem esse “status”⁴¹. É claro que frente a esse aluvião mole de sargaços que rodeiam e entorpecem as estruturas identitárias dos Estados ainda se escutam vozes lúcidas e de incontestável peso, como as que entendem que, em face de excessos de integração supranacional que possam diluir as identidades nacionais e as identidades

⁴¹ É interessante o passo de uma carta de D. Pedro V ao Marquês de Sá da Bandeira, quando afirmava que “não é vergonha ser fraco, mas que o é não querer ser forte”.

constitucionais das nações, cumpre às Constituições ou aos tribunais equacionar elementos de bloqueio⁴².

Faz, pois, sentido, no plano dialético, que se sustente, sob o pretexto do combate simultâneo ao perigo do “dirigismo constitucional” e do “avatar” de uma Constituição “orgulhosamente só”⁴³, um modelo de Constituição diferente da que presentemente impera na maioria dos Estados contemporâneos, ajustada a um paradigma de Estado “multinível” integrado a uma comunidade de estados interdependentes. Uma Constituição dúctil, principiologicamente, ajustada a um sistema de controle de constitucionalidade de baixa intensidade, não reduz a autonomia do legislador, porosa ao influxo do Direito internacional, aberta interpretativamente pelo uso da ponderação ao “ambiente normativo” da realidade política e financeira e propiciadora de uma tónica que a acomode ao realismo do mercado.

Uma Constituição relativamente à qual não haveria a necessidade de a “suspender”, nem a eivar de cláusulas de exceção financeira, porque, desde que interpretada de forma adequada à realidade inerente ao universo político e financeiro internacional a que o Estado português pertence, permitiria a desvitalização subtil de direitos sociais, a remoção invisível de expectativas consolidadas, a redução de pensões ao mínimo existencial e despedimentos massivos da função pública sob o labéu da “requalificação”.

Resta saber se, a vingar essa teoria, ainda haveria uma Constituição e um Estado dignos desse nome. Afortunadamente, trata-se de uma requesta para os teóricos e, sobretudo, para os filósofos do Direito Público, ao qual os tribunais constitucionais, ocupados, apesar de tudo, com assuntos mais importantes, têm por ora a fortuna de escapar.

⁴² BON, Pierre. *La identidad nacional o constitucional: una nueva noción jurídica*, Revista Española de Derecho Constitucional n. 100, 2014, p. 167 e seg. e p. 168.

⁴³ Causa que atrai facilmente recrutas, em filósofos da política, camadas de jovens juristas de certas universidades e de figuras de topo da tecnoburocracia que serve o Estado.