

CADERNOS DO PROGRAMA DE DOUTORAMENTO EM  
DIREITO PÚBLICO ESTADO SOCIAL,  
CONSTITUIÇÃO E POBREZA

# Diálogos sobre

*“Foundations of Public Law”*

de Martin LOUGHLIN

## EDIÇÃO

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

## COORDENAÇÃO EDITORIAL

Projecto SPES – Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social

Programa de Doutoramento em Direito Público | Estado Social, Constituição e Pobreza

Faculdade de Direito

Universidade de Coimbra

## CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva, Jorge Ribeiro

## CONTACTOS

[spes.ij@fd.uc.pt](mailto:spes.ij@fd.uc.pt)

[www.fd.uc.pt/spes](http://www.fd.uc.pt/spes)

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

## ISBN

978-989-8787-80-4

## APOIO



© JANEIRO 2017

SPES | INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

## NOTA PRÉVIA

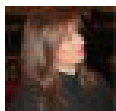
Os “diálogos sobre *Foundations of Public Law*”, da autoria de Martin Loughlin, integram o terceiro volume da série Cadernos do Programa de Doutoramento em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza e recolhem as reflexões resultantes do Fórum Temático, integrado na 3.<sup>a</sup> edição do Programa, no ano lectivo de 2016/2017.

Trata-se, como é timbre desta série, de reunir em livro as reflexões que docentes e discentes partilharam no período correspondente aos trabalhos a distância do programa de doutoramento, o que explica o tom discursivo do texto. Às provocações lançadas por Ana Raquel Moniz, Pedro Costa Gonçalves, José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, os doutorandos (co)responderam – como lhes fora pedido – com observações pertinentes, exemplos ilustrativos, ponderações comparativas e uma intertextualidade rica.

São “diálogos” que, partindo da obra em referência, e tendo os seus conteúdos como estímulo para a comunicação, discorrem sobre temas essenciais do direito público actual, também, aqui e ali, na perspectiva comparada entre os sistemas anglo-saxónicos da *common law* e os sistemas da *civil law* e do direito administrativo de matriz franco-germânica. Temas como o binómio “direito público e direito privado” e respectiva génese, “direito público procedimentalizado e direito material”, o controlo do poder, a emergência do direito administrativo e as dimensões e múltiplas formas da sua expressão e realização actual, os desafios da própria estadualidade e do direito nacional na contemporaneidade, e o modo como estas transformações se espelham nos desafios ao constitucionalismo e à “regulação” do político, são alguns dos temas discutidos na obra – sempre, como se pressupõe num trabalho deste tipo, com a intertextualidade do teórico e do coloquial.

Coimbra, Janeiro de 2017





Martin Loughlin I

por [Ana Raquel Moniz](#) - Sunday, 30 October 2016, 23:23

Como Loughlin refere expressamente, a obra *Foundations of Public Law* pode ser compreendida como “uma investigação histórica sobre as ideias e as práticas que moldaram as modernas relações entre o direito e o governo”, com o propósito de elucidar a actual relevância do direito público como *political right* (p. 10).

Considerando que o direito está sujeito à erosão da história[1] e do tempo[2], deve ressaltar-se a importância da memória para perspectivar o futuro e compreender, se quisermos dizê-lo com Wieacker[3], os pressupostos culturais e científicos do direito actual – aspecto que assume um relevo não despidendo em ramos jurídico-dogmáticos (como o Direito Administrativo ou o Direito Constitucional) intrinsecamente conexions com as mutações políticas e tão próximos dos centros regulativos[4].

Os desafios que o Direito Público vem enfrentando no dealbar do século XXI representam um ensejo para uma intelecção das respectivas raízes e uma perspectivação das tendências de evolução futura. A obra de Loughlin sobre os fundamentos do direito público representa justamente uma tradução desta ideia.

Uma das concepções centrais da primeira parte dos *Foundations of Public Law* – e que se encontra subjacente aos capítulos subsequentes – radica no entendimento (propositadamente) amplo do direito público, que, sem esquecer a sua autonomização a partir da criação (da abstracção) do Estado moderno (tendencial, mas não absolutamente liberto das amarras divinas), encontra âncoras muito distintivas logo no período medieval (em especial, no designado *fundamental law*); aliás, na senda de Bodin, ao estudo empreendido por Loughlin também não é estranho o propósito de revelar os princípios (ou a génese dos princípios) que hoje se encontram subjacentes ao direito público. Se se afigura nítida a preocupação do Autor em sublinhar os inelimináveis contributos do direito inglês para a formação do direito público, ombreando-os com a elaboração jurídico-filosófica proporcionada pelos sistemas europeus continentais, importa sublinhar que o contexto português revela igualmente especificidades determinantes (e, muitas delas, originariamente antecipadoras) para a compreensão do direito público como “political right” ou *ius publicum*.

As reflexões subsequentes constituem provocações que visam identificar, nas *origens* e na *formação* do direito público, tendências evolutivas, algumas consideradas inovadoras:



- **Acentuação da dimensão democrática do poder:** Em antítese com as concepções que vigoravam no resto da Europa (e de que Loughlin também nos dá conta), o pensamento político português assumia algumas singularidades quanto à compreensão da origem divina do poder. Não representa senão uma consequência da especificidade do direito público português quanto ao reconhecimento de limites aos poderes régios, manifestada na tradicional forma da subida ao trono, efectuada por aclamação popular e não numa cerimónia de coroação[5]. Embora com antecedentes anteriores (pense-se no *Tratado da Virtuosa Benfeitoria*), o pensamento político português, sobretudo a partir do século XVII (recorde-se a obra de Francisco Velasco de Gouveia[6]), apontava no sentido de que o poder régio, ainda que de origem divina, pertencia aos povos, que o delegavam nos soberanos através de um pacto com eles estabelecido; estes desempenhavam um *officium*, norteado pelo objectivo de assegurar a justiça e a *salus publica*, cujo incumprimento – que transformava o monarca num “tirano no governo” – levava a que os súbditos, sempre titulares do poder *in habitu* (ainda que não *in actu*), pudessem reassumir esse mesmo poder.

- **Subordinação do poder (*hoc sensu*, do Rei) ao direito:** O Rei não se encontrava sujeito apenas aos limites divinos do poder; na verdade, existiam normas que ele próprio não poderia alterar e às quais estava necessariamente subordinado (como sucedia com as leis da sucessão, fixadas, entre nós, nas Cortes de Lamego): em pleno século XVIII, afirmava-se que “He feliz esta impotência [a impotência de não poder alterar determinadas leis], que embaraça fazer tão grande mal”[7].

- **Internormatividade e diálogo judicial:** A instituição e o funcionamento da Inquisição constituem um exemplo paradigmático da articulação entre ordens jurídicas distintas (direito penal, direito canónico e direito inquisitorial) e de ordens judiciais também diferentes (secular, eclesiástica e inquisitorial). Sem se ignorar que o exemplo suscita problemas sob a óptica dos direitos processuais de defesa dos réus, o relevo assumido pela construção dogmática da articulação entre fontes (à luz de uma tendencial relação de prevalência ou preferência aplicativa, e não de simples hierarquia normativa) e tribunais de níveis distintos (em que, pelo menos teoricamente, se pressupunha um exame, pelos desembargadores, de certas sentenças proferidas pelas mesas do Santo Ofício a fim de permitir a sua execução) não se revela muito distinto do que ocorre na actualidade.

- **Corrupção e ética de serviço público:** As ideias de fidelidade, confiança e amizade – que constituíam o fundamento e os limites da soberania real – cedo se transpuseram para as relações entre o monarca e os titulares dos ofícios públicos. Tal implicava que o exercício destes ofícios, outorgados como honra ou privilégio *intuitu personæ*, teria de ser efectuada pessoalmente pelos respectivos titulares – não obstante a tendência para a venalidade e patrimonialização



dos cargos públicos. Ainda assim, notava-se uma preocupação em recrutar para os ofícios mais elevados da Administração pessoas de mérito e prestígio reconhecidos e que oferecessem as maiores garantias de satisfação incondicional do interesse público e, por conseguinte, menos permeáveis à corrupção pelos interesses privados. Aliás, em pleno século XV, um dos agravos em Cortes surge dedicado, *ex professo*, a este problema. O soberano principia por ser recordado de “hua regra antiga muy proveitosa que tinham os reys antiguos em este caso a qual era que davam os homeens aos oficios e não os oficios aos homeens”; efectivamente, e perante a abertura de uma vaga, para o ofício seria escolhido o “homem sabedor e virtuoso”<sup>[8]</sup>.

Os diversos contributos filosófico-jurídico-dogmáticos analisados por Loughlin desvelam, igualmente, momentos de extrema actualidade para a compreensão do direito público. O desafio que proponho aos estimados Doutorandos reside, pois, na identificação de algumas dessas dimensões: em que medida as posições desenvolvidas por Hobbes, Bodin, Kant, Spinoza, Rousseau ou Hegel se projectam nas tendências evolutivas hodiernas do direito público?

[1] Sobre a historicidade predicativa do direito, cf., por todos, Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 263 e s.

[2] Distinguindo os conceitos de temporalidade e historicidade (o primeiro mais amplo que o segundo), v. as interessantes reflexões de Miguel Galvão TELES, «Temporalidade Jurídica e Constituição», in *20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra Editora: Coimbra, 2000, (Studia Iuridica 46), p. 25 s. (p. 27).

[3] WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1981, p. 1.

[4] Cf. Gomes CANOTILHO, «O Direito Constitucional Passa; O Direito Administrativo Passa Também», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, (Studia Iuridica 61), p. 707.

[5] Cf. a expressiva narração da aclamação do Rei D. João IV: Roque FERREIRA LOBO, *Historia da Feliz Acclamação do Senhor Rei D. João O Quarto, Com Huma Serie Chronologica dos Senhores Reis de Portugal*, Lisboa: Oficina de Simão Thadeo Ferreira, 1803, esp.<sup>te</sup> p. 180 s.

[6] Francisco Velasco de GOUVEIA, *Justa Acclamação do Serenissimo Rey de Portvgal Dom João O IV*, Lisboa: Oficina de Lourenço de Anveres, 1644.

[7] Jozeph Seabra da SYLVA, *Deducção Chronologica e Analytica na qual se manifestão pela sucessiva serie de cada hum dos Reynados da Monarquia*



*Portuguesa, que decorrerão desde o Governo do Senhor Rey Dom João III, até ao presente, os horrorosos estragos, que a Companhia denominada de Jesus fez em Portugal e em todos seus Dominios, por hum Plano, e Sistema por Ella inalteravelmente seguido desde que entrou neste Reyno, até que foi dele pros-crita, e expulsa pela justa, sabia e providente Ley de 3. de Setembro de 1759, Lisboa: Oficina de Miguel Manescal da Costa, 1767, p. 356 (Parte I, §602).*

[8] Capítulo sexto das Cortes de Coimbra, de 1473; a transcrição seguida consta do estudo de Diogo Teixeira DIAS, *As Cortes de Coimbra e Évora de 1472-73: Subsídios para o Estudo da Política Parlamentar Portuguesa*, Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra (polic.), 2014, p. 127.



Re: Martin Loughlin I

por [Nathalia Ferreira Masson](#) - Tuesday, 15 November 2016, 01:36

## 1. Primeiras palavras

A diferenciação entre o *direito privado* e o *direito público* já era anunciada pelo *direito romano clássico*, que destinava ao primeiro os interesses meramente individuais e, ao segundo, a matéria concernente ao Estado e ao Governo (Livro I, Título I – Da Justiça e Do Direito. § 4º: “O estudo do direito é dividido em dois ramos, público e privado. Direito público é o que diz respeito ao governo do Império Romano; direito privado o que concerne aos interesses individuais”).

Estruturada, pois, há muitos séculos, essa dicotomia teve sua *permanência terminológica* assegurada – conquanto *não* se possa dizer o mesmo quanto à sua continuidade semântica; afinal, é notória a remodelação da abrangência das expressões, bem como a trajetória de oscilação de predominância entre ambos os ramos.

Em ciclos temporais mais recentes, nota-se que no século XIX o direito público remanesca como categoria de pouca relevância, enquanto o aparato teórico-jurídico era edificado a partir de conceitos do direito privado, tendo por atores centrais o proprietário e o contratante. Segundo nos lembra Barroso, o século XIX começou com o Código Civil francês (o Código napoleônico, de 1804) e terminou com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900” (Luís Roberto



Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57 e 58). Foi somente no século XX que assistimos à *ascensão do direito público* e à consequente multiplicação de normas de ordem pública. É claramente o século em que a *Constituição adquire centralidade* no ordenamento.

Não me ocuparei em estabelecer definições acerca da diferenciação entre os dois ramos, não só porque “Como se sabe, até hoje não se conseguiu alcançar uma determinação completamente satisfatória desta distinção” (Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 310), mas, especialmente, em virtude de o diálogo inaugurado pela Prof. Dra. Ana Raquel Moniz (acerca da obra de Martin Loughlin, *Foundations of the Public Law*) sugerir que caminhemos em sentido diverso, em direção que nos permita refletir sobre as contribuições que os clássicos podem ofertar na formatação das *tendências evolutivas do direito público*.

É o que tentarei fazer nessa primeira contribuição ao debate por meio da sugestão de uma *releitura do princípio da separação dos poderes* em um particular aspecto: a adequação da superação legislativa (*legislative override*) das decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade.

A ideia central para escrever sobre o tema, me veio durante a leitura de um trecho já próximo ao encerramento da citada obra de Martin Loughlin (capítulo 15, *The New Architecture of Public Law*), em que o autor sustenta, citando Edward L. Rubin, que “the tree-branch metaphor underpinning the doctrine of the separation of powers is based on an outdated model of limited government and provides a poor conceptual framework for understanding contemporary processes” (pág. 455) – conquanto o autor estivesse tratando, naquele ponto específico, da ampliação do aparato administrativo e do modo como esse crescimento impacta na divisão de poderes e até mesmo na essencialidade de termos hoje um direito público. Pensei que haveria aí um link com o item ‘Internormatividade e diálogo’ das pistas lançadas pela Prof. Dra. Ana Raquel Moniz.

## 2. A Separação dos Poderes

Para os propósitos deste texto, é desnecessário apresentar uma digressão histórica e conceitual ampla acerca do princípio, sendo suficiente recordar que a teorização feita pelo Barão de Montesquieu (no célebre capítulo VI do Livro XI, da obra *O Espírito das Leis*) tem por origem mais remota a obra *Política*, de Aristóteles, e, já no séc. XVIII, *O Segundo Tratado do Governo Civil*, de John Locke.

Tem relevância para a discussão, contudo, recordar que Montesquieu jamais defendeu uma separação rígida e severa entre os poderes, que só lhes permitisse atuar de modo isolado, estanque. Esta interpretação (denominada





de separatista) não encontra amparo na construção do autor, que pretendeu, ao revés, propor as bases de um *governo moderado, controlado*, no qual não existisse identidade entre os que exercerão as diversas funções estatais. O imprescindível, na dinâmica montesquiana, seria manter os *poderes vinculados*, numa interdependência que permitiria a cada qual controlar os outros dois e ser por eles também controlado (sistema que o direito contemporâneo reconhece como 'freios e contrapesos' – *checks and balances*).

Destarte, entende-se hoje, a partir de Montesquieu, que em nenhuma hipótese o caráter "absolutista" de qualquer um dos poderes vai se coadunar com a boa aplicação do princípio, pois em nenhum Estado Constitucional teremos outro soberano que não o povo, único autorizado a criar e desfazer a Constituição, isto é, único titular do poder constituinte. Todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, são meros poderes constituídos, criados pelo Poder Originário e sujeitos, portanto, à Constituição e ao sistema de controles recíprocos que ela engendrou para *evitar abusos e excessos*.

É bom frisar, todavia, que uma análise do desenvolvimento do pensamento político moderno nos permite concluir que quando a separação de poderes não foi trabalhada pelo teórico de forma equilibrada, nos moldes montesquianos, o que temos é uma distinção entre os poderes que confere *nítida supremacia ao Legislativo*.

Para ilustrarmos a tese acima exposta, lembremos de *Rousseau*, que dizia ser o Legislativo o coração do Estado, enquanto o poder Executivo se apresentava como o cérebro, dando movimento a todas as partes. Segundo o autor, o cérebro bem pode cair em paralisia e o indivíduo prosseguir vivendo, pois o homem fica imbecil e vive; no entanto, assim que o coração cessa suas funções, o animal está fatalmente morto.

Também Kant (na obra *Metafísica dos Costumes*), ao explicitar sua leitura da separação dos poderes, nos permite identificar uma preponderância do Legislativo perante os demais poderes, no argumento de que somente ele está habilitado a representar de forma legítima a vontade dos cidadãos. Segundo o autor, em todo Estado podemos identificar três poderes: o primeiro é o poder soberano (a soberania), que reside no poder Legislativo; por seu turno, o poder Executivo reside em quem governa (segundo a lei) e, por fim, o poder Judiciário, (que tem por tarefa dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz.

Como o próximo item vai elucidar, no entanto, da leitura dos clássicos, a visão da separação dos poderes que vai nos orientar é a de Montesquieu, que não propugnava nem a supremacia, nem o alargamento, de quaisquer deles.



### 3. Diálogos institucionais: revisitando o princípio da Separação dos Poderes

*“Ninguém tem a última palavra porque não há última palavra”*

Hanna Pitkin

De início, não custa recordar que a *democracia* é naturalmente marcada pela possibilidade conflitiva entre diferentes e antagônicas forças político-sociais. Sua estabilidade e robustez, aliás, são testadas justamente nesses embates: quanto maior for a capacidade de seu ordenamento constitucional em vencer esses conflitos sem gerar instabilidade institucional insuperável e sem fazer uso de ferramentas que sejam externas ao jogo democrático, mais madura e sólida ela será.

Com Baruch de Espinosa podemos ratificar a tese acima exposta, haja vista o autor defender que os conflitos continuam a existir mesmo depois de fundada a Cidade, em decorrência de a natureza humana ser tão plural. O que traz tranquilidade social na visão espinosiana, portanto, não é a total ausência de conflitos (cenário improvável diante da natureza múltipla dos integrantes do Estado), mas sim a circunstância de as soluções para os mesmos reafirmarem as instituições e o equilíbrio e firmeza delas.

A Constituição Federal de 1988, como os demais documentos constitucionais democráticos, propicia e soluciona (a todo o tempo) conflitos dessa estirpe, em *rodadas sucessivas* de um jogo que, esperamos, não terá fim.

Uma dessas rodadas, que encerra um grande *desafio para o Direito Público moderno*, particularmente no que se refere ao princípio da separação de poderes, é o *exercício do controle da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos*, sobretudo considerando duas perspectivas: (i) a legitimidade democrática daquele que controla, (ii) bem como sua capacidade institucional de resolver as questões.

*Sobre o primeiro item:* que possui o Congresso Nacional que, para alguns, faz falta ao Supremo Tribunal Federal? Representatividade democrática. Afinal, enquanto não se discute a inequívoca legitimidade popular do Poder Legislativo, uma vez que seus representantes são escolhidos (por eleição direta) pelos cidadãos, por vezes, a legitimidade do Poder Judiciário para resolver certos conflitos é posta em xeque, já que sua representatividade popular é indireta, isto é, derivada da Constituição, uma vez que seus membros são escolhidos pelo povo apenas indiretamente.

E é dessa discussão acerca da legitimidade que emerge a *regra majoritária* e o forte apelo que ela tem naquelas circunstâncias em que enfrentamos a difícil questão acerca de quem deve decidir nas controvérsias para as quais



ainda não tenha sido construída uma resposta institucional. Em suma: se nos perguntarmos a quem compete tomar decisões difíceis numa democracia, especialmente quando estamos diante de temas que encerram desacordos morais razoáveis, certamente a circunstância de os congressistas serem escolhidos em eleição direta pelo povo e serem responsáveis sob o aspecto eleitoral por seus atos seria de grande relevo para fazermos nossa escolha. Especialmente quando colocamos em perspectiva que os juízes da nossa Corte Suprema são nomeados, não eleitos e, justamente em proteção à sua independência, não são responsabilizados pelos cidadãos por suas eventuais más (ou impopulares) opções.

O *segundo item* refere-se à *capacidade institucional* de o Poder Judiciário decidir certas questões, especialmente aquelas atinentes às políticas públicas.

Em um célebre artigo intitulado "The Forms and Limits of Adjudication", Lon Fuller apresenta as distinções entre o modo como o Judiciário e as instâncias políticas tradicionais constroem suas decisões. Enquanto o primeiro resolve os conflitos tomando por parâmetro regras construídas (ou precedentes já fixados) previamente, lidando, sobretudo, com conflitos bilaterais, o Legislativo e o Executivo enfrentam questões plurais, com múltiplos agentes envolvidos, que não podem ser resolvidas a partir de regras fixadas no passado. São temas nos quais a solução será edificada a partir de uma especulação, na qual projeta-se o impacto futuro da imposição de uma determinada regra na vida social.

Deste modo, enquanto o Judiciário, via de regra, trabalha com questões bilaterais e busca soluções no passado, os demais poderes ofertam soluções que, além de prospectivas, são policêntricas. E não há no Judiciário um instrumental teórico apto a dar conta desse tipo de problema; afinal, a estrutura passiva do processo judicial (com a inércia, a adstrição ao pedido e a coisa julgada) é um obstáculo impeditivo. Vejamos: se um pedido 'A' é levado à apreciação da nossa Corte Suprema, por força dos princípios processuais ordenadores teremos como resposta um 'Sim' ou um 'Não'. Mas conflitos policêntricos exigem exatamente o oposto desse tipo de resposta maniqueísta. Por vezes, o pleito 'A' será resolvido não pelo 'Sim' ou pelo 'Não', mas por uma outra via distinta, inicialmente não pensada, mas que pareceu ser uma solução inovadora e adequada ao caso. Ademais, a solução nunca é vista como definitiva (não há coisa julgada nas instâncias políticas tradicionais!), pois se deve permitir que várias opções sejam experimentadas e, inclusive, que sejam substituídas livremente caso aquela primeira escolha se mostre ineficiente ou inadequada.

Muitos foram os autores que ofertaram contributos valiosos referentes a esse debate sobre a legitimidade dos Poderes para resolver as mais intrincadas questões que a sociedade apresenta. Sem me estender muito e em rápido resumo, acredito que a contraposição entre as ideias de Dworkin e Waldron ilustre bem a dicotomia de posições que não se quer aqui adotar.



De início, lembremos que a concepção de Dworkin pressupõe uma democracia constitucional que possui duas dimensões. A primeira dimensão é a da política: nesta, os integrantes do corpo social resolvem juntos as matérias que envolvam os interesses coletivos. A segunda dimensão é a dos princípios e, por sua vez, refere-se à tutela dos direitos individuais constitucionalmente consagrados para os cidadãos. Os princípios seriam *trunfos* que os indivíduos possuiriam para fazer frente às decisões políticas e às maiorias que ocasionalmente surgem, e o local no qual tal dinâmica (de tutela dos direitos frente às manifestações políticas) se desenrola, por excelência, é o Judiciário (de modo mais preciso, é o tribunal de cúpula do Poder o ‘fórum dos princípios). Segundo Dworkin, portanto, o que confere legitimidade ao controle judicial de constitucionalidade é justamente o fato de ele ser realizado no intuito de garantir os direitos dos cidadãos postos no texto constitucional.

Waldron, por outro lado, não considera válido extrair a legitimidade do controle judicial da percepção acima exposta. Isso porque em sociedades contemporâneas, marcadas pela pluralidade, os diferentes integrantes do corpo social possuem distintas percepções sobre justiça, direitos, políticas públicas e sobre muitos outros temas caros à vida em comunidade. Nesse contexto, entende o autor que diante da inequívoca controvérsia que cerca os referidos temas, as decisões que os envolvem devem ser o resultado de embates nos quais seja assegurada uma ampla *participação* desses diferentes atores, que agirão em igualdade de condições, isto é, sem qualquer hierarquia – o que obviamente não se dá quando um corpo específico de juízes de uma Corte Suprema passa a deter o direito de proferir a última palavra sobre essas questões controversas. Vê-se que, para o autor, como não há a possibilidade de firmarmos um acordo com todo o corpo social quanto ao conteúdo desses temas, podemos firmar, contudo, um acordo quanto ao procedimento para alcançarmos este conteúdo: todos os indivíduos participam autonomamente, em votações e embates públicos. Não por outra razão, diz-se comumente que em Waldron a participação é o direito dos direitos.

O interessante é que neste embate, já não é mais necessário tomar partido optando por uma das alternativas: “governo dos juízes” ou “governo do Parlamento”. Com as *teorias do diálogo*, é possível mediar posições por meio de arranjos institucionais que afastam a leitura dos Poderes enquanto adversários, oferecendo boas e conciliadoras respostas.

Até porque, seguirmos nesse caminho das teorias da última palavra só *empobrece nossa vivência democrática*, na medida em que superestima o papel de um dos poderes enquanto enfraquece os demais. Se identificarmos um único guardião para a Constituição detentor da palavra definitiva nas questões constitucionais, a ele será exigido o papel de promover os valores e os direitos constitucionalmente consagrados, enquanto os demais poderão atuar à margem



dessa tarefa, testando continuamente os limites da constitucionalidade – afinal, qualquer deslize será corrigido pelo *superpoder* a quem foi dado direito de acertar, ou errar, por último.

Ademais, outro argumento que nos indica o caminho da *interlocução institucional* como uma alternativa poderosa ao debate convencional é o reconhecimento da falibilidade das instituições: não há processo eleitoral e processo legislativo tão bem engendrado que nunca falhe ou resulte em produto injusto; não há formatação de Tribunal Constitucional que não seja contestável. Por isso, não se deve idealizar a força individual de um único poder, atuando isoladamente; o melhor para a concretização da separação dos poderes é pensar que diante de equívocos cometidos por um, teremos a correção possível feita pelos demais.

Este é o ponto, aliás, que nos conduz ao próximo passo. Como estamos revisitando a separação de poderes na específica tarefa de controlar a constitucionalidade das normas, surge a questão de ser ou não viável aos cidadãos *controlar o poder controlador* (por meio de seus representantes). Um alerta, todavia, é necessário: controlar o fiscalizador da constitucionalidade não importa em idealizar um legislador perfeito, nem mesmo em criticar a atuação judicial. O mote que nos orienta é o de pôr em exame o desenho institucional que hoje cerca essa atividade no direito brasileiro.

Para início de conversa, não se tem nestes comentários nenhuma dúvida de que o Parlamento pode se manifestar da forma que melhor lhe aprouver. Em períodos de normalidade constitucional, aliás, com as instituições em pleno funcionamento e blindadas contra saídas que sejam externas a elas, não há danos políticos aos quais devemos temer. O Legislador atuará de acordo com os anseios daqueles que ele representa, tendo por limites únicos aqueles edificados pelo poder originário, quando da criação da Constituição e consequente instituição do ordenamento jurídico. Molestar as manifestações do legislador, no exercício de sua competência criadora normativa, é afetar de modo indesejado o equilíbrio que deve orientar a relação entre os Poderes.

Vejamos porquê não devemos temer:

(i) Acaso uma espécie normativa inequivocamente inconstitucional, sob a perspectiva formal e/ou material, ingresse no ordenamento jurídico, sua sujeição ao controle de constitucionalidade judicial é certa. Ademais da multiplicidade de ações diretas que permitem levar ao STF o conhecimento da questão, temos ainda um rol amplíssimo de legitimados a provocá-lo.

(ii) Em outra perspectiva, se nossa Corte Suprema for provocada e declarar, por questões políticas, a inconstitucionalidade de uma norma que se encontra



amparada socialmente e não é violadora da Constituição, o Poder Legislativo, em autêntica reação (*override*) poderá promover uma superação da jurisprudência firmada, ao editar norma de idêntico teor, renovando uma discussão que parecia já sepultada.

(iii) Ainda é possível vislumbrarmos outro cenário, em que a declaração de inconstitucionalidade firmada pelo STF seja constitucionalmente adequada, sendo a reação do Parlamento uma aberração constitucional. Neste caso, a Corte poderá ser provocada uma outra vez, em nova rodada de debates, nos quais teremos, mais uma vez, a oportunidade de debater a questão.

Para que se visualize, porém, que estamos diante de um modelo realmente novo, é preciso *superar duas ideias arraigadas*: (i) a de que o controle de constitucionalidade nada mais é do que uma guilhotina que anula a atividade legislativa, e (ii) a de que reações legislativas são meros caprichos de um poder contrariado com o extermínio de sua obra.

Quem assim pensar, estará dando pouco (ou nenhum) valor ao debate. Tomar as decisões isoladamente, em única e última instância (soberania parlamentar ou judicial), é algo significativamente distinto de tomar uma decisão após o pronunciamento de outro poder em sentido diverso. Como um poder já se pronunciou em um sentido, atuar de forma antagônica implica em um ônus deliberativo severo, pois abre as portas do diálogo. E em todo diálogo, como sabemos, estamos sujeitos ao *banho cáustico que é o argumento do outro*.

O diálogo traz, pois, várias vantagens, mas vamos enunciar as três que nos parecem mais sofisticadas: (i) primeiramente, o debate *retarda o processo decisório*, desacelerando o embate político e, com isso, evitando os chamados sobressaltos majoritários que surgem, especialmente, em momentos de crises; (ii) na sequência, ele *dilui a soberania* ao não dar a última palavra a nenhum poder, permitindo que os controles recíprocos funcionem e os cidadãos não fiquem à mercê nem da elite judiciária nem da elite política; (iii) por fim, ele abre as portas para que novos argumentos sejam trazidos à apreciação dos Poderes e disso resulta, certamente, uma decisão melhor e mais robusta na proteção aos direitos individuais, já que fruto de um intenso debate entre múltiplos atores, todos eles protagonistas e não coadjuvantes.

#### 4. Uma “última” palavra

Em apertada síntese, esta contribuição ao debate proposto pela Prof. Dra. Ana Raquel Moniz pretendeu se afastar da tensão que as teorias da última palavra encerram com relação à separação dos poderes, polarizando os Parlamentos e as Cortes Constitucionais e, por consequência, também o ideal democrático e o constitucionalismo.



A partir das *teorias da interlocução institucional*, resolve-se a encruzilhada na qual é posta a separação dos poderes, sem ser preciso fazer uma opção entre o Legislativo e o Judiciário, até porque, o efetivo diálogo entre os poderes – mesmo que eles apresentem posições eventualmente antagônicas e que importem em invalidação por um poder da decisão proferida por outro – faz parte do jogo democrático e não representa nenhuma afronta ao princípio em análise. Ao contrário, a natureza dialógica do debate reforça o princípio tal qual ele foi consagrado pela clássica obra de Montesquieu.



Re: Martin Loughlin I

por [Loyanne Verdussen de Almeida Firmino Calafiori](#)

Monday, 5 December 2016, 23:32

### As tendências evolutivas hodiernas do Direito Público

A mais sublime e importante função do Estado é organizar a vida em sociedade, cabendo-lhe proteger os indivíduos e intervir para coibir excessos, impedindo, assim, a colisão de interesses. Essa preciosa função faz com que o Estado necessite impor regras de conduta através de leis impositivas e obrigatórias, as quais se enlaçam na elaboração de um farto ordenamento jurídico, o qual compõe-se de uma imensidão de normas, que, na bela expressão de Norberto Bobbio, como as estrelas do céu, jamais alguém consegue contar.

Com efeito, desde o seu nascimento, o Direito Público se desenvolveu ao longo da história. Em seu berço, fora marcado por reis absolutistas que concentravam um poder divino e ilimitado. Mas, com sua evolução histórica, novos vieses foram trazidos à baila, sobretudo com a delimitação e limitação do poder do Estado sobre a vida dos particulares.

O fato é que, na Idade Média, o ramo do conhecimento legal com que o Direito Público mais se relacionava era conhecido simplesmente como “direito fundamental” (*Fundamental Law*). O direito fundamental era distinto do direito comum (*Ordinary Law*), o qual consistia em regras de conduta civil declaradas e executadas pelas autoridades governamentais, que eram geralmente reis, embora com a assistência de seus oficiais, de Parlamentos e Cortes. A diferença crítica era essa: considerando que o *Ordinary Law* regulamentava as condutas entre sujeitos, o *Fundamental Law* regia a conduta do rei com os seus oficiais, o Parlamento e a Corte. Assim, o *Ordinary Law* vinculava pessoas comuns do povo, enquanto que o *Fundamental Law* era obrigatório para as autoridades governamentais.



O Direito Público nasceu como consequência das mudanças que deram à luz à moderna ideia de Estado. O desenvolvimento econômico, social, político e tecnológico trouxe mudanças profundas na ideia medieval de *Fundamental Law*, o qual passou por processos de secularização, racionalização e positivação, que delinearão os traços do Direito Público com sua feição contemporânea.

Desta feita, para o surgimento do Direito Público atual, as posições desenvolvidas por Hobbes, Bodin, Spinoza, Rousseau e Hegel representaram luzentes contributos filosófico-jurídico-dogmáticos apreciados na obra de Loughlin. Isso porque, para compreendermos o Direito Público vigente na atualidade, necessitamos nos debruçar sobre seus pressupostos culturais e científicos, e a obra de Loughlin sobre os fundamentos do Direito Público representa justamente esse papel de busca da compreensão da evolução desse ramo jurídico primordial para a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Conforme elucidado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ana Raquel Moniz, “os diversos contributos filosófico-jurídico-dogmáticos analisados por Loughlin desvelam, igualmente, momentos de extrema actualidade para a compreensão do direito público”.

Um nome importante no presente trabalho é o de Jean Bodin (1529-1596). Em 1576, Bodin publica, em Paris, os *Seis Livros da República*, em que agasalha o poder absoluto e perpétuo do rei soberano. O aludido poder é perpétuo porque não pode ser revogado, pois não deriva de um outro poder, uma vez que não é fruto de uma delegação, sendo um poder originário. Por outro lado, seria um poder absoluto porque não estaria submetido nem a controle nem a contrapeso por parte de outros poderes.

No entanto, ainda que defendesse a existência de um poder absoluto, Bodin ressalva que este poder não seria ilimitado, havendo pelo menos dois limites a ele. O primeiro limite seria relacionado com a distinção entre o rei e a Coroa, impedindo o rei de alterar as leis de sucessão e de alienar os bens que pertencem à fazenda pública. Já o segundo limite seria relacionado com a impossibilidade de o rei dispor dos bens que pertencem a seus súditos. Verifica-se, pois, um início de limitação ao poder do monarca. Pode-se afirmar que um recente pensamento de Direito Público contemporâneo que confere delimitações à atuação do administrador público começa a tomar forma.

Mais adiante, Hobbes (1588-1679) escreve, em 1651, o *Leviatã*. Hobbes desvela a natureza absoluta do poder estatal e sua necessária independência diante da religião, pensamento que, no século XVIII, Jean-Jacques Rousseau vai desenvolver com a noção de “contrato social”.

Para Hobbes, o poder tem uma origem, pois antes da criação do Estado os homens viviam em situação de guerra perpétua de todos contra todos, o que seria o “estado de natureza do homem”. Levadas pela ambição, pelo egoísmo e





pela maldade ínsitas na natureza humana, as pessoas se digladiavam diariamente, buscando preservar suas posses e vidas, bem como arrebanhar todas as vantagens que a força e a astúcia lhes permitissem. O homem é para o homem lobo (*homo homini lupus*), concorda Hobbes com Plauto.

Importante se faz destacar que este homem delineado por Hobbes não seria atrasado intelectualmente, mas sim o homem puro e simples, sem as leis e o controle social que temos hoje.

Todavia, por serem dotados de razão e do pensar racional, os homens chegaram à conclusão de que se vivessem sempre daquela forma, chegariam à extinção de sua espécie. Dessa forma, criaram um pacto de que deveria haver um ente mais poderoso que qualquer indivíduo, que seria o Estado, comparado ao horrendo monstro bíblico de nome Leviatã, que remonta à mitologia fenícia. Desde então, o Estado seria um soberano absoluto, o qual ainda seria o árbitro final que decide as contendas entre os cidadãos, ao mesmo tempo que lhes garante certos direitos, como a segurança.

Para Locke (1632-1704), ao contrário de Hobbes, no estado de natureza os homens não viviam em conflito, tendo sido criado o Estado apenas para maior comodidade e certeza nas relações intersubjetivas. Com o Estado, a vida se tornaria mais fácil e os direitos que os indivíduos possuem poderiam ser protegidos de maneira mais perfeita.

Por seu turno, Rousseau (1712-1778) discorda tanto de Hobbes quanto de Locke. Para o filósofo suíço, a espécie humana é muito frágil, sendo que a sobrevivência no estado natural, quando todos vivem de forma isolada, é algo extremamente difícil e mesmo impossível. É preciso que os indivíduos se organizem, conscientemente e sob a forma estatal, para que possam viver. De acordo com Rousseau, o Estado é mais do que uma forma de se evitar que os homens se matem (Hobbes) ou uma simples conveniência (Locke): trata-se de instrumento necessário para a sobrevivência humana.

Segundo Locke, o legislador não cria direitos, mas aperfeiçoa a sua tutela, no suposto de que esses direitos preexistem ao Estado, razão pela qual o Poder Público não poderia afetar arbitrariamente a vida e a propriedade dos indivíduos. Pois, para Locke, no estado de natureza, os indivíduos já eram capazes de instituir a propriedade privada, segundo os ditames da lei natural, mas, para preservá-la, necessitariam de uma organização política, a qual deveria existir para o bem coletivo, buscando garantir condições propícias à paz e ao gozo da propriedade.

O pensamento de Hobbes se diferenciava daquele havido posteriormente por Locke e por Rousseau, pois representa a evolução da teoria político-jurídica europeia, uma vez que Hobbes agasalhava o ainda desconhecido positivismo jurídico, afastando a corrente jusnaturalista que se encontrava em vigor. É cediço



que a oposição direito positivo e direito natural constitui a mais antiga divisão do direito. Desde tempos remotos, o homem acredita na existência de uma ordem jurídica superior àquela por si criada, capaz de expressar um ideal absoluto de justiça, que seria o direito natural. O direito natural independe do Estado, a quem cabe apenas cumprir as normas jusnaturalistas, mas jamais criá-las. Tais normas guardam uma perfeição intrínseca porque derivam diretamente da própria natureza das coisas, da razão humana ou da vontade dos deuses. Em razão disso, muitos pensadores como Platão, Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino, Locke e Rousseau entendem que o direito natural, por ser absolutamente justo, se sobrepõe ao direito criado pelos homens, falível, imperfeito e, às vezes, injusto, que seria o direito positivo, isto é, ao direito posto por atos humanos, concreto e efetivo.

Os capítulos centrais de *Leviatã* (XIII a XV) trazem a compreensão da inovação inerente ao pensamento hobbesiano, qual seja, a substituição de uma racionalidade político-jurídica teológica, de matriz medieval, por outra de feição moderna, técnico-racionalista e laica.

Utilizando a razão e abrindo mão da liberdade natural, os indivíduos criaram o Estado-Leviatã, que, aparentemente, poderia ser entendido como uma espécie de garantidor das leis naturais. Por ser mais potente que qualquer indivíduo, o Estado é capaz de exigir que as leis naturais sejam cumpridas, ao mesmo tempo que pune aqueles que as transgridem. Contudo, Bobbio pondera que, com o surgimento do Estado, a monopolização do poder corresponde à monopolização do processo legislativo, pois apenas as leis postas pelo soberano devem ser cumpridas. E, por outro lado, somente o governante tem o direito de criar leis, que, evidentemente, correspondem ao direito positivo, e não mais ao direito natural.

Conforme Hegel (1770-1831), o contrato é instrumento básico do Direito Privado, ou seja, daquele conjunto de princípios e regras jurídicas que regulam as relações entre indivíduos livres e iguais, não sendo capaz de conferir realidade ao Estado, expressão máxima do Direito Público. Pensar de maneira contrária equivaleria a uma privatização do Estado, que assim surgiria da vontade individual e não do processo histórico, como quer Hegel. A história demonstra que o Estado nasce, não da simples vontade associativa dos sujeitos de direito, mas de causas muitas vezes remotas, inconscientes e violentas.

Noutro giro, em conformidade com a ótica epistemológica de Kant, qualquer direito que derive do Estado é direito público, mesmo aquele que os juristas costumam denominar direito privado. Todo o direito estatal é necessariamente um direito público. Um direito privado, para Kant, portanto, somente seria possível fora do âmbito do Estado. E para Kant, que é um jusnaturalista, tal seria possível, pois o direito fora do Estado, e, portanto, não público, seria o direito natural, aquele que regula as relações entre os homens no estado de natureza.



Direito privado e direito público correspondem, portanto, na teoria kantiana, a uma distinção de status: o primeiro é próprio do estado de natureza, no qual as relações jurídicas atuam entre indivíduos isolados, independentemente de uma autoridade superior; o segundo é próprio do estado civil, no qual as relações jurídicas são reguladas por uma autoridade superior aos indivíduos, que é, neste caso, a autoridade superior do Estado.

Já Spinoza (1632-1677) define o direito natural como o poder da autoconservação do indivíduo, sendo, pois, inadequada a noção de "lei natural", pois esta implica a suposição de uma vontade divina onipotente, com decretos impostos pelo querer absoluto e contingente. O direito é pensado, então, como potência, produção, dinamismo, o poder em exercício. Ele não é reduzido ou analisado sob o prisma do direito positivo, a lei, ou o contrato social, mas pela instituição.

Spinoza, em sua obra intitulada *Tratado Político*, nega que um indivíduo exerça resistência pelo fato de o tirano ter-se tornado injusto ou ilegítimo. Afirma que, embora o desejo de resistência surja da indignação popular provocada pela injustiça ou ilegitimidade, esta resistência ocorre no momento em que o governante define como justo, verdadeiro ou bom algo que os governados entendem como injusto, mau e falso.

A concepção rousseauiana fundamenta-se na ideia de que a soberania nasce da decisão dos indivíduos. No *Contrato Social*, que publicou em 1762, Rousseau sustenta que o poder soberano pertence diretamente ao povo. Assim, pelo pacto social, os indivíduos se transformariam em corpo político, renunciando à liberdade natural, mas forjando a liberdade civil, que poderia conferir ao indivíduo a garantia de ser governado por uma lei.

Para Rousseau (1712-1778), a instituição pública, criada com o pacto social é a única garantia da liberdade humana. A liberdade individual só existe com a liberdade coletiva; ou seja, sem a existência de uma convenção, construída pelos indivíduos para estabelecer os seus direitos, estes não existiriam e uns poderiam se apoderar dos outros. Esta teoria política baseia-se na possibilidade de os seres humanos regerem coletivamente sua própria convivência, que, de maneira geral, é entendida como superação de toda arbitrariedade, no momento em que o ser humano se submete a uma lei erguida por ele acima de si mesmo.

Afinal, Rousseau desconfia dos governos, e propõe que sejam limitados, para prevenir que se desvirtuem pela busca de fins particulares. Propugna que o povo mantenha sempre a possibilidade de retomar o que havia delegado aos governantes.

Sendo assim, com o passar do tempo, percebe-se que a visão da soberania popular vai ganhando espaço. De toda a forma, punha-se o problema de



como o povo se faria ouvir, de como a sua existência política se expressaria na sociedade.

O exercício da vontade suprema do povo foi sendo reconhecido aos seus representantes no Legislativo. O Parlamento passa, então, a ser a sede de defesa dos interesses do povo. Na Europa, a Revolução Francesa havia assumido a tarefa de superar todo o antigo regime monárquico-absolutista que não amparava os valores da liberdade individual e da propriedade.

A Revolução Francesa não vinha apenas para restringir excessos de um regime anterior, propunha-se suplantá-lo. Consagrou-se a proteção do povo através da valorização do Parlamento. O Direito Público configurou, ao longo do tempo, uma concepção nova de que a lei deve representar a vontade geral do povo, o qual tem sua voz através do Poder Legislativo do Estado.

A lei passa a ser comando obrigatório, mais por sua proveniência do que por seu conteúdo, por representar a vontade dos cidadãos, e o princípio da soberania da nação acaba por se confundir com o princípio da soberania do parlamento.

Enfim, o Direito Público passou por uma riquíssima e farta evolução histórica ao longo do tempo, a qual se buscou demonstrar de maneira muito singela nesta breve elucidação.



Re: Martin Loughlin I

por [Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho](#)

Monday, 19 December 2016, 04:00

### **Martin Loughlin I, de 30/10/2016**

Cara Professora Doutora Ana Raquel Moniz e prezados colegas, apresento minha contribuição às reflexões suscitadas, por meio de resumo dos Capítulos I e II da obra *Foundations of public law*, de Martin Loughlin, tentando destacar os contributos filosófico-jurídico-dogmáticos de Bodin, Hobbes, Spinoza, Rousseau, Kant e Hegel para a compreensão da formação e evolução do Direito Público.



## 1. O nascimento do Direito Público: a virada metodológica e a contribuição de Bodin (1530-1596) e Hobbes (1588-1679)

O direito público, na origem da evolução que chega aos dias atuais, foi forjado no contexto de mudanças econômicas, sociais, políticas e tecnológicas que firmaram o Estado Moderno. Ele surgiu como campo autônomo de conhecimento em meados dos séculos XVI e XVII.

Este período foi marcado por intenso conflito religioso e pela crescente historicização, racionalização e secularização do pensamento político (o soberano deixou de encarnar a ligação entre o céu e a terra), e por isso constituiu um momento decisivo para a formação do conceito moderno de direito público. Primeiro, pela independência da ordem política da ordem religiosa (ruptura da noção de ordenação teocrática medieval); segundo, pela ideia de Governante separada da ideia de Estado (existência de ordem legal e constitucional, dissociada do reinado, a qual o Governante estaria submetido e com a obrigação de a manter).

Para entender o nascimento do direito público é necessário compreender a virada metodológica, em especial a contribuição dos pós-glosadores, que são responsáveis pelo surgimento de uma cultura jurídica humanista na França, Inglaterra e Alemanha, a partir da crítica aos glosadores e à escola de exegese. Dentre estes pós-glosadores, Loughlin destaca Hotman, Bartolus e Baudouin, e, em seguida, explica a contribuição de Bodin e Hobbes.

Hotman sugeriu que os Códigos Romanos eram inúteis para os advogados, porque não tinham relação com a sociedade moderna; defendeu leis diferentes para Estados que diferiam de acordo com a história e a cultura; demonstrou que a lei romana era totalmente irrelevante para compreender a Constituição do Estado Francês. Bartolus defendeu que as leis deviam ser acomodadas de acordo com a forma e condições da comunidade e não a comunidade às leis. E Baudouin criticou o currículo de Direito da Universidade, porque, segundo ele, era inteiramente de Direito Privado, e não oferecia uma formação adequada para um jurista, que poderia ser chamado a oferecer conselhos também sobre assuntos de Estado, e por isso deveria ter formação mais ampla, inclusive de direito público.

Bodin censurou o método exegético usado pelos glosadores que tornaria os jurisconsultos meros gramáticos. Ele defendia que o caminho do progresso seria descoberto por meio do estudo da história, no qual a melhor parte do direito universal estaria escondido. Assim, a história ofereceria a chave para estudar e entender o direito político e os principais preceitos da arte de governar. A natureza do direito político só seria revelada por meio da investigação comparativa e histórica das leis, costumes e práticas dos governos.



Para Bodin, um bom historiador deveria estar familiarizado com a arte da política, e este conhecimento seria adquirido com a experiência, com o estudo comparativo das leis e costumes dos povos.

O método comparativo de jurisprudência política, de Bodin, propunha o estudo das “flores” da história para a colheita dos “frutos” mais doces. Esse método requereria um novo tipo de educação jurídica, um currículo mais humanista e mais amplo, envolvendo o estudo da história, da política e da sociologia. O método de Bodin floresceu na obra de Montesquieu, dois séculos depois (século XVIII), fornecendo a base para uma compreensão sociológica do Direito. *Esse contributo ancora a tendência hodierna de compreender o Direito como fenómeno histórico e cultural.*

Para Loughlin, o livro *République* de Bodin é a primeira apresentação sistemática do direito político, trazendo ideias sociológicas do desenvolvimento governamental e explicando a ideia de soberania do Estado, distinta da ideia de governo. A obra representaria a maior realização de juristas franceses em seus esforços para substituir a autoridade do direito romano com uma ideia moderna de direito público, fundada na sabedoria civil e derivada de uma pesquisa comparativa e histórica das práticas que regem os Estados europeus. É um retrato sistemático da soberania, que lançou as bases para uma teoria racional do absolutismo, que buscava garantir a autoridade do soberano para viabilizar o Estado, prestes a naufragar em virtude de violentas tempestades (guerras civis).

São de Bodin, já no séc. XVI, as máximas: “o poder corrompe”; “é necessário assegurar a separação entre o poder legislativo e o executivo”; “a igualdade relativa na distribuição de riquezas promove a estabilidade do Estado”; “a maioria das democracias são aristocracias disfarçadas”. Registre-se a atualidade destas máximas.

De fato, Bodin e Hotman são considerados pioneiros da mudança metodológica do Direito. E como resultado de uma mudança no método jurídico, houve o abandono do método escolástico da escola de exegese pela investigação histórica, e o direito público foi concebido como um conjunto de regras básicas, princípios e práticas que estabeleceriam, sustentariam e regulariam a atividade de governar o Estado.

A emergência desse conceito de direito público, apresentado como discurso histórico-político e como contributo de Bodin, se projeta nas tendências evolutivas do direito público e traz implicações importantíssimas para entender Direito, Estado e Governo nos dias de hoje, como por exemplo: i) a interpretação do direito para além dos textos legais; ii) a separação entre Estado e Religião; iii) a vinculação da noção de soberania à de comunidade (nação como repositório da soberania).



Durante o séc. XVII, o pensamento de Bodin foi racionalizado por estudiosos como Grotius, Hobbes e Pufendorf. Um dos principais objetivos desses escritores era explicar que o exercício da autoridade era compatível com o direito natural. Apoiaram-se na existência de um contrato original (ideia emprestada dos huguenotes) para mostrar que o povo concedeu voluntariamente poder à autoridade para permitir ao Estado cumprir com seu objetivo principal de manter a segurança e o bem-estar das pessoas, reconhecendo os direitos individuais.

Diferentemente de Grotius, Hobbes sustentou que a vida do homem em estado de natureza é um conflito perpétuo, um verdadeiro *bellum omnium contra omnes*. Os homens permaneciam em eterno conflito de interesses e eram movidos por paixões potencialmente destrutivas. Dessa forma, Hobbes defendeu no *Leviatã*, que a única maneira de assegurar a paz, a segurança e a ordem seria submeter todos os homens à autoridade de um poder coercitivo que, por meio da ameaça de punição, garantisse que as promessas e tratados fossem cumpridos e as regras obedecidas.

Esta ideia estabeleceria o Estado fundado no poder absoluto do soberano (legislador supremo, única fonte do certo e errado, da justiça e da injustiça). A imagem de Estado apresentada por Hobbes era uma imagem autoritária, que admitia o Direito como comando do soberano, embora essa autoridade não tivesse sentido pessoal, mas, sim, a de alguém que ocupava um cargo público e que era encarregado de manter a ordem e promover o bem comum. Nesse sentido, o soberano só deveria promulgar regras necessárias para manter a paz, deixando os cidadãos livres para perseguir fins particulares nas esferas da vida privada (teoria liberal).

Assim, segundo Hobbes, o direito público assentaria não apenas nos comandos do soberano, mas, também, nas condições por meio das quais o soberano mantém sua autoridade. Transpondo essa visão para os dias atuais, verifica-se que o direito público adquire identidade não pela figura do soberano, mas a partir do conceito moderno de soberania, construído sobre o fundamento da inviolabilidade de Estados soberanos e do reconhecimento mútuo de Estados autônomos na arena internacional.

## **2. A arquitetura do Direito Público: brevíssimo apanhado sobre a estrutura do ordenamento governamental moderno e a contribuição de Spinoza (1632-1677)**

Como extraído do Capítulo I do livro ora estudado, a configuração dos arranjos institucionais que marcam a dinâmica “poder x autoridade” em cada Estado formaria a arquitetura do direito público.



A questão que Loughlin propõe no Capítulo II é saber se é possível identificar algum modelo de ordenação precisa/fixa de direito público. Essa é uma das questões mais importantes em qualquer estudo sobre os fundamentos do direito público, mas é também a mais questionável.

Loughlin procura responder a essa questão com base em Spinoza, e por meio de dois pressupostos: primeiro, que, não obstante a existência de variação, as práticas políticas tenderiam a ser organizadas em um número limitado de repertórios, e, segundo, que certas disposições não seriam suscetíveis de proporcionar as condições necessárias para manter um governo estável.

Spinoza acreditava que a experiência revelava todos os tipos imagináveis de comunidade compatíveis com a vida dos homens em unidade, bem como os meios pelos quais a multidão podia ser guiada e mantida dentro de limites fixos. É que, para Spinoza, os homens não poderiam viver sem uma lei geral. Logo, haveria uma ordenação governamental enraizada na experiência histórica que deveria ser reconhecida. Essa ordenação constituiria os fundamentos do direito público.

Neste sentido, a contribuição de Spinoza auxilia a entender que o objetivo do estudo dos fundamentos de direito público é compreender a estrutura arquitetônica do ordenamento governamental moderno.

### **3. A ciência do Direito Político: análise da contribuição de Rousseau (1712-1778), Kant (1724-1804) e Hegel (1770-1831)**

Na era moderna, o poder da religião se dissipa e o governo deixa de ser uma autoridade remota para se tornar suscetível de afetar a vida comum. Nesse momento, o direito público adquire sua autonomia, mas o seu processo de institucionalização revela ambiguidade, pois o processo de constitucionalização, ao lado de estabelecer limites ao exercício do chamado poder despótico, forma redes que aumentam o poder governamental. Daí dizer-se que seria um processo complexo e ambíguo.

O contributo de Rousseau é defender que, no Estado Constitucional, a soberania deveria ser subordinada à vontade do povo (vontade geral inafastável e indestrutível). A soberania seria a base em que foi erguido o edifício constitucional moderno.

Ao discorrer sobre os ideais que moldaram o direito público, como também sobre as práticas que permeiam os arranjos de governo, Rousseau definiu o contrato social como chave para responder às tensões e ambiguidades entre o direito público e o poder político.





Rousseau sucede à tradição do direito natural moderno com inovação significativa, pois rejeita o conceito de lei natural. Para ele, os princípios de uma sociedade justa derivariam da razão política, e não dos preceitos de direito natural. Quando a lei natural é descartada, surge espaço para o surgimento da concepção autônoma de direito político.

Rousseau contribuiu para que a lei passasse a ser entendida como um sistema ordenado criado por seres humanos, através de processos sociais e concebidos para satisfazer as necessidades terrenas. Segundo ele, a lei não seria encontrada nos preceitos orientadores da natureza; ela seria construção da razão humana. Com isso, adquirir-se-ia uma compreensão mais precisa de lei em sentido jurídico (legislada ou consolidada). Ao reconhecer isso, deixar-se-ia para trás o mundo da lei natural (imaneente). A lei natural já não podia ser entendida como forma de direito, porque não mais se admitia haver direito fora das leis concebidas pelos seres humanos.

Com este reconhecimento, desapareceria a distinção do constitucionalismo medieval entre direito positivo (a lei do soberano) e a lei natural (preceitos de conduta implantados, por Deus, na razão humana). O que surgiria no lugar da lei natural era o direito político, que passaria a ocupar o terreno central que a lei natural havia colonizado.

O contrato social proposto por Rousseau explicaria como a ordenação governamental poderia ser conciliada com a reivindicação de liberdade dos indivíduos.

Na explicação da ordenação governamental, Rousseau rejeita a analogia da família, em que o Governante seria o "pai" e as pessoas as "crianças", do mesmo modo que refuta qualquer semelhança entre o Governante como o "pastor" e as pessoas como um "rebanho".

Rousseau usa a expressão "pacto político", que ele batiza de "contrato social", para contornar as dificuldades relacionadas com a fundação do governo. Para ele, o Governo nasce do contrato social, que submete a todos (Governantes e população). Através desse contrato, o corpo político passa a existir, e seus contornos devem partir da distinção que Rousseau faz cuidadosamente (seguindo Bodin) entre interesse comum (que é a vontade geral) e a soberania (exercício da vontade geral). A partir daí se compreenderia a soberania como inalienável e indivisível.

O contrato social, assim, seria um ato genuíno de vontade geral que obrigaria ou favoreceria igualmente a todos os cidadãos. A vontade geral seria a justificativa para o Governo. Ela reconciliaria a vontade e a razão, uniria o poder e a liberdade e apresentar-se-ia como chave para estruturar a ciência do direito político.



Para Rousseau, qualquer Estado governado por leis seria uma república e todo governo legítimo seria republicano. A manutenção do poder legislativo nas mãos do povo asseguraria que o poder político não fosse convertido em dominação legalizada. Para alcançar uma constituição republicana, então, bastaria que se respeitasse o contrato social, não obstante seu pessimismo quanto à inevitabilidade de rompimento desse contrato.

As ideias de Rousseau se ligaram aos ideais e realizações da Revolução Francesa, evento mais decisivo que marcou a chegada da modernidade e que causou impacto em toda a Europa, especialmente na Alemanha, que tinha mais de 300 unidades feudais.

A ruptura com o antigo regime feudal e com a servidão marcou uma fase crítica da razão (criticismo) e motivou filósofos alemães a darem seu contributo. Kant foi um desses filósofos.

Profundamente influenciado pela teoria de Rousseau, Kant acreditava que a Revolução foi causada pela *débaçle* da moral humana. Para Kant, o verdadeiro significado da Revolução estaria na maneira pela qual ela revelou o imperativo humano (junção da ideia da razão com a de moral humana). Por meio desse imperativo humano “categórico”, os homens estabeleceriam as leis para eles próprios (ideia de lei racional).

De acordo com Kant, o ordenamento jurídico deveria estar alinhado com as exigências morais. Essa ideia, transportada para os dias atuais, se projetaria na crescente aproximação entre o Direito e a Moral, que para Kant só se diferenciam formalmente.

Kant não admitia, em sua concepção de direito político, o direito de rebelião contra a autoridade estabelecida. Qualquer reivindicação de direito à rebelião, para Kant, seria um golpe na existência da ordem jurídica. “Toda resistência contra o poder legislativo supremo é o maior e mais passível crime na comunidade, pois isso destruiria as suas próprias bases.” Assim, Kant é incapaz de admitir o direito de rebelião, porque esta atentaria contra a lei da autoridade, e, por consequência, contra uma lei moral.

Kant acredita que os Estados poderiam estabelecer constituições republicanas, mas não explicou como alcançar uma constituição republicana.

Mais tarde, e criticando a concepção de Kant, Hegel traçaria os contornos do direito político na entidade autônoma do Estado, que entendia como realização da liberdade humana, e como a esfera em que todos se relacionariam entre si, e estariam ligados por laços de solidariedade, que expressariam o “altruísmo universal”.



Segundo Hegel, o Estado seria um organismo que manteria sua identidade (instituições, poderes e funções) por meio de uma Constituição, que seria produto da racionalidade humana (o mundo da mente), não da moral. Assim, para Hegel, a partir da Constituição se poderia entender o Estado e o contrato social de Rousseau.

Essa visão de Hegel também contribuiu para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo e das repercussões desse fenômeno no direito público.

Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo não se traduz apenas na colocação do texto da constituição no topo da hierarquia do ordenamento jurídico, mas, sim, em um processo de releitura da interpretação e aplicação de todas as normas do ordenamento que, a partir de então passam, necessariamente, pelo filtro axiológico da Constituição (filtragem constitucional). Com isso, os direitos fundamentais, passam a ser utilizados como instrumentos que vinculam a interpretação de todo o ordenamento jurídico, não só de direito público, mas, também, de direito privado.

Nesse contexto, os princípios constitucionais, como normas de textura aberta, passam a ter posição de destaque na ordem constitucional, pois as Constituições procuram valer-se cada vez mais dos princípios como forma de acomodar, em seus textos, interesses conflitantes existentes numa sociedade pluralista. O caráter aberto das normas principiológicas, com alta densidade axiológica, evitaria a necessidade de se efetuarem constantes atualizações formais no texto constitucional, mas implicaria na perenização da tarefa de construir significados.

Além do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, há uma busca crescente pela efetividade dos direitos, notadamente daqueles exercitáveis contra o Estado, o que se traduz a partir dos inúmeros instrumentos de controle da atuação do Poder Público, como a ampliação do controle jurisdicional da análise das omissões e das ações administrativas necessárias à efetivação de políticas públicas e a previsão de diversos instrumentos jurídicos de tutela dos interesses difusos.

#### **4. Mudança de paradigmas: o direito público não deve sucumbir; deve superar dogmas e se adaptar às transformações da sociedade**

As tendências evolutivas hodiernas do direito público abalam alguns dos dogmas mais tradicionais, consubstanciando uma verdadeira mudança de paradigma das noções tradicionais que moldavam o direito público, pelo que Loughlin pergunta: *o direito público deve sucumbir, ser esquecido ou deve sobreviver e ser radicalmente alterado?*



Penso que a resposta é que o direito público deve sobreviver e, para isso, deve ser adaptado à nova realidade social, econômica e política do Estado, *sendo preciso superar os seguintes dogmas:*

a) *A indisponibilidade do interesse público* (a tendência evolutiva é a redefinição desse dogma, pois embora o interesse público ainda prevaleça sobre o privado, tanto a alteração dos mecanismos de determinação do interesse público – com maior participação da comunidade e menor associação à manifestação de vontade do Estado pela voz do Governante – quanto a própria ideia de indisponibilidade como vedação a qualquer forma de mitigação, ponderação ou negociação cedendo diante de uma perspectiva segundo a qual administrar é escolher e decidir é, em alguma medida, dispor, pelo que os direitos públicos devem ser negociados em prol do interesse comum);

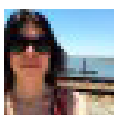
b) *A concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei* (a tendência evolutiva é a consagração do princípio da juridicidade, que vincula o Administrador público à lei, e, também, à Constituição Federal e aos princípios; afinal, a textura aberta da linguagem não admite certeza e precisão absoluta na interpretação de textos normativos, sendo muitas lacunas preenchidas e solucionadas por meio dos princípios);

c) *A ausência de controle da discricionariedade do Poder Público pela insindicabilidade dos atos administrativos discricionários, notadamente de sua motivação* (a tendência evolutiva é a possibilidade de controle jurisdicional também de atos discricionários, a partir dos princípios constitucionais e do dever de motivação, pois a falta de controle permitiria arbitrariedade e desvios de finalidade);

d) *O formalismo das contratações públicas* (a tendência evolutiva é sopear a exigência de formalismo, no caso concreto, com os princípios da igualdade e da competitividade, e buscar eficiência e desenvolvimento sustentável com as contratações públicas, de forma que o apego a formalismos exagerados e injustificados seria uma manifestação perniciosa e estéril da burocracia);

e) *A imperatividade e unilateralidade das decisões da Administração Pública* (a tendência evolutiva é a busca da legitimidade democrática da Administração, a partir da previsão de instrumentos de participação dos cidadãos na tomada de decisões e da obediência ao devido processo legal, garantindo o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos, acentuando a consensualidade).





Re: Martin Loughlin I

por [Janice Silveira Borges](#) - Saturday, 31 December 2016, 13:26

Atendendo às provocações da Professora Doutora Ana Raquel Moniz, apresentam-se alguns pontos da contribuição filosófico-jurídico-dogmática de Jean Bodin para a formação dos Estados Modernos e para a concepção do Direito Público enquanto conjunto de regras básicas, princípios e práticas que estabelecem, sustentam e regulam a atividade de governar um Estado, segundo o marco teórico escolhido pelo programa de Doutorado 3º Ciclo da Faculdade de Direito de Coimbra, qual seja, a obra de Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*. Reino Unido: Oxford, 2012.

Martin Loughlin inicia sua obra traçando um histórico sobre a origem do poder público desde a monarquia religiosa até à formação dos Estados Modernos. Como pano de fundo, estuda as bases da formação do Direito Público, sua vertente de Direito Político (visto como um modo de participação na coisa pública) até ao desenvolvimento do Direito Administrativo e suas polémicas atuais.

Especificamente com relação ao Direito Público, Martin Loughlin ressaltou os estudos de Jean Bodin. Bodin inicia seus trabalhos indo contra o pensamento francês vigente do início do século XVI, que considerava que a monarquia da França era uma criação peculiar e devia sua autoridade tanto à experiência quanto a um Código promulgado. Bodin argumentou que não havia conflito irreconciliável entre a reivindicação da autoridade absoluta do rei e a manutenção das tradicionais liberdades. Muito pelo contrário, as liberdades foram garantidas pela autoridade da coroa.

Bodin, na obra *Os Seis Livros da República* (Col. Fundamentos do Direito. São Paulo: Saraiva, 2015), como apresentado por Morgana Carvalho, defende que o caminho do progresso deve ser descoberto através do estudo da história, onde a melhor parte do direito universal está oculta. Como a história se preocupa, em grande parte, com público /político, Bodin, com o objetivo de revelar os princípios da arte de governar, argumentou que o bom historiador deve estar familiarizado com a arte do Estado.

O conhecimento da "arte de governar", segundo o estudioso francês, era mais facilmente adquirido na experiência, na participação em conselhos públicos, no poder executivo ou nas decisões legais. Entretanto, cabe ressaltar que sem livros dificilmente conseguir-se-ia obter o conhecimento da arte de governar o Estado, pois um homem se torna ainda mais hábil se ele acrescentar a esta prática o estudo profundo das letras e do direito público.



Assim, o conhecimento necessário para dirigir o Estado é derivado do estudo de um estilo comparativo de leis e costumes das pessoas. Bodin defende um método comparativo no qual os sábios devam reunir e comparar o quadro legal de todos os Estados e deles compilar o melhor. Com o uso de exemplos extraídos da história, Bodin procurou expor as leis sociológicas do desenvolvimento governamental e explicou formas em que essas leis possam ser moldadas.

Um tema recorrente do método do conhecimento histórico proposto por Bodin é a premissa de que o destino de cada Estado é determinado pelo caráter de seu povo. Para reafirmar sua premissa, analisa quais eram os fatores (geográficos e climáticos) que moldam o caráter do povo - ponto trabalhado pelo colega Luiz Antonio, em trabalhos apresentados anteriormente.

Durante grande parte do século XVI, Bodin desenvolveu teorias constitucionais que identificavam o Estado com a lei, de tal forma que a avaliação mais penetrante e influente dos problemas políticos era necessariamente feita por meio de considerações legais. Dez anos mais tarde, no entanto, Bodin descartou essa posição inicial, produzindo no livro original da *República* um relato sistemático da soberania que lançou as bases para uma teoria do absolutismo - o absolutismo moderado.

No contexto das guerras religiosas que assolaram a França entre 1562 e 1598, o ensinamento de Bodin transmitiu uma mensagem precisa, embora paradoxal, segundo Loughlin: para preservar a autoridade absoluta, o soberano era obrigado a diferenciar entre público e privado - entre questões de Estado e assuntos da religião - e ativamente promover uma política de tolerância religiosa (*Foundations of Public Law*. Reino Unido: Oxford, 2012).

De fundamental importância é a distinção entre soberania e governo feita por Bodin - a primeira, o lugar da autoridade, e o segundo, as formas institucionais pelas quais o soberano governa.

Cabe ressaltar que a soberania não se confunde com o poder. As restrições ao poder podem aumentar a autoridade soberana e a autoridade absoluta não implica a onipotência. Nesse diapasão, Bodin conceitua soberania como o centro do sistema político e o Estado como a forma de constituição da República. Segundo o autor, a ordem social somente pode ser instaurada e mantida se existir um único centro de poder (o poder soberano) que detenha direitos exclusivos e que seja superior a qualquer outro.

Mas, Bodin explica, como exposto por Loyanne Calafiori, que a autoridade absoluta do soberano é limitada. As limitações são de dois tipos: as que dizem respeito às leis fundamentais que estabelecem e mantêm o cargo do soberano e aquelas leis naturais que condicionam o tratamento do soberano.



Bodin reconheceu que a lei natural - os preceitos básicos da conduta justa - existia como uma característica da vida social. Ele estava determinado a explicar que a lei natural não poderia impor obrigações ao soberano exigível pelo povo. Mas aceitou que a lei natural impunha constrangimentos. O mais importante era o direito à propriedade privada: embora o poder do soberano seja absoluto, a apreensão arbitrária da propriedade, sendo despótica, não podia ser permitida. Para Bodin, o reconhecimento desse direito estava implícito no cargo do soberano.

O exercício do governo legal requeria um poder soberano, mas esse poder absoluto existia para o propósito de governar a vida pública. Bodin sustentou que o soberano podia tomar propriedade para uso público, mas a necessidade pública devia ser evidente e alguma compensação devia ser paga.

A outra fonte natural de restrição era a obrigação de o soberano honrar suas próprias promessas e contratos. Havia um dever na lei natural de fazer justiça. Havia uma diferença significativa entre uma promessa pessoal e uma lei, que era um comando impessoal. O rei podia ter uma obrigação inerente de fazer justiça, mas na lei o rei não podia fazer nada errado. À medida que o rei submetia a ação em seus tribunais, estava em causa uma questão de graça e não uma obrigação.

O tratamento sistemático que Bodin deu à autoridade soberana é radical em suas implicações. Segundo ele, por meio do despojamento de suas restrições de caráter vinculativo, que evoluíram através das práticas do constitucionalismo medieval, tinha-se um relato do domínio público como uma esfera de ação autônoma.

A função do governante, na visão de Bodin, era promover a unidade nacional e manter a paz, e se afirmar acima dessas reivindicações de verdade concorrentes, atribuindo a autoridade absoluta do governante no domínio público.

Concluindo, Bodin tem uma concepção de República ligada ao absolutismo moderado – poder que, embora absoluto do ponto de vista interno, é subordinado à lei fundamental, ao regime das famílias e à propriedade.

Segundo Loughlin (*Foundations of Public Law*), Bodin elaborou tanto a lógica formal da soberania (a relação das normas jurídicas) como as condições para a geração de poder através desse quadro (a importância de várias regras e práticas reguladoras). Cada um era um elemento necessário para a elaboração do Direito Público.

Bodin foi o primeiro a entender isso e a tentar integrar lógica e prática – razão e história – em um sistema de jurisprudência universal que combina as formalidades de construção do estado com as condições para manter o estado. Bodin preocupou-se não apenas em estabelecer as formalidades do direito de



governar, mas também em elaborar práticas que reforçavam a capacidade do soberano de governar.

Ainda na visão de Loughlin, como apresentada pela colega Morgana Carvalho em seus comentários, a *República* foi, sem dúvida, a obra mais original e influente da filosofia política escrita no século XVI, e representa a maior conquista dos juristas franceses em seus esforços para substituir a autoridade do direito romano por um relato moderno do Direito Público fundado na sabedoria civil e derivados. A obra constitui uma investigação comparativa e histórica sobre as práticas governamentais dos Estados europeus. Este relato do Direito Público resulta de uma mudança básica no método jurídico. As práticas do Direito Público encontram-se na *lex terrae*, um tipo de lei, revelada não pelo método da escola de exegese, mas pela investigação histórica. O direito público, com Bodin, foi apresentado como uma forma de discurso histórico-político (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*).

O surgimento desta abordagem do Direito Público, ainda segundo Loughlin, tem uma série de implicações importantes, das quais três podem ser destacadas. A primeira é que este discurso se baseia em uma gama mais ampla de fontes de conhecimento do que as técnicas romanistas, isto é, busca o significado de Direito Político além das formalidades dos textos legais oficiais, em inúmeras compreensões informais que condicionaram os modos como a autoridade é exercida devidamente. O direito jurídico deve acomodar os caminhos da lei popular, marcando a tarefa de determinar o significado mais criativo e também mais contencioso. Em segundo lugar, a adoção deste tipo de discurso histórico-político - envolvido como num debate de poder - resulta na superação da visão ideológica. Não se pode esquecer o fato de que, no discurso anti-romanista dos juristas franceses, havia uma forte tensão da historiografia protestante, que fazia reivindicações contra o absolutismo real (católico). A terceira implicação foi a mudança metodológica de Bodin. O autor iniciou a República não com um relato do soberano, mas com o núcleo de sua investigação: nas palavras de Foucault, esse discurso já não é o Estado (Soberano) falando sobre si mesmo; é algo mais falando sobre si mesmo como objeto de sua própria narrativa histórica; é uma espécie de nova entidade conhecida como a nação. Bodin desvia o caráter dos povos e mostra como é imperativo que um governante compreenda a natureza do povo. Revelando a natureza da relação entre o povo e suas instituições de governo, Bodin desloca o foco do poder daquele do maior poder de comando (Bodin, Livro I) a um que se entende ser gerado em um campo de forças (Bodin, Livro VI, proporção harmônica). Bodin aqui especifica o conceito-chave de poder sobre o qual o Direito Público moderno deve ser construído. Dos legistas franceses, foi Bodin quem mais claramente falou em uma voz moderna. O movimento absolutista de Bodin nos levou ao segundo paradoxo: para fazer a transição para um conceito moderno de soberania de estado, os juristas tiveram primeiro que





elevanto o cargo de governante, apenas argumentando sobre o poder absoluto do soberano de fazer a lei nas noções hierárquicas do governo medieval na lógica imanente do regime governante do Estado moderno. A destruição do antigo regime só poderia ser alcançada por meio da elevação (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*).

Destaca-se que a lógica da soberania moderna é muito diferente da noção medieval. Enquanto o governo medieval estava ancorado no princípio da hierarquia, o conceito moderno de soberania, erguido sobre o fundamento do direito natural, é de natureza igualitária. O governo medieval recebeu sua autoridade de fontes transcendentes, enquanto a autoridade do governo moderno está localizada em necessidades imanentes que mantêm a unidade política do Estado. A transcendência se opõe à imanência; o direito divino é suplantado pela vontade geral.

Esta mudança básica de orientação foi alcançada por juristas invocando um argumento cuja base foi destruída no processo de sua realização. Ou seja, embora a transição para um conceito moderno de soberania tenha sido posta em prática por juristas historicamente orientados que buscaram ancorar a ordenação constitucional nas leis fundamentais da antiga constituição, a lógica imanente da soberania moderna não poderia ter lugar para o conceito de lei fundamental.

A idéia de lei fundamental só faz sentido quando os regimes já não são autorizados externamente. Nessa situação inquietante, os regimes modernos dos Estados soberanos foram obrigados a tomar as antigas formas de religiosidade sob a forma de uma religião civil. O Direito Público moderno opera em uma época de ideologia, na qual a busca da salvação futura - a realização dos ideais implícitos na fundação - oferece uma justificação para os sacrifícios presentes.

O fato de que a transição para a modernidade foi realizada por juristas utilizando as idéias de Direito Natural gera um conjunto adicional de paradoxos, segundo Loughlin (*Foundations of Public Law*).

A lei natural é muitas vezes concebida como uma doutrina metafísica operando de acordo com uma lei fundamental: a saber, que todas as ocorrências naturais estão sujeitas a uma razão universal subjacente que fornece uma ordenação ao mundo. Nesta concepção metafísica, os seres humanos, através da faculdade da razão, são investidos por Deus com o conhecimento das leis morais inscritas na natureza. Esta doutrina da lei natural, especialmente nas mãos dos escolásticos, reforçou o quadro teológico-político hierárquico do governo medieval.

A doutrina moderna da lei natural, em contrapartida, foi quase inteiramente revista. Longe de ser motivada pela razão, os seres humanos são criaturas



movidas por paixões potencialmente destrutivas e são obrigadas a formar uma ordem governante para realizar a lei natural fundamental da autopreservação.

A moderna doutrina da lei natural não só removeu a divina do trabalho do mundo, como também abandonou a idéia de um governo civil como expressão de um natural - ordenação - e, portanto, também moral. A lei natural tornou-se o meio pelo qual a ordenação hierárquica poderia ser derrubada e formados os principais instrumentos de dominação política moderna.

A ascensão do *ephorate* exemplifica um dos principais temas do desenvolvimento do Direito Público: a autoridade é reforçada pela imposição de restrições. O melhor tipo de Commonwealth, Bodin argumentou, é aquele em que o soberano detém aquilo que diz respeito à sua majestade, o senado mantém a sua autoridade, os magistrados executam o seu poder e a justiça. A tese de Bodin é que um Estado bem ordenado é aquele em que as instituições de governo mantenham as suas tarefas essenciais e não invadam a esfera de competência dos outros. À medida que o governo no mundo moderno aumentou em escala e complexidade administrativa, o princípio de Bodin - segundo o qual o poder é reforçado através de uma diferenciação institucional em evolução - continuou a fazer seu curso (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*).

Apesar de Bodin defender que o princípio operado originalmente para estabelecer um quadro institucional reforça a regra monárquica, sua importância foi transformada com o surgimento da democracia. Hoje é mais comumente expressa no pensamento constitucional como doutrina de separação de poder. Esta doutrina afirma que a autoridade governamental pode ser conciliada com a liberdade individual pelo método de alocar as três principais funções de governo - regra de marcação, execução de regras e regra de adjudicação - a diferentes instituições que são então capazes de verificar as ações dos outros. No entanto, conforme expresso por Loughlin (*Foundations of Public Law*), o crescimento do poder administrativo ameaça não apenas desequilibrar o funcionamento desta doutrina, mas também torná-la anacrônica. As várias controvérsias sobre a natureza e o escopo do direito administrativo expressam o leque de possibilidades de encontrar soluções jurídicas para essas ameaças.

Em uma das interpretações apresentadas em seu livro (*Foundations of Public Law*), Loughlin expressa que a elevação do eforado exacerba as ameaças representadas pelo crescimento do poder administrativo. O eforado marca o entranhamento do poder de elites que não elegeram para influenciar o governo ao isolar-se dos processos democráticos. Mas esta análise tem sido constante: afirma-se que, devidamente compreendido, o eforado não apenas representa um quarto ramo emergente do governo, mas também opera de acordo com o princípio de Bodin.



Concordando ou não com a interpretação apresentada, é inegável que a tese de Bodin influenciou toda a formação dos Estados Modernos, bem como delineou traços do Direito Público Moderno.

Com estas considerações, encerro a minha participação escrita no Fórum de discussões, aguardando o feedback dos Professores e dos colegas. Na oportunidade, desejo Feliz 2017 a todos. Saudações académicas e até Coimbra.



MARTIN LOUGHLIN II

por [Pedro Costa Gonçalves](#) - Sunday, 13 November 2016, 21:21

A Parte V de *Foundations of Public Law* ocupa-se do “Government” e, numa perspetiva histórica, considera-o num plano institucional [o soberano, o Rei ou o Poder Executivo], bem com no plano do poder ou dos poderes enquanto instrumentos de ação [poderes de prerrogativa, *iura summi imperii*, *potestas*, *potentia*]. Trata-se, por conseguinte, da parte da obra que Loughlin dedica à (evolução da) Administração Pública – ou, mais em geral, à evolução do Estado Administrativo e do Poder Administrativo – e que desliza, naturalmente, até ao tempo da eclosão ou emergência do Direito Administrativo.

Este marco temporal (início do Século XIX) é associado a uma “nova arquitetura do Direito Público” postulada pela forte extensão do papel e das responsabilidades do Estado Administrativo, que se incumbe de providenciar a segurança e a liberdade, mas também a prosperidade e o bem-estar dos cidadãos. A “nova arquitetura” determina o início do processo de instituição de um sofisticado aparelho administrativo e, com este, emerge o Direito Administrativo.

A exposição subsequente do Autor permite-me sugerir algumas pistas de reflexão em volta dos seguintes eixos:

1 – Associação da emergência do Direito Administrativo a regimes autoritários (p. 436); afinal, A. V. Dicey (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*) estaria certo quando percecionou um “caráter despótico” no Direito Administrativo (no *droit administratif* francês); o tema da “aversão” ao Direito Administrativo, conceito que os ingleses consideram um oxímoro (p. 445); esta visão foi recentemente retomada nos EUA por Philip Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?*, The University Chicago Press, 2014, que considera o Direito Administrativo *illegal* e *tirânico* – trata-se de uma obra que tem agitado a doutrina e que tem sido alvo de críticas hostis e radicais: v.g, Paul Craig, David Bernstein e Adrian Vermeule, este último com uma recensão intitulada “No”



2 – Num outro ângulo de análise: a eclosão do Direito Administrativo como resposta racionalizadora ao crescimento do Estado e do Poder Administrativo e, em decorrência deste fenómeno, à exigência de instituição de um “regime jurídico harmónico, regular, uniforme e estável” (ideia de *codificação*).

3 – O surgimento, no fim do Século XX, de um “novo eforado”: auditores e agências de controlo interno e externo isentas de controlo; agências independentes com funções de regulação dos mercados e de outras matérias, que não respondem perante os Governos nem perante os Parlamentos; avaliadores de risco que, fora dos canais de legitimação democrática e até fora da esfera pública, condicionam o poder de decisão pública, a qual se transforma em mera receção de propostas e de pré-decisões externas; autoridades do Estado Administrativo que decidem conflitos e que, na vez de tribunais, protegem os cidadãos contra o Estado; a transformação do sistema administrativo: os “éforos”, o Governo dos não eleitos e a *expertise* e o *modus operandi* como fonte de legitimação (técnica, processual); a nova separação de poderes, baseada, não no tópico da tripartição clássica, mas numa ideia bipolar focada, por um lado, no poderoso Poder Administrativo e, por outro, em vários polos unidos pelo propósito comum do controlo do Poder Administrativo.



Re: MARTIN LOUGHLIN II

por [Luis Eduardo Barbieri](#) - Saturday, 19 November 2016, 21:19

No texto proposto pelo Prof. Pedro Costa Gonçalves, sobre a Parte V do livro *Foundations of Public Law* dedicada ao estudo do “Government”, são sugeridos três eixos para reflexão. A seguir, faremos a nossa análise de cada um deles separadamente.

### **(i) Associação do Direito Administrativo a regimes autoritários**

A questão de fundo colocada neste tópico refere-se à discussão se haveria um carácter despótico no Direito Administrativo. Nesse sentido, conforme citado pelo Professor Pedro Costa Gonçalves, Philip Hamburger (*Is Administrative Law Unlawful?* The University Chicago Press, 2014) considera o “Direito Administrativo ilegal e tirânico”.



*Ab initio*, vejamos as lições de dois renomados administrativistas brasileiros sobre o tema.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 25.<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-2) doutrina que na Idade Média não havia ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo justamente porque era a época das monarquias absolutistas, em que todo o poder pertencia apenas ao soberano. A sua vontade (do soberano) era a lei. Assim, explica a autora, a formação do Direito Administrativo teve início juntamente com o Direito Constitucional, a partir do momento em que começou a desenvolver-se o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre os princípios da legalidade e da separação dos poderes. Arremata a ilustre administrativista, “o Direito Administrativo nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média”

Nesse sentido, a ilustre administrativista argumenta que o Direito Administrativo busca justamente contrapor-se ao totalitarismo do soberano nas monarquias absolutistas.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 28.<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p.38-39) afirma que o Direito Administrativo, como conhecido na época atual, nasceu na França, sendo construído por obra da jurisprudência do Conselho de Estado, órgão encarregado de dirimir as contendas que surgissem entre a Administração e os administrados. Segundo este autor, “(...) após a Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele país (França) uma singular concepção da tripartição do exercício do Poder, segundo o qual haveria uma violação dela se o Judiciário controlasse atos provenientes do Executivo”. Então, foi criado o Conselho de Estado, órgão responsável pela formulação das bases teóricas do Direito Administrativo, as quais foram espalhadas pelos países da Europa Continental e, por conseguinte, àqueles por eles culturalmente influenciados (como é o caso do Brasil). O conceituado administrativista brasileiro discorda daqueles que alegam ser o Direito Administrativo “um Direito concebido em favor do Poder, a fim de que ele possa vergar os administrados”. Talvez esse erro de concepção, assevera o jurista, decorra da própria maneira de apresentar o Direito Administrativo com um conteúdo mais vinculado à ideia de “poderes”, que comandam os administrados, ao invés de destacarem-se os “deveres” impostos àqueles que administram (Poder Executivo). Nesse sentido, não há como atribuir-lhe um viés autoritário. Ele nasceu com o Estado de Direito, promovendo profunda subversão das ideias políticas até então vigentes, firmando a submissão do Estado, do Poder, ao Direito e regulando a ação dos governantes nas relações com os administrados. Conclui o doutrinador: “o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. (...) Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão.”



Concordo plenamente com os administrativistas acima referidos. O Direito Administrativo deriva da instituição do Estado de Direito em contraposição aos regimes absolutistas.

Ao fim e ao cabo, visa regular e controlar a atividade do administrador, delimitando seus atos dentro dos quadrantes estabelecidos pela lei (princípio da legalidade). De tal forma, não há como concordar que tem “caráter despótico” e muito menos “ilegal e tirânico”. Pode ocorrer, todavia, que em algum momento e/ou em algum país administrado por um governo despótico, haja desvirtuamento do Direito Administrativo, de maneira que algum déspota se sirva do instrumento (o Direito Administrativo), distorcendo-o, para a imposição de seus desejos tirânicos. Mas aí temos o mau uso do instrumento, da mesma forma que se pode usar um bisturi médico cirúrgico para cometer um assassinato.

### **(ii) A ideia de codificação do Direito Administrativo**

Como visto linhas acima, o Direito Administrativo foi construído a partir do desenvolvimento do conceito de Estado de Direito (Maria Sylvia Di Pietro), em grande parte por obra da jurisprudência do Conselho de Estado na França (Celso Antônio Bandeira de Mello).

Pois bem. Para que uma disciplina jurídica seja considerada autônoma deve-lhe corresponder um conjunto sistematizado de princípios e regras. Tal conjunto sistematizado pode estar codificado, encontrar-se em leis esparsas ou até mesmo decorrer de normas do direito consuetudinário. Assim, no Brasil, embora não tenhamos um código único para regular toda a atividade administrativa do Estado, existem diversas leis esparsas tratando de matérias específicas na esfera administrativa (p. ex: Regime Jurídico dos Servidores Públicos federais – Lei n.º 8.112/1990; Lei das Licitações – Lei n.º 8.666/1993; Lei Geral do Processo Administrativo Federal – Lei n.º 9.784/1999).

Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1988, p. 42-43) explica que a questão da codificação do Direito Administrativo tem encontrado três linhas doutrinárias: os que negam as suas vantagens; os que admitem a codificação parcial; os que propugnam pela codificação total. O autor, que defende a codificação, assevera, citando Jures Lespés, que “a codificação oferece, afinal, melhores possibilidades de controle e aperfeiçoamento, e remata afirmando que as vantagens se fazem sentir ainda em outros domínios: no da jurisprudência dos tribunais, no das jurisdições administrativas, no da doutrina e no ensino do Direito”. Para este autor os códigos, em sentido contrário ao defendido por Savigny, não impedem a evolução do Direito, ao revés, “concorrem para a difusão ordenada dos princípios jurídicos e para seu crescente aperfeiçoamento”.



Assim, o Direito Administrativo, notadamente dentro de nossa tradição jurídica, como ocorre nos demais ramos do Direito, está organizado em códigos únicos ou leis esparsas, em sintonia com o sistema romano-germânico presente em toda Europa continental e América Latina e em grande parte da Ásia e da África.

A meu ver, essa tendência à codificação decorre das crescentes necessidades impostas ao Estado-Administração na prestação de serviços, na regulação de atividades e incentivo à economia, em suma, como provedor do "Estado de Bem-Estar Social". Nos países que adotam este modelo, para que o Estado ofereça as políticas públicas adequadas, interfira na economia para corrigir eventuais distorções e ofereça uma gama de direitos sociais aos cidadãos há necessidade da existência de todo um aparato jurídico-administrativo para regular a atividade dos órgãos do Estado e de seus servidores públicos.

### **(iii) Os órgãos (agências) e os funcionários do Estado Administrativo**

Penso que todo esse aparato de órgãos / agências públicas e seus respectivos funcionários (o "novo eforado" que surgiu no fim do Século XX, nas palavras do Prof. Pedro Costa Gonçalves) decorre da própria evolução das funções e atividades exercidas pelo Estado moderno, assim como em atendimento às novas demandas trazidas pela própria evolução do Direito Administrativo.

A sociedade ficou mais complexa a partir dos últimos anos do Século XX (novos meios de comunicação - *internet*, crescente urbanização, maior integração entre os povos e países, mais serviços públicos disponíveis às pessoas, etc.), de modo que para organizar essa "sociedade complexa" houve a necessidade de uma maior estrutura administrativa para fazer frente às demandas que foram surgindo.

A complexidade da vida em sociedade implicou também o surgimento de novos conflitos que precisaram ser dirimidos. O poder típico para resolvê-los é o Poder Judiciário. Entretanto, no caso específico do Brasil, o Judiciário está abarrotado de processos e, muitas vezes, não tem conseguido solucioná-los em tempo razoável para dar uma resposta efetiva e eficaz às demandas da sociedade.

Tomem-se, como exemplo, os litígios tributários na esfera federal, que representam aproximadamente 60 a 70% do total dos processos analisados na Justiça Federal. Assim, existem órgãos vinculados ao Poder Executivo federal (Delegacias da Receita Federal de Julgamento e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) que fazem o controle da legalidade dos lançamentos tributários (autotutela), justamente na tentativa de resolver esses conflitos entre os cidadãos/contribuintes e o Estado/Fisco, sem a necessidade de levá-los aos Poder Judiciário.



Em outras áreas de serviços públicos, de igual forma, existem diversas agências a regular uma gama enorme de atividades exercidas pelos particulares, onde devem ser tutelados os serviços prestados à sociedade, como por exemplo, Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), etc...

Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, 9.<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Malheiros, 2008, p. 150-154) assevera que as “agências reguladoras brasileiras” foram copiadas do modelo americano. Tais agências, nesse modelo, têm “competência para editar normas jurídicas, como também atos administrativos, se o Estado, por intermédio de seu Poder Legislativo, lhes der tais competências”. Assim, a competência do Poder Executivo sobre as agências é apenas política, no sentido de coordenar as diferentes ações públicas com a política desenvolvida pelo Governo. Destaca ainda a ilustre administrativista que, no ordenamento jurídico brasileiro, as obrigações e proibições aos administrados decorrem apenas da lei (art. 5.<sup>o</sup>, inciso II, CF/88).

Nestes termos, não me parece, ao menos no caso brasileiro, que podemos falar na existência de um “poderoso Poder Administrativo” e seus “éforos”. Notadamente, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Separação dos Poderes, escorada no sistema de “freios e contrapesos” – *checks and balances* - tem funcionado satisfatoriamente. As agências e órgãos públicos organizados e dirigidos no âmbito do Poder Executivo, com atribuições e competências outorgadas pelo Poder Legislativo, estão sujeitas ao controle de seus atos administrativos tanto pelo próprio Poder Executivo (autotutela) quanto pelo Poder Judiciário (jurisdição).



Re: MARTIN LOUGHLIN II

por [Loyanne Verdussen de Almeida Firmino Calafiori](#)

Tuesday, 13 December 2016, 13:32

## O nascimento de um “novo eforado” ou a repetição de antigas práticas? Um olhar sobre a realidade contemporânea

### 1 – A emergência do Direito Administrativo relacionada a regimes autoritários, a “aversão” ao Direito Administrativo “ilegal e tirânico”

Desde sua origem mais remota, o Direito Administrativo traz em seu âmago a ideia de um regime autoritário, melhor dizendo, de um administrador público





que concentra em si os poderes supremos sobre a Administração Pública e seus súditos (os particulares).

Ocorre que, de fato, mesmo que o Estado Administrativo e o Poder Administrativo tenham passado por anos de evolução e aprimoramento rumo à limitação do poder estatal e à proteção dos direitos fundamentais, a situação vivenciada na contemporaneidade não se alterou significativamente.

É cediço que os privilégios e honrarias conferidos aos administradores públicos ainda perduram com louvor até os presentes dias. O Estado empenha satisfatória parcela de seu rendimento com “soberanos” cada vez mais nobres e tiranos.

Tiranos porque assistimos diariamente a governantes usurpando o poder estatal para cometer ilegalidades e para satisfazer a interesses particulares, colocando sua autoridade acima da lei e da justiça. A justiça, como o caso do Brasil, representada por sua Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal, ainda profere decisões de caráter meramente político, rasgando a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais vigentes no país. É a aplicação daquele velho ditado: “Aos amigos favores, aos inimigos a lei”

Nos questionamos a todo tempo se de fato houve grandes mudanças do poder estatal vivenciado no passado e do poder administrativo que se tem no presente. Isso porque, no passado havia um rei que desfrutava de poderes absolutos e ilimitados sobre seus súditos, sem mecanismos para limitar ou frear sua atuação.

Entretanto, na contemporaneidade, vive-se um suposto Estado Democrático de Direito, conquistado pela separação dos poderes, em que um poder controla o outro, de maneira que os administradores públicos atuem conforme a lei, sobretudo consoante os ditames agasalhados pela Constituição. Mas, esquece-se que a aplicação da Constituição é garantida pelo Poder Judiciário, os quais não são eleitos pelo povo, os quais não representam o povo, mas que, no caso brasileiro, tem seus membros escolhidos “a dedo” pelo próprio “rei”, “soberano” ou “presidente”, como o caso dos ministros do Supremo Tribunal Federal, Corte máxima do Poder Judiciário brasileiro.

Feitas essas reflexões, cabe-nos destacar, que os “escolhidos” pelo presidente julgam e reformam decisões de juízes inferiores, conforme os interesses e a satisfação de quem está no poder, de quem os colocou lá. Na verdade, pouca coisa mudou do passado para cá. Os interesses políticos ainda movem, na prática, a Justiça e as leis vigentes.

Não poderia deixar de expor a situação vivenciada em meu país de origem, que é o Brasil. Um absurdo. Um verdadeiro absurdo. Aqui ainda temos um “rei”, um “soberano”, só que atualmente, ao invés de todo poder se concentrar nas



mãos de um único poderoso, temos vários “soberanos” no Congresso Brasileiro, que formulam leis, condenam ou absolvem seus pares, e ainda, acreditem, julgam anistia para perdoar os desvios financeiros feitos por eles próprios.

Os privilégios conferidos a quem está no poder ainda são muitos. A população passa fome, trabalha, vive em condições de miséria, enquanto festas e luxo são ostentados pelos poderosos. Nessa toada é que se questiona o “caráter despótico” do Direito Administrativo, que por vezes, é arbitrário, tirano e absolutista.

Ainda há muito que alterar na realidade presente. E, nesse aspecto, não se pode esperar que os próprios “soberanos” elaborem leis que possam frear sua atuação e seu poder. É evidente que eles jamais cortarão da própria carne. Nesse sentido, é que se pode pensar que a contribuição trazida pelo novel Direito Administrativo transnacional possa oxigenar e promover a evolução do Estado Administrativo e do Poder Administrativo existente no interior de nações como o Brasil, que muito tem a aprender com a democracia portuguesa.

## **2 – A eclosão do Direito Administrativo para racionalização e crescimento do Estado e do Poder Administrativo**

Para a eclosão do Direito Administrativo nos moldes atuais, exigiu-se a instituição de um “regime jurídico harmônico, regular, uniforme e estável”, uma vez que a lei é que poderia limitar a atuação e o poder do rei, hoje exercidos pelo Poder Executivo.

No entanto, na “suposta” democracia contemporânea, as leis são feitas por representantes do povo, os quais são eleitos por voto direto, escolhidos pelos cidadãos. Mas, o que se nota é que as leis vigentes apenas conferiram legalidade aos abusos cometidos pelos governantes do passado.

Isso porque, atualmente, há eleições diretas do povo na escolha de seus “soberanos”, mas os votos são legalmente comprados pelos próprios “reis”. Afinal, o cidadão deveria escolher seus representantes com liberdade e independência, mas como se falar em liberdade de escolha se a maioria faminta que elege passa fome e recebe o alimento daquele soberano que está disputando o poder e que ameaça esse povo humilde e sem estudo de que caso perca o poder, seu alimento será retirado? Como se pode dizer que o povo vota com liberdade? Como se pode dizer que não há abuso por parte do candidato “soberano” que atua dessa forma?

O assistencialismo possui função imprescindível à população de baixa renda e isso é indiscutível e deve prevalecer, mas o que se questiona é que essas medidas protecionistas dos mais vulneráveis são obras de Estado, e não de governo, ou seja, ainda que se altere o governo, a Constituição garante a



assistência aos mais pobres, as leis estão operando a seu favor. Mas, o povo que não possui esclarecimento se amedronta com falsas ameaças e mentiras por parte do “soberano” que disputa o poder.

Os abusos cometidos vigoram até o presente, e como dito, o Judiciário não repele esses abusos porque em sua instância máxima é, ainda, infelizmente, coordenado por escolhidos do “soberano”. As injustiças perduram, e nem mesmo o regime jurídico vigente consegue repelir tais injustiças, porque a ordem jurídica é feita pelos próprios “soberanos”.

Os representantes eleitos pelo povo, ao atingirem o poder acabam corrompidos e elaboram leis que aumentam ainda mais o seu poder, inclusive para anistiar eles próprios das arbitrariedades cometidas! Os privilégios e as honras recebidas são pagos pelo pão que se tira à criança com fome. E o povo ainda não acordou, ainda não se mobilizou para a realidade.

Na realidade brasileira, o povo sem conhecimento e fanático pelo pão que o “soberano” ameaça tirar se sair do poder, acaba cego, e qualquer tentativa da Justiça em coibir as ilegalidades e arbitrariedades cometidas pelos “soberanos” são repreendidas pelo próprio povo faminto! No Brasil, o Congresso Nacional se anistia pelas “roubalheiras” cometidas, e pede a prisão do juiz que o enfrenta com irreverência e desprendimento. Sim, o bandido pede a prisão do juiz!

Quando o Judiciário não faz reverência para o “soberano” passar, os “reis” pedem a prisão do juiz! Alguma semelhança com o passado?

Com efeito, a globalização presente na contemporaneidade pode representar uma oportunidade para a melhoria do sistema jurídico interno. A interação de ações e leis administrativas domésticas e internacionais podem contribuir muito para a administração pública. Nesse sentido, para mim, é que se justifica todo meu empenho e minha dedicação para estudar nessa Universidade secular e tão respeitada em todo o mundo. Busco, de maneira muito singela, contribuir para o progresso da legislação brasileira através da experiência portuguesa, que muito tem a nos ensinar.

### **3 – O surgimento de um “novo eforado”**

Conforme demonstrado em linhas volvidas, o Poder Executivo ainda possui muitos privilégios injustificados. Muitas são as benesses recebidas pelos modernos “soberanos”, que, por vezes, utilizam o poder a seu favor.

Muitos chegam ao poder sem terem sido eleitos pelo povo, v.g., os suplentes de deputados e senadores que tomam posse sem terem sido escolhidos pelo povo que vai representar.



Os governantes ainda se encontram alheios às leis de responsabilidade fiscal. Não cumprem as leis. Cumprem apenas as leis que os beneficiam. Ainda, tem que ser ampliada significativamente a atuação e os poderes dos governantes, e muitos são os exemplos de suas arbitrariedades. Mas, o surgimento e a concretização de um novo Direito Administrativo estão nas mãos do povo. Afinal, todo o poder emana do povo, e apenas com cidadãos mais livres, reflexivos e questionadores é que se poderá ter melhores governantes à frente do Estado-nação.

O surgimento de um “novo eforado” há de vir, estamos a caminho dele, mas ele só será conquistado na medida em que se concretizar a existência de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito.



Re: MARTIN LOUGHLIN II

por [Luiz Antonio Ugeda Sanches](#) - Wednesday, 14 December 2016, 14:16

### **Da emergência do Direito Administrativo a regimes autoritários**

As reflexões acima disponibilizadas realçam alguns dos problemas centrais do Direito Administrativo no século XXI. No que concerne a associação da emergência do Direito Administrativo a regimes autoritários, talvez essa visão encontre respaldo no entendimento de que a justiça possa ser fundada em um critério de ordem ao invés de ampla liberdade. E nesta justiça, de base hobbesiana, o Direito é concebido como um meio de garantia da segurança da vida, que no limite preserva a continuidade da civilização. A justiça torna-se um elemento da paz social após o estado de natureza (Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.<sup>a</sup> ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 116-117).

E esta busca de justiça pela ordem é um campo fértil para regimes autoritários. Como exemplo, no Brasil é comumente atribuído ao presidente Getúlio Vargas (1930-1945) a institucionalização do Brasil, realizada por um regime de exceção, em que floresce um Direito Administrativo por força do aprimoramento da gestão pública por meio de princípios administrativistas (p. ex., legalidade, impessoalidade, isonomia etc.). Em outro período de exceção com base militar (1964-1985), Golbery do Couto e Silva, um dos grandes ideólogos daquele período, refletiu com clareza o pensamento majoritário dos governantes de então, de que havia um esgotamento da discricionariedade do Estado enquanto autarquia, que deveria se tornar lógico e, por que não, matemático. Afinal, “O Estado



soberano, surgido das fontes profundas do Medo para prover a segurança individual e coletiva na Terra, passaria a afirmar sua vontade onipotente sobre os destinos de todos os súditos que o haviam criado, assim mesmo, inigualável e autárquico, mas, já agora, pela própria necessidade de um raciocínio lógico, escoreito e severo, que o justificaria, de uma vez para sempre, contra todas as críticas e contra quaisquer argumentações" (Golbery Couto e Silva. *Conjuntura política nacional: o Poder Executivo & Geopolítica do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1981, p. 7).

Nesta ausência de debate, propugna-se uma visão quantitativa e estritamente positivista do Direito, uma vez que nega ao Estado um caráter autárquico e discricionário, devendo ser centralizado e vinculado, sem elementos de representatividade na construção de regulamentos e normas infralegais. De fato, este é um modelo de Direito Administrativo que dá respaldo àqueles que apontam este ramo do Direito como ilegal e tirânico, pois prima pelo conceito de justiça pela ordem, no qual a discricionariedade, mais do que ausente, deve ser combativa. É um pensamento único que reproduz matematicamente (se "A" logo "B") atos de poder unilateral.

Todavia, existem outras formas de se construir um Direito Administrativo, mais discricionário e representativo, o que pode lhe conferir níveis cada vez maiores de legitimidade. E a participação popular se torna central para o alcance destes objetivos. Logo, internalizar no sistema jurídico sistemas de consulta popular, tais como tomadas de subsídios, audiência públicas, consultas públicas e outros meios de participação, pode aprimorar a legitimidade do Direito Administrativo, afastando a argumentação de ilegalidade e de tirania, servindo de efetivo instrumento de mediação de interesses, para empregar a expressão de Martin Loughlin.

### **Da codificação do Direito Administrativo**

A ideia de codificação do Direito Administrativo constitui um tema complexo cuja crescente fragmentação científica, aliada à desarticulação de uma teoria geral das novas funções do Estado, acabou criando uma espécie de diáspora científica. Quando se observa o surgimento de novos ramos, como os direitos econômico, urbanístico, ambiental, da energia, agrário, sanitário, todos ligados, embora não exclusivamente, ao estudo da ação governamental sobre a vida privada, nota-se que a ciência do direito administrativo não tem sabido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada a cada um deles. Vem, com isso, perdendo importância. De pouco ou nada adiantará o estudioso buscar na teoria do direito administrativo as categorias de que necessita para compreender os limites e exigências das novas funções do Estado (Carlos Ari Sundfeld. *Direito Administrativo Ordenador*. Ed. Malheiros, 1.<sup>a</sup> Edição, 3.<sup>a</sup> tiragem, 2003, p. 15). Há que se buscar um modelo de síntese.



Existem ao menos duas correntes que propõem formas de sintetizar o Direito Administrativo. Afinal, mais importante do que codificar, é consolidar sua epistemologia. Uma primeira corrente é a do Direito Administrativo Econômico, ou *Law and Economics*, que por meio do princípio da eficiência busca conferir um mecanismo norteador a esta atomização conceitual. Afinal, o que é urbano, ambiental, agrário, energético ou sanitário tem uma sinalização econômica e necessita de fluxos financeiros, que são um bem escasso, para se viabilizar. Este método tem a virtude de dialogar com o capital de forma eficaz, mas contém a intemperança de subjugar valores morais e éticos ao jugo econômico e financeiro.

Outra corrente que discute esta consolidação é o Direito Administrativo Geográfico (ou *Géographie du Droit* francês, *Law & Geography* anglo-saxão, *Geodiritto* italiano, e Geodireito brasileiro), que por meio do princípio da localização propõe uma alternativa a esta mesma atomização conceitual. O Direito urbanístico, ambiental, agrário, da energia ou sanitário, em última análise, se projeta no território e precisam ser ordenados. Se o território consolida estas correntes do Direito Administrativo dentro do Estado, sendo gênero destas espécies, é ele que deve ser o elemento norteador, pois ele localiza e conforma estes interesses dentro da arena estatal. Este método tem a virtude de alocar no solo, no espaço estatal, os valores morais de uma sociedade, sendo uma alternativa real a uma visão estritamente econômica. Por outro lado, há um grande desconhecimento pelos juristas das categorias geográficas (território localidade, lugar, escala, região, paisagem etc.) que podem ser empregues para frutificar este multifacetado caminho.

Com estes conceitos, a ideia de codificação, enquanto regime jurídico harmônico, regular, uniforme e estável, somente será viável se houver uma opção epistemológica no Direito Administrativo que, ao invés de atomizá-lo, causando uma diáspora científica, faça o exercício inverso de consolidação de seus princípios informadores e dos elementos constituidores.

### **Das agências independentes enquanto “novo eforado”**

Por fim, mas não menos importante, as agências reguladoras ainda vivem as consequências do que o economista inglês John Williamson, em 1990, denominou de “Consenso de Washington”: o mínimo denominador comum de recomendações de políticas econômicas que estavam sendo cogitadas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), pelo Banco Mundial e pelo Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, todas elas instituições financeiras com sede em Washington D.C., que por sua vez propalava que os governos dos países em desenvolvimento, então na quase totalidade com situação financeira deteriorada e com cenário hiperinflacionário, deveriam observá-las como paradigma para seu desenvolvimento.



E sua repercussão no campo jurídico foi enorme. A realidade, usualmente, tornou obsoleta a agenda social fixada nas políticas públicas. O atraso econômico, a desigualdade social, além do profundo desnível na distribuição de renda, perpetuados pelos sistemas político e social, estavam sendo levados em consideração na reflexão sobre as estruturas jurídicas e institucionais do Estado, em particular a Administração Pública. O Direito Administrativo acabou por ser empregue muito mais no sentido de conter a discricionariedade do governo, admitida aqui como o poder do administrador público em optar entre alternativas legalmente concebidas, do que orientado para prover o Estado com políticas públicas e regulamentações claras (Maria Paula Dallari Bucci. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo, Ed. Saraiva. 2002, p. 3).

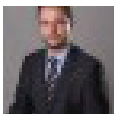
E as agências independentes com funções de regulação dos mercados e de outras matérias acabam produzindo uma espécie de insulamento burocrático, como se política e técnica pudessem ser separadas entre as instâncias técnicas de Estado e as instâncias políticas de governo. Tudo para blindar o capital internacional de riscos políticos.

Infelizmente o que se observa é que a captura política acaba ocorrendo do mesmo jeito, com os cortes orçamentários, esvaziamento de atribuições, indicações políticas para cargos de diretoria destas agências, entre outras práticas que acabam por desvirtuar por completo o conceito de agência independente. Neste cenário, os cidadãos se encontram no pior dos cenários, pois não têm suas demandas técnicas atendidas e acabam por obter uma regulação descaracterizada e obsoleta.

Conceitualmente, a proposta de agências independentes é boa sob a ótica do Direito Administrativo Econômico, pois ela é eficiente sob a lógica econômica. Aloca os riscos financeiros de uma forma ótima. Na prática, é completamente diferente. Para o sistema político, é muito complicado um governante saber sobre o aumento da energia elétrica ou dos pedágios por meio do noticiário televisivo, pois caberá a ele o ônus político destas decisões técnicas.

Para o Direito Administrativo Geográfico, a atribuição das competências jurídicas não encontra mediação na localização dos ativos. P. ex., em uma intersecção entre uma rodovia e uma linha de transmissão, ambas concedidas à iniciativa privada, quem deve arcar com o ônus de pagamento de receitas acessórias: a rodovia, a linha de transmissão, ou o contrário? A falta de ordenamento territorial acaba judicializando estes temas que poderiam ser facilmente equacionados se o Estado tivesse clareza sobre seus ativos, com uma cartografia oficial atualizada e normas consolidadas com princípios claros.





Re: MARTIN LOUGHLIN II

por [Fabio Luiz dos Passos](#) - Friday, 16 December 2016, 12:14

### **O surgimento de um novo eforado Martin Loughlin, II**

Seja sob a justificativa de expansão do reconhecimento dos direitos fundamentais, seja com o objetivo de expansão dos mercados e da economia, houve ao longo da segunda metade do século XX e início do século XXI uma gradual (quase) superação da divisão social em “castas” no que diz respeito a uma pretensa equalização dos direitos e da “dignidade,” esta traduzida pela possibilidade de participação política, social e, especialmente, no consumo.

O fenômeno não tem início neste marco temporal referido, mas é muito anterior, podendo ser identificado como uma (das) consequências da revolução industrial, que afetou as sociedades como um todo em vários aspectos.

A expansão de direitos e modificação da divisão das camadas sociais não teve, por óbvio, uma motivação exclusivamente relacionada à distribuição de direitos e superação das desigualdades entre os indivíduos. Ao contrário, representa um “cenário marcado pela globalização, que, viabilizando uma interligação dos sujeitos (em especial, das grandes corporações transnacionais) num nível paralelo (ou mesmo superior) ao dos Estados, lhes confere um poder acrescido na construção da economia e da própria sociedade” (Ana Raquel Gonçalves Moniz, “Incerteza e Globalização - Direito e Constituição,” in, Carla Amado Gomes, Luiz Terrinha (coord.), *In memoriam Ulrich Beck*, Lisboa, 2016, p. 78).

Diversos foram os efeitos desta globalização - mesmo quando não motivada pelos interesses dos indivíduos, sejam eles com maior ou menor capacidade de interferência nas relações políticas ou econômicas - que repercutiram na conceituação dos direitos e deveres, bem como na forma de concepção e atuação do próprio Estado.

Ainda citando a Prof. Dra. Moniz, “a globalização veio demonstrar a ultrapassagem do entendimento da supremacia de uma ordem de autoridade centrada exclusivamente na soberania” (Moniz, *op. cit.* p. 83;) não apenas externamente, por meio da interferência efetiva de organizações e empresas internacionais e transnacionais, mas também internamente em relação ao estado-nação, com o questionamento da autoridade do Estado por parte dos diversos grupos sociais e segmentos econômicos.





Afirma a prof. Dra. Moniz, que “se o direito público nasceu para limitar os abusos do Estado e preservar a autonomia da sociedade, atualmente, os poderes com maior impacto nas liberdades pessoais não revestem natureza pública-autoritária, provindo antes de entidades privadas (económicas, tecnológicas, científicas, jornalísticas ou informacionais). É a uma comunidade com estas características que se dirige hoje um direito público fragmentário, essencialmente principiológico, marcado pela convivência entre hard law e soft law, e reconstituído, cada vez mais, pela experiência, designadamente jurisdicional.” (Moniz, *op. cit.*, p. 83-84).

Assegurar um maior espectro de direitos, alguns deles resultando em obrigações positivas do Estado, como aqueles relacionados à seguridade social, a um contingente cada vez maior de indivíduos (como ocorreu em matéria de seguridade social a partir da expansão beveridgeana inspirada na linha de pensamento económico keynesiana), ou criar condições de maior acesso ao consumo (maior contingente de consumidores, com um mercado mais amplo à disposição e com níveis crescentes de complexidade, como se percebe especialmente a partir do final dos anos 80 - ao menos no Brasil - mas tomando como referencial a queda do muro de Berlim, em 1989) refletindo numa constante e vertiginosa evolução da tecnologia (que retroalimenta e estimula o crescimento das expectativas nos dois aspectos anteriormente referidos) resultou em expectativas de maior complexidade, em relações de maior complexidade.

Novamente citando a Professora Dra. Ana Raquel Gonçalves Moniz, “O aumento do número de direitos e a opção por um discurso marcadamente jusfundamental (...) importa o perigo da hipertrofia (e, por consequência, da desvalorização) dos direitos fundamentais. Os problemas surgem porque a atualidade busca, cada vez mais, a proteção de tudo o que vive, em todas as suas dimensões – o que, por sua vez, determina quer a modificação do alcance dos direitos (que impõem ao Estado a proteção da vida com todas as potencialidades que, em abstrato, a mesma pressupõe), quer o aumento dos sujeitos titulares de direitos.” (Moniz, *op. cit.* p. 95.)

Neste cenário, aquele(s) modelo(s) de Estado idealizados para uma realidade (a) mais simplificada e (b) mais estável, pautado na clássica tríplice divisão de poderes (quase) absolutos em seus encargos, dotados de autoridade ‘dada’ por sua condição (de poderes) e questionada dentro de limites bastante delimitados, nitidamente não tem a mesma capacidade de atuação com eficiência e mesmo sua legitimidade é/pode ser questionada, tornando-se necessário ultrapassar aqueles limites tradicionais.

Neste novo cenário, o Poder Judiciário, como tradicionalmente é concebido não consegue assegurar a entrega da mais adequada/melhor jurisdição, no tempo mais adequado e com os efeitos mais adequados, tendo sua eficiência e até mesmo sua legitimidade questionados.



Aplica-se à concepção do papel do Poder Judiciário e admissão de suas práticas o mesmo raciocínio traçado pela Prof. Dra. Moniz em relação à política: Eis-nos, porém, diante de um cenário paradoxal: por um lado, assistimos a um deficit de cidadania, que exprime a indiferença dos cidadãos perante os seus destinos; por outro lado, encontramos a formação de uma «nova cultura política», visivelmente ativadora dos cidadãos (a sociedade civil ativa), com impactos em áreas como a liberdade de expressão ou a privacidade, e que altera o próprio sentido da política, que passa a assumir-se [não apenas como uma política de poder (*Machtpolitik*) ou uma política dos políticos (*Politiker-Politik*), mas antes] como uma política na e para a sociedade (*Politik in der Gesellschaft*), uma política de conformação (*Gestaltungspolitik*) e uma arte da Política (*Kunst der Politik*), e que pretende alterar as regras das instituições (não se limitando a segui-las).” (Moniz, *op. cit.* p. 91).

Esta realidade de prestação jurisdicional equivocada, em tempo inapropriado e com efeitos reduzidos/distorcidos é intensificada com o aumento potencial de indivíduos legitimados, com anseios legitimados a buscar a tutela jurisdicional, conduzindo à inviabilização da atuação jurisdicional na forma tradicional.

Tal contexto conduz à busca de novas formas de atuação do Poder Judiciário, afetando (em alguma medida) o seu *modus operandi* e também sua constituição tradicional e a forma de apresentar-se à sociedade. Porém, ante os limites/dificuldades de tais mudanças e a parcial ineficiência destas para solucionar a crítica de legitimidade (do Poder Judiciário e de seus representantes a partir das limitações de capacitação técnica específica) deparamo-nos com a necessidade de outras instituições disponíveis para a solução de conflitos e composição de interesses, que não padeçam dos mesmos vícios/limites, ou ao menos não de alguns deles (ou ao menos estejam menos afetados por alguns deles) potencializando assim sua legitimidade e/ou eficiência.

Tais entidades, no que concerne à atuação jurisdicional, têm ainda os efeitos colaterais de (a) absorver parte da demanda que seria direcionada ao Poder Judiciário e resultaria em um maior agravamento dos pontos negativos apontados anteriormente; e (b) na hipótese de resultar, ao final, em uma demanda judicial ‘tradicional’ a ser solucionada pelo Poder Estatal, levar até esta esfera uma discussão mais madura e delineada, com possibilidade de limitar a atuação estatal a questões específicas dentro do espectro total da lide originária (embora então com o risco potencial do questionamento da legitimidade).

Alguns exemplos reais são as JARI (juntas de recursos de infrações de trânsito), os CARF (Câmaras de Julgamento de Recursos fiscais) e o CRSS (Conselho de Recursos da Seguridade Social), todos os três ligados ao Poder Executivo, o qual teria a atribuição básica de exercer a administração do Estado, mas que nestas três atuações referidas atuam de forma equivalente ao Poder



Judiciário (ou, desempenham atribuição jurisdicional) com incremento potencial de legitimidade ao menos em dois pontos. (a) pela especialização na sua área de atuação, potenciando a oportunidade de conhecimento e compreensão de detalhes específicos e seu efeito (os quais poderiam mais facilmente ser desconhecidos ou subestimados em um julgamento menos especializado) e (b) pela (potencial) "participação popular dos envolvidos", ou seja, pela maior possibilidade de os "juizadores" terem o reconhecimento do público envolvido, pelo alto nível de conhecimento/engajamento no tema, ou por serem oriundos daquele meio, além da temporariedade de sua atuação fazendo presumir a necessidade de estar "afinado" com o "público" potencialmente demandante da "jurisdição".

Especificamente em matéria de previdência social, a qual consiste na minha área de atuação preponderante, é possível indicar/identificar (a) um esforço/incentivo na atuação "administrativa" (extrajudicial) buscando a solução da lide no CRSS a fim de reduzir o volume de demandas submetidas ao Poder Judiciário, o qual nitidamente dá mostras de saturação e incapacidade de absorção e solução satisfatória do crescente volume de demandas; (b) a existência de lides tão "singelas" que não justificam/permitem compreender de forma adequada mover todo o moroso e caro aparato judiciário para sua solução; (c) o conhecimento específico da legislação de regência do tema discutido, compreendendo a integralidade do regramento que regula a matéria.

Os três exemplos citados (JARI, DARF e CRSS) tratam de conflitos de interesse questões que relacionam particulares (pessoas físicas ou jurídicas) com o Poder Executivo, e as vias alternativas ao judiciário para a solução destes conflitos é diretamente ligada ao próprio Poder Executivo. Em outras hipóteses a relação que se apresenta conflituosa e carecendo de solução envolve apenas particulares em seus polos. Por vezes, a relação entre as partes é duradoura e continuada e pode/deve perpetuar-se no tempo para além da lide, cuja solução deve observar a necessidade de não polarização dos interesses e amenizar a possibilidade de alastramento do conflito/preensão resistida para além dos temas minimamente necessários.

É possível visualizar esta situação em relações de família, onde a precisão no trato da questão (para antes e para além da solução a ser dada pelo julgador) deve ser "cirúrgica", no intento de gerar a menor quantidade de efeitos colaterais possíveis, como nas hipóteses da divergência entre familiares quanto à partilha de uma herança, ou na definição/ajustes de relações de guarda ou pensão envolvendo crianças, avós e um ou ambos os pais; dissolução da unidade familiar, ou outros inúmeros temas.

Também em temas relacionados com finanças, tecnologia ou relações comerciais as críticas de legitimidade e de eficiência do Poder Judiciário estatal podem ser apontadas, e a solução da controvérsia por outras instituições ou



adotando outros mecanismos pode ser mais adequada, eficiente e legítima. Tal realidade é reconhecida pelo Estado Brasileiro, que traz previsão no artigo 3.º do Código de Processo Civil Brasileiro, permitindo a arbitragem, na forma da lei, e estabelecendo um objetivo de promoção da solução consensual dos conflitos e de estímulo à conciliação e à mediação, inclusive no curso do processo judicial.

Percebe-se então que, além do surgimento e consolidação de entidades transnacionais ou mesmo supranacionais que interferem direta ou indiretamente no desempenho das atribuições tradicionais do Estado, sua conformação típica e atuação tradicional é questionada também internamente e sofre mutações, em parte motivadas pela alteração dos interesses da população (embora em parte também, induzido(s) por interesses alheios ao Estado e à comunidade).



Re: MARTIN LOUGHLIN II

por [Rafael Lima Daudt D'Oliveira](#) - Tuesday, 20 December 2016, 20:42

Exmo. Senhor Professor Doutor Pedro Gonçalves e caros colegas,

### **1. Associação da emergência do Direito Administrativo a regimes autoritários**

Entre o final do Século XVIII e o início do Século XIX houve significativo crescimento das atribuições do Estado Administrativo e o surgimento do próprio Direito Administrativo. O Estado, além de ser o responsável pela segurança e liberdade dos cidadãos, também passa a se incumbir do seu bem-estar, alargando substancialmente as suas funções.

Muitos autores afirmam que o Direito Administrativo é produto unicamente gerado pelos ideais da Revolução Francesa e que este só existiria nos sistemas europeus formados com base nos princípios revolucionários do Século XVIII. Contudo, isto não é verdade. Como nem todos os países tiveram a mesma história e organizaram da mesma forma o seu poder, o Direito Administrativo teve origem distinta e desenvolvimento menor em alguns sistemas, como o anglo-americano. E quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação das normas de direito privado nas relações estatais. Na verdade, o conteúdo do Direito Administrativo “varia no tempo e espaço, conforme o tipo de Estado adotado”: no chamado Estado de polícia será bem menos amplo; no chamado



Estado do Bem-estar será muito mais amplo[1]. Nesse sentido, vale destacar as inegáveis contribuições do direito alemão e italiano para o desenvolvimento do Direito Administrativo, bem como alguma contribuição do direito anglo-americano, ainda que seu desenvolvimento seja menor quando comparado ao sistema europeu-continental.

Segundo Martin Loughlin, o conceito de Direito Administrativo permaneceu ambíguo e controverso porque o seu estabelecimento na Europa Continental – especialmente na Prússia, Áustria e, depois, na França – foi originariamente associado a regimes autoritários por conta de dois pontos preliminares: (i) durante a construção do Estado autoritário, o Judiciário foi absorvido no sistema geral de Governo; e (ii) foi determinado que, dentro desse sistema unitário, a tarefa de executar as determinações legais e regulamentações relacionadas com a ação administrativa não estivesse inserida na competência das Cortes ordinárias[2]. Como esclarece Paulo Otero,

“tal como o monarca absoluto concentrava a Administração e a justiça, sem fazer qualquer sentido a execução coativa das suas decisões administrativas fosse autorizada por si próprio como juiz, também agora, por força do princípio da separação de poderes, segundo a formulação que impede os tribunais de intervir na esfera da Administração, a execução coativa das decisões administrativas não carece de qualquer prévia intervenção permissiva dos tribunais: a Administração goza de um privilégio de execução prévia (: independentemente de qualquer intervenção dos tribunais) das suas decisões – a uma autotutela declarativa junta-se nas mãos da Administração Pública, em nome da separação de poderes, uma autotutela executiva”[3].

É inegável que a Revolução Francesa e o direito francês influenciaram significativamente o Direito Administrativo dos países europeus continentais. Adotando a teoria da separação de poderes idealizada por Montesquieu, o sistema francês proibia qualquer interferência do Judiciário na conduta da Administração. Esta deficiência só veio a ser contornada, durante o Século XIX, com a emergência do Conselho de Estado como Corte administrativa independente[4]. Mas antes mesmo disso, a crença na França era de que haveria uma violação ao princípio da separação de poderes caso o Judiciário controlasse os atos provenientes do Executivo. Isso traduzia o receio que os revolucionários tinham com o Poder Judiciário que, além de conservador, invadia as competências administrativas e arvorava-se como administrador. Foi por isso que em 1790, um ano depois da Revolução, com a Lei de 16-24 de agosto foi determinado que:

“As funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de crime funcional perturbar seja de que maneira for as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores em razão das suas funções” (Título III, art. 13).



Cinco anos depois, o Decreto de 2 de setembro de 1795 estabeleceu:

“Proibições iterativas são feitas aos Tribunais de conhecerem os atos da Administração, seja de que espécie forem”.

Este período ficou conhecido como *sistema do administrador-juiz*, uma vez que os próprios órgãos da Administração julgavam as controvérsias com os administrados. Quando Napoleão Bonaparte assumiu o poder por meio de um golpe branco em 1799, também é criado o Conselho de Estado, o qual gradativamente vai adquirindo autonomia e importância[5].

Percebe-se que “a revolução administrativa liberal acabou por produzir um reforço do poder administrativo idêntico, se não mesmo superior, ao existente durante o Estado absoluto, eis que (i) as decisões administrativas eram julgadas pela própria Administração, “afastando-se a Administração do Direito comum sempre que tal fosse conveniente e sem perigo de qualquer controle pelos tribunais” (ii) e “a ideia de revolução administrativa liberal cedeu lugar a uma renovação administrativa pré-liberal”[6].

O que podemos observar do nascimento do Direito Administrativo é que ele surge como decorrência, principalmente, da jurisprudência do Conselho de Estado francês (que integra a própria Administração) e, por isso, em dissonância com o princípio da separação de poderes e da competência do poder legislativo. Desse modo,

“não teve o Direito Administrativo na sua origem francesa, por conseguinte, qualquer propósito de aumentar as garantias dos particulares perante a Administração Pública, antes nasce como o Direito das prerrogativas da autoridade administrativa face aos particulares: o Direito Administrativo tem aqui o seu “pecado original” – os últimos duzentos anos têm procurado resgatar esse “pecado original”, reforçando os direitos e garantias dos administrados”[7].

E é justamente pelo modo autoritário que este “pecado original” fora concebido, com prerrogativas exorbitantes e excepcionais da Administração - inexistentes nas relações entre os particulares - somada a ideia inicial de *puissance publique* desenvolvida na França, ou seja, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados como fator de incidência do Direito Administrativo, que decorrem equívocos na compreensão do Direito Administrativo atual. E essa compreensão, muitas vezes equivocada, do direito administrativo é que leva a alguns autores a afirmarem seu caráter despótico e tirânico.

Contudo, atualmente é melhor entendermos o direito administrativo como, “*por excelência, um Direito defensivo do cidadão* – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais não de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a



realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal”[8]. Há autores, ainda, que falam num *novo direito administrativo* devido a uma “crescente abertura da estadualidade, decorrente da integração do Estado ‘em constelações jurídicas pós-nacionais’ e da sua colocação em rede com outros Estados”, o “que tem contribuído para modificar as características do direito administrativo geral”[9]. Como afirma Suzana Tavares da Silva, a

“Administração Pública deixa de ser o aparelho burocrático que concretiza o interesse público previamente definido pelo legislador e passa a conformar-se como uma entidade programada (absorve *inputs* dos programas políticos fixados pelos Governos e pelo legislador) para concretizar políticas, segundo esquemas de composição de interesses na Sociedade (cooperação, *governance* de interesses, negociação), dentro dos limites impostos pelos princípios materiais de justiça (entre os quais se inclui a eficiência e a sustentabilidade) e pelos princípios e regras legais de um procedimento justo (ex. transparência, igualdade de oportunidades), sendo a sua performance controlada em diversas fases de modo a garantir o alcance dos resultados (*accountability*, monitorização, responsividade), independentemente, claro está, da garantia de proteção jurídica efectiva dos direitos e interesses legítimos dos lesados pela sua actuação”[10].

## 2. O Direito Administrativo e a ideia de Codificação

Na página 439 de seu *Foundations of Public Law*, Martin Loughlin destaca que uma das vantagens do *Conseil d’État* seria que, devido ao carácter não codificado do direito administrativo, esta jurisdição administrativa poderia evoluir gradualmente, de acordo com a experiência. Este tema nos remete à discussão sobre a conveniência da codificação do Direito Administrativo com vista a que se torne um “regime jurídico harmónico, regular, uniforme e estável”.

Costuma-se dizer que o direito privado é o campo sujeito, por excelência, à codificação. E o exemplo clássico é o Código Civil, cuja centralidade perdurou durante muitas décadas como fonte primeira das relações privadas. Contudo, pensamos que não é mais assim. Nesse sentido, leciona Pietro Perlingieri:

“O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicística, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”[11].

Ora, o papel de centralidade desempenhado pela Constituição hoje (ainda que não exclusivo, especialmente no caso dos países integrantes da União Europeia, mas ainda assim as suas Constituições, em sua maioria, estão “adaptadas” às disposições dos Tratados), tanto nas relações de direito público como nas relações de direito privado, é indiscutível. Além disso, surgiram os chamados “microssistemas”, matérias especiais reguladas por legislações próprias em diversas áreas – direito civil, penal, administrativo, financeiro etc. A existência



concomitante desses microssistemas com os Códigos apenas reforçaram, no direito privado, os argumentos do movimento do direito civil-constitucional advogando pela centralidade da Magna Carta e pela leitura das normas de direito civil pela lente da Constituição. Vejamos o entendimento de Gustavo Tepedino sobre a matéria:

“o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes”[12].

Feita esta breve introdução sobre o direito privado, pergunta-se sobre a conveniência de codificação do direito administrativo. Geralmente, a doutrina divide-se em três posições: (i) os que pugnam pela codificação total; (ii) os que defendem uma codificação parcial; (iii) os que sustentam que não deve haver nenhuma codificação. Mas antes de prosseguirmos, é preciso apontar algumas características sobre este ramo do direito. Há uma grande quantidade e dispersão de leis de direito administrativo: leis gerais e leis setoriais específicas para cada assunto; leis de diferentes esferas de competência (poder central; poder local). Isto é ainda mais complexo num país como o Brasil, que é uma federação tripartida em que todos os três entes têm competências nesta matéria. Some-se a isso o fato de que o direito administrativo está sujeito constantemente a grandes mudanças. Portanto, por conta dessas suas peculiares características, não somos a favor duma codificação total do Direito Administrativo, tal como sustentam alguns autores (Hely Lopes Meirelles). A codificação seria contraproducente e não traria os efeitos de harmonia, uniformidade e estabilidade desejados, haja vista que as leis administrativas estão sujeitas a modificações numerosas e frequentes e a legislação é desordenada pela vastidão e heterogeneidade de assuntos que disciplina. Além disso, se no próprio direito civil o Código perdeu a centralidade de outrora, com muito mais razão no direito administrativo ele não teria a necessidade de ser criado como uma peça central deste ramo do direito. Resta-nos, pois, investigar as hipóteses de não codificação e codificação parcial. Os que defendem nenhuma codificação apresentam argumentos semelhantes aos apresentados para a não codificação total do direito administrativo. Confirmam-se as palavras de Alexandre Aragão:

“Ora, se o malogro da codificação é anunciado até mesmo no Direito Civil, quiçá no Direito Administrativo, ramo que passa por grandes mudanças e é disperso federativamente. Se fosse feito um Código de Direito Administrativo, logo ele estaria sendo excepcionado, atualizado e agregado por uma série de leis especiais.





A pretensão de esgotamento do Direito Administrativo em documento único, além de, no nosso caso, não poder ser totalmente satisfeita em razão da Federação, chocar-se-ia com a mobilidade e necessidade de permanente adaptação da Administração às situações concretas"[13].

O autor apresenta posições doutrinárias pela codificação parcial, mas mantém sua posição quanto à ausência de qualquer codificação. Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende a codificação parcial das normas gerais de direito administrativo:

“Como se observa, essa diáspora de normas administrativas em dois graus, federal e estadual, às que se acrescentam as municipais, editadas em caráter suplementar (art.30, II, CF), só vêm acentuar a necessidade de o Direito Administrativo brasileiro vir a contar com uma providencial previsão constitucional de *codificação de normas gerais nacionais* para disciplinar a sua Parte Geral”[14].

As duas posições doutrinárias parecem-nos muito coerentes e bem fundamentadas. A primeira (Aragão) nos ajuda a reforçar os argumentos quanto à inconveniência e desnecessidade de uma codificação total. Mas a segunda posição (Moreira Neto) nos abre outro caminho de pensamento bem interessante. Ora, a positivação, no texto constitucional, de regra que preveja a obrigatoriedade da edição de lei de normas gerais de direito administrativo talvez nos conduzisse à harmonia, uniformidade e estabilidade desejadas e, além disso, por contar com previsão na própria Constituição seria de aplicação obrigatória a toda Administração Pública, independentemente da esfera de poder ou da federação a que pertença, e a quem faça as vezes da Administração na execução de tarefas administrativas (ainda que com diferenças no regime jurídico). Desse modo, defendemos uma disciplina de normas gerais de direito administrativo - uma lei de bases no caso do direito português ou uma lei de normas gerais no caso do direito brasileiro - baseadas em práticas de boa administração e em normas que garantam o exercício dos direitos fundamentais dos administrados diante da Administração, o que possivelmente poderia gerar uma maior uniformidade, harmonia e estabilidade na interpretação e aplicação do Direito Administrativo, bem como na elaboração das leis sobre Direito Administrativo.

### **3. O novo Eforado, legitimidade democrática e separação de poderes**

O Professor Doutor Pedro Gonçalves, numa referência às páginas 448 e seguintes de *Foundations of Public Law* de Martin Loughlin, fala sobre

“o surgimento, no fim do Século XX, de um ‘novo eforado’: auditores e agências de controlo interno e externo isentas de controlo; agências independentes com funções de regulação dos mercados e de outras matérias, que não respondem perante os Governos nem perante os Parlamentos; avaliadores de risco que, fora dos canais de legitimação democrática e até fora da esfera pública, condicionam o poder de decisão pública, a qual se transforma em mera receção de propostas



e de pré-decisões externas; autoridades do Estado Administrativo que decidem conflitos e que, na vez de tribunais, protegem os cidadãos contra o Estado; a transformação do sistema administrativo: os “éforos”, o Governo dos não eleitos e a expertise e o *modus operandi* como fonte de legitimação (técnica, processual); a nova separação de poderes, baseada, não no tópico da tripartição clássica, mas numa ideia bipolar focada, por um lado, no poderoso Poder Administrativo e, por outro, em vários polos unidos pelo propósito comum do controlo do Poder Administrativo.”

Esses mencionados órgãos, que são chamados pelos cientistas políticos de instituições não-majoritárias ou órgãos não-eleitos, formam um novo ramo do governo e devem a sua autoridade e legitimidade a fontes diversas da delegação de poder proveniente da legislatura[15]. Chamamos a atenção no sentido de que toda a argumentação desenvolvida adiante sobre a legitimidade da regulação e das instituições regulatórias também se aplica ao chamado *novo eforado*. Giandomenico Majone, tratando sobre a legitimidade da regulação, aponta que, provavelmente, a razão principal para o debate acerca de o assunto ser inconclusivo é a falha em perceber que uma avaliação normativa de mecanismos não-majoritários depende fundamentalmente do modelo de democracia adotado (majoritário ou não-majoritário), ambos compatíveis com a concepção de democracia de Abraham Lincoln. O primeiro é o modelo majoritário ou populista que tende a concentrar todo o poder político nas mãos da maioria. As maiorias devem ser capazes de controlar todo o governo. O segundo é o modelo não-majoritário que objetiva dividir, dispersar, delegar e limitar o poder de um modo variado. A ideia aqui é proteger as minorias contra os abusos da maioria e criar salvaguardas contra a usurpação do governo por grupos poderosos e que representem seus próprios interesses. Majone mostra que estudos empíricos recentes fornecem evidências adicionais em favor da tese de que os mecanismos de decisão não-majoritários são mais adequados para sociedades complexas e plurais do que mecanismos que concentram poder nas mãos da maioria política[16].

É bem verdade que essas estruturas organizatórias não gozam de legitimidade democrática fundamentada no sufrágio eleitoral, porém, não podemos deixar de reconhecer aos titulares das autoridades administrativas independentes uma legitimidade democrática remota e mediata, na medida em que a designação dos mesmos é, na generalidade dos casos, da competência de outros órgãos de Governo dotados de legitimidade democrática direta[17].

Ademais, como propõe Gustavo Binenbojm, a participação dos cidadãos se apresenta como a mais acertada forma de suprimento do problema do *déficit de legitimação democrática* das entidades reguladoras. Para o autor, se há dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos pelo sufrágio eleitoral, o fomento à participação social



nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar a autoridade das decisões das agências, sugerindo, portanto, as audiências públicas como forma de viabilizar a participação popular em expor suas ideias e sugestões de forma a propiciar que a Administração Pública decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos envolvidos na atividade regulatória[18].

Com efeito, o debate acerca da legitimidade do ramo regulatório revela duas dimensões: uma procedimental e outra substantiva. A procedimental tem a ver, entre outras coisas: que as agências são criadas democraticamente por normas que definem sua autoridade e seus objetivos; os reguladores são escolhidos por oficiais eleitos; o procedimento decisório segue regras formais, que normalmente demandam participação pública; as decisões da agência devem ser justificadas e abertas à revisão judicial; e, além disso, têm as questões de transparência e *accountability*[19]. Considerando a *accountability* nos domínios político, profissional e legal, ressaltamos que na área política inclui dois aspectos: a *accountability* para órgãos legislativos e a *accountability* para a parte eleita do governo. Baldwin, Cave e Lodge defendem que uma forma de promover *accountability* para o domínio político seria mediante relatórios e monitoramento, através, por exemplo, de escritórios de auditoria nacionais que funcionariam como metareguladores. Sustentam, ainda, que deveriam existir órgãos de monitoramento, revisão ou metaregulação para supervisionar a tomada de decisão entre reguladores em diferentes domínios; inclusive, que esses órgãos possam servir de instância recursal, como há, por exemplo, no caso do direito da concorrência no Reino Unido, onde um recurso para a Comissão da Concorrência contra decisões regulatórias é possível. Em outras jurisdições como na Alemanha, os recursos são feitos para uma corte administrativa[20].

Já a dimensão substantiva da legitimidade da regulação é relacionada com as características do processo regulatório como política consistente, com a *expertise*, a capacidade de resolver problemas dos reguladores e a precisão dos limites dentro dos quais se espera que os reguladores vão atuar. Majone faz a distinção entre eficiência (soma positiva) e redistribuição ou políticas redistributivas (soma zero) nos processos democráticos coletivos de tomada de decisão por entender que “esta separação é crucial para legitimação substantiva de políticas regulatórias” porque

“a delegação de importante poder de elaboração de política a instituições independentes é democraticamente justificada somente em questões de eficiência, onde a confiança na *expertise* e na elaboração da decisão num estilo solução do problema é mais importante do que a confiança na *accountability* política direta. Onde preocupações redistributivas prevalecerem, a legitimidade pode ser assegurada somente por meios majoritários”[21].



Martin Loughlin bem resume a discussão que este novo eforado suscita:

“Segundo uma das interpretações, a ascensão do eforado exacerba as ameaças suscitadas pelo crescimento do poder administrativo. O eforado, no entender dessa argumentação, marca o entrincheiramento do poder das elites não eleitas para influenciarem o governo, ao mesmo tempo que se demarca do processo de responsabilização democrática. Mas essa análise tem sido contestada: há quem diga que, devidamente entendido, o eforado não representa apenas um emergente quarto ramo do governo, como também opera de acordo com o princípio de Bodin. Este novo ramo do governo, além de reforçar uma cultura de evitar a culpa no seio dos políticos contemporâneos, também fortalece a capacidade do governo de adquirir aqueles tipos de conhecimento especializado que constituem hoje em dia requisitos essenciais para um governo efetivo. Longe de minar a democracia, o eforado na verdade fortalece-a enquanto estabelece um quadro institucional através do qual pode ser mais claramente demarcada a distinção entre deliberações profissionais assentes em conhecimento especializado e deliberações políticas assentes em princípios e valores. Assim entendida, ação do eforado – longe de corroer a separação de poderes – é de molde a evidenciar as fronteiras entre as tarefas principais das instituições primárias de governo”[22].

Vibert acrescenta que a democracia representativa é uma concepção de democracia altamente elitista e que a ascensão do eforado revira um de seus principais pressupostos: que representantes eleitos são mais bem informados e têm mais conhecimento ao seu comando[23].

Para Loughlin, no entanto, o eforado não encontra a sua legitimação na delegação de autoridade e sua posição constitucional não é justificada com a derivação de autoridade de instituições representativas. Ao revés, o eforado adquire legitimidade do seu próprio *modus operandi*, ou seja, da integridade de seus próprios procedimentos[24].

Mais recentemente, alguns doutrinadores, como Rubin, têm defendido a superação da clássica divisão tripartida do Estado em Executivo, Legislativo e Judiciário e a sua substituição pela imagem alternativa do governo como uma rede. Rubin sustenta que com o crescimento do aparato administrativo foi superada a habilidade do modelo tripartido em capturar a complexa dinâmica do governo contemporâneo. Em vez dele, o Executivo, Legislativo e Judiciário são agora mais bem vistos como partes duma empreitada comum: o controle do aparato administrativo.[25] Trata-se, portanto, duma lógica binária. Esse modelo em rede defendido por Rubin teve as suas bases elaboradas por Léon Duguit muitos anos antes. Contudo, esta transformação no direito público assinalada por Duguit e seus seguidores, como afirma Loughlin, é altamente controversa por obscurecer várias distinções convencionais sobre as quais o conceito de direito público foi construído (público/privado; nacional/internacional) e por modificar a orientação sobre direito objetivo, a qual busca sombrear o público em nome do social[26].



- [1] Maria Sylvia Zanella Di PIETRO, *Direito Administrativo*, 17.<sup>a</sup> ed., Editora São Paulo: Atlas, 2004, p. 25.
- [2] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 436.
- [3] Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2014, p. 274.
- [4] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 438-439.
- [5] Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 27.<sup>a</sup> ed., Malheiros, São Paulo, 2010, p. 40-41.
- [6] Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, p. 277.
- [7] Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, p. 276.
- [8] Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 47.
- [9] Suzana Tavares da SILVA, *Um novo Direito Administrativo?*, Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra Ed., 2010, p. 11.
- [10] Suzana Tavares da SILVA, *Um novo Direito Administrativo?*, p. 37.
- [11] Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, Tradução de Maria Cristina De Cicco, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 6.
- [12] Gustavo: TEPEDINO, *Temas de direito civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7.
- [13] Alexandre Santos de ARAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 27-28.
- [14] Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 16.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.66.
- [15] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 448.
- [16] Giandomenico: MAJONE, «Regulatory Legitimacy», in Jeremy Richardson, ed., *Regulating Europe*, London and New York: Routledge, p. 284-301.
- [17] No mesmo sentido, confira-se: Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, «A Regulação Sob a Perspectiva da Nova Hermenêutica», *Revista Eletrônica de Direito Público, REDAE*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Bahia, 12, novembro/dezembro/janeiro 2008, p. 12. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007\\_DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007_DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf)>. Consulta em 22/04/2016.



[18] Gustavo BINENBOJM, «As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil», *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, 3, ago-set-out 2005, p. 15 e 16. Disponível em: <<http://www.direito-doestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Consulta em 22/04/2016.

[19] Giandomenico MAJONE, «Regulatory Legitimacy», p. 284-301.

[20] Robert BALDWIN; Martin CAVE; Lodge MARTIN, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2012, p. 343-344.

[21] Giandomenico MAJONE, «Regulatory Legitimacy», p. 284-301. Tradução nossa.

[22] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 453.

[23] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 453.

[24] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 454.

[25] *Apud* Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 454- 455.

[26] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 461-462.



Re: MARTIN LOUGHLIN II

por [Cui Rixing](#) - Thursday, 22 December 2016, 22:48

### **The emergence of administrative law in authoritarian regimes The case of American administrative law**

Discussion on the emergence of administrative law in authoritarian regimes begins as administrative power invades private areas, a subject that has been developed in depth. In brief, the question that administrative law is unlawful results in two questions, what happens to administrative law and, how to make administrative law come back to the right path? Here I draw upon the situation in American administrative law for my elaboration on the topic.

Regarding the origin of administrative law, it presents two significant meanings: one is controlling the governmental power (B. Schwartz 1991); another is providing details of conduct to agencies for achieving self-legitimacy and of the whole political power. If we compare administrative law with civil law, the most



obvious character is that administrative law is not the law among private sectors, and comes not from "order" in society or history; it comes from theorists and is based on ideas. And if we continue to compare it with constitutional law, administrative law is much more direct and applicable, hence, it is the law concerning day-to-day questions in public regimes. Particularly in America, "administrative law begins with the developments generated by the regulation of private business conduct" (R. B. Stewart 1975).

These two comparisons could make us understand why administrative law is often criticized. The first reason is that administrative acts are conducted by bodies not selected by people, and "evading the Constitution," as Philip Hamburger said in *Is Administrative Law Unlawful?*: "when the executive makes regulations, it claims to escape the constitutional requirements for the election of lawmakers, for bicameralism, for deliberation, for publication of legislative journals, and for a veto," hence, it is easy to lose the ground of "general will." The second reason is that, in common law tradition, administrative rules can be created in judicial review by courts, and "there is no power provided in the constitution, that can correct their errors, or control their adjudications" (R. Yates 1788), similar to the situation suggested by my classmate Lady Loyanne. However, the latter concern has been answered at some point, though not completely, by the Administrative Procedure Act (APA) in 1946, by establishing complete standards of judicial review.

In the book *Is Administrative Law Unlawful?*, the author explains why administrative law is a sort of extra- and suprapower, and therefore a type of prerogative, even an absolute power. Some of the arguments concern the nature of administrative law in America as the legacy of English common law, and some others are problems that have emerged in recent decades.

In tradition, to ensure that administrative law would not be corrupted, four essential elements have to be presented (R. B. Stewart, 1975):

(1) the imposition of administratively determined sanctions on private individuals must be authorized by the legislature through rules which control agency action;

(2) the decisional procedures followed by the agency must be such that they will tend to ensure the agency's compliance with the requirement (1);

(3) the decisional process of the agency must facilitate judicial review to ensure agency compliance with the requirements (1) and (2);

(4) judicial review must be available to ensure compliance with the requirements (1) and (2).



Under these elements, we can conclude that an ideal administrative law (for conservatives) with minimum invasion of private regimes shall be negative: administrative actions are strictly determined by an expressive authorization of the legislature; neutral: the agencies shall not remain preferable to any administrative actions; formally just or rational: sanctions on private individuals shall be strictly in line with laws eventually made by such private individuals through the “general will”. This mechanism shaped by traditional administrative law is called “transmission belt”, emphasizing that agencies is just to execute orders from legislature in specific cases (Berle 1917).

However, after the 20th century, traditional administrative law in the US gradually has lost its ground to stand, particularly after Roosevelt’s New Deal. Two problems emerged since then: positive administration and administrative discretion.

Positive administration is not common terminology among administrative law scholars. However, it describes those administrative actions in response to political, social, economic or other demands, rather than merely executing legislative orders. Positive administration causes a phenomenon called “politicization”, which is mainly existing in the rulemaking process sphere. The rulemaking process is widely considered as a necessary approach, supplementing or interpreting laws made by the Congress. Since the American constitution establishes that “all legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United State” (Art. 1), there is no inherent and independent legislative power left for agencies. Even though the US adopted “non-delegation doctrine” (Aranson, Gellhorn, Robinson 1982) before APA was enacted, of which the interpretation was quite flexible, in general, it would not be regarded unconstitutional if the delegation obeyed “an intelligible principle”. Later, a lot of scholars believed that APA, in reality, triggered a tendency from administrative adjunction to administrative rulemaking (Scalia, Yankee 1978), partly because APA creates a loose environment for rulemaking. For instance, informal rulemaking only requires notice on Federal Register, comment by interest parties and a concise and general statement of basis and purpose. In light of this procedural convenience and development of governmental intervention, the agencies actively seek solutions for industrial, welfare, environmental issues by releasing quite a number of administrative rules.

Administrative discretion comes from “vague, general, or ambiguous statutes” (R. B. Stewart 1975). And it exists if an administrative body is totally free in its area, or if in the legislature’s order remain spaces to clarify, concretize or refine. Administrative discretion is taken as the opposite of rule of law, “absolute discretion, like corruption, marks the beginning of the end of liberty” (J. Douglas 1952). Nevertheless, most scholars still believe that administrative discretion is an inevitable and necessary compromise in administration, as long as it comes





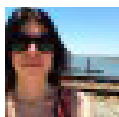
with proper legal control. Normally, judicial review in America follows two standards, one is reasonableness, another is the arbitrary and capricious standard. The former emphasizes that the agency's decision is acceptable for the judiciary if it is reasonable in judicial review; the latter emphasizes that the agency's decision is acceptable only if it is not arbitrary and capricious. Without any question, the former is much more strict than the latter. However, in APA, the arbitrary and capricious standard applies for reviewing abuse of administrative discretion and it leads to a serious problem, in that legal control of administrative discretion does not often follow formal justice in judicial review. To elaborate on this problem, firstly we shall notice that informal adjudication, which has no trial-like hearing procedure, "includes the vast majority of administrative action" (E. Rubin 2003) and has developed during the past decades. The standard of reasonableness does not apply to this situation; that is to say, according to APA, "substantial evidence rule" is available only for the formal rulemaking and adjudication process, not for informal adjudication. In fact, the area of informal adjudication is quite favored by administrative discretion. In *Bowman Transportation, Inc. v. Arkansas-Best Freight System, Inc.* (419 U.S. 281 (1974)), the US Supreme Court reaffirms that under the "arbitrary and capricious" standard, "the scope of review is a narrow one whereby a reviewing court must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment". We can see here no strict rules on evidence and no consideration of *subjective malicious (mens rea) of officials*. In practice, judicial review holds the theory of "harmless error", in which both substantial and procedural error could be ignored if it won't change the result when such error is corrected. See, for instance, *Perez Torres v. Secretary of HHS* (890 F.2d 1251 (1st Cir. 1989)).

The factual situation is that not only administrative agencies, but also other branches in the separation of powers, such as the Congress and the Supreme Court, also tolerate the expansion of administrative power for the purpose of efficiency and welfare state. We have to notice that, for legislatures, they choose to tolerate because they fail to deal with massive and complicated administrative issues, which therefore makes them prefer unclear legislations, and leave details and interpretations for agencies to complete. See, for instance, *Chevron v. National Resources Defense Council* (467 U.S. 837 (1984)). The establishment of the welfare state constitutes a realistic predicament in formal administrative procedure when it comes to the welfare area, and as a result leads to a discussion of administrative efficiency. The core argument is directed at the judiciary, as people are concerned that too many welfare resources will be wasted on miscellaneous procedures. For studying this discussion, see *Mathews v. Eldridge* (424 U.S. 319 (1976)).

Compared to the original function of administrative law, which is for a restraining of government power, administrative law nowadays in America is no



doubt more and more suitable for administrative agencies to expand their own authority. And as we can see, this phenomenon still happens worldwide in other countries, such as Brazil, as many of my classmates mentioned, and in my homeland China. Agencies and people who take charge of them always find their most convenient way to avoid strict review, and pursue flexible methods to exert their power on public areas. To solve this problem in the current paradigm, in general, we shall call for: (1) more responsibilities of the legislature in expressing more explicit legislative intent; (2) formalizing administrative procedures to include administrative actions into unified, a predictable path; (3) public participation for making administrative law more legitimate and representative.



Re: MARTIN LOUGHLIN II

por [Janice Silveira Borges](#) - Wednesday, 28 December 2016, 16:47

Na obra *Foundations of Public Law*, Martin Loughlin (*Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012) faz uma análise sobre a origem do Poder Administrativo, tendo como pano de fundo a evolução histórica da própria Administração Pública desde os Estados absolutistas até aos Estados Modernos.

Ao longo da sua formação técnica, a administração pública foi confundida com o poder de império do rei ou ainda com o poder de governança, e, a depender do momento histórico, os conceitos de “discricionariedade” e “arbitrariedade” se confundiram. Tais situações foram evidentes em períodos em que houve crise interna ou externa, e em que, por alguma necessidade imediata, o representante do Poder Executivo, em uso de atribuições constitucionais ou não, determinou uma suspensão de determinados direitos individuais sob a justificativa de se assegurar o bem comum.

O uso do “Bem Comum” como argumento para o afastamento de direitos conquistados pelo homem não é recente. Das determinações dos Senhores Feudais que, sob a alegação de Bem Comum, submetiam seus servos a condições desumanas para trabalharem em prol da riqueza e do engrandecimento do Feudo às medidas antiterroristas adotadas por alguns países, em especial dos Estados Unidos, em nome da segurança pública, perpassando pelos regimes autoritários e nazistas/fascistas, o que de fato mudou foi o que se entende por “bem comum” e por “interesse público”.



Diante do fato que os Estados Modernos foram pensados como forma de afastar a arbitrariedade dos comandantes nos tempos do absolutismo, a suspensão de direitos para justificar atuações do governo e a variação conceitual de "bem público" e "interesse público" no Estado Moderno trouxeram à tona, mais uma vez, a questão da arbitrariedade vs. discricionariedade, diante da tendência de o executivo, nos tempos de conflitos, assumir um poder geral de governo.

Hamburger (*Is Administrative Law Unlawful?*, The University of Chicago Press, 2014), assim como Martin Loughlin (*Foundations of Public Law*), traça uma linha histórica para se chegar na criação e no desenvolvimento do Poder Administrativo. Entretanto, não o aceita e, ainda dentro do contexto histórico, apresenta sua resistência ao Direito Administrativo desde a Idade Média até o presente.

Segundo Hamburger, os parlamentos medievais tentaram periodicamente confinar a Coroa ao governo através da lei regular, mas a resposta mais eficaz foi o desenvolvimento do direito constitucional inglês do século XVII, que concluiu que o governo poderia governar somente através da lei do país e dos tribunais, não através de edictos administrativos. Embora a Constituição dos EUA persiga essa conclusão ainda mais vigorosamente, o poder administrativo ressurgiu nas Eras do Progresso e do Novo Acordo. Desde então, argumenta Hamburger, o direito administrativo voltou o governo e a sociedade americanos precisamente para o tipo de poder consolidado ou absoluto que a Constituição Americana - e as constituições em geral - foram criadas para impedir. (Philip Hamburger. *Is Administrative Law Unlawful?* The University Chicago Press, 2014).

Está certo que a maioria dos regimes constitucionais modernos faz previsões formais para a suspensão de garantias constitucionais em uma emergência; embora a ameaça é que as essas regras possam extrapolar tais disposições e transformar a ditadura constitucional em ditadura soberana. Mas, como bem assevera Martin Loughlin (*Foundations of Public Law*), decidir não fazer qualquer ajuste constitucional em tempos de ameaça percebida traz seus próprios perigos.

Como também destaca Martin Loughlin, o x da questão diz respeito aos modos pelos quais os governos modernos têm usado o controle do poder legislativo para aprovar legislação que dá amplos poderes a órgãos executivos para regular a actividade social e económica no interesse público. (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*).

A separação de poderes e sua nova roupagem, que serão melhores estudadas na atividade 03, proposta pelo Professor Doutor José Casalta Nabais, estabelece as funções típicas de cada um dos poderes. Todavia, não se podem



afastar as atribuições atípicas de cada um dos poderes e a aplicação da teoria de freios e contrapesos.

Os textos constitucionais prevêm expressamente a intervenção do Executivo apenas em situações excepcionais envolvendo algum estresse político, econômico ou social. Contudo, não raras vezes, pode-se citar casos em que a atuação do Poder Executivo foi fora do contexto de uma situação conflituosa, ato arbitrário e impróprio do governante.

No Brasil, existem vários exemplos a mostrar que a atuação do Poder Executivo se mostrou ilícita. A mais marcante experiência acabou com a condenação de acusados da Operação Zelotes que vendiam medidas provisórias (MPs), em benefício de montadoras de veículos, entre 2009 e 2011, durante os governos do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e da ex-presidente Dilma Rousseff. Os condenados, lobistas e empresários, recebiam propina de montadoras para viabilizar a edição das MPs pelo Executivo e posterior aprovação no Congresso, tornando leis ordinárias, com benefícios fiscais para o setor automotivo nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. (Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-zelotes/noticia/2016/05/juiz-condena-9-acusados-de-vender-medidas-provisorias-para-montadoras.html>. Acesso: 30 nov. 2016).

Todavia, não se pode presumir a má-fé na atuação pública. Nos termos de uma interpretação histórica, o Poder Executivo somente pode intervir no processo legislativo, e conseqüentemente na atuação do Poder Legislativo, em situações excepcionais e previstas no texto constitucional.

Alem disso, não se pode falar que uma conduta inapropriada do governante torne o Direito Administrativo um direito à arbitrariedade, tão debatida.

A doutrina tradicional do Direito Administrativo afirma que o regime jurídico administrativo é marcado pelo binômio prerrogativas vs. sujeições, sendo que os poderes fazem parte das prerrogativas. Mas, o que hoje se entende por prerrogativas é um conjunto de medidas, previstas na norma, que podem ser adotadas pelo administrador público na execução de metas constitucionais para o atendimento das demandas sociais.

A discricionariedade administrativa, que faz parte desse rol de prerrogativas, não permite que o detentor do Poder Executivo, mesmo tendo uma margem decisória, atue fora dos limites da lei ou que extrapole a legalidade. A discricionariedade é somente para a oportunidade e conveniência na prática do ato administrativo sendo sempre vinculada à finalidade pública, o objeto do ato, competência, a forma e o motivo, nos termos da mais estrita legalidade. Daí se falar que o ato discricionário sofre controle de legalidade e de mérito.

Qualquer atuação do Chefe do Poder Executivo que se distancie da discricionariedade licita, não faz com que o Direito Administrativo em si seja ilícito, mas



sim que a atuação política daquele povo que escolheu aquele representante não seja uma atuação legítima ou ainda que o representante executivo responda, nos termos das leis criminais e de responsabilidade, pela má atuação.

Condutas desastrosas e supridoras de direitos sem previsão legal, ou que extrapolem a previsão legal, por parte do poder executivo colocam em xeque a credibilidade do governo, a gestão de recursos e a não realização de direitos sociais executáveis pelo Estado.

Com Duguit e Durkheim, os governos não são mais os mestres dos homens que impõem sua vontade sobre seus súditos ou órgãos de uma pessoa corporativa emitindo seus comandos; os oficiais do governo são simplesmente gerentes da nação, atendem os comandos dirigidos do texto constitucional com o único objetivo de execução, com eficácia e eficiência, dos objetivos previstos na Constituição.

O crescimento dos Estados e das demandas sociais e a necessidade de operacionalizar racionalmente os recursos do Estado para o máximo atendimento das demandas e uma simplificação do próprio Direito, contribuíram para o desenvolvimento da Administração Pública e, por via de consequência, para criação de uma subárea do saber jurídico, qual seja, o Direito Administrativo.

A necessidade de uma melhor gestão de recursos veio com o cameralismo que entendia o governo como uma questão de gestão de recursos. No cameralismo estão as origens da tentativa moderna de desenvolver uma ciência da administração pública.

O Direito Administrativo, como parte da ciência jurídica, está atrelado ao surgimento do Estado de Direito, como ressaltado pelo colega Luis Eduardo Barbieri, em seus comentários, citando Maria Sylvia Di Pietro (*Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012). No período absolutista, os Estados não eram limitados em sua atuação jurídica, não havia a idéia concreta de legalidade, de que o administrador somente poderia fazer o que a lei determina.

A passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito ocorre com a Revolução Francesa de 1789. Por "Estado de Direito", pode-se entender o Estado que prima pela realização dos Direitos Fundamentais, isto é,

"aquele Estado que, nas relações com seus súditos e para garantia deles, submete-se, ele próprio, a um regime de direito, segundo o qual suas atividades são regidas por um conjunto de regras de natureza diversa, umas determinando os direitos outorgados aos indivíduos, preservando-lhes a liberdade, outras estabelecendo previamente as vias e os meios que podem ser empregados visando à realização dos fins do Estado (...) para se realizar o Estado de Direito, é indispensável que as pessoas disponham do direito de ação em face do Estado, provocando a jurisdição, com o fito de impugnam os atos estatais, quaisquer que sejam, causadores de lesão aos seus direitos individuais."

(Carré de Malberg *apud* C. Brêtas. Dias. "Apontamentos sobre o Estado Demo-



crático de Direito”, *Revista Eletrônica Virtuajus*, da Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas, ano 2, n. 1, agosto de 2003. Disponível em: <[http://www.fmd.puc-minas.br/Virtuajus/Ano2\\_08\\_2003\\_arquivos/Docente/Estado%20de%20Direito.doc](http://www.fmd.puc-minas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Estado%20de%20Direito.doc)>. Acesso em: 02 fev. 2005.)

Em resumo, com a Revolução Francesa, o Estado, agora “Estado de Direito”, passou a ter sua atuação limitada na consolidação das ideias de legalidade, de separação de poderes e de direitos do homem e do cidadão.

A doutrina aponta como grandes marcos do Direito Administrativo o caso Blanco (1783) e a Lei do 28 Pluviose (1800). A Lei francesa do 28 Pluviose foi a primeira lei a tratar especificamente do Direito Administrativo, no caso, tratou dos serviços públicos e dos princípios a ele aplicáveis. A era do juspositivismo (e o movimento da codificação) havia chegado para a nova área do saber jurídico e, por volta, de 1819 foi criada a primeira cátedra de Direito Administrativo em Paris.

As desconfianças para com o Antigo Regime foi um fator determinante na elaboração do Positivismo Jurídico. Acreditava-se que a corporação escrita de um texto de normas e a maior abrangência possível de situações concretas pudessem trazer a segurança das relações jurídicas e afastar a arbitrariedade dos governantes.

Na era da codificação, o indivíduo que decide exercer uma atividade (indústria, comércio ou profissão), enfrenta vantagens e desvantagens. Todavia, conta em seu quadro, já certo e notório, com as garantias legais: o indivíduo desde o início sabe aquilo que, segundo o direito, deve-se esperar dos outros sujeitos privados e dos poderes públicos. A razão para isso é que, uma vez que o Direito era a própria norma positiva, pedem-se ao direito os instrumentos que possam oferecer a mais rigorosa garantia dos valores dominantes e, portanto, que facilitem a plena atuação das escolhas individuais (Natalino Irti. *L'età della decodificazione*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999).

No entanto, após o aperfeiçoamento do Estado Liberal, a postura exegética também foi abandonada. Construiu-se o “positivismo voluntarista”, elaborado por Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006). Este doutrinador defendia que a compreensão do Direito deveria ser livre de qualquer influência metajurídica (religião, natureza, moral). As normas seriam elaboradas segundo a vontade do legislador, e, uma vez positivadas, sua validade seria determinada por um procedimento silogístico, no qual se validaria uma norma pela validação de uma norma hierarquicamente superior àquela, até se chegar à Constituição, que seria a última norma positivada da hierarquia de normas. A justificação da validade da Constituição se baseava em uma norma fundamental, que seria um preceito lógico transcendente que era capaz de explicar a validade do direito positivo.



Seguindo essa teoria, interpretar seria uma operação mental que acompanharia o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Como resultado desse processo tinha-se “a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem” (Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, p. 390). Assim, cabia à interpretação a elaboração de um método que tornasse possível preencher justamente a moldura prefixada (Lúcio Antônio Chamon Júnior. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 45).

O positivismo jurídico distanciou o Direito da realidade social e foi duramente criticado pelos movimentos da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores. Na realidade, o próprio movimento de estudo de caso empiricamente já não mais atendia à realidade social.

As estruturas basilares do Estado Liberal também passaram a ser duramente criticadas. Com o desenvolvimento histórico da sociedade, vislumbrou-se que não era apenas o Estado que limitava e oprimia a livre manifestação e desenvolvimento do ser humano. A vontade manifestada também se submetia aos poderes não estatais, como as questões de cunho econômico, as relações contratuais privadas com desequilíbrio entre as partes, ocasionada, especialmente, pelo posicionamento omissivo do Estado. Essa situação acabou por ampliar as desigualdades sociais e por fomentar movimentos sociais organizados na época, uma vez que favoreceu a construção dos grandes capitais, por parte dos que detinham os meios de produção.

Na verdade, o posicionamento neutro do Estado impossibilitou que este visse as desigualdades econômicas e sociais da população. Os direitos assegurados constitucionalmente eram meramente formais, presentes nas declarações jurídicas, mas sem eficácia na prática, uma vez que a liberdade mostrou-se incapaz de efetivá-los. A conquista da liberdade havia se transformado na exploração da própria liberdade (Paulo Luiz Netto Lôbo. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986).

A nova política legislativa infraconstitucional, por sua vez, primou por uma elaboração de normas de conteúdo setorial, em que na mesma lei tratava-se de aspectos civis, penais, processuais, administrativos, da matéria tratada. Um ponto importantíssimo é o uso de cláusulas gerais nos textos normativos. As cláusulas gerais, tão criticadas no liberalismo, agora possibilitam a regulamentação de uma gama situacional que antes não era abrangida pelo ordenamento jurídico.



A promulgação de legislações não codificadas propiciou a construção de microssistemas jurídicos, o que fez com que os Códigos perdessem sua exclusividade de regulamentação das atividades particulares. Nesse diapasão, duas correntes foram elaboradas. Interessante é a tese elaborada por Lorenzetti. Segundo o autor,

“o Código, como tal, vai se ampliando, ao dar guarita a novos problemas e microssistemas; suas normas internas vão se distendendo mediante a interpretação, até um ponto culminante que termina por transformá-las. (...) Nesta primeira etapa descodificadora, os lugares de instabilidade se multiplicam, conferindo uma aparência de desordem insuportável; a desordem é produto da complexidade e a diferenciação é necessária para crescer. Os microssistemas se comportam como ‘estruturas dissipativas’ e se convertem em fontes de uma nova ordem, (...). Mediante este processo, cria-se um novo sistema. (...) Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravitação que os mantém unidos.” (Ricardo Luis Lorenzetti. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 77-79).

Perante o novo contexto social, a teoria do positivismo jurídico e o método empirista para a solução das situações jurídicas não atendem mais às demandas sociais. A complexidade das relações sociais se mostrava muito maior do que as normas dos Códigos; assim, mesmo diante do ideário de completude do movimento da codificação, havia uma série de situações que não eram regulamentadas. Era preciso mudar o modo de vislumbrar a legislação e sua interpretação.

Com relação especificamente ao Direito Administrativo, a forte influência jurisprudencial, em especial do “Conselho de Estado” francês e italiano, com o contencioso administrativo, somada a evolução e fortificação gradual dos Estados Modernos, de certo modo contribuíram para que não fosse elaborado um compêndio completo de normas. As situações eram novas e muitas vezes imprevisíveis diante das demandas sociais. Ficou claro que o conteúdo do Direito Administrativo variava no tempo e no espaço conforme o modelo de Estado adotado (liberal, social, comunista, democrático). Tais situações acabaram por fazer o Direito Administrativo, pese haver doutrina, defender a necessidade de codificação, e aderir ao movimento de legislações esparsas e à criação de microssistemas dentro da área do saber administrativo para tratar de assuntos específicos, como a telefonia, correios e telégrafos.

Martin Loughlin comenta a situação defendendo que, uma vez estabelecido, o sistema de tribunais administrativos poderia ter vantagens distintas: a sua estrutura hierárquica constituía um meio relativamente acessível e barato de recurso administrativo; seu judiciário desenvolveu uma competência técnica que não poderia ser esperada do sistema judiciário comum; seu caráter não codificado (incomum em direito civil) significava que essa jurisdição administrativa





era capaz de evoluir gradualmente, de acordo com a experiência; e sua posição dentro da administração ajudou a colocar os valores legais de forma mais segura dentro do processo administrativo e mais efetivamente para moldar o caráter geral da administração (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*. Reino Unido: Oxford, 2012).

Em que pese não haver, pelo menos no Brasil, uma codificação própria tratando sobre o Direito Administrativo, isso não afasta a exigência de instituição de um “regime jurídico harmônico, regular, uniforme e estável”, pois as diversas leis esparsas devem possuir essas características entre elas. Não pode haver contradição normativa na regularização legal das matérias envolvidas.

Nesse contexto, Helly Lopes Meirelles, conceitua o Direito Administrativo como o conjunto harmônico de regras e princípios (regime jurídico administrativo) que regem os órgãos, os agentes e as entidades públicas, desde que estejam na atividade administrativa realizando de forma direta, concreta e imediata os fins desejados pelo Estado. (Helly Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Délcio Balestero Aleixo / José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2014).

O sistema de direito administrativo foi reforçado pela melhoria da formação profissional dos funcionários do governo. A primeira etapa deste processo foi realizada através da promoção da formação nos princípios cameralistas de gestão eficiente de recursos. Todavia, com o inchaço da atuação estatal advinda com o Estado Social, a burocratização, que foi favorável em princípio, se tornou um grande dificultador da concretização de direitos por parte do Estado.

Para resolver o problema do inchaço estatal, criaram-se as agências reguladoras. As agências reguladoras têm origem nos Estados Unidos diante da necessidade do governo de aumentar a regulamentação na atividade econômica depois da grave crise econômica de 1929. A idéia principal não era transformar o Estado em prestador da atividade econômica, mas regular os agentes econômicos.

No Brasil, as agências reguladoras foram criadas nas décadas de 80/90 em um cenário diferente do americano. O Estado Brasileiro percebeu que havia assumido tarefas como prestador de serviço público e que em razão de seu volume financeiro e dos recursos limitados havia um comprometimento na eficiência prestacional do serviço. Assim, inicia-se um período de diminuição do Estado, marcado pelos privatizados e pela delegação de atividades públicas às concessionárias e permissionárias, resguardando para si apenas tarefas essenciais. Todavia, para evitar que esse estado voltasse a



ser um Estado Liberal Clássico, o Estado Brasileiro cria entidades que visam regular e fiscalizar o exercício da atividade econômica entre os particulares e a prestação de serviços públicos entre concessionárias e permissionárias (intervenção indireta ou *soft*).

Na redação original da Constituição da República Brasileira de 1988 não houve qualquer menção às agências reguladoras. O que ocorreu foi uma proliferação de emendas constitucionais que visaram a abertura econômica, sem que houvesse previsão expressa para a importação do modelo de agência reguladora do Direito Norte Americano.

E, se no Reino Unido, como demonstrado por Loughlin (*Foundations of Public Law*) citando Fichte, os éforos existem para monitorar e fiscalizar o exercício do poder público e, especificamente, para assegurar que as instituições governantes do Estado permaneçam voltadas para a realização do direito e da lei; no Brasil, foi adotado o Parecer AC 051 da Advocacia Geral da União.

Segundo o referido Parecer AC 051, é cabível recurso hierárquico impróprio contra decisão proferida por agência reguladora, independente de previsão legal neste sentido, e, por interpretação extensiva, é possível avocação igualmente sem previsão legal. Tal posicionamento vai contra a decisões anteriores do Superior Tribunal de Justiça. O fundamento do Parecer AC 051 é que o Chefe do Poder Executivo tem a direção superior sobre toda a Administração Pública (direta ou indireta), nos termos do art. 84, II, Constituição da República Federativa do Brasil.

O Parecer foi aprovado pelo Presidente da República por decreto; o que, nos termos da Lei da Advocacia Geral da União, o transformou em instrução normativa que vincula o executivo federal.

Diante desse cenário, a doutrina, dentre eles Rafael Oliveira (Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Gen e Editora Método, 2015) defende que o Parecer 051 da AGU, na verdade, acabou com a autonomia das entidades da Administração Pública Indireta e também jogou por terra a diferença entre desconcentração e descentralização, pois se se pode avocar ou se cabe recurso hierárquico impróprio, o chefe do executivo pode rever decisões dos órgãos públicos e das autarquias, com a mesma intensidade.

Com a concentração de poderes nas mãos do chefe do executivo, mais uma vez retorna-se na discussão sobre a tênue linha que separa a discricionariedade e a arbitrariedade no exercício dos atos públicos pelo governante e



ressalta-se, mais uma vez, que essa atuação só pode se dar nos estritos limites da normatividade e da proteção e realização de direitos.



Re: MARTIN LOUGHLIN II

por [Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho](#)

Friday, 30 December 2016, 14:20

### Martin Loughlin II, de 13/11/2016

Caro Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves e prezados colegas, apresento contribuição às reflexões suscitadas, relativas ao capítulo V da obra *Foundations of public law*, de Martin Loughlin, e mais especificamente acerca do surgimento, no fim do Século XX, de um “novo eforado”.

No início do Século XIX, emerge o Direito Administrativo, associado a uma nova arquitetura de Direito Público, “postulada pela forte extensão do papel e das responsabilidades do Estado Administrativo, que se incumbe providenciar a segurança e a liberdade, mas, também, a prosperidade e o bem-estar dos cidadãos”.

Essa nova arquitetura determina o início do processo de instituição de um sofisticado aparelho administrativo, composto por uma classe de agentes públicos altamente qualificados atuando em estruturas concebidas e montadas para funcionar além das fronteiras do Estado, como Banco Central, Agências Reguladoras, etc...

O caráter de independência do Poder Político, a fiscalização e a ingerência nas ações, atividades e funções públicas passaram a ser gradativamente mais exigidos de órgãos já existentes que não tinham ou exerciam tais tarefas, como o Ministério Público (cuja titularidade do dever de tutelar a legalidade e os interesses públicos coletivos e difusos ampliou a zona de sobreposição de sua atuação com a ação governamental, tornando-o, por diversas vezes, fiscal, opositor e algoz do Governo e de suas Políticas); os Tribunais de Contas (cuja função de apreciar contas do governo, especialmente com a fiscalização simultânea à gestão, passou a criar interferências dos julgamentos nas políticas públicas e até mesmo a que, excepcionalmente, suas decisões, sirvam de fundamento para a cassação de agentes políticos eleitos democraticamente – como ocorreu com a Presidente Dilma Rousseff em função de uma mudança de entendimento posterior aos fatos); as Defensorias Públicas (que na competência de representar os



cidadãos economicamente menos favorecidos, muitas vezes concentram grande parte das ações que promovem contra o Estado e suas Políticas Públicas de Saúde, Transporte, Educação, etc.); e até mesmo a Magistratura, que em ações longe de suas competências tradicionais e históricas, sem maiores reflexões sobre as consequências para o sistema de freios e contrapesos, tem sido cada vez mais (em quantidade e profundidade) chamada a intervir na gestão pública e atualmente utiliza as atribuições e prerrogativas do cargo para redirecionar a ação do governo, quando não o destino dos governantes prolatando decisões que não apenas padecem de um déficit democrático, como, em certas situações e ocasiões, atentam contra a democracia ou seus princípios e garantias, e até contra a separação de poderes.

Em comum, em todos estes casos, encontramos servidores públicos de alta qualificação e remuneração diferenciada, em carreiras prestigiadas e protegidas com garantias, nas quais, por diversos argumentos, nem sempre verificados adequadamente, considera-se a independência do Poder Político uma virtude em si mesma e que, no exercício de suas atividades, com maior ou menor desvio da finalidade original, comumente interfere nas ações e políticas públicas sem qualquer legitimação democrática, ainda que nem sempre esta ausência enseje, por si, uma questão de maior relevância.

Com efeito, a grande marca do empoderamento desses funcionários é a independência dos Governos ou dos Parlamentos, notabilizada pelo facto de o acesso ao plexo de competências e poderes não se submeter ao critério da legitimidade democrática.

Assim, em função do poder que tal classe exerce, passa a ser necessário discutir sua legitimação democrática, ou a falta dela. Afinal, de certa forma eles “governam”, ou interferem no governo, sem terem sido eleitos, sob o argumento da expertise e do *modus operandi* como fonte de legitimação (técnica e processual), ou até sob argumento (criticável) da independência do Poder Político ser um bem em si mesmo.

Esse formato de Administração Pública não é exatamente novo; repisa, de certa forma distorcida e adaptada, a ideia de Platão do Governo dos Sábios. No entanto, na Grécia antiga, o eforado era eleito, e, diferente do que ocorre nos dias de hoje, eles tinham legitimação de origem democrática.

Se o eforado grego original não padecia de falta de legitimidade democrática, qual seria a semelhança com a situação atual que autorizaria a utilização da referência histórica?

A convergência advém do papel desempenhado no contexto da situação política e social de cada época. Com efeito, deve-se atentar para o fato de que Esparta era uma monarquia, na qual, por definição e essência o poder político



concentrava-se na mão do rei, plenamente legitimado para exercê-lo. No contexto de Esparta, a existência de uma estrutura social com o poder de limitar o exercício dos poderes reais sem a legitimação própria das monarquias – eleitas democraticamente no caso – antecipava, guardadas as devidas diferenças relativamente à concepção de freios e contrapesos, e importava na concepção de um poderoso plexo de competências independente do poder político. Eis a semelhança.

De fato, atualmente, de acordo com a definição da democracia, o poder deve ser obtido e exercido em observância da regra básica de sua legitimação: a eleição dos escolhidos para a representação e outorga dos mandatos. A independência do poder político que justifica a referência ao instituto da antiguidade, agora decorre exatamente de se criar um mecanismo de acesso a poderes (competências para governar ou intervir no governo) sem a legitimação do voto popular, com o mesmo propósito de outrora: criar um poder independente do institucionalizado, acessado de forma diversa e não legítima no sistema. Em Esparta, o contraponto do poder político do rei, era o poder do eforado acessado democraticamente. Nos dias de hoje, o poder político dos agentes públicos adquirido pela eleição nos sistemas de representação é confrontado por entidades que, quando não estranhas à estrutura pública, são imunes à sua ingerência, mesmo que tratem de interesses e direitos públicos, coletivos ou difusos.

Já que o problema na Grécia não era de falta de legitimação, pois o eforado era eleito, o ponto de interseção que liga o eforado Grego à ideia trazida no capítulo V do livro *Foundations of Public Law*, por Martin Loughlin, sobre o “novo eforado”, é a independência dos tecnocratas em face dos Governos e sua interferência em “assuntos de governo”. Agentes Públicos independentes sempre existiram, como os juízes para os quais a independência é pressuposto de imparcialidade. Da mesma forma sempre existiram cargos com poderes sobre as ações e políticas públicas que não eram acessados pela legitimação democrática, mas, via de regra, eram ocupados por indicações dos governantes e por agentes demissíveis *ad nutum*, caracterizando sua subordinação ao governante. A novidade significativa é a reunião destas duas situações que acarreta a atribuição de funções de governo a quem não tem legitimação democrática nem presta contas à sociedade (no plano da democracia).

A justificativa dessa estruturação de independência é a desconfiança do Estado e, especialmente, dos políticos, que encontra eco na população em função da crise de legitimação da democracia representativa que o mundo vive hoje.

Com efeito, o discurso que sustenta as agências reguladoras independentes, Bancos Centrais independentes, órgãos de fiscalização independentes e privados como a CVM ou o CONAR é sempre a ideia de que a ingerência política pode ser danosa e capaz de desvirtuar as funções desses órgãos.



Ao invés de aperfeiçoar o sistema de representação popular e ampliar os meios de fiscalização direta, ou mesmo de democracia direta, que poderia ser facilitado pelas tecnologias atuais, opta-se por enfraquecer a democracia sustentando que o caminho é ser cada vez mais governado por técnicos, não por políticos. Poder-se-ia falar em uma segunda onda tecnicista, agora voltada para as tecnologias de organização e estruturação social, cujas consequências podem ser tão danosas quanto a primeira onda, já que fundada na mesma ilusão ingênua de que a técnica é imune a interesses. Neste caso, frise-se, ainda com menores chances de êxito, pois a pretensão é atuar de forma técnica e “pura” no campo no qual se concentram por convergência muitos interesses.

Essa desconfiança inerente ao discurso que justificaria o “novo eforado” também se observa na explicação da atuação de órgãos de controle, muitas vezes sobrepostos, na própria estrutura estatal como Tribunais de Contas, Ministérios Públicos, Controladorias Gerais, etc.

E tal ambiente de desconfiança no Governo, por outro lado, propicia o surgimento e o crescimento de estruturas privadas voltadas à execução de atividades e serviços públicos como ONG’s, OS, OSCIP’s e várias outras entidades concebidas para atuar em paralelo ou em substituição ao poder público, contribuindo para solapar seu papel social e, com isso, sua importância.

Um exemplo dessa substituição é o Greenpeace, entidade cujo reconhecimento dentro da comunidade de seu engajamento e compromisso com questões de proteção ambiental, coloca sua atuação, para muitos, como qualitativa e quantitativamente melhor do que a do Estado na defesa do meio ambiente, o que pode ou não ser verdadeiro no plano prático, mas, com certeza é prejudicial no plano democrático.

O mesmo se pode dizer em relação à Cruz Vermelha, ao Programa Médicos sem Fronteiras, Santas Casas de Misericórdia, associações e fundações filantrópicas de saúde, de obras sociais assistenciais como a de Irmã Dulce na Bahia (que atende e presta assistência médica a desvalidos, antigamente com dedicação e doação, atualmente, acima de tudo, com recursos públicos passados por convênios ou termos de apoio e cooperação).

Verifica-se também essa atuação paralela e mais prestigiada de organismos não estatais. É o que ocorre, por exemplo, com a ONU e suas ações sociais como as da UNICEF, que gozam de prestígio maior na sociedade do que organismos supranacionais como União Europeia e Mercosul.

Assim, de um lado, há ONG’s prometendo serem mais eficientes que o Estado em áreas que, por natureza, deveriam ser por ele gerenciadas; de outro lado, são criados e estruturados órgãos que devem governar sem legitimação democrática, como se a solução fosse, ainda que gradativamente, abolir o



Estado Democrático para viver sob o Estado de Direito (como se um existisse legitimamente sem o outro). Não se discute o que subverte o sistema político e que retira sua legitimidade real, ou seja, sua efetiva representatividade (via de regra não é a população em sua grande maioria que provoca as distorções do sistema de representação política, embora seja quem ela a pagar o maior preço de sua corrupção).

Também não se pretende fazer uma defesa do Estado, como se fosse uma etapa civilizatória intransponível, ou mesmo a única ou melhor solução para os problemas da modernidade. Contudo, a complexa sociedade contemporânea efetivamente exige um aperfeiçoamento das instituições humanas, públicas e privadas (ainda que esta distinção seja cada dia mais tênue), assim como mudança de mentalidade dos cidadãos.

A questão é que, apesar de todas as dificuldades da convivência democrática, ainda não se encontrou forma melhor de equilibrar e harmonizar os interesses múltiplos da vida em comunidade. Assim, o exercício de poder sem legitimação democrática e o esvaziamento de competências e habilidades da entidade que personifica a coletividade, no cenário atual, não promovem a evolução desejada – e muitas vezes necessária – para a construção do espaço e do momento de convivência que propiciará aos seres humanos perspectivas de viver harmonicamente em um ambiente de prosperidade e sustentabilidade – pressupostos da viabilidade de um futuro comum da espécie e razão maior (desde o início de nossa caminhada consciente sobre a terra) do surgimento e do desenvolvimento de nossas complexas interações sociais.

Toda essa reflexão e exemplos vêm a propósito de tentar contextualizar o “novo eforado” não como uma evolução natural do Direito Público ou do Administrativo, mas como fruto de um processo histórico catalisado no final do Século XX pela queda do Bloco Soviético; pela reestruturação do capitalismo, seguindo a ideologia neoliberal, tudo com o propósito nítido de reduzir o tamanho e a influência do Estado, e, em especial, do poder político democraticamente eleito.

Além disso, a troca da separação de poderes clássica (três poderes) pela ideia bipolar, e a reestruturação do Estado com funções reduzidas e controles multiplicados, não são garantia de vantagem para a sociedade, a exemplo do que se vê, no Brasil, com muitas agências reguladoras, capturadas pelo mercado, com dirigentes – que gozam de mandato fixo e não coincidente com o Chefe do Executivo – oriundos do tipo de empresas ou do setor que ora regulam e controlam.

Portanto, é preciso discutir o surgimento e a atuação do “novo eforado”, mas, acima de tudo, os caminhos que devem ser trilhados para que sociedade,



Estado e Administração Pública desempenhem os papéis necessários para a evolução sustentada da humanidade e da organização governamental.

Mais importante do que diagnosticar este novo pólo de concentração de poder público, parece ser enfrentar e superar os conflitos profundos reinantes na sociedade em derredor da ética das relações humanas - lembrando o livro já estudado neste programa de doutoramento, *O que o dinheiro não compra*, de Michael Sandel, é preciso resolver como fixar os limites morais do mercado.

O essencial, portanto, é debater o futuro comum das sociedades humanas (se formos capazes de o assegurar) e as bases filosóficas existenciais das pessoas, dos Estados e dos Blocos.

Utilizando o raciocínio de Rousseau, trazido por Loughlin na introdução, “se formos capazes de criar cidadãos, vamos perceber a liberdade, mas se falharmos neste esforço, não vamos criar nada além de escravos desagradáveis e egoístas, que poderão ser escravos do mercado, da corrupção, da técnica...”

Precisamos da liberdade como virtude de cidadãos comprometidos com o discurso político como condição de fazermos negociações, de colaborarmos e de nos protegermos.

Além disso, é imprescindível decidirmos se optaremos, enquanto sociedade, pela lógica individualista ou pela comunitarista. Afinal, não importa tanto quanto é a medida de independência ou de legitimidade democrática dos “novos eforados”, mas para que propósito estamos (re)estruturando o poder (político e administrativo): para servir ao coletivo ou ao individual.



Martin Loughlin III

por [José Casalta Nabais](#) - Wednesday, 16 November 2016, 12:32

A obra de Martin Loughlin permite-nos fazer algumas reflexões avulsas.

I. Tendo em conta a maneira como na modernidade se foi percepcionando o direito público, podemos dizer que este foi-se construindo no Estado moderno, tendo evoluído até aos anos oitenta do século passado num quadro de compreensão que tinha por base uma clara linguagem binária ou dicotómica com contornos relativamente bem definidos como a concretizada nos pares: público / privado, constituição / legislação, legislação / administração, estado / mercado;





nível nacional / nível transnacional (internacional e supranacional), razão jurídica / verdade religiosa (divina). Ora nos dias de hoje, no século XXI, estas dicotomias esbateram-se muito, tendo em alguns dos segmentos do direito público perdido parte do seu significado. Daí que seja de nos questionarmos se e em que medida o direito público ainda é um direito do Estado (mesmo que não seja um direito contra o Estado e mais um direito de garantia da existência e funcionamento do Estado nação) ou é cada vez mais direito que está para além do Estado ou um direito até sem Estado? Poder-se-á falar ainda de direito público construído em torno de outros poderes (seja para deles nos defendermos ou para assegurar a sua existência) como o poder do mercado regulado numa significativa parcela pelas empresas multinacionais ou mesmo transnacionais? Deixou efectivamente a instituição Estado de ser *conditio sine qua non* de um direito público? Ou teremos que construir um novo tipo de Estado polarizado fundamentalmente em outra *potestas* ou outra *potentia*?

II. O que tem expressão na nova visão da separação dos poderes, que do plano nacional assente fundamentalmente na partilha entre a legislação e administração (não obstante a divisão formalmente tripartida), numa primeira fase (século XVIII e XIX), e numa separação social de poderes, numa segunda fase (século XX - v. Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, repub., Tenacitas, 2008, esp. p. 131 s.), passou, sobretudo na Europa, num quadro de concentração e racionalização relativamente sofisticadas do poder, para a separação entre os poderes polarizados praticamente no poder administrativo, distribuídos verticalmente entre os Estados nações, que concentraram o que respeita ao Estado social (políticas de saúde, educação, da família e da segurança social) e ao Estado fiscal (que realiza aquelas políticas seja através das receitas, seja directamente mediante a função distributiva dos poderes tributários), que são os domínios da cidadania (pessoal, política e social), e a União Europeia que tem a seu cargo, a nível superior (supranacional), a política económica, monetária e da concorrência, que são os domínios do mercado e das liberdades económicas (numa certa cidadania de mercado). Separação vertical cuja falta ou deficiente articulação e harmonização entre as atribuições e competências que cabem aos Estados e as que transitaram para a União Europeia, subvertem, não raro, o que formalmente ficou reservado à soberania daqueles, funcionalizando tais atribuições e competências ao segmento supranacional, ou seja, às políticas polarizadas na realização e funcionamento do mercado interno (v. o nosso texto «Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal portuguesa», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144<sup>o</sup>. 2014/15, p. 103 e ss.).

III. Como construir ou reconstruir o Estado e o correspondente direito público, no século XXI, de forma que desempenhe cabalmente as funções que lhe coube nos séculos XIX e XX? Será possível construir essas realidades em torno de instituições diversas do Estado? Ou teremos de nos resignar à existência do



actual Estado dual: – o Estado nacional que cada vez mais se revela uma organização que oprime os cidadãos locais (veja-se o paradigmático “socialismo a frio” veiculado pelos sistemas fiscais ou, mais amplamente, pelos sistemas tributários, nos Estados periféricos da Europa); - e o “Estado” transnacional centrado em organizações interestaduais, supra-estaduais e não estaduais que segregam um “direito público” produzido em autogénese a contento dos seus produtores?

IV. Enfim, haverá alguma similitude da organização da União Europeia, constituída nomeadamente pelo órgão intergovernamental Conselho de Ministros, com o Eforato enquanto órgão superior (simultaneamente estadual e religioso) de Esparta? O regresso à religião sob outra forma, sob a forma de um direito intersocial a montante dos Estados, em que no caso da União Europeia se encontra em larga medida ao serviço do deus mercado, será ainda uma forma adequada de reconstrução do Estado de modo a dar a esta estrutura e dimensão que permitam uma cabal realização das funções tradicionalmente reconhecidas à instituição estadual? Ou teremos de esperar por um qualquer *zurück zu nationalen Staat* (que, obviamente, não será o do Estado nação dos séculos XIX e XX, que foi bom, mas acabou) que acabe por se impor não por opção assumida, mas sobretudo pelo falhanço do actual Estado multinível refém de um funcionamento desarticulado dos seus níveis de governação



Re: Martin Loughlin III

por [Luiz Antonio Ugeda Sanches](#) - Wednesday, 14 December 2016, 14:24

As proposições do prof. José Casalta Nabais, divididas em quatro tópicos, refletem com precisão as inquietações sobre o destino do Estado, enquanto instituição soberana, no século XXI. Importante destacar algumas premissas antes de adentrar nos tópicos em específico.

Considerando os paradigmas do Estado, faz-se necessário compreender os temas ligados à soberania. Este instituto, que tanto pautou o Estado nos séculos XIX e XX, certamente será revisitado no século XXI, pois em um momento em que a humanidade ganha *escala*, fazendo muito mais coisas com os recursos atuais da tecnologia e da economia do que qualquer geração anterior, as



gerações futuras não medirão o Estado com a mesma régua das gerações passada e presente (John Rawls. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001).

A escala aqui mencionada deve ser compreendida sob uma ótica geográfica. A globalização, enquanto premissa econômica; e a internet, na qualidade de referência tecnológica, têm em comum a interconectividade entre pessoas, bem como a exploração estatística dos perfis de consumo e de cidadania, de maneira que os *Big Data*, para se viabilizarem, são expansionistas por natureza, acumulando toda e qualquer informação, de maneira a tornar qualquer indivíduo uma espécie de jazida de dados. A soberania, neste cenário, é mais um empecilho do que uma garantia, pois busca condicionar este desenvolvimento tecnológico que impõe um acúmulo de informações sem precedentes na história da humanidade. Esse sistema aparentemente não tem interesse em ter contrapesos ao seu avanço.

Neste contexto, o Estado enquanto ente soberano talvez seja, atualmente, uma reminiscência histórica, pois sua construção futura aponta para a existência de estados meramente autônomos. Esta discussão foi enfrentada, em maior ou em menor intensidade, por diversos autores aquando do advento da organização das Nações Unidas, no pós-Segunda Grande Guerra, em 1945. Alguns chegaram a afirmar que os estados deixaram de ser soberanos com o advento da bomba atômica, pois não há que se falar em soberania após esta invenção tecnológica (José Nicolau dos Santos. *Geografia Humana e Teoria Geral do Estado. Ciências Correlatas*. Ed. Guaíra, 1951).

E a tecnologia continua a avançar no mundo contemporâneo, sendo que o Direito tem encontrado enormes dificuldades para se impor enquanto elemento central de regulação desta realidade. Como referência bibliográfica desta discussão, bastante pujante nos estudos interdisciplinares entre Direito e Geografia, em que Boaventura de Souza Santos ("Introdução". In Nicholas Blomley; David Delaney. *The Legal Geographies Reader*. Blackwell Publishers, 2001) reputa como uma das mais promissoras interdisciplinaridades do Direito, tomamos como referência Richard T. Ford (*ibidem*) que trabalha intensamente com a correlação entre lei e os limites territoriais, que culmina, inevitavelmente, com a segregação entre soberania e Estado. Logo, como é um problema de espaço territorial, a interdisciplinaridade entre Direito e Geografia necessita ser explorada, pois ela pode ser a chave para respostas sobre o tema.

Neste prisma, o conceito de Arena (M. Hary Osofsky. "A Law and Geography Perspective on the New Haven School". *The Yale Journal of International Law*. Ed. Forthcoming, 2007, p. 440) serve como o grande mecanismo da tomada de decisão com legitimidade global, de aceitação multi-escalar, que constitui uma



nova dimensão geográfica global, sob a tutela jurídica internacional. O papel das arenas é descrever as ações políticas dos atores sociais envolvidos num problema específico, sendo um espaço de integração das ações dos indivíduos ou grupos coletivos.

Ao separarmos o conceito de soberania do de Estado, posicionando o Estado como uma construção histórica e escalar, as respostas as questões acima recebem subsídios interdisciplinares relevantes.

Em relação ao item I, certamente o direito público ainda é um direito do Estado. Mas este Estado não contém a mesma semântica de outrora. Ele deve ser compreendido como uma referência territorial dotado de autonomia, que pode, em sua localidade, regular o poder de mercado. Não entendo que a instituição Estado tenha deixado de ser *conditio sine qua non* de um direito público, em que pese esta questão ser pujante e controversa. Direito público não existe sem Estado, mesmo que este Estado seja apenas uma das componentes que, junto com outros estados, criem direito público de tutela jurídica internacional. Direito público assim o será enquanto representar um território que contém uma população com nível de coesão suficiente para se autodeterminar.

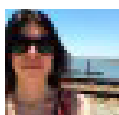
Sobre o item II, o conceito de Arena de Osofsky sugere possibilidades de equacionar a mencionada separação vertical entre estados e órgãos supra-estatais, segregando a soberania da autonomia. Assim ocorre em países federados, como é o caso dos Estados Unidos ou do Brasil. Em que pese o Direito aproximar estes conceitos federativos, pois ambos se declaram soberanos, na prática acabam por ter uma soberania relativa pois dependem, em maior ou menor grau, de questões econômicas e tecnológicas externas. Não é a soberania o que os une, conceito cada vez mais abstrato e teórico; mas o território, real e concreto.

No que concerne ao item III, a questão central de fato é que a construção do Estado e do correspondente direito público no século XXI passará por um exercício escalar do direito, no qual o modelo federativo confere algumas respostas, mas ainda não todas. Esse exercício escalar imporá uma centralidade institucional, sem a qual o conceito de Arena não se concretiza, pois ele pressupõe diálogo inter-escalar entre o Estado autônomo e a instância supra-estatal que, nos casos federativos, podem se determinar soberanas. Neste aspecto, Martin Loughlin e Osofsky têm muito em comum e sugerem caminhos de resolução destes problemas de forma concreta.

Por fim, sobre o item IV, a crise não é do Estado, mas do conceito de soberania. Se admitirmos esta característica, o Estado será no século XXI o grande tutor do espaço do lugar, do convívio, do exercício da solidariedade, em contraponto à força hegemônica e globalizante do mercado. Haverá uma dialética entre o mercado global e o direito do lugar, e ambos conviverão, acentuando



a importância da regulação de mercados. Afinal, Castells (*Globalisation and identity – A comparative perspective*. Transfer, 2006) lembraria do slogan mencionado na independência dos Estados Unidos, “Não a globalização sem representação”, sugerindo que a relação entre capitalismo e Estado, Economia e Direito, pode ser muito mais complexa do que uma eventual submissão incontestável do Estado ao capitalismo.



Re: Martin Loughlin III

por [Janice Silveira Borges](#) - Wednesday, 14 December 2016, 19:31

A clássica dicotomia entre Público e Privado originária do Direito Romano (Ulpiano, Digesto 1.1.1.2) baseada no critério da utilidade pública ou particular da relação embasada repercutiu ao longo dos séculos e hoje é colocada à prova.

A divisão entre as esferas pública e privada refletiu na Ciência do Direito, em especial, no período positivista. A doutrina traçou uma linha dos assuntos tratados positivamente e quais pertenciam ao regimento público e quais ao direito privado.

Contudo, o que se pode observar foi que, conforme ensinou Moraes Filho, houve uma impossibilidade de teorização dogmática absoluta da divisão, pois as circunstâncias históricas fizeram com que o conteúdo ora de um, ora de outro, variasse dentro do direito positivo (Evaristo de Moraes Filho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v.2).

Mata Machado (*Elementos de Teoria Geral do Direito: para cursos de introdução ao estudo do Direito*. 4.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995) defendeu que, pese o conteúdo variar no tempo, a migração da norma não afeta a distinção das esferas; assim, permanece a distinção. Entretanto, o que se viu ao longo dos anos foi que a linha divisória entre as duas esferas foi ficando cada vez mais tênue, quiçá inexistente, servindo a clássica dicotomia apenas para fins pragmáticos acadêmicos nos anos iniciais do estudo do Direito. E na verdade, todo esse movimento foi em sentido duplo, tanto do privado para o público, quando do público para o privado.

A distinção entre público e privado começou a perder nitidez já na Idade Média, conforme ensinou Hannah Arendt (*Entre o passado e o futuro*. São Paulo:



Perspectiva, 1972), que notou a sutil diferença em traduções de textos de São Tomaz de Aquino da expressão aristotélica “animal político” que passa a ser “animal social”. Tércio Sampaio comenta que a

“a noção de social, em lugar de político, embaralha um pouco a distinção. Afinal, se política era apenas a esfera pública, social, mais amplamente, cabe tanto à pública como à privada. O âmbito doméstico também era social. Com isto se principia uma projeção do privado sobre o público (...)” (Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 136).

Na era moderna e contemporânea, tantos outros fatores contribuíram para reduzir a linha divisória entre o público e o privado, dentre eles, pode-se apontar três: a publicização dos demais ramos do saber jurídico, a privatização do aparato estatal e a nova dinâmica internacional nas relações entre Estados.

Iniciou-se no Direito Civil, com Natalino Irti, um movimento de releitura das normas infraconstitucionais, em especial as civilistas, segundo o texto constitucional. (Natalino Irti. *L'età della decodificazione*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999). Em seus estudos, constatou que os textos infraconstitucionais não se adequavam à realidade social democrata, instaurada pela *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947; daí a necessidade de ler e estudar o Direito Civil tendo em vista o texto constitucional.

A partir dessa idéia preliminar, da elaboração de diversos textos constitucionais pós-guerra e da inserção de matérias que antes eram restritas ao Direito Privado nos novos contornos constitucionais, o Direito Privado, em especial o Direito Civil, passou a ser estudado e aplicado com um viés constitucionalista e publicista.

Assim, explica Paulo Luiz Netto Lôbo que a constitucionalização é o “processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observação pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.” O autor adverte para a diferenciação dos termos “publicização” e “constitucionalização”, entendendo por aquele o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que este tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. (Paulo Luiz Netto Lôbo. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 23 ago. 2004.)

Na mesma esteira de pensamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo, porém com um enfoque mais abrangente, encontra-se a teoria do doutrinador português Gomes Canotilho. Segundo este, na verdade, o que ocorre no Direito Pós-Moderno é tanto a civilização do Direito Constitucional, uma vez que as atuais constituições tratam de matéria civil, quanto à constitucionalização do Direito Civil, pois o



Direito infraconstitucional deve estar em concordância com o Direito Constitucional. Canotilho, no entanto, faz uma ressalva:

“a ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irreduzível autonomia quando as regulamentações civilísticas – legais ou contratuais – vêem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. (...) Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulamentação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não – liberdade’ do direito privado.” (José Joaquim Gomes Canotilho. “Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno”. In Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho, (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001)

Acrescenta-se a tese acima exposta, e concomitante a ela, tem-se o crescimento em escala e complexidade do governo contemporâneo e a escassez de recursos para atender todas as demandas sociais a que o Estado havia, até então, se comprometido. Para diminuir o inchaço estatal, vários governantes promoveram reformas. As reformas implementadas - que incluem a privatização, a desregulamentação, a promoção da concorrência para a prestação de serviços públicos e um uso mais amplo das técnicas de regulamentação - tiveram um grande impacto nos arranjos institucionais da maioria dos governos ocidentais. A fronteira pública / privada não só se deslocou (através de esquemas de privatização e distribuição entre as responsabilidades políticas e de prestação de serviços), mas também se tornou mais desfocada (através de vários esquemas de parcerias público/privado). (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*. Reino Unido: Oxford, 2012).

Ainda conforme as reformas governamentais houve um esvaziamento do núcleo de tarefas do executivo; por meio da desagregação de grandes departamentos e da criação de agências executivas que operam em pé de igualdade com os ministros. Situação essa que produziu uma considerável fragmentação institucional que levou ao surgimento do que se chamou um novo *ethos* de gestão pública. (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*).

Deste modo, todos os órgãos de governo agora reivindicam sua autoridade para desempenhar tarefas públicas (ou seja, sociais). Essa situação contribui para minar a distinção público/privado. O governo é concebido como uma rede elaborada voltada para a realização de objetivos sociais, uma vez que esses objetivos são adequadamente especificados e suas execuções são determinadas pela métrica de eficiência e eficácia, e isso é possível envolvendo uma mistura de agências privadas e públicas. A distinção público/privado deixa de ser de clara especificação institucional. É o conceito do social que agora parece determinar



os objetivos regulatórios e dar forma à variedade de técnicas (algumas públicas, outras privadas) necessárias para assegurar a concretização de tarefas.

Neste ponto, ressalta-se que a clássica teoria da separação dos poderes foi revista. Em termos clássicos, a doutrina da separação dos poderes, em especial a defendida por Bodin, afirma que a autoridade governamental pode ser conciliada com a liberdade individual pelo método de alocar as três principais funções de governo - regra de marcação, execução de regras e regra de adjudicação.

Entretanto, o crescimento do governo e a transferência a outros setores de responsabilidades que antes cabiam ao governo colocam à prova os limites de atuação de cada um dos poderes e, em especial, da atuação executiva dentro da nova realidade, uma vez que “os representantes eleitos são incapazes de reivindicar acesso privilegiado à informação” (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*) o que impede a distorção de alguma delas por parte do governo como medida de manobra aos governados.

Rubin, citado por Loughlin, argumenta que a metáfora de três ramos que sustenta a doutrina da separação de poder se baseia em um modelo ultrapassado de governo limitado e fornece um quadro conceitual pobre para a compreensão do processo contemporâneo. O crescimento do aparelho administrativo, diz ele, superou a capacidade do esquema tripartido legislativo, executivo e judiciário para captar a dinâmica complexa do governo contemporâneo (Rubin *apud* Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*)

Soma-se a tudo o que antes foi dito, a necessidade de um modo mais seguro para garantir os Direitos ao Homem. Para tanto, deram início a uma série de Tratados, Convenções e Declarações que diminuíram a centralidade das Constituições nacionais para a adoção de um padrão internacional. Afastou-se a soberania legislativa do Estado em prol da proteção de Direitos Humanos.

Ao longo dos últimos 50 anos, houve um aumento constante do poder de governo exercido por organismos transnacionais, supranacionais e internacionais. Esse crescimento levou a uma fragmentação do direito internacional, à medida que organizações internacionais, corporações multinacionais e ONGs internacionais se erigiram junto ao Estado como atores na esfera jurídica internacional. Tais desenvolvimentos agravam a confusão, acrescentando um esbamento de dentro / fora para público / privado. (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*). Deste modo, a mistura de órgãos públicos e privados é aproveitada ao serviço de metas coletivas a serem implementadas por agências nacionais e internacionais.

As dinâmicas comerciais, econômicas e fiscais também implementaram seus ritmos neste contexto. A proposta de um mercado fiscal e monetário em comum para dinamizar as transações comerciais e ajudar mutuamente os países





participantes tornou-se cada vez mais atraente. As fronteiras entre os Estados foram amenizadas diante da formação de blocos econômicos. Tal situação repercutiu na cultura e na sociedade como um todo e o Direito, claro, não foi indiferente.

O Direito Público agora se entrelaçava com o Direito Internacional. Os limites entre um e outro, igualmente como ocorreu entre o Direito Público e o Direito Privado, ficaram mais amenos.

Mas, a idéia de uma "sociedade mundial", onde não há Estado Nacional, advinda com a chamada "Globalização", gerou crises e riscos à sociedade e ao próprio Direito. Cada Estado Nacional, cada sociedade, possui a sua individualidade. Uma uniformização em qualquer nível (seja em particular ou coletivo) atenua as identidades nacionais, banaliza conceitos e institutos, diminui o grau de soberania e poder de decisão da nação e, como bem explicado pela Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz, no texto já citado em trabalho anterior, "Direito e Globalização - Direito e Constituição", pulveriza os centros de poder, uma vez que, entre outros fatores, a Constituição perde a centralidade.

Na prática, a situação acima descrita é exemplificada pelo Professor José Casalta Nabais no texto "Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal portuguesa" (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 144.<sup>o</sup>, 2014/15, p. 103 s.), quando destaca a profunda limitação da soberania fiscal vivenciada por Portugal diante das imposições dos países economicamente fortes pertencentes à União Europeia, uma vez que Portugal não pode dispor de manobra orçamentária que permita défices orçamentarias mais folgados do que os permitidos pelo Tratado Orçamental. No mesmo texto, o autor constata que os

"Estados membros da União Económica e Monetária, depois de terem perdido a soberania no respeitante aos instrumentos da política económica e monetária vem-se agora confrontados com o efetivo confisco da política orçamental, o que levará, por certo, a uma constante limitação ou mesmo redução das despesas públicas, a uma política fiscal sem qualquer margem de manobra relevante."

A questão ainda é agravada diante da pressão do mercado e das empresas internacionais e multinacionais. Como estudado nos trabalhos referentes ao livro de Michael Sandel (*O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clovis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012), a presença excessiva do mercado regulando determinadas situações da vida cotidiana transforma normas legais e questiona a moral, em razão das consequências da desigualdade e corrupção que ele propicia.

Neste ponto, pode-se apontar uma verdadeira contradição. Enquanto a tendência do Direito Público vai ao encontro de transferir ao particular tarefas que antes eram exclusivas do governo, a pressão do mercado, muitas vezes, exige uma atuação mais firme do Estado para que ele se proteja enquanto Estado-Instituição



e impeça a instrumentalização e coisificação dos governados, mesmo diante da mitigação da soberania advinda com as imposições internacionais.

Com isso, observa-se que as bases do Direito Público foram revisadas. Se com a criação dos Estados este era mais um Direito contra o Estado e mais um direito de garantia da existência e funcionamento do Estado-nação; hoje, apresenta-se como um Direito para além do Estado, sem perder, contudo, o seu alicerce primário, que é a proteção dos participantes do Estado.

E aqui cabe ressaltar que o que foi revisto foram as estruturas do Direito Público e a organização estatal perante as novas demandas e o crescimento da atuação governamental. A idéia de Estado e a sua existência (seja naturalista seja contratualista a teoria adotada), mesmo que por tantas vezes questionada e até mesmo mitigada em razão de questões internacionais, permanece.

A existência hoje de um Estado Regulador, não liberal e não intervencionista, como explicado no trabalho apresentado ao Professor Pedro Costa Gonçalves (Martin Loughlin III), possibilita dizer que a atuação do Estado e do Direito Público, enquanto regulador dessa atuação, está em reconstrução, para que desempenhe cabalmente as funções que lhes couberam nos séculos XIX e XX, qual seja, a efetiva proteção de direitos sejam eles individuais, sociais ou coletivos em termos socioeconômicos, políticos e fiscais. Assim, conclui-se que o Direito Público, atualmente, vem sendo lido em torno de outros poderes, como os determinados pelas relações internacionais, os ditados pelo mercado e sobretudo os advindos com o novo eforado, “seja para deles nos defendermos ou para assegurar a sua existência”, como destacou o Professor José Casalta Nabais nas proposituras do presente estudo.

Por fim, questionada sobre se haveria alguma similitude da organização da União Europeia, constituída nomeadamente pelo órgão intergovernamental Conselho de Ministros, com o Eforato enquanto órgão superior (simultaneamente estadual e religioso) de Esparta, pode-se dizer que não. O Eforato e o Conselho criado em Esparta de certa forma reafirmam a democracia a partir do momento em que as decisões de governo são tomadas por um grupo de pessoas devidamente organizadas para tanto e que primavam pelo senso igualitário. Mesmo a idéia de um novo Eforato é nessa linha de pensamento, como ressalta Martin Loughlin que escreveu que

“longe de prejudicá-lo, o eforado realmente fortalece a democracia, e o faz estabelecendo um marco institucional através do qual a distinção entre julgamento profissional baseado em valores e princípios pode ser mais claramente demarcada. O ephorate - longe de corroer a separação de poder - opera para esclarecer as fronteiras entre as tarefas básicas das instituições primárias de governo” (Martin Loughlin. *Foundations of Public Law*).



Infelizmente, a realidade da União Europeia não é uma sistemática integração económica, fiscal e monetária, mas sim a imposição, por parte de países economicamente fortes como a Alemanha e do mercado em geral, de políticas e normas no mercado interno de outros países para que estes se adaptem aos desejos daqueles. A insatisfação da população é nitidamente observada no plebiscito realizado na Itália no mês passado. A situação é tão grave que até mesmo países como a Inglaterra, economicamente forte, já manifestou publicamente sua retirada do Bloco Económico e Monetário nos próximos anos.

A verdade é que não existe democracia quando há imposição e submissão por parte de organismos internacionais ou mesmos grupos económico-políticos internos. A democracia é conceito amplo, é conceito que envolve informação, participação e decisão de todos para todos, é baseada “na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes” (Portugal (1976). *Constituição da República Portuguesa*. <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>), mesmo quando as bases estruturantes do Direito estejam sendo revistas, pois é impossível reconhecer o retrocesso em matéria de aquisição de direitos, sob pena do retorno à barbárie. O governo deve agora ser reconhecido como um instrumento pelo qual não apenas se implementam valores atuais, mas transforma-os em virtude do modo como esses valores se tornam manifestos e possam ser vivenciados por todos.

Encontrar o equilíbrio entre o respeito às individualidades de cada Estado Nacional e as exigências internacionais, entre as demandas sociais e a escassez de recursos (já comentada em outro trabalho apresentado), entre a atuação estatal desmedida e a abstencionista no mercado interno são desafios a serem superados não apenas pelos governantes, mas sim, por todos enquanto participantes de uma sociedade que se pretende ser “livre, justa e igualitária”.



Re: Martin Loughlin III

por [Cui Rixing](#) - Friday, 30 December 2016, 09:13

The discourse on sovereignty, international law and the European Union by Prof. José Casalta Nabais makes us rethink what is sovereignty. How does international law reshape nation the state into a more globalized entity in the



modern sense? And specifically, what is the legitimacy of the European Union, its political structure and those decisions it makes?

Originating from Hobbes and Bodin, sovereignty was considered as absolute. As they put it, “majesty or sovereignty is the most high, absolute, and perpetual power over the citizens and subjects in a Commonwealth, which the Latins call *Majestas*” (The Six Books of The Commonwealth, Book I, VIII), and “sovereignty is the soul of the Commonwealth; which, once departed from the body, the members do no more receive their motion from it” (Leviathan, XXI). Such idea of sovereignty shaped the notion of nation state from the 19th century, and even earlier, until now. Under this circumstance, the legitimacy of international law comes from “consent.” If a sovereign state does not give permission to an international rule, it constitutes no obligation thereof. For example, in a more realistic and practical manner, see the principle of “persistent objection” by Ian Brownlie<sup>[1]</sup>. The early model of international law can be called “international law of coexistence” (W, Friedmann 1966), which indicates that, contrariwise to modern international law, classical international law is to ensure that each states sovereignty would not cross the border (both in a geographical and in a political sense) and endanger other states’ sovereignty. Even for Kant, who seems not to accept sovereignty as absolute, in his essay *Perpetual Peace*<sup>[2]</sup>, the advanced idea of international relation he establishes is also for eliminating conflicts, disorderliness amongst sovereign states.

In the view of early legal positivists, traditional international law lacks enforcement through sovereignty coercion. In John Austin’s words, “the duties which international law imposes are enforced by moral sanctions by fear on the part of nations, or by fear on the part of sovereigns, of provoking general hostility, and incurring its probable evils, in case they shall violate maxims generally received and respected”<sup>[3]</sup>. However, Austin’s idea of “command”, in my opinion, overstates the role of sanction in the binding power of law, and confuses “obligation” with “obey or be sanctioned”.

Regarding the changes on international relations and international laws, with his legal positivistic view of the “Grundnorm”, Hans Kelsen proposes a theory of international law that is quite extreme. For him, by identifying the state as a unique legal system, “domestic law of each state and international law form one system of norms” (T, Adrián 2001). In this particular system of norms, “international law constitutes a primitive form of law” (H, Koh 1997). Hence, on the aspect of sovereignty, “primacy of international law makes state sovereignty possible in a legal sense, as every sovereign state is recognized as sovereign by the ‘Grundnorm’ of international law” (T, Adrián 2001). Kelsen’s position on international law provides theoretical support to the idea that the state is unable to avoid obligations



imposed on international laws by referring to state's laws. And if state sovereignty is the unlimited, absolute power, certainly it would contradict international law[4].

Another legal positivist, H. L. A. Hart, has a very different view from Kelsen's. Hart argues that international law lacks two features that he deems central to the very concept of law, they are "the secondary rules of change and adjudication which provide for legislature and courts" and "a unifying rule of recognition of its rules" (H, Hart, 1952). In this sense, international law consists of a set of primary rules to which states will comply or conform, not on legal, rational or obligation grounds, but on moral grounds. Hart abandons the idea that the state complies with international rules out of consent. He points out that every state, even a newly established one, is under the constraint of universal principles of international law. On sovereignty, it seems that Hart holds the opinion that international rules determine state sovereignty or the scope of sovereignty, not the other way around.

Both Kelsen and Hart make contributions to the changing world before and after World War II. Some scholars divide sovereignty into different notions. For example, Krasner distinguishes four meanings of sovereignty: international legal sovereignty, also called external sovereignty; Westphalian sovereignty; domestic sovereignty and interdependence sovereignty[5]. Despite this complicated and abstract division, in history sovereignty does have its external and internal components, and the external component is often seen as a party in the relationship with other states, or being exercised on international relations. However, the division between "internal" and "external" becomes indistinct after World War II, reflecting the factual situations: the international entity invades those areas having internal components, such as fiscal policy, monetary policy, immigration policy, competition rules, transport, energy and so on[6]; the role of private entities in international relations develops, and sometimes even equals, sovereign states; more and more direct dialogues between international law and individuals are discovered, particularly in the area of human rights protection.

Sovereignty, under these circumstances, is facing challenges. Notably, some scholars who defend international law have made some progressive steps. Concerning the concept of internal and external sovereignty, Henkin thinks that sovereignty shall not be invoked or concerned with international relations, because, as he puts it, "sovereignty is essentially an internal concept, the locus of ultimate authority in a society, rooted in its origins in the authority of sovereign princes" (L. Henkin 1993). That is to say, sovereignty originating from the monarchical epoch creates too many barriers in the modern state, particularly in the relations with other states[7]. More and more modern international law scholars tend to avoid the argument of sovereignty at large, seeking a solution from the international community, the world public order, regime theories and so on.



The European Union as a most comprehensive and in-depth international (or supranational) organization has considerably affected its member states. It is worth noting that the “Copenhagen Criteria”, which are based on Article 2 and Article 49 of TEU, emphasize that the European Union is a union founded on common values, by which a European state is able to qualify for being granted EU membership. None of those values concern state sovereignty. However, sovereignty does exist when EU law is transferred into domestic law, but the EU decision-making process proceeds quite differently with others. When a legal document is being created, in an ordinary process, the European Parliament representing all EU citizens shares powers with the Council; in the past this was the so called co-decision. Besides, the EU allows citizens to initiate a legislative proposal to the European Commission. In this regard, we can see the role of citizenship in the legislative process, bringing legitimacy from domestic law to the EU law. Regarding this fact, if we agree with the idea of Henkin, who believes that the sovereignty of “the prince” has been given away to the sovereignty of “people”, there is a reasonable claim that democracy is an international norm in the modern world<sup>[8]</sup>. This claim tries to some extent to entitle legitimacy to international law through a democratic process.

Vertically, the separate power of the EU can be observed in the separation of EU competences, or the so called “three pillars” before the Treaty of Lisbon. As mentioned above, member states’ competence is notably limited under the EU law scheme. In fact, this separation has recently brought some concerns regarding economic, fiscal and immigration problems. It leaves several questions. Shall the argument of sovereignty be triggered by these problems? Which argument shall be stressed in the 21st century, sovereignty or international community? And which factor plays the most important role in international decision-making, particularly in the European Union: the sovereign state or citizenship?

<sup>[1]</sup> See I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, p. 28, 2012.

<sup>[2]</sup> This book is highlighted because Kant has two different views on international relation. Before 1793, he claimed world government, however, after 1793, he turned to the solution of federalism, called “federation of free states”.

<sup>[3]</sup> See J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray Press, 1832.

<sup>[4]</sup> See H. KELSEN, *Principles of Public International Law*, The Lawbook Exchange, Ltd, 1952.

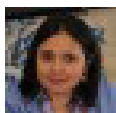


[5] See S. KRASNER, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, 1999.

[6] As to the European Union, all three kinds of competences entered into force after the Treaty of Lisbon, including supporting competence, which can be seen as the invasion of internal sovereignty.

[7] L. HENKIN, *The Mythology of Sovereignty, in Notes from the President*, ASIL NFWSL, 1993.

[8] See Ronald BRAND, "External Sovereignty And International Law," *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, 1995.



Martin Loughlin IV

por [Suzana Tavares da Silva](#) - Friday, 25 November 2016, 13:37

A parte IV do *Foundations of Public Law* trata os temas da Constituição, do poder constituinte, das várias acepções do Estado de Direito e dos direitos fundamentais. Todos estes tópicos, tal como sucede nas restantes partes, são abordados em uma perspectiva evolutiva, teórica e juscomparativa, não fora o autor um cultor do estudo do direito constitucional e da teoria da constituição e do direito público, para o qual apresenta um conteúdo e um significado próprios, como se infere da leitura global da obra.

Seriam muitos os subtópicos que poderíamos abrir à discussão a partir desta parte IV, mas eu quero convidar-vos apenas a explorar um conceito: "direito político" (*droit politique*) e o seu papel no constitucionalismo. No essencial, a tarefa que V. proponho é esta: explorar teoreticamente o conceito de *droit politique*, escolhendo para este diálogo 3 autores de referência (incluindo, claro, Martin Loughlin) e integrar o conceito a que chegarem em uma proposta de compreensão do que é ou deve ser a Constituição hoje (um instituto de natureza, contratual, fundacional, reflexivo, constitutivo...).





Re: Martin Loughlin IV

por [Marcelo Rodrigues de Siqueira](#) - Saturday, 3 December 2016, 21:37

No final do item IV, do capítulo 8, da obra *Foundations of Public Law*, Martin Loughlin afirma que o conceito de Direito Político (*Droit Politique*) fornece a chave para a compreensão da formação do Estado, e, ousamos acrescentar, da própria concepção do que venha a ser uma Constituição.

Tendo em conta a proposição de trabalho ora encaminhada, nossa contribuição terá como ponto de partida a ideia do referido autor acerca do Direito Político.

Baseado em diferentes referências bibliográficas, Martin Loughlin propõe uma diferenciação entre Direito Político e Direito Positivo propriamente dito. O Direito Político consistiria nos princípios e valores fundamentais vigentes numa determinada sociedade. E, de outro lado, o Direito Positivo corresponderia às normas que regulamentam o funcionamento dessa organização social.<sup>[1]</sup>

Embora a distinção entre Direito Político e Direito Positivo aparentemente seja clara, os dois institutos estabelecem relações entre si tão imbrincadas que é quase impossível concebê-los de forma individualizada.

O autor inglês ilustra bem tal complexidade ao suscitar o paradoxo apresentado por Lindahl (fls. 270): “O paradoxo do poder constituinte indica que a auto-constituição começa com a constituição de uma unidade política através de uma ordem legal, não com a constituição de uma ordem legal pela unidade política.”

Martin Loughlin, entretanto, parece discordar da conclusão de Lindahl e se aproximar da tese defendida por Schmitt, segundo a qual a unidade política, fruto da vontade coletiva, precede a constituição do ordenamento legal.

Um dos primeiros autores que reconheceu o acordo de vontades como fonte do poder político foi Rousseau. No seguinte trecho da clássica lição “O Contrato Social”, o renomado autor afirma que:

“Uma vez que homem nenhum possui uma autoridade natural sobre seu semelhante, e pois que a força não produz nenhum direito, restam pois as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens.”<sup>[2]</sup>

Mais adiante, Rousseau diz que a razão existencial do contrato social pode ser atribuída à necessidade de os indivíduos superarem as adversidades prejudiciais à sua sobrevivência.

Retomando a obra *Foundations of Public Law*, parece-nos que o autor concebe o Direito Político como a estrutura basilar à construção do Estado,





enquanto que o Direito Positivo fica responsável pela juridicização das regras e princípios que regulam a criação e gestão do aparato governamental.

Nota-se que o conceito de Direito Político aqui tratado não se restringe apenas ao direito de participação popular no processo político consoante previsto na constituição. O Direito Político é, portanto, algo muito mais abrangente, correspondendo aos valores e princípios fundamentais à construção da sociedade.

É interessante destacar que, segundo Norberto Bobbio, o exercício do poder político teria como característica principal o monopólio do uso da força contra grupos integrantes do contexto social.[3]

Pois bem, não há como negar que a noção de Direito Político nos remete ao pensamento segundo o qual as normas que reconhecem tais valores e princípios devem ser tidas como elementares e essenciais à edificação do ordenamento jurídico.

Com frequência, lembra Carl Schmitt, tem-se por “verdadeira ou autêntica” a Constituição que adota os valores e princípios dominantes num determinado sistema político. Nesse sentido, uma “Constituição” contendo valores liberais jamais será reconhecida como lei fundamental no regime socialista e vice-versa.[4]

A partir das premissas colocadas, podemos agora cogitar o que venha a ser uma Constituição.

Uma noção preliminar nos obriga admitir que tal instituto jurídico, escrito ou não, deve conter as regras e princípios reconhecidos como fundamentais por uma dada sociedade.

A maior dificuldade prática, todavia, é definir com precisão quais valores são verdadeiramente essenciais. Segundo o princípio da separação dos Poderes, compete ao Poder Legislativo a árdua tarefa de traduzir o desejo da sociedade em normas eficazes. Não podemos ignorar, porém, que os membros de tal Poder, muitas vezes, influenciados por certos grupos de pressão, não representam o real desejo da maioria da população.

Por outro lado, como bem ressaltou Martin Loughlin, compete ao Poder Judiciário zelar pela aplicação da Constituição e, em última análise, definir o alcance e significado de seus dispositivos. O que, na prática, acaba por conferir aos profissionais do direito o monopólio da interpretação do conteúdo constitucional.

Em síntese, acreditamos que uma Constituição realmente confere validade jurídica a certos valores que a sociedade tem como essenciais ao convívio. Tal instituto, no entanto, também é fruto do embate de forças entre os diversos grupos que integram a sociedade, logo, muitas de suas disposições visam atender interesses setoriais em detrimento do bem coletivo.



Por fim, deve-se considerar o papel da Constituição no atual contexto de “integração” global. Não são raras as situações em que presenciamos o choque entre os valores constantes de Constituições nacionais e os vigentes nas entidades supranacionais, tal como ocorre na União Europeia.

Na esteira do que compreendemos como Direito Político, o fenômeno recente da ascensão de movimentos políticos conservadores, ditos de extrema direita, pode ser um forte indício de que estamos diante da revisão de valores ocidentais clássicos. E, caso isso realmente se confirme, será difícil não testemunharmos reformulações nos textos constitucionais.

[1] Martin LOUGHLIN. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 268-269.

[2] Jean-Jacques ROUSSEAU. *O Contrato Social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2001. p. 15.

[3] Norberto BOBBIO. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. org. Michelangelo Bovero. trad. Daniela Beccaccia Versiani. 1.<sup>a</sup> ed. 11.<sup>a</sup> reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 164.

[4] Carl SCHMITT. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza editorial, 2011, p. 58-59.



Re: Martin Loughlin IV

por [Loyanne Verdussen de Almeida Firmino Calafiori](#)

Monday, 12 December 2016, 21:59

## O direito político e o seu papel no constitucionalismo

### 1. Primeiras linhas: breve escólio

Conforme inicialmente elucidado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Suzana Tavares da Silva, a parte IV do *Foundations of Public Law* se dedica aos temas da Constituição, do poder constituinte, bem como das concepções do Estado de Direito e dos direitos fundamentais.

Desta feita, primeiramente, insta consignar que os direitos políticos se enlaçam na contínua finalidade de conceber o regime democrático vigente. Assim, o conceito de “direito político” (*droit politique*) possui um papel imperioso no constitucionalismo, por se referir ao direito de participação no processo político como um todo, envolvendo tanto o direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre,



direito, secreto e igual, como também à autonomia de organização do sistema partidário, bem como a igualdade de participação dos partidos.

O valor normativo soberano que possui atualmente a Constituição não foi concebido de pronto em seu nascimento. Na realidade, o atual valor conferido à Carta Magna é fruto da evolução sofrida pela Constituição ao longo da história, tendo sido resultado do empenho em se aperfeiçoar o controle do poder, em prol do aprimoramento dos direitos políticos.

## 2. Valor normativo supremo da Constituição

Hoje presenciamos um constitucionalismo originado da superação da supremacia do Parlamento. O momento atual é definido pela supremacia da Constituição, a qual se situa como vértice orientador de todo o ordenamento jurídico vigente, de maneira que todos os poderes constituídos por ela se encontram subordinados a ela, sob o crivo de artifícios jurisdicionais de controle de constitucionalidade. Ainda, extrai-se da Constituição valores morais e políticos, o que, por vezes, se denomina de materialização da Constituição.

Nesse sentido, como assinala Böckenförde, a Constituição

“já não se limita a fixar os limites do poder do Estado, por meio da liberdade civil, e a organizar a articulação e os limites da formação política da vontade e do exercício do domínio, senão que se converte em positivação jurídica dos ‘valores fundamentais’ da ordem da vida em comum” (Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 40).

O poder deriva do povo, o qual se manifesta no debate político através de seus representantes, mas a vontade popular necessita de guarida constitucional, de forma que o poder constituinte limite as deliberações políticas através de um rígido sistema de controle de constitucionalidade. Isso porque, a Constituição se encontra recheada de valores impositivos sobre o poder político e suas deliberações na representatividade popular.

## 3. Os direitos políticos e a Constituição contemporânea

Os direitos políticos podem ser definidos como direitos humanos e fundamentais, dos quais se extraem poder e a faculdade de todo cidadão participar direta ou, ainda, indiretamente (por meio da democracia representativa) do governo e da atuação do Estado.

Com efeito, onde o povo exerce o governo, os cidadãos administram o Estado, impedindo a concessão de privilégios aos mais afortunados, em detrimento



do pobre. A participação popular na atuação estatal será mais ou menos intensa, conforme a amplitude da democracia que rege cada Estado.

A Constituição forma a estrutura básica do ordenamento normativo que rege o Estado e seus particulares, possuindo em seu bojo todas as regras matrizes de todo o direito positivo. Assim, a Carta Magna organiza e estrutura a sociedade, especialmente em sua feição política. É a lei suprema do poder e o mecanismo de proteção da sociedade em face de abusos dos governantes.

A Carta Magna desfruta de supremo prestígio e honrosa posição no ordenamento jurídico, como sendo expressão de bens mais preciosos da vida em comum e de onde se extraem os princípios que devem reger toda a legislação infraconstitucional.

A clássica perspectiva de Ferdinand Lassale apresenta um viés sociológico da Constituição, considerando-a como sendo a soma dos fatores reais de poder que coexistem em uma sociedade. Desta feita, se a Constituição não expressar fielmente as forças do povo, bem como os interesses e grupos que estão em condições de impor sua vontade, ela de nada terá serventia, não passando de um pedaço de papel. No entanto, esse entendimento nega todo o poder normativo da Constituição, como se esta fosse apenas a expressão da vontade de quem estivesse no poder, sem caráter impositivo e compulsório.

Sendo assim, imperioso se faz destacar que o conceito de Constituição precisa ser construído a partir da ideologia trazida pelo constitucionalismo, pois a partir desse fenômeno, a Carta Magna agasalha direitos fundamentais e liberdades individuais, sendo que essas últimas são preservadas com a separação dos poderes.

A Constituição em sentido substancial (ou material) é aquela enxergada sob o viés do conteúdo de suas normas, sendo, pois, o conjunto de normas que fixam as competências e as limitações dos órgãos mais importantes do Estado, garantindo aos particulares proteção fundamental diante do poder público, que seria a tutela dos direitos fundamentais.

Enquanto isso, a Constituição em sentido formal seria o documento escrito e documentada solenemente, permitindo um melhor acesso às normas jurídicas superiores do Estado. Sob esse viés, são consideradas normas constitucionais aquelas que se encontram inseridas no bojo do texto constitucional, independentemente de seu conteúdo material.

A Constituição ainda pode ser dividida em parte orgânica e em parte dogmática, sendo que na parte orgânica são normatizados aspectos de estrutura do Estado, definindo a organização do Estado, as competências e limitações dos órgãos essenciais para sua existência. Enquanto isso, a parte dogmática seria



aquela que prescreve e agasalha direitos fundamentais, expressando valores imprescindíveis à sociedade.

Pode-se afirmar que são princípios fundamentais do constitucionalismo moderno a *supremacia da Constituição*, a *soberania popular*, bem como os *direitos fundamentais* e a *limitação do poder dos governantes*. Entretanto, devem ser destacados que são princípios fundamentais também a *separação dos poderes*, a *independência do Poder Judiciário* e a *responsabilidade dos governantes por seus atos*, princípios esses que foram adotados primeiramente pela Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (cf. Horst Dippel, “Modern constitutionalism, an introduction to a history in need of writing”, *The Legal History Review*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, v. 73, p. 154-155, 2005).

A respeito da separação dos poderes, Konrad Hesse destaca a importância de a Constituição fixar limitações ao poder social e econômico, pois “uma ordem justa e eficiente em liberdade já não surge sem mais – como pretendia a doutrina clássica – da divisão dos poderes, e sim de que atue positivamente num mundo cada vez mais complexo.” (Konrad Hesse. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida *et al.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4).

Na obra *Foundations of Public Law*, Martin Loughlin elucida que os direitos políticos são o berço nascedouro do Estado e, portanto, da própria origem da Constituição, como a concebemos hoje, se considerarmos que a Carta Magna resulta de uma evolução política a favor da democracia cada vez mais presente na sociedade ao longo da história, fortalecendo e amadurecendo cada vez mais a participação popular.

Consoante o escólio de Marcelo Neves,

“O conceito de Constituição em sentido moderno relaciona-se originariamente com o constitucionalismo como experiência histórica associada a movimentos revolucionários do século XVIII”, os quais propiciaram o surgimento das Constituições “como artefatos possibilitadores e asseguradores da diferença entre sistemas político e jurídico” (Marcelo Neves. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 53).

Ainda, segundo o referido autor,

“Normalmente, esse conceito apresenta-se no plano empírico, para apontar que em toda sociedade ou Estado há relações estruturais básicas de poder, determinantes também das formas jurídicas”. Conforme essa concepção, esposada por autores como Engels, Lassale e Weber, não se pode afastar a presença da Carta Magna de qualquer ordem social, até mesmo das sociedades mais arcaicas, pois até mesmo neles haveria estruturas básicas de formação do Estado. De acordo com esse conceito histórico – universal, vale o seguinte dizer: “nenhum Estado sem Constituição” (Giovanni Biaggini. “Die Idee der Verfassung – Neuaus-



richtung im Zeitalter der Globalisierung?": *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Basilea/Munique: Helbing & Lichtenhahn, 141 (119 da nova série). p. 447).

Sob o viés da história da Constituição, Koselleck trata o conceito de maneira mais ampla, abarcando

“todas as instituições juridicamente reguladas e suas formas de organização, sem as quais uma comunidade social de ação não é politicamente capaz de agir” (Reinhart Koselleck. “Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsbeschreibung.“ In R. Koselleck. *Begriffsgeschichten*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, p. 370).

Com efeito, a separação entre Direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático, pois “na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o princípio da lei (*the rule of law*), e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão” (Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015).

Noutro giro, conforme elucida Martin Loughlin, o Poder Judiciário é que se incumbe de velar pela rígida e concreta aplicação concreta da Constituição, interpretando e definindo o alcance de suas normas. Nesse aspecto da aplicação do Direito, imprescindível se faz destacar o quanto sua separação da política é possível e necessária, pois somente assim se evita a interferência do poder político sobre a atuação do Poder Judiciário, o que inclui até mesmo a imposição de limites à atuação do próprio legislador, o qual não pode, por exemplo, elaborar leis retroativas para atingir situações pretéritas concretas.

Por fim, após essa singela apresentação do tema proposto, pode-se trazer à baila que a Constituição configura o primeiro e principal elemento existente na interface entre política e Direito. Também, vale ressaltar que a independência do Judiciário se afigura um dos dogmas presente nas democracias da contemporaneidade.



Re: Martin Loughlin IV

por [Luiz Antonio Ugeda Sanches](#) - Wednesday, 14 December 2016, 14:20

Política e Direito são instâncias que têm uma origem comum na filosofia greco-romana e dialogam, após o advento da Modernidade, pelos mecanismos



de Estado. São diversos autores que se debruçaram sobre esta temática, obtendo conclusões distintas, mas que têm em comum a admissão de que Política e Direito, Direito Político, ou o Direito enquanto objeto de estudo das Ciências Políticas têm uma relação estreita e precisam ser analisados em conjunto, por serem grandezas equivalentes e simétricas entre si.

Neste sentido, considerando que a construção do Direito político é uma edificação histórica, peço permissão à Dra. Suzana para pontuar alguns autores clássicos que, em maior ou menor grau, conferiram os alicerces modernistas para esta discussão.

Montesquieu (*O Espírito das Leis*. Martins Fontes, 1993) faz um metódico apanhado sobre as diferentes formas de Estado, bem como dos direitos políticos, sociais e econômicos dos regimes despótico, monárquico, republicano e democrático. Afirma que uma sociedade não pode subsistir sem um governo, de forma a prescindir de um Estado político para sua manutenção. Neste sentido, discorre sobre as formas de poder que existem em cada Estado, dividindo em três tipos: (i) o poder legislativo, no qual o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas; (ii) o poder executivo das coisas, que emendem do direito das gentes, de forma a fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, instaurar a segurança, bem como prevenir invasões; e (iii) poder executivo daquelas que dependem do direito civil, sendo a instância que castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares.

Para Rousseau (*Do Contrato Social*. Domínio Público, encontrado em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>, p. 12), a concepção de Estado natural decorre da perfeição, sendo a ordem social comprometida com a multiplicidade de interesses dentro de uma sociedade. Assim, o ser humano nasceu livre, mas a ordem social é um direito sagrado que serve de alicerce a todos os outros. Neste sentido, o contrato social serve de base a todos os direitos no Estado. Encontra-se em Rousseau, ainda, o conceito de que o povo cria o Estado, que por sua vez cria o Direito enquanto lei, que se manifesta por meio da vontade geral identificada pelo consenso da maioria do povo. Pode-se inferir, nesta linha, que o Direito Político advém do conceito de escassez. O Direito surge para mitigar conflitos em uma realidade em que os recursos naturais já não são mais tão abundantes.

Hegel (*Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 216) contribui a esta construção ao conceber o Estado como realidade em ato da ideia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que se sabe e porque sabe. Esta concepção idealista defende o Estado como base da filosofia política, de forma a: (i) possuir uma existência imediata enquanto organismo autorreferenciado,



base do Direito político interno; (ii) conceber o Estado isolado perante outros Estados, base do Direito externo; e (iii) compreender a ideia universal como gênero e potência absoluta, de forma a viabilizar o Estado como uma realidade em forma de liberdade concreta.

Carl Schmitt (*Der Nomos der Erde*. Köln, Greven Verlag, 1950, p. 13), ao versar sobre a mãe do direito (o *nomos* da terra), enlaça a Política, o Direito e o Estado com base em um critério geográfico. O Direito seria então uma unidade de ordenamento e determinação de território, sendo o Estado a soberania no espaço de um determinado território e a Política sua manifestação de vontade primária dos rumos deste Direito e deste Estado. O *nomos* baseia-se em uma plenitude imediata de uma força jurídica não atribuída por alguma lei; um acontecimento histórico constitutivo, ato de legitimidade que dá sentido à legalidade das leis. Nestas bases, o conceito de *nomos* é um princípio normativo fundante que dá sentido e ordem ao sistema jurídico e político e, assim, o legitima. Ou seja, apoiado sobre o *nomos*, cada Estado afirma-se como soberano na comunidade internacional (plano do Direito Internacional), na qual coexiste com outros estados em situação de paridade. O território e a cidadania são elementos essenciais da soberania: o Estado é o ente territorial soberano ou a organização jurídica e política de um povo.

Em Portugal, Marnoco e Souza (*Direito político: poderes do estado, sua organização segundo a ciência política e o direito constitucional português*. Imprensa: Coimbra, França Amado, 1910) fez um longo estudo sobre o tema, e discorre que o direito político moderno não poderia prescindir do conceito de soberania, seja do Estado ou da nação, dependendo da corrente ideológica, fundamentado principalmente nos doutrinadores franceses da época, Duguit à frente. Todavia, como dissemos outrora, a tecnologia subverteu o conceito de soberania, haja vista que não há que se falar em soberania após o advento da bomba atômica (José Nicolau dos Santos. *Geografia Humana e Teoria Geral do Estado. Ciências Correlatas*. Ed. Guaíra, 1951), mas em concerto entre nações, que era a tentativa de criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945.

E o que se verifica hoje é uma grande lacuna epistemológica, com base em um conceito de soberania que caducou em 1945, bem como o crescente esgotamento da governança global proposta pela ONU com comitês que não representam mais a realidade global, como é o caso do Conselho de Segurança.

Neste cenário, autores tentam identificar caminhos para readequar o conceito de Direito Político. Martin Loughlin admite este caráter histórico e filosófico do Direito Público, ao trabalhar com a soberania, autoridade e legitimidade enquanto categorias de estudo. De forma sumarizada, ele divide em três âmbitos de discussão: (i) o conceito próprio de “Política”, que implica em conflitos de





grupos de interesse; (ii) a relação entre governantes e governados, ou mesmo entre situação e oposição, sendo que o papel do Estado é mediar, e não eliminar, estes conflitos, de maneira a preservar o interesse público e viabilizar o funcionamento das instituições; e (iii) o Direito Constitucional, enquanto terceira instância da ordem política, que legitima o poder do Estado, evitando arbitrariedades e opressão. Estes conceitos são úteis por apresentarem um modelo de relação entre Direito Público e Política, clarificando as atividades dos advogados e dos cidadãos. Todavia, sua premissa maior é o conflito social, o que sugere que o Estado se apresente como uma grande arena de pretensões resistidas.

Logo, o Direito Político se relaciona com o constitucionalismo assim como uma alma necessita de um corpo para se conformar e se materializar, sem o qual não passa de uma ideia sem se ancorar no território. E se o território assume esta função central, o conceito de *nomos* de Schmitt pode ser uma boa base para a reconstituição do Direito Público neste período pós-soberano, trabalhando com a legitimidade e com a autonomia enquanto critérios norteadores do Direito Político. Nesta hipótese, os conflitos sociais descritos por Loughlin somente encontrarão equacionamento se houver a delimitação do "onde", respeitado o *nomos* da terra, pois não há conflito que se equacione sem ter sua devida perspectiva temporal e espacial.



Re: Martin Loughlin IV

por [Rafael Lima Daudt D`Oliveira](#) - Tuesday, 20 December 2016, 21:40

### Direito Político e o seu papel no constitucionalismo

Exma. Professora Doutora Suzana Tavares da Silva e caros colegas,

Para Martin Loughlin, Direito Político ou Direito Fundamental, expressões sinônimas, compreende aqueles princípios e práticas que compõem a constituição do Estado - e aí, é claro, estaria a Constituição - [1] ou "os princípios fundamentais de direito os quais são fundacionais para o direito positivo". Esses princípios básicos não podem gerar decisões legais particulares e são apenas indicativos de orientação geral[2].

Parece-nos que o conceito de direito positivo externado pelo autor não está muito claro na obra. Porém, como o de direito político está, podemos chegar



ao seu conceito por exclusão do conceito de *droit politique*: aquilo que não for direito fundamental será direito positivo.

Distinguindo direito político de direito positivo, afirma Loughlin, a diferença conceitual essencial entre Estado e Governo é captada. E essa distinção nos permite resolver o aparente paradoxo entre Estado e Direito, como ilustrado por Lindahl: “o paradoxo do poder constituinte indica que a autoconstituição começa com a constituição de uma unidade política através de uma ordem legal, não com a constituição de uma ordem legal pela unidade política[3].” Assim, para Lindahl a unidade política viria antes da ordem jurídica.

Já Loughlin parece concordar com a tese de Heller, segundo a qual a relação entre facticidade e normatividade é dialética e, portanto, os aspectos existenciais e normativos do poder constituinte são mutuamente dependentes[4], não havendo primazia entre eles.

Para Norberto Bobbio, a relação entre poder e direito depende do ponto de vista a partir do qual se enfoca o problema:

“Para aqueles que se colocam do ponto de vista do poder – como fizeram por longa tradição os escritores de direito público para os quais em princípio há a soberania, isto é, o sumo poder, o poder acima do qual não existe nenhum outro poder, e a ordem jurídica existe apenas se existe em seu fundamento um poder capaz de mantê-la viva -, antes existe o poder e depois o direito. Ao contrário, para um jurista como Kelsen, que leva às últimas consequências a redução do Estado à ordem jurídica – iniciada pelos escritores de direito público da segunda metade do Século XIX, para os quais o Estado nada mais é do que o conjunto de normas que são efetivamente observadas em um determinado território -, antes existe o direito, e depois o poder”[5].

Todas essas questões sobre o Direito Político nos remetem ao seu papel na compreensão do que é ou deve ser uma Constituição. Muitas vezes o Direito Político é confundido com o próprio direito constitucional. Na opinião de Pablo Lucas Verdú e Pablo Lucas Murillo de La Cueva, “o Direito Político se concebe substancialmente como Direito Constitucional”[6]. Como explica Dieter Grimm:

“diferentemente do direito natural, a Constituição era direito positivo. Mas, quando da introdução da Constituição, o direito positivo tornou-se reflexivo ao ser dividido em dois diferentes complexos de normas, dos quais um regulamentava as condições de surgimento e validade do outro. A normatização estava, assim, por sua vez, normatizada. A política manteve a sua competência de prescrever o direito sobre a sociedade, mas não gozava mais da liberdade dos monarcas absolutistas e era, ela própria, destinatária das condições legais. Por um lado, tratava-se de regulamentações processuais que precisavam ser observadas quando uma decisão política devia ter validade como norma obrigatória para a coletividade. Mas, por outro lado, na forma de direitos constitucionais foram também colocadas exigências de conteúdo para o direito escrito, cuja não observação implicava sua nulidade”[7].



Para José Joaquim Gomes Canotilho, aparentemente, a teoria do poder constituinte, tal como foi desenvolvida pelas teorias setecentistas, estabelece uma relação lógica entre “criador” e “criatura”, quer dizer, entre poder constituinte e constituição. Nessa lógica, não existiram momentos de tensão entre um poder incondicionado, permanente e irrepetível (o poder constituinte) e um “poder constituído” pela constituição (ou “poder legislativo constituído”) caracterizado pela estabilidade e vinculação a formas[8]. Contudo, o referido autor observa que nesse ponto radica um dos mais complexos temas da teoria política e da teoria constitucional, que levou os autores de *The Federalist*, sobretudo, Madison, a assinalar a distinção entre *constitutional politics* destinada a estabelecer os esquemas fundadores de uma ordem constitucional, e *normal politics*, desenvolvida normalmente com base nas regras e princípios estabelecidos na lei superior e fundamental. A *constitutional politics* teria um caráter excepcional, extraordinário, típico de momentos de elevada consciência política e de mobilização social[9].

Sabe-se que muitas Constituições modernas acabaram por positivar normas em abundância (Ex: Brasil), algumas delas de questionável índole constitucional (materialmente falando). Embora, como vimos, haja diversas concepções de Direito Político, não nos parece correto identificá-lo pura e simplesmente como direito constitucional, até mesmo por conta das diferenças entre as diversas normas constitucionais (que podem abranger quaisquer conteúdos). Nesse sentido, a melhor compreensão de Direito Político parece-nos ser a de *constitutional politics* – normas destinadas a estabelecer os esquemas fundadores de uma ordem constitucional (Madison) –, “princípios e práticas que compõem a constituição do Estado” (Loughlin) ou normas que regulamentam as condições de surgimento e validade de outras normas (Dieter Grimm). Basicamente, podemos afirmar que o Direito Político ou Direito Fundamental (*Fundamental Law*) é aquele direito que trata das normas fundamentais à constituição do Estado, dos direitos fundamentais dos cidadãos e que devem constituir o conteúdo mínimo de qualquer Constituição de um país moderno e civilizado.

[1] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 288.

[2] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 236.

[3] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 232.

[4] Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, p. 235-237.

[5] Norberto BOBBIO, *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, 16.<sup>a</sup> tiragem, organizado por Michelangelo Bovero, tradução Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 239.

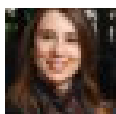
[6] Pablo Lucas VERDÚ; Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, *Manual de Derecho Político*, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid: Tecnos, p. 23



[7] Dieter GRIMM, *Constituição e Política*, tradução de Geraldo de Carvalho, coordenação Luiz Moreira, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9-10.

[8] José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2003, p. 74.

[9] José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 74.



Re: Martin Loughlin IV

por [Karine Finn Ugeda Sanches](#) - Monday, 26 December 2016, 14:46

Seguindo a proposta da Professora Doutora Suzana Tavares da Silva, e por entender imprescindível, especialmente em momentos de crise institucional como se admite hoje no estado brasileiro, revisitar conceitos e fundamentos sobre a formação do Estado Democrático de Direito, ocupo-me ora em refletir sobre o conteúdo do direito político trazido por Martin Loughlin e sua importância para o Constitucionalismo e, derradeiramente, para o estudo do Direito Público. Indispensável, portanto, partir de algumas lições deixadas por Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant, como o próprio Martin Loughlin faz. Trago também à baila os ensinamentos de Miguel Reale que tão proficuamente nos guia pela filosofia. Impossível também deixar de mencionar José Joaquim Gomes Canotilho, que tão brilhantemente nos presenteia com sua teoria constitucional.

Loughlin, autor de *Foundations of Public Law*, afirma em sua obra que a formação institucional no estado moderno é expressada pelo discurso do direito político. A ideia de direito político surge com o necessário entendimento da relação estado-soberano, regida, como sugere Rousseau, por leis políticas ou fundamentais.

O descortinamento da razão jurídica dessa relação, por Rousseau, abriu o estado moderno para um tempo onde a lei não está ancorada numa autoridade transcendental, eterna ou metafísica, mas sim num sistema ordenado criado pelo ser humano por meio de processos sociais e desenhado para conformar suas necessidades terrestres. E, deixando-se para trás a coercitividade divina que justificava um direito operando fora do direito humano, passa a emergir uma soberania que tem por base princípios que expressam a capacidade de



auto-regulação e, também, um tipo de direito político, que estabelece o direito para reger.

Essa ideia de se estabelecer um poder, o direito para reger sob a suprema direção da vontade geral - ordenação do direito do Estado -, está intimamente ligada à ideia de constituição da soberania e, por que não, à do próprio conceito de Constituição. Tem-se no direito político, portanto, o adequado fundamento para o Constitucionalismo.

Na ordem constitucional, e por força do poder constituinte, a coerção ganha contornos de instrumento de juridicidade, podendo existir ou não. É como ensina Miguel Reale em sua *Filosofia do Direito*, "o Direito é de tal natureza que, quando se realiza a interferência da força, esta não afeta a natureza mesma do Direito". Em suas lições, depreende-se que não se trata de uma coação no sentido de conceber o Estado como "a organização da coação social", mas de confirmar uma "doutrina da coercibilidade, da coação que existe em "estado potencial" ou "latente," mesmo sendo o Direito em geral espontaneamente cumprido".

Pois bem, vê-se na obra de Rousseau sua preocupação em questionar as condições da ordem jurídica enquanto problema da autoridade, da liberdade, da obediência à lei. Assim, o contrato desempenha meramente uma função de natureza lógica, que explica a sociedade e o Direito.

Feita esta contextualização, avancemos para o significado do contratualismo para a formação do Estado e verifiquemos como essa formação influenciou as constituições.

O contratualismo seria, pois, uma ficção de ordem lógica e ética que explica o fundamento da sociedade, do poder político e do Direito. O homem moderno, por não mais aceitar receber do alto as explicações para a origem daquilo que o cerca, passa a sujeitar tudo a verificações de ordem racional, valorizando muito mais as origens do conhecimento que o processar histórico.

As observações de Rousseau sugerem um campo hipotético, e não histórico, no sentido de "como se" tivéssemos vivido um contrato, e não "quando" o vivemos. Portanto, o contrato é um pressuposto lógico e a sociedade legítima se desenvolve a partir da ideia de um contrato concluído segundo exigência racionais.

Segundo Reale, a fundamentação contratual de Rousseau é de ordem psicológica, vez que "encontra na própria natureza humana, na índole psicológica do homem, a sua razão de ser; e é sempre empregado o contrato como critério deontológico e não como fato histórico".



Sob esse raciocínio, Rousseau nos leva a indagar sobre os fundamentos ou pressupostos éticos do Direito e do Estado, o que nada mais é que expressão da deontologia jurídica, como sugere Reale:

Por que o Direito obriga? Quais as razões pelas quais nós, que nos temos em conta de seres livres, somos obrigados a nos subordinar a leis que não foram postas por nossa inteligência e por nossa vontade? É lícito contrariar as leis injustas? Qual o problema que se põe ao juiz ou para o estadista, quando uma lei positiva se revela, de maneira impressionante, contrária aos ditames do justo? Qual o fundamento do Direito na sua universalidade? Repousa ele apenas no fundamento empírico da força? Reduz-se o Direito ao valor utilitário do êxito? Brotará a estrutura jurídica, inexoravelmente, dos processos técnicos de produção econômica, ou representa algo capaz de se contrapor, muitas vezes, às exigências cegas da técnica? *Ou o Direito terá fundamento contratual? Esta última é uma pergunta mais importante do que se pensa, visto como o contratualismo ocupa campo vastíssimo na história da cultura jurídico política, e ainda hoje está implícito em doutrinas que se vangloriam de pureza metódica.* (Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. 20.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 308)

O contratualismo se origina na busca incessante pela universalidade e pelo incondicional denominador comum do ente humano. Dessa ideia, nasce a escola jusnaturalista que, diferentemente da concepção clássica do direito natural aristotélico-tomista (primeiro se dá a “lei” para depois se pôr o problema do “agir segundo a lei”), prediz ser o homem capaz de constituir por si mesmo a regra de sua conduta, porque instruído de razão e de liberdade.

O caminho lógico percorrido pelos contratualistas, resumidamente, conclui que do estado de natureza, sem leis, há a possibilidade de contratar, dando-se o contrato e, por conseguinte, a norma. O homem no estado de natureza é, portanto, anterior à sociedade. A sociedade, então, é fruto do contrato.

Entretanto, para Rousseau e seu “contratualismo otimista” – em contraponto ao “contratualismo pessimista de Hobbes”, – o homem natural foi corrompido por um falso contrato social, de sujeição e de privilégios, do qual precisa ser libertado. Somente com um governo do povo para o povo, de maneira direta e sem intermediários (radicalismo democrático) é que será possível estabelecer um contrato social legítimo, em conformidade com a razão.

Mas, como provoca Reale, tem o Direito um fundamento contratual? Immanuel Kant, em sua *Metafísica dos Costumes*, conclui que o direito “é a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”.

Para o filósofo prussiano, a liberdade da escolha é a independência do ser determinado por impulsos sensíveis (estímulo ou arbítrio animal). As leis da liberdade são, portanto, leis morais. A liberdade aqui referida é, tanto no uso



externo quanto interno da escolha, determinada por leis da razão. As leis morais são imperativos categóricos que determinam as ações moralmente possíveis ou impossíveis, necessárias ou obrigatórias. As leis da liberdade enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas de leis jurídicas.

O imperativo categórico, que se limita a afirmar o que é a obrigação, foi assim formulado por Kant: “age com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal”.

Leis procedem da vontade, máximas da escolha. No que tange ao homem, esta última é um livre arbítrio; a vontade, que não é dirigida a nada que ultrapassa a própria lei, não pode ser classificada como livre ou não livre, uma vez que não é dirigida a ações, mas de imediato à produção de leis para as máximas das ações (sendo, portanto, a própria razão prática). Consequentemente, a vontade dirige com absoluta necessidade e não é ela mesma sujeita a nenhum constrangimento. Somente a escolha pode, portanto, ser chamada de livre. (Immanuel Kant, *A Metafísica dos Costumes*. Bauru, SP: Edipro, 2003, p. 68)

A partir destes conceitos, é possível entender o contratualismo lógico de Kant e sua construção teórica de formação do Estado e do constitucionalismo. O direito público é tido como um sistema de leis para um povo ou “para uma multidão de seres humanos, ou para uma multidão de povos que, porque se afetam entre si, precisam de uma condição jurídica sob uma vontade que os una, uma constituição (*constitutio*), de sorte que possam fruir o que é formulado como direito”.

Para Kant, o Estado (coisa pública ou *res publica*) é o conjunto de indivíduos numa condição jurídica. Tais indivíduos, unidos e submetidos a uma “coação legal externa pública” ingressam, necessariamente, numa condição civil. E, a vontade unida geral consiste de três pessoas (*trias politica*): o poder soberano (soberania) na pessoa do legislador, o poder executivo na pessoa do governante (em consonância com a lei) e o poder judiciário (para outorgar a cada um o que é seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz.

Estes são como as três proposições num silogismo prático: a premissa maior, que contém a lei daquela vontade; a premissa menor, que contém o comando para se conduzir de acordo com a lei, ou seja, o princípio de subordinação à lei, e a conclusão, que contém o veredito (sentença), o que é formulado como direito no caso em pauta. (Kant, *A Metafísica dos Costumes*. p. 155)

Kant eleva os três poderes no Estado à categoria de dignidades políticas. Estas, por sua vez, compreendem a relação de um “superior sobre todos” (i.e. o próprio povo unido) com a “multidão desse povo” enquanto súditos. E, o ato pelo qual o povo se constitui em Estado é o contrato original, ou seja, é uma ideia



para legitimar o Estado, onde “todos no seio do povo renunciam à sua liberdade externa para reassumi-la imediatamente como membros de uma coisa pública”.

Assim, Kant nos explica os efeitos decorrentes do contrato original:

Em conformidade com isso, o três poderes no Estado, em primeiro lugar, se coordenam (*potestates coordinatae*) entre si como uma multiplicidade de pessoas morais, ou seja, cada uma complementa as outras para completar a constituição do Estado (*complementum ad sufficientiam*); todavia, em segundo lugar, também se subordinam (*subordinatae*) entre si, de maneira que um deles, ao assistir a um outro, fica impossibilitado também de usurpar sua função; em lugar disso, cada um possui seu próprio princípio, isto é, realmente comanda na sua qualidade de pessoa particular, porém ainda sob a condição da vontade de um superior; em terceiro lugar, através da associação de ambas cada súdito recebe a sua porção de direitos. (Kant, *A Metafísica dos Costumes*, p. 158)

É a partir desse ponto que podemos, propriamente, discutir as observações de Loughlin, uma vez que o constitucionalismo é verdadeiro fruto do contratualismo. A Constituição, antecedente ao governo e criadora deste, como define Thomas Paine, concebe os princípios, a organização e os poderes nos quais um governo deve ser estabelecido. E, enquanto lei fundamental, só pode ser alterada pelo próprio poder constituinte que emana do povo.

Mas, estariam as constituições atuais “fadadas” à natureza contratual? Ou, teriam as sociedades evoluído a um ponto “supracontratual” ou de “flexibilização”, que requer verdadeira engenharia jurídico-constitucional para assimilar as interferências supranacionais?

Canotilho, em seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, obriga-nos a pensar que se o direito internacional evolui, há também que evoluir o conceito de soberania plena, rompendo-se com o paradigma contratualista original e dando lugar a um *constitucionalismo global*.

Explica-se. Talvez, nos primórdios do Constitucionalismo, fizesse sentido conceber uma soberania una, ilimitada e universal que conferisse ao Estado a única titularidade de direitos e obrigações, e também igualdade de tratamento, perante a comunidade internacional. Ocorre que, atualmente, tais direitos e obrigações não são unicamente atribuídos aos Estados. Outras formas de representação vêm sendo reconhecidas como entidades “supraestatais” ou “supranacionais”, cujas vozes ecoam diretamente de organizações internacionais, das sociedades comerciais e, porque não, dos próprios indivíduos.

O próprio *jus cogens* estabelecido na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, é um legítimo reconhecimento da flexibilização





das soberanias estatais, vinculando estados de forma direta, com ou sem seu consentimento.

Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Artigo 64. Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se. (Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009, que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66).

Vê-se, portanto, verdadeira limitação à autonomia constitucional, o que nos indica forte restrição à manutenção da formação contratualista clássica do Estado de Direito entendem como injusto, mau e falso o. É que, ao se falar em sociedade global, aumenta-se a lente do plano democrático interno para o externo, ou seja, alargam-se os conceitos de soberania, povo e território (elementos do Estado). Passamos, pois, a questionar qual a sociedade no contrato em referência. Teria sido tal contrato realmente modificado por via constitucional ou, simplesmente, restariam hoje constituições menos contratualistas?

No plano teórico, se concordarmos com a evolução da sociedade para a era pós-moderna, vemos claramente a tendência dos Estados a admitirem uma vertente constitucional mínima comum com centralidade na autodeterminação dos povos. Como menciona Canotilho, “um conjunto de *standards* mínimos impositivos e de observância de todos os Estados”, cujo resultado é um Direito Internacional e um Direito Constitucional complementares, ou seja, a formação de um novo Constitucionalismo, ora limitando as soberanias nacionais pelo constitucionalismo global, ora cedendo à internacionalização dos direitos humanos.

(...) as relações internacionais devem ser cada vez mais reguladas em termos de direito e justiça, convertendo-se o direito internacional numa verdadeira ordem imperativa a qual não falta um núcleo material duro – o *jus cogens* internacional – vertebrador quer da política e relações internacionais, quer da própria Constituição interna. Para além deste *jus cogens*, o Direito Internacional tende em transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos – na parte que não integram já o *jus cogens* – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o *jus cogens* e os direitos humanos – articulados com o papel da organização



internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. (J.J. Gomes Canotilho *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina, p. 1354).

Neste contexto, e independentemente da aceção sociológica, jurídica ou política que venha a ser dada à Constituição, entendemos que sua função deva ser programática e, porque tal, não se pode dizer que sua natureza contratual tenha sido, de todo, abandonada.

Sua função, entretanto, é menos garantidora ou estanque. Ocupa-se menos do passado, na proteção de direitos já assegurados pelo Estado, para planejar o futuro por meio de planos e programas, cujos atores são o Estado e a sociedade organizada.

Acreditamos que, também na realidade capitalista - apesar de atenuado o papel do Estado -, a Constituição é redimensionada e não deixa de ser dirigente, embora menos impositiva e mais reflexiva, como sugere Canotilho.

É que, como vem se pronunciando a doutrina, o dirigismo constitucional é uma ferramenta importantíssima no combate à falta de compromisso dos agentes políticos com a democracia, ou seja, à desídia, ao desrespeito das prioridades e à má gestão.



Re: Martin Loughlin IV

por [Cui Rixing](#) - Tuesday, 27 December 2016, 17:16

### ***Droit Politique* and Constitution**

*Droit Politique* in Martin Loughlin's context, has a more theoretical meaning than in the practices of modern politics. For instance, people's participation in political decisions or the right of self-determination in ICCPR. *Droit Politique* is recognized as "a form of secularized natural law – that which sustains the political world". The antithetical relationship between "fundamental law" and "ordinary law" in the medieval era has been replaced by "natural law" and "human law" by natural jurists, then been replaced by "Droit Politique" and "positive law", which is a major topic in this book.



In Chapter 12 of *The Social Contract, Book I*, Rousseau states the first type of laws, which bears the name of political laws, as regulating “the action of the complete body acting upon itself, the relation of the whole to the whole, of the Sovereign to the State.” Although the word he uses is “lois” in French rather than “droit”, it helps us grasp the essence of “principes du droit politique.” Rousseau continues the study on natural law of Pufendorf, whose natural law is rooted in the analysis of human nature in *Elementa Jurisprudentiae*. What Rousseau develops regarding the concept of natural law is his principles of political right. Rousseau’s idea of *droit politique* is based on the political pact, known as “social contract.” It means that classical natural law shall be analyzed in the political context. The sentence “man is born free, and everywhere he is in chain” implies that Rousseau is no longer inclined to discuss about what human nature is, but what human will or shall act in the social and political environment, which constitutes the principles of political right. The “chain” referred here is not just positive laws but also customs, morality and particularly public opinion.

In Chapter 4 of *The Social Contract, Book II*, Rousseau discusses the limits of sovereignty. Here, the boundary between public persons and private persons exists when clarifying which parts each individual alienates that are of usefulness and importance for the community. As he puts “the Sovereign, for its part, cannot impose upon its subjects any fetters that are useless to the community ... for no more by the law of reason than by the law of nature can anything occur without a cause.” At some points, this can be considered as Rousseau’s idea of public power restraints, and even the prototype of Rousseau’s constitutionalism. In general, Rousseau believes that people are not social beings by nature; through the political pact, general will is made by alienating their powers, goods and liberty to the community so that they can have *Droit Politique* as a consequence.

When talking about *Droit Politique* and constitution, Rousseau’s theory is not sufficient for this discussion. For example, Rousseau could neither explain, nor support delegated democracy as in the current political scheme. For example, in Chapter 15 of *The Social Contract, Book III*, Rousseau puts that “in the exercise of the legislative power, the people cannot be represented.” In this case, he is far distant from understanding modern constitution as we perceive it nowadays, because direct presence of the people cannot be a normal status in the political, thus it is impractical. Sieyes introduces the concept of “constituent power,” explaining how “common will” (*la volonté commune*) is made and thus how it gets into the political. In his book *What Is the Third Estate?*, he speaks of three periods in the making of a political society, and the second period is vitally important. In the second period, people shall “discuss and agree amongst themselves on public needs and on ways of satisfying them.” If this process could be done and people got separated, “they would be powerless.” We can find that, if we are allowed to say “common will” as reflecting a “general will”, it can be considered as *Droit*



*Politique*, and proper political actions (discussion and agreement) are the basis of shaping the *Droit Politique*. Besides, the concept of constituent power emerges as his theory implies: constituent power is of the people, but the way of using it can be delegated to constituent representatives. When it comes to constitution, Sieyes considers it as the first priority of positive law, and fundamental because “neither aspect of the constitution[1] is the creation of the constituted power, but of the constituent power.”

Constituent power, in Martin Loughlin’s theory, suggests a distinction between the pact that creates the political unity and the constitutional contract which establishes the constitution of the government. Coming back to Sieyes, his argument is unequivocal; he believes that a nation is prior to constitutional contract. He claims that “a nation is independent of any procedures... the mere fact of its doing so puts an end to positive law, because it is the source and the supreme master of positive law”, similar to Carl Schmitt’s “*the state remains*, whereas *law recedes*”. However, it is worth noting that, for Sieyes, the highly hierarchical position of nation is because it is formed by the people; a nation is constituted by the fact alone, when a fairly considerable number of isolated individuals wish to unite.

In reviewing the contents above, we can understand the contractuality and fundamentality of constitution. Contractuality indicates that, by putting people into a political environment, through presence, it makes no difference whether it is called “general will” by Rousseau or “common will” by Sieyes, which are conceived of as *Droit Politique*, describing the boundary of positive law, hence the limits of public power. The concept of constituent power, together with its distinction from constituted power, reveals the nature of fundamentality. In Sieyes’ words, “no type of delegated power can in any way alter the conditions of its delegation”[2], which are “the people.”

Carl Schmitt turns the theory of constituent power from rationalism to decisionism. Constitution, in Schmitt’s view, is no more than a decision, made by a sovereign will, which is the constituent power. Constituent power, be it given as definition the “political will, whose power or authority is capable of making the concrete, comprehensive decision over the type and form of its own political existence”[3], is always prior to the constituted power. Schmitt criticizes the normativistic ideas of Sieyes, and furthermore tries to exclude all metaphysics from his legal philosophy. He admits, in *Constitutional Theory*, that, when judging a constitution, it has nothing to do with the legitimacy of its norms, but only with the political will. It is worth noting that, in Schmitt’s theory, the constituent power can exist in the Medieval and monarchical epoch, which seems also accepted by Martin Loughlin. What we consider as constituent power, as a power held by “the people”[4], is the result of secularization and democratization of such power.



As it has been pointed out by Martin Loughlin, the concept of constituent power presupposes the existence of an entity which is the bearer of political unity. Schmitt also points out that, if the constituent power is possessed by the people, it presupposes the prior existence of a people as a political unity, and it only makes sense in a scenario such as France, evolving from monarchy to a unity of state. This problem originates from the proposal of Rousseau, that "how is a multitude of strangers meet, deliberate, and rationally agree a common framework of government in the common interest?"[5]. In other words, if the people have no idea of identifying themselves as the members of a polity, there will be no chance for them to get together, by alienating those powers supposed to be owned by themselves to the community, and then make a contractual document, which is the constitution. In this case, there has to be some self-consciousness of mutual identification (collective identity), and it shall be prior to the document they have authorized. The problem is therefore, how does the *Droit Politique* form the constitution of the state (public sphere). For Schmitt, it is high likely that he wants to create a causal relationship between political unity and constitutional laws, between constituent power and constituted power, and between state and government[6], so as to explain how *Droit Politique* frames the public sphere. Hans Lindahl, however, criticizes Schmitt's theory and is inclined to view a reflexive relationship in his constitutionalism. His main point is one of referring to the distinction between "sameness" and "selfhood" made by Paul Ricoeur[7], in order to state that, "collective self-constitution means constitution both *by* and *of* a collective self"[8]. As a result, in the sphere of constituent power, it is not only the exercise of power by the people, it simultaneously constitutes the people.

In my opinion, the reflexivity of the constitution is a big challenge for the contractuality and fundamentality of constitution, because it basically makes the constituent power and the constituted power intertwined. For example, if the fundamentality, as proposed by Sieyes, is based on the theory that constitution are a result of constituted power, but of constituent power, however, because of reflexive constitutionalism, fundamentality of constitution will be therefore undermined. However, I have to admit that I am quite confused when writing this part of the article, for reflexive constitutionalism is not a familiar concept to me. What I have written down is just some of my primary thoughts. I wish I could, for further learning, communicate with professors and classmates when I have a chance in Coimbra.

### References:

LINDAHL, H., "Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood", in M. Loughlin and N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 9-24.



LOUGHLIN, M., *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2010

LOUGHLIN, M., “The Concept of Constituent Power”, *Critical Analysis of Law Workshop*, University of Toronto, 2013.

ROUSSEAU, J. J., *The Social Contract or Principles of Political Right*, Archived in University College of Cork.

RICOEUR, P., “Narrative Identity”, *Philosophy Today*, 35:1 (1991: Spring), p. 73-81, 1991.

SCHMITT, C., *Constitutional Theory*, Chinese transl.

SCHMITT, C., *Concept to the Political*, Chinese transl.

SIEYES, E. A., *What Is The Third Estate?*, Archived in OHS School.

[1] Actually, in Sieyes’ idea, constitutional laws (*lois constitutionnelles*) shall be divided into two kinds, one is to determine the organization and functions of the legislative body, another determines those of the various executive bodies.

[2] E. A. SIEYES, *What Is The Third Estate?*, Chapter 5.

[3] M. LOUGHLIN, “The Concept of Constituent Power”, *Critical Analysis of Law Workshop*, University of Toronto, p. 8, 2013.

[4] In *Constitutional Theory*, Schmitt considers that “the people” and “nation” are synonymous with each other, and “nation” is a more precise word. However, even himself, also confusingly uses these two words in his books. In this case, “the people” used in this article can be seen as identical to “nation.”

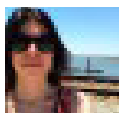
[5] M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, p. 110, 2010

[6] His idea of causal relationship can be observed in the distinction between constituent power and amending power. In Chapter 14 of *Constitutional Theory*, he says the amendment cannot abolish the fundamental principles that constitute the Weimar Constitution, only a new exercise of constituent power by the German people can do such a thing.

[7] Paul RICOEUR, “Narrative Identity”, in *Philosophy Today*, 35:1 (1991: Spring), p. 73-81.

[8] H. LINDAHL, “Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”, in M. Loughlin and N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, p. 9- 24, Oxford: Oxford University Press, p. 9, 2007.





Re: Martin Loughlin IV

por [Janice Silveira Borges](#) - Tuesday, 27 December 2016, 17:09

Nos termos apresentados pelas proposições da Prof. Doutora Suzana Tavares da Silva, passa-se a análise sucinta do Direito Político, conforme sua evolução histórica e o seu papel no constitucionalismo. Para tanto, foram utilizados como marcos teóricos os seguintes autores e suas obras respectivas: Jean-Jacques Rousseau, *Do Contrato Social* (2.<sup>a</sup> ed. 3.<sup>a</sup> tiragem. CL EDIJUR - Leme, São Paulo, 2015), Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010) e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional* (6.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993).

O termo "Direito Político" tem suas origens na obra *Do Contrato Social*, de Rousseau. O autor analisou se existia uma ciência do Direito Político que legitimasse uma ordem de governo, e, para tanto, dá início ao estudo do próprio direito político, dentro da formação moderna dos estados absolutistas.

Neste ponto, cabe ressaltar que a concepção de Direito Político apresentada foi mais uma concepção de como cidadãos livres participariam da vida política dentro de um sistema alicerçado na figura do monarca e como todos os serviços que possa um cidadão prestar ao Estado passam a constituir um dever tão logo o soberano solicite.

Rousseau parte da idéia que os poderes do monarca são limitados, conforme expressou o autor: "o soberano não tem o direito de sobrecarregar os súditos com nenhum grilhão inútil à comunidade; sequer o poder desejar: porque, nada é feito sem causa sob a lei da razão" (Jean-Jacques Rousseau. *Do contrato social*. 36), isto é, o soberano somente pode atuar por meio de leis, pois não dispõe de outra força senão a do Poder Legislativo. Assim, Rousseau afastou-se da idéia de Lei natural defendida por Bodin e alegou que uma sociedade justa deriva do "raciocínio político", da razão legal dentro da mais autêntica vontade geral manifestada pelos participantes da sociedade, e não dos preceitos do direito natural.

Dentro dessa perspectiva, a lei passa a ser entendida como um sistema ordenado criado pelos seres humanos em um processo social e concebido para satisfazer as suas necessidades atuais enquanto participantes do corpo social. Da associação ordenada dos seres humanos forma-se, no mundo moderno, o que se chama Estado, e é neste momento que se pode visualizar uma esfera absoluta e autônoma do político, pois forma-se o grande pacto social.



Neste ponto, é importante distinguir duas concepções de leis: a lei que comanda (direito positivo, as leis civis - capacidade de autogoverno) e a lei que estabelece o direito de governar (capacidade de governar os outros).

Quanto ao pacto social, Rousseau declarou que ele é uma forma de associação que defende e projeta toda a força comum à pessoa e aos bens de cada associado, e é pelo qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça senão a si mesmo e permaneça tão livre como anteriormente. Todas as suas cláusulas desse pacto podem ser reduzidas a uma única: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor da comunidade, para receber em conjunto cada membro como parte indivisível do todo (Jean-Jacques Rousseau. *Do contrato social*).

Aqui mais uma diferenciação deve ser feita: entre soberania e governo. Enquanto a soberania expressa a vontade legislativa, o governo é estabelecido entre sujeitos e soberano para que eles possam se conformar uns aos outros e é encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade. Para concluir essa diferenciação Rousseau parte da análise do contraponto existente entre liberdade e governo.

Segundo ele, o que se perde por meio do pacto político é a liberdade natural e o direito ilimitado a tudo o que o tempo e a ele pode alcançar. A liberdade, por si mesma, é condicionada pelo desejo, pelo acaso e pelos efeitos da força. O que se gera com o pacto social é a liberdade civil que, conferida sob a forma de direito protegido pela lei, oferece maior segurança, pois ela, liberdade civil, é limitada pela vontade geral.

Todavia, deve-se ressaltar que a limitação acima mencionada não implica necessariamente uma restrição de liberdade em si mesma considerada, por duas razões. A primeira razão dessa limitação consiste em, embora em caso de conflito entre um interesse individual e o interesse comum estes últimos devam prevalecer, o interesse comum funciona unicamente para conciliar o que o direito permite com o que o interesse prescreve, condição que se compreende melhor como uma proteção de liberdade igual para todos e, portanto, como uma condição favorável. A segunda razão é que com a transição de um estado natural para um estado civil, a conduta do homem é governada não pelo instinto, mas pela justiça. (Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*).

As posições de Rousseau influenciaram diversos autores ao longo dos anos na formação dos Estados Modernos, em especial o sistema parlamentarista britânico, sistema esse, aliás, que serviu de pano de fundo para Martin Loughlin desenvolver a obra *Foundations of Public Law*, e para o Iluminismo francês que culminou na Revolução Francesa de 1789.





Atento aos marcos teóricos propostos, o presente estudo analisara apenas a influencia de Rousseau no parlamentarismo inglês. Em que pese ter sido Locke o autor que mais tenha estudado o sistema inglês, como já foi dito, foi Rousseau que tratou do Direito Político.

No sistema de parlamentarismo monárquico, como o inglês, diferentemente do que ocorre no parlamentarismo presidencialista típico de Portugal e da Itália, o poder legislativo oferece uma sustentação política para o poder executivo que é exercido pelo monarca. A necessidade de um poder legislativo forte, como defendia Rousseau, aqui mantém o próprio rei no comando do governo.

O estatuto do Parlamento no final da Idade Média dependia do papel particular que desempenhava no seio de uma estrutura unitária da autoridade central, ameaçada por uma crescente diferenciação de funções: uma vez que o Parlamento era visto como um órgão representativo que controlava a oferta, enquanto o Estado dependia da ambição das políticas da Coroa. Durante o século XVI, o Parlamento tornou-se marginalizado e ameaçou seguir a maioria das assembleias representativas europeias do período. Sua posição foi restaurada apenas devido à Reforma. Henrique VIII precisava fazer uso de mecanismos parlamentares para estabelecer o princípio da supremacia da coroa. Henry exaltou o rei-no-parlamento como autoridade suprema da lei, mas esta libertação dos grilhões da lei fundamental medieval foi conseguida, somente porque o parlamento era flexível.

O parlamento organizado e forte novamente, se por um lado servia ao monarca, por outro desempenhava um papel crítico no desenvolvimento do governo responsável essencialmente por causa da máxima absolutista que o rei não pode fazer nada de errado.

Assim, o monarca usou sua autoridade para não limitar, mas para construir um poderoso Estado Britânico e uma vez estabelecido o princípio do governo representativo, o Parlamento adquiriu, como seu papel principal, o de sustentar o governo no poder. No século XVI, o Parlamento Inglês foi único na Europa a ser visto como uma instituição regular com poderes e responsabilidades definidos. Com o passar dos anos, e o conseqüente crescimento do estado britânico, foi possível vislumbrar que o funcionamento do sistema britânico se dava através de uma série de práticas constitucionais que mantêm as instituições de governo em uma relação de ligação mútua.

No sistema britânico, especificamente com relação às normas jurídicas, o entendimento constitucional não requer uma análise das regras que estabelecem o cargo de governo, mas uma investigação sobre a constituição do Estado. A busca do entendimento constitucional envolve não apenas uma análise das regras do direito positivo, mas uma apreciação dos princípios do direito político.



E, se em um primeiro momento vislumbraram-se apenas “movimentos constitucionais”, com o desenvolver dos anos e das idéias passou-se a ter o “Constitucionalismo” - “teoria (ou ideologia) que ergueu o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. p. 45).

O Constitucionalismo em si é uma teoria normativa política por considerar juízo de valor, que visa a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades. Assim sendo, a Constituição é vista como um estatuto jurídico do político.

O modelo inglês (ou historicista) do Constitucionalismo tem por um dos objetivos a garantia de direitos adquiridos (liberdade e propriedade) perante o Poder Público. Isso traz claramente as limitações da coroa na atuação governamental. Com a representação e soberania parlamentares, indispensável à estruturação do governo moderado, o sistema inglês se mantém ainda hoje.

Nas condições modernas, a vontade geral de Rousseau se transformou, como detectou Loughlin, em uma variedade de fórmulas de substituição: a maior felicidade do maior número (Bentham), a promoção da solidariedade social (Duguit), a provisão para a existência (Forsthoff), ou mesmo, simplesmente, o ponto de optimalidade da rede. Não importa a terminologia: o ponto básico foi primeiro explicado por Rousseau. Rousseau reconheceu não só que o objetivo da associação política é a preservação e a prosperidade de seus membros, mas também descobriu a métrica para medi-lo: todas as outras coisas iguais, o governo sob o qual os cidadãos devem povoar e multiplicar, é sem falha o melhor: aquele sob o qual um povo diminui e desperdiça é o pior. (Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*).

O princípio básico do *Droit Politique*, como pensado por Rousseau, de promover a vontade geral, converte-se na era moderna no princípio da solidariedade social e, sob condições de modernidade tardia, absorve uma lógica disciplinar que pode, uma vez mais, ser transformada no ponto de ótima qualidade da rede administrativa de governo para a execução de suas tarefas sociais.

Por fim, destaca-se que evolução da Ciência do Direito acabou por especializar o Direito Público, situação melhor analisada no estudo apresentado pelo Prof. José Casalta Nabais, que, conseqüentemente deu evasão a novas subáreas do saber dentro da referida área do saber - passa-se a ter o Direito Constitucional (definidor de objetivos e metas para que o governo atenda aos interesses sociais, bem como limitador da própria atuação do governo na medida em que respalda direitos fundamentais dos cidadãos), o Direito Administrativo (executor e fermentador da atuação da atuação estatal) e o Direito Político (agora visto sob um novo viés, o da participação na escolha dos representantes e na possibilidade de ser um deles, por meio do devido processo eleitoral, bem



como a participação popular por meio de referendos e plebiscitos, conforme bem colocado pela colega Loyanne Calafiori). Neste ponto, concordo com o colega Raphael quando em seu trabalho colocou que a posição de Direito Político, como visto por Rousseau e Loughlin, é confundido com o próprio direito constitucional, pelas razões expostas pelo colega.



Re: Martin Loughlin IV

por [Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho](#)

Thursday, 29 December 2016, 22:28

### Martin Loughlin IV, de 25/11/2016

Apresento minhas reflexões a partir do convite feito pela Professora Doutora Suzana Tavares da Silva de explorar o conceito de Direito Político e analisar a origem e a evolução do constitucionalismo, propondo uma compreensão do que é ou de como deve ser a Constituição nos dias de hoje.

#### I – CONCEITO DE DIREITO POLÍTICO EM BODIN, ROUSSEAU, HEGEL E LOUGHLIN

A expressão *Droit Politique* nasceu na França com o significado de ordenação do Direito do Estado. Sobre o direito político, o filósofo francês Jean Bodin argumentava que sua natureza podia ser revelada por meio de uma investigação comparativa e histórica das leis, costumes e práticas de determinados regimes de governo. A mensagem de Bodin era a de que: “O caminho do progresso devia ser descoberto por meio do estudo da história, onde a maior parte do direito encontra-se escondido”.

Assim, concebendo o direito político como objeto histórico e cultural, relacionado com cada época, cada sociedade e cada Estado, Bodin rejeitava a tentativa de estabelecer princípios de jurisprudência universal, mas defendia o método comparativo, no qual os sábios deveriam reunir e comparar o quadro jurídico e político de todos os Estados e deles compilar o melhor.

Tema recorrente em Bodin é o de que o destino de um Estado é determinado pelo caráter de seu povo. Logo, o que impulsionava o método comparativo de Bodin era a busca dos fatores que moldariam o caráter de um povo. Assim, pode-se dizer que ele forneceu a base para uma compreensão histórica e sociológica do direito.



Para Loughlin, o livro *République* de Bodin, “sem dúvida” foi a primeira apresentação sistemática do direito político, que trouxe ideias sociológicas do desenvolvimento governamental e explicou a ideia de soberania de Estado, distinta da ideia de governo.

A citada obra seria o trabalho mais original e influente da filosofia política, erguida no Século XVI, e representaria a maior realização de juristas franceses em seus esforços para substituir a autoridade do direito romano com uma ideia moderna de direito público, fundada na sabedoria civil e derivada de uma pesquisa comparativa e histórica das práticas que regem os Estados europeus.

De particular importância para a teoria do direito político foi a distinção de Bodin entre Soberania e Governo. “A comunidade é um governo legítimo de muitas famílias e do que lhes pertence em comum com o soberano.” Essa teoria inicial de soberania trouxe a ideia de governo do povo em dado território, submetido a um monarca que, longe de ser um soberano que ditava leis, era um rei obrigado pelas leis, pelos costumes e pela vontade das famílias.

Já na era moderna, no Século XVIII, a ideia de soberania proposta por Bodin foi retomada e remodelada por outro francês, Jean-Jacques Rousseau[i], para quem a soberania deveria estar subordinada à vontade do povo (vontade geral que era inafastável e indestrutível). A soberania nestes moldes seria a base do edifício constitucional moderno.

Ao discorrer sobre essa ideia de soberania e sobre os ideais que moldaram o direito público e as práticas que permeariam os arranjos de governo, Rousseau definiu o contrato social como chave para responder às tensões e ambiguidades entre o direito público e o poder político.

Rousseau sucedeu à tradição do direito natural moderno com inovação significativa, pois rejeitou o conceito de lei natural. Para ele, os princípios de uma sociedade justa derivariam da razão política e, não, dos preceitos de direito natural, o que permitiu o surgimento da concepção autônoma de direito político, que passou a colonizar o terreno central que a lei natural antes havia ocupado.

O contrato social proposto por Rousseau explicaria como a ordenação governamental poderia ser conciliada com a liberdade dos indivíduos, submetendo a todos (Governantes e Governados). Por meio do contrato social, restariam claros os contornos do interesse comum (vontade geral) e da soberania (exercício da vontade geral). O contrato social, assim, seria um ato genuíno de vontade geral que obrigaria ou favoreceria igualmente a todos: governantes e governados.

A vontade geral, sendo o interesse comum, justificaria o Governo e apresentar-se-ia como chave para estruturar a ciência do direito político. Para Rousseau, bastava se respeitar o contrato social (vontade geral) para que todo Governo fosse republicano.



Um pouco mais tarde, Hegel<sup>[ii]</sup> conceituou o direito político na entidade autônoma do Estado, que entendia como realização da liberdade humana, e como esfera em que todos se relacionariam entre si, e estariam ligados por laços de solidariedade, que expressariam o “altruísmo universal”.

Segundo Hegel, o Estado seria um organismo que manteria sua identidade (instituições, poderes e funções) por meio de uma Constituição - produto da racionalidade humana (o mundo da mente) e não da moral. Assim, para Hegel, a partir da Constituição se poderia entender o Estado e o contrato social de Rousseau.

Essa visão de Hegel também contribuiu para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo e das repercussões desse fenômeno no direito público.

Contemporaneamente, como explicado por Loughlin<sup>[iii]</sup>, o direito público pode ser entendido como direito político, a partir do desenvolvimento da “teoria pura” do direito público. Essa teoria, como explica, é uma teoria positiva e prática do direito público, despojada de considerações ideológicas, sob inspiração das ideias de Hans Kelsen.

Entendido como direito político, o direito público deve tomar a forma de conjunto de regras, princípios, cânones, máximas, costumes e usos que sustentam e regulam a atividade de governar o Estado.

Martin Loughlin oferece um relato histórico da formação do direito público, concebendo-o como consequência da secularização, racionalização e positivação da ideia medieval de lei fundamental. O direito público seria, pois, resultado das mudanças que deram origem ao Estado moderno, e o arcabouço normativo do direito público forneceria autoridade e legitimidade para o ordenamento governamental (poder político).

Dessa forma, o direito público é apresentado por Loughlin como um tipo de razão política, constituída de três peças fundamentais: Estado, Constituição e Governo, e deveria ser entendido como uma limitação do poder político e como um meio pelo qual o poder político se estruturaria.

As fundações do direito público, então, encontrar-se-iam ancoradas nos princípios e fundamentos do direito político, e suas ideias e práticas moldariam as relações modernas entre Direito e Estado. Assim entendido, o direito público se relacionaria de maneira muito próxima ao constitucionalismo.

## II – A ORIGEM E EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

A história do constitucionalismo está atrelada à história do Estado, do Direito, do Direito Político, das Constituições (escritas ou não) e, em última análise, da história do próprio homem.



José Joaquim Gomes Canotilho[iv] advertia que saber história é pressuposto ineliminável para saber direito constitucional, disciplina que tem como objeto a Constituição e que, por isso, não deve limitar-se tão-somente a uma análise jurídica das instituições e das normas constitucionais, mas, também, à análise sociológica e política dos fatos que ocorrem na comunidade. De fato, o direito constitucional é, de todas as disciplinas jurídicas, a que é menos jurídica, justamente por sofrer influência mais diretamente de fatores históricos, sociológicos e políticos, e por prestar-se a análises conjunturais.

Ainda de acordo com o citado autor, o constitucionalismo, tem origem e desenvolvimento na história humana e constitucional dos Estados, e sua função e objetivo variariam no tempo e no espaço; sendo um movimento ora em prol da organização político-jurídica do Estado, ora da limitação do poder do governante, ora da criação de constituições escritas, ora da garantia constitucional de direitos sociais.

Porém, em todas as fases, o movimento constitucionalista apresentou um traço constante: a limitação do poder do governo pelo direito. Esta é ao mesmo tempo a nota mais antiga e também mais recente do constitucionalismo.

Sob esse aspecto de limitação do poder do governante pelo direito político, Karl Löwenstein[v] acreditava que desde a antiguidade clássica existia constitucionalismo, pois o povo hebreu, 3000 anos A.C., já tinha leis que limitavam o poder político, ainda que de cunho teológico ou moral. Do povo hebreu partiram as primeiras manifestações do constitucionalismo em busca de uma organização política da comunidade, fundada na limitação do poder.

Com efeito, o constitucionalismo se desenvolveu por toda a antiguidade clássica, tendo presença marcante na Polis Grega, onde, segundo escritos de Aristóteles, havia um avançado tipo de governo constitucional: a democracia constitucional direta que distribuía o poder político, isonomicamente, entre os cidadãos ativos. Na República Romana também se observavam ideias constitucionalistas, eliminadas apenas com a chegada do Império (período de concentração do poder). Esses são exemplos de constitucionalismo antigo, pautado pela necessidade de organização político-jurídica do Estado, guardadas as devidas proporções e contexto histórico e social.

Na *Idade Média*, foi retomada a ideia de constitucionalismo em particular com a assinatura da Magna Carta na Inglaterra em 1215 - Carta Magna das liberdades ou concórdia entre o Rei João e os Barões para outorga de liberdades da Igreja e do Reino Inglês. Aquele documento foi uma reação do clero e da nobreza a medidas adotadas pelo Rei João Sem Terra, consideradas excessivas; e significou um importante marco histórico de limitação do poder absoluto do Rei em relação aos direitos da nobreza e do clero, especialmente da garantia da liberdade e da propriedade. De acordo com Fábio Konder Comparato[vi], a Magna



Carta inaugurou a construção da democracia moderna, pois, a partir dela, o poder político passou a ser limitado, não só por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também pelos direitos subjetivos dos governados. Pela primeira vez na história política medieval, o rei achava-se vinculado às próprias leis que editava.

Na *Idade Moderna*, a Inglaterra e as suas ex-colônias da América do Norte foram protagonistas da evolução do constitucionalismo por meio de dois documentos: o *Bill of Rights* em 1689, uma declaração de direitos que limitava o poder absoluto do Rei e iniciava a Monarquia Constitucional na Inglaterra; e, quase 100 anos depois, a Constituição Norte-Americana de 1787, que foi a primeira constituição escrita e que marcou a criação da Federação dos Estados Unidos da América. A partir daí, o constitucionalismo ganhou significativo reforço com as ideias iluministas do Século XVIII, que se opunham aos governos absolutistas.

Pouco depois, no início da *Idade Contemporânea*, eclodiu, em 1789, na França, a Revolução Francesa, com a literal queda da Bastilha (símbolo do poder monárquico). A revolução deu um passo importantíssimo para o constitucionalismo e para o movimento de criação de constituições liberais escritas, erradicando os resquícios de feudalismo, iniciando o processo de rompimento do Absolutismo Monárquico. A revolução francesa deu início ao *constitucionalismo moderno*.

A Constituição Francesa pós-revolução foi tipicamente liberal, compatível com os ideais iluministas e humanistas da época. Afinal, a maior preocupação dos revolucionários era a emancipação do homem do jugo do Rei e isso se dava por meio da lei, da Supremacia do Parlamento (representante do povo), da repartição de poderes, do controle desses poderes, da não intervenção do Estado na economia, etc.

Essas atitudes visavam a liberdade, que foi alcançada por meio da lei, porém não foram assegurados direitos de cunho social e coletivo e o valor da igualdade se restringia à igualdade formal diante da lei. Com efeito, vivia-se o auge do *Estado liberal*, que nasceu sob a influência do individualismo filosófico e político do Iluminismo do Século XVIII e do liberalismo econômico dos fisiocratas, a exemplo de Adam Smith. Essa limitação do poder político deixou livre o poder econômico.

De fato, a concepção liberal de que o mercado por sua própria natureza era autorregulável, revelou-se tão ingênua quanto a ideia de que o poder político se autolimitaria e seria exercido no interesse comum. O resultado da Constituição liberal foi o fortalecimento do domínio econômico (e da opressão e desigualdades correspondentes). Surge, então, a necessidade de o texto fundante da comunidade (a Constituição) proteger não só a liberdade, mas garantir a igualdade, a paz e o desenvolvimento.



Assim, o Século XX inaugura o período das Constituições escritas de cunho social como: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar em 1919 (pós-primeira guerra), em razão principalmente do crescimento do socialismo. A história testemunha, então, a passagem do Estado liberal para o Estado social. No Brasil, a Constituição de 1934 é tida como a versão sul-americana da Constituição Social de Weimar, o que não significa que tenha se efetivado.

Neste contexto histórico, houve mudança na feição da Constituição, que passou de garantista, defensiva, liberal, para social, dirigente, programática, uma vez que lhe foram conferidas tarefas diretas, programas e fins sociais a serem alcançados por meio de prestações positivas oferecidas à sociedade pelo Estado, agora intervencionista.

### III – DE PAPEL SECUNDÁRIO AO APOGEU DO DIREITO CONSTITUCIONAL

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”, frase pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998, mostra a passagem da Constituição de papel secundário para o centro do sistema jurídico.

Com efeito, o Século XX presenciou a substituição do Código Civil pela Constituição como texto referência da vida social. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso[viii], o direito constitucional passou da “desimportância ao apogeu em menos de uma geração”, vejamos:

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele se condensam as promessas da modernidade: limitação do poder, dignidade da pessoa humana, centralidade dos direitos fundamentais, justiça material, pluralismo, diversidade, tolerância e – quem sabe: - até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do progresso civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade. (Luís Roberto Barroso. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 01).

Antes do Século XX, a concepção científica da sociedade e do ser humano, própria do racionalismo então reinante, fomentou uma crença inabalável na capacidade do homem de determinar seu destino, reinar sobre a natureza, inclusive a de sua própria espécie, guiado pela luz incandescente da razão. A lei dos homens, não por acaso, substituiu a lei de Deus com a pretensão de, junto com o progresso tecnológico, guiar a humanidade para a prosperidade econômica e a paz existencial. Apropriada, pois, para o pensamento deste tempo, a adoração da grande obra da razão jurídica, o Código Civil Francês de Napoleão Bonaparte,





monumento jurídico simbólico da sociedade que o concebeu, assim como da ideologia dominante no período (liberal e individualista).

Com efeito, o “Código da Vida”, como se definia o Código Civil, era o grande texto legal de estruturação social, porque a vida jurídica da sociedade tinha o eixo centrado nas relações civis. As relações do Estado com a sociedade eram mínimas e limitadas pela própria visão do liberalismo. Afinal, quando surgiam e proliferavam os direitos de primeira geração – que protegiam os interesses do cidadão contra o Estado – era natural que as relações do Estado com a sociedade civil fossem reduzidas. Neste momento, tornaram-se essenciais, acima de tudo, as relações civis; daí a concentração da importância do Código Civil como grande texto de referência para a comunidade.

Porém, a partir do surgimento dos direitos de segunda geração – que tutelavam os interesses do cidadão contra o Poder Econômico, especialmente considerando que passou a incumbir ao Estado o papel de efetivar ou a proteção do cidadão ou a intermediação dos interesses deste com os do mercado, naturalmente aumentou a importância da atuação do Estado (ainda que dentro dos limites da legalidade), o que impôs o crescimento da estrutura jurídica (normas, princípios e regras) que suporta esta atuação e a circunscreve à legalidade estrita própria do Estado de Direito.

Em um momento seguinte, com o surgimento dos direitos fundamentais de terceira geração, surge a necessidade de ampliar ainda mais o raio de atuação do Estado, sempre respeitando a legalidade estrita, impondo-se, mais uma vez, a expansão da estrutura jurídica, para viabilizar o cumprimento deste novo papel do Estado, como garante desses direitos difusos e coletivos, mas sempre nos moldes da legalidade, ironicamente concebida com o surgimento dos direitos de primeira ordem.

Como se vê, o surgimento e evolução do Direito Administrativo tem relação direta com a transformação do papel do Estado na história recente, e se orienta, sempre pelos limites surgidos, de um lado, pelo atendimento da legalidade estrita que é a marca do Estado Democrático de Direito contemporâneo e do capitalismo e, de outro, pela necessidade de atendimento dos crescentes papéis que foram atribuídos e precisavam ser desempenhados por um Estado racional – o Estado limitado pela lei.

Outra perspectiva dessa crescente importância do Direito Constitucional pode ser demonstrada com a grande desilusão da humanidade, fruto do choque de realidade propiciado pelo rumo tomado pela história quando se acreditou cegamente na liberdade dos mercados (crise de 29), na autodeterminação dos povos em uma visão excessivamente otimista e ingênua acerca da natureza do progresso científico (criação da bomba atômica) e dos próprios homens (duas



grandes guerras), o que marcou a constatação da insuficiência de se regular prioritariamente apenas a vida dos cidadãos no plano individual, e permitiu a consciência da necessidade de ser fundado um novo e mais profundo pacto social. E esse novo contrato não seria destinado precipuamente apenas a regular os interesses entre particulares (como se propunha o Código Civil) ou a estrutura do poder temporal (como se propunham as constituições de então), mas a conceber, na origem, um diferente arranjo das forças de poder político e de mercado.

Para atender a esta necessidade, se apresentou o texto constitucional que, ao longo do Século XX, foi se ampliando e transformando seu papel para se tornar o verdadeiro texto jurídico da vida em sociedade, ultrapassando a tarefa de legitimar apenas formalmente o acesso ao poder e ao seu exercício, e se tornando amálgama de todos os interesses, esperanças e projetos que orienta.

#### **IV – A CONSTITUIÇÃO NOS DIAS DE HOJE**

A partir da ampliação da importância do Direito Constitucional, como descrito no item anterior, a Constituição passou a conter em si a promessa da sociedade do amanhã, não por resultar de operações e ilações lógicas ou juridicamente dedutíveis, mas por advir de uma sociedade civil amadurecida, e de encerrar o pacto político das forças reais de Poder alardeadas inicialmente por Ferdinand Lassale<sup>[viii]</sup>.

Costurada politicamente, e resultante das forças reais de poder em constante luta, a Constituição revelou-se o santuário ideal para proteger as relíquias da “religião” do direito e para transformar-se no mais amplo “código da vida” em sociedade plural.

Com efeito, o aumento da complexidade da sociedade fez surgir a necessidade de se estabelecer uma matriz normativa mais abrangente, axiológica, aberta, evolutiva, transformadora e adaptável. Essa matriz nasce sobre o solo sagrado da Constituição, e os motivos pelos quais se aprofunda a compreensão da Constituição hoje são dois: a) mergulhar no turbilhão dos tempos contemporâneos (perto dos quais, os tempos modernos de Charles Chaplin soam até ingênuos); b) aceitar o desafio de entrar na luta da construção do direito todos os dias, pois a forja das estruturas jurídicas, responsável pela qualidade dos metais com os quais construiremos nosso mundo, é a Constituição.

Percorrer os diversos sentidos do texto constitucional, entrelaçados com todas as ramificações que brotam de seu frondoso tronco é tarefa complexa por sua interdisciplinaridade e caráter enciclopédico, mas ainda mais diferenciada pela necessidade imposta de navegar por águas profundas, traçar rumos precisos em longas jornadas, por vezes sem a referência visual da terra, guiando-se



pelo sol e pelas estrelas, pelo seu compromisso axiológico fundamental – a realização plena da humanidade – e pelos seus princípios, fontes brilhantes de luz, capazes de assegurar uma jornada segura entre os portos.

Estudar e compreender o texto constitucional, hoje, é buscar conhecer a nós próprios, nossa sociedade, nossa condição, nossas circunstâncias, nossa realidade e nossos sonhos. Não há peleja mais instigante, nem estimulante. Não há desafio maior, luta mais arriscada, assim como não há como dela fugir.

Trata-se de um novo mundo no qual as relações pessoais estão sendo substituídas pelas relações jurídicas e, neste mundo novo, estas relações se estruturam basicamente em torno dos princípios e regras da Carta Magna.

Não há como entender o mundo de hoje sem dominar, no âmbito do direito público, desde o papel hodierno das Constituições na estruturação da sociedade e do Estado até o substrato fundamental do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, e, no âmbito do direito privado, desde o tratamento jurídico do indivíduo e seus interesses, até o significado atual da autonomia privada.

Além disso, é em derredor do texto constitucional que ocorre o debate dos temas atuais de cada um dos ramos do Direito, seja do direito público (internacional público, econômico, administrativo, penal, financeiro, tributário, processual e da seguridade social) e seja do direito privado (internacional privado, civil, comercial e do trabalho – classificado este último como público por alguns autores).

Neste sentido, surgem discussões interessantes, como: a aplicação dos direitos e garantias fundamentais como normas de eficácia plena; da reforma política; do controle judicial dos atos políticos; do fomento das micro e empresas de pequeno porte; das políticas urbanas e fundiárias, os planos diretores e constitucionalidade dos planos de desenvolvimento urbano das cidades; dos princípios sociais do trabalho; do direito financeiro e papel da Lei de Responsabilidade Fiscal e do controle externo do Judiciário pelo CNJ e do Governo pelos Tribunais de Contas; do regime singular de pagamento das condenações do Estado por meio de precatórios; da lógica da repartição de competência tributária, inclusive quanto ao equilíbrio de receitas e obrigações dos entes federados; da necessidade de custeio da seguridade social; da organização sindical – direito coletivo do trabalho; das recomendações dos relatórios da ONU – Organização das Nações Unidas e das convenções da OIT – Organização Internacional do Trabalho; dos tratados internacionais; e, também, da ética no trato da coisa pública e dos interesses de Direito Privado (função social da propriedade, por exemplo).

Apesar da indiscutível importância, não são poucas nem superficiais as críticas a pairar sobre o constitucionalismo e mesmo sobre a interpretação constitucional, seja a baseada na perda da força prescritiva da Constituição; seja a



de terem se perdido no nevoeiro da subjetividade dos princípios ou na abertura de seus conceitos indeterminados; de terem desaparecido nas lacunas da Constituição; sido soterradas pela avalanche de normas programáticas; de terem padecido pela imprecisão de seu discurso ou pela fraqueza de suas promessas.

Todavia, essas críticas não passam de um reflexo da própria sociedade que as proferem, pois a Constituição nada mais é do que o próprio (des)equilíbrio de forças que a produzem constantemente. Ela não é menos mutável do que a metamorfósica sociedade da qual se origina. E é por meio dela que é possível desvendar os mistérios do pacto social, da soberania, da democracia e dos ali-cerces do direito público.

Apreender a Constituição, portanto, não se resume a apresentar a estrutura do Estado e da Sociedade, desvendar o sistema tributário constitucional, elencar os princípios definidores do Direito Político, mas, acima de tudo, participar coletivamente da realidade social contribuindo para a construção do significado do texto constitucional – que deve ser aberto, e de direito público - que deve ter caráter democrático.

Nesta visão é prioritário conhecer o conceito e, acima de tudo, a conexão entre o direito constitucional e a realidade política, social, econômica, cultural e ambiental de um país, pois este é mais um ingrediente ao qual se juntam na construção do cenário: a generalização nas mesmas bases do processo civilizatório; a integração humana, política e econômica internacional; a ampliação da complexidade das sociedades atuais; a aceleração vertiginosa do progresso científico e a redução do tempo e da distância pelo incremento da comunicação e do transporte de pessoas e coisas.

Assim, vislumbra-se a Constituição hoje como uma viagem ao centro do conhecimento dos assuntos jurídicos em torno dos quais gravitam a sociedade contemporânea e, por isso mesmo, de interesse geral a todos os cidadãos, verdadeiros destinatários do fenômeno jurídico em sua integralidade. A Constituição, portanto, deve ser compreendida em todos os seus aspectos: constitutivo, fundacional, contratual, reflexivo, programático e orgânico, pois o objetivo do constitucionalismo, hoje, mais que unificar as promessas humanas, consagradas juridicamente nas Constituições de todo o mundo, é efetivar os direitos nelas previstos. De fato, nunca se esperou tanto do direito e jamais se dependeu tanto da efetividade da Constituição.

A dificuldade de classificar uma Constituição, e definir seus elementos e características, por outro lado, advém de certa inadequação dos conceitos disponíveis, quando compreendidos dentro da limitação de suas concepções históricas. A própria transformação da Carta Magna de documento político para norma



jurídica ocorrida a partir de meados do século passado implica em uma mudança de ambiente que modifica substancialmente as interações do Texto Fundamental com a sociedade que pretende estruturar.

Neste contexto, a ideia de contrato social de Rousseau não servirá para a realidade atual, ainda que se possa (e deva) falar em um acordo de vontades, ainda que envolva outras partes, outra formação e outro objetivo. A atual sociedade complexa, na qual os focos de interesses se multiplicam e os próprios agentes sociais desempenham múltiplos papéis e se aglutinam em diversos polos, desafia a estrutura simples de um contrato clássico, mas, de outro lado, a mesma complexidade não encontra forma melhor de arranjo de suas perspectivas que o acordo de vontades.

Uma Constituição, desta forma, deve ser para um povo a promessa que faz a si mesmo, o caminho que escolheu trilhar para o destino que almeja. Sua realidade multifacetada lhe atribui distintas naturezas, pois a promessa de um povo para si mesmo é feita com base em princípios cuja matriz axiológica atraem um elemento fundacional que lhe é inerente, a escolha de caminhos e do próprio destino não apenas requerem o componente reflexivo, como também o acordo de vontades característico de uma concepção contratual.

Considerando, como propõe Rita Levi-Montalcini, ser nossa organização social fruto de pura evolução darwiniana, a Constituição reflete e resulta do nosso processo de evolução social, é seu instrumento e seu resultado, em contínuo processo de se fazer ser. A Constituição não é substantivo, é verbo... e no gerúndio.

[i] Jean-Jacques ROUSSEAU. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

[ii] Georg Wilhelm Friedrich HEGEL. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

[iii] Martin LOUGHLIN. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press: 2010.

[iv] Joaquim José Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003.

[v] Karl LÖWENSTEIN. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarre, Barcelona: Ariel, 1970.

[vi] Fabio Konder COMPARATO. *A afirmação dos direitos humanos*, 2001, p. 75.



[vii] Luís Roberto BARROSO. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

[viii] Ferdinand LASSALE. *A essência da constituição*. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.



---

Grupo de investigação do IJ

Crise, Sustentabilidade e Cidadanias

---



APOIO

