

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CURSO DE DIREITO**

RENATO LUIS PRASERES DIAS

**DA SOBERANIA NACIONAL BRASILEIRA:
uma visão crítica sobre o processo de globalização econômica.**

**São Luís - MA
2016**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CURSO DE DIREITO**

RENATO LUIS PRASERES DIAS

**DA SOBERANIA NACIONAL BRASILEIRA:
uma visão crítica sobre o processo de globalização econômica.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª. Luciléa Gonçalves França.

**São Luís - MA
2016**

Dias, Renato Luis Praseres

Da Soberania Nacional Brasileira: uma visão crítica sobre o processo de globalização econômica / Renato Luis Praseres Dias. – São Luís, 2016.

54 f.: Il.

Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2016.

1. Soberania – Direito 2. Direito Constitucional 3. Direito Econômico. I. Título.

RENATO LUIS PRASERES DIAS

**DA SOBERANIA NACIONAL BRASILEIRA:
Uma visão crítica sobre o processo de globalização econômica.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Dr.^a. Luciléa Gonçalves França (Orientadora)

Prof. Dr. Raimundo Nonato Serra Campos Filho (1º examinador)

Prof.^a. Dr.^a Valeria Maria Pinheiro Montenegro (2º Examinador)

Dedico este trabalho a minha esposa, Jádina Cristina Lima de Sousa Dias, desencarnada no ano de conclusão do curso; e a minha mãe, amores recíprocos e verdadeiros.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida a mim concedida, a minha mãe, a minha saudosa esposa e ao meu filho, fruto de um Amor verdadeiro.

“Nascer, crescer, morrer, renascer ainda e progredir sempre, tal é a lei”.

(Allan Kardec, O Livro dos Espíritos)

RESUMO

Objetiva-se de forma didática tratar teoricamente o tema Soberania e sua relativização mediante uma visão crítica sobre o processo de globalização econômica a partir de um país periférico, no caso; o Brasil, a traçar uma posição ainda pouco pragmática, mas coerente diante da imensa e crescente interdependência assimétrica entre os países. Aplicado o método lógico-dedutivo, baseado na construção doutrinária e normativa, pôde-se traçar um panorama sobre os conceitos do instituto da Soberania e do fenômeno social a que se convencionou chamar de Globalização Econômica para, a partir daí, relacioná-los criticamente sob a nossa realidade constitucional e as nossas instituições de justiça julgadoras: juízes e tribunais. Por fim foi possível traçar uma posição que passa pela relativização do conceito em objeto (Soberania) e conseqüente atenção aos ideais de uma justiça colaborativa, ao direito transconstitucional, além de alertar a necessidade do desenvolvimento pragmático das capacidades não só das instituições, mas também dos indivíduos.

Palavras-chave: Soberania. Globalização econômica. Direito Constitucional. Direito Econômico.

ABSTRACT

We objectively deal with the theme Sovereignty and its relativization through a critical view on the process of economic globalization from a peripheral country, in this case; Brazil, to come up with a position that is still not very pragmatic but coherent in the face of the immense and growing asymmetrical interdependence between countries. Applied the logical-deductive method, based on the doctrinal and normative construction, it was possible to draw a panorama on the concepts of the institute of Sovereignty and of the social phenomenon that is conventionally called Economic Globalization and, from there, to relate them critically under Our constitutional reality and our judging institutions of justice: judges and courts. Finally, it was possible to draw a position that goes through the relativization of the concept into object (Sovereignty) and consequent attention to the ideals of a collaborative justice, to the transconstitutional right, besides alerting the need for the pragmatic development of the capacities not only of the institutions, but also of the Individuals.

Keywords: Sovereignty. Economic globalization. Constitutional right. Economic Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONCEITO DE SOBERANIA	12
2.1.1	Precusores	13
2.1.2	Soberania popular	15
2.1.3	Soberania americana	16
2.2	Significação, características e titularidade	18
2.1.1	Significação	18
2.1.2	Características	19
2.1.3	Titularidade	20
2.3	Teorias de Immanuel Kant e Jonh Rawls	22
3	GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E OS ESTADOS	27
3.1	Significação de globalização econômica	27
3.2	Situação dos Estados nacionais	32
4	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO BRASILEIRO	35
4.1	Teoria do law and economics	35
4.2	A constituição econômica brasileira	36
4.3	Atuação dos juízes e tribunais brasileiros	38
5	GLOBALIZAÇÃO X SOBERANIA	44
5.1	Crise ou evolução	44
5.2	Perspectiva nacional brasileira	48
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo de Constituição Econômica, pois ordena a atividade econômica, traçando normativamente os objetivos a serem perseguidos pelo Estado no âmbito econômico, assim como a direciona (função diretiva) sob a premissa do bem-estar social, admitindo inclusive reformas. Sendo assim, ela não se limita apenas a conferir garantias individuais e a organizar o Estado, apresentando conceitos contemporâneos de função social da propriedade e função social do contrato. O Estado como legítimo agente econômico, capaz de atuar economicamente, isso de forma direta ou indireta.

A soberania é um conceito que surgiu em meio a revoluções político-sociais do mundo Ocidental (Europa e América do Norte), em especial na França, Inglaterra e Estados Unidos; a partir do século XVI, com o advento do Absolutismo. Foi concebida então sobre um viés eminentemente político, não importando em ser legítimo ou jurídico, apenas absoluto, e pragmaticamente, foi um conceito importante e eficaz para garantir principalmente a unidade na forma de estados-nacionais e uma identidade nacional.

O processo de globalização é um fenômeno social que ocorre desde o início da nossa civilização, acelerado pela época dos descobrimentos, haja vista que sempre houve interações de todas as ordens entre as mais diversas sociedades da Antiguidade até os nossos dias. Mas o conceito é bem mais recente, foi construído após a Segunda Guerra Mundial e diante das complexidades sociais na pós-modernidade é difícil vislumbrar produção de normas jurídicas, em especial as de Direito econômico, genuinamente pela sociedade dentro de um modelo democrático, dada as influências do poder econômico.

Diante da crise dos modelos de Estado Liberal no que diz respeito à Soberania em relação a um mundo cujo processo de globalização segue em marcha célere irreversível, onde há inegavelmente um peso maior do poder econômico nas relações de poder tanto em primeiro nível (endógeno aos Estados) quanto em segundo nível (exógeno aos Estados – entre nações), o presente trabalho vem analisar do ponto de vista periférico (Brasil, nação em desenvolvimento) a relação conflitante entre o instituto da Soberania e o fenômeno da globalização econômica negativa, apontando caminhos para que o Brasil consiga proteger-se dos efeitos negativos de tal relação diante da imensa e crescente interdependência assimétrica entre os países.

De forma didática o trabalho foi dividido em quatro tópicos. Inicialmente foi tratado no tópico dois o conceito de soberania, sua origem, características, titularidade e sua

relativização através das ideologias de Immanuel Kant e Jonh Rawls. A intenção é a compreensão plena do instituto multiculturalista e sua relativização filosófica.

No tópico três foi tratado o fenômeno da globalização econômica, do seu significado até os seus reflexos no Estado Social, a demonstrar o grande desafio dos Estados Sociais em tentar aliar o seu desenvolvimento econômico com o seu desenvolvimento social (bem-estar social), sem o sucesso esperado na maioria dos países, em especial, na periferia (Estados em desenvolvimento).

No quarto capítulo foi feita uma análise panorâmica do direito econômico brasileiro com foco nas características diretivas de nossa constituição e atuação dos juízes e tribunais como termômetro para verificação do grau de responsabilidade de nossa capacidade institucional de julgar os conflitos de natureza jurídico-econômica. Para tanto foi necessário relacionar a racionalidade econômica e jurídica com a teoria do *Law and Economics*, um movimento de análise econômica fruto do descontentamento para com o positivismo jurídico que triunfava desde a consagração do iluminismo.

No quinto e último capítulo fez-se o contraponto da relação entre os dois conceitos (soberania e globalização econômica) e a partir desse momento foi defendida uma posição ainda pouco pragmática, mas coerente diante da imensa e crescente interdependência assimétrica entre os países, passando pela relativização do conceito de Soberania e conseqüente atenção aos ideais de uma justiça colaborativa, ao direito transconstitucional, além de alertar a necessidade do desenvolvimento pragmático das capacidades não só das instituições, mas também dos indivíduos.

2 CONCEITO DE SOBERANIA

2.1 Origem

Tratamos, pois de uma das bases ideológicas do Estado Moderno com vasta literatura jus-filosófica e jus-política, muito embora sem consenso e por muitos doutrinadores pragmaticamente empregada, na teoria e na prática, como um símbolo emocional, principalmente no Direito Internacional.

Nas palavras de Kaplan e Katzenbach (1964, p.149):

[...] não há no Direito Internacional um termo mais embaraçoso que Soberania, parecendo-lhe que seu uso impreciso e indisciplinado talvez se deva ao fato de haver-se tornado um “símbolo emocional”, amplamente utilizado para conquistar simpatias em face das tendências nacionalistas que vêm marcando nossa época.

De forma bem didática o conceito de soberania, segundo o que se convencionou chamar de teoria tradicional da soberania, origina-se a partir da relação entre o Poder Estatal e os outros poderes (privados) dentro de uma cronologia histórico-econômica.

Na Antiguidade, o seu desconhecimento “[...] deveu-se a falta de um único dado capaz de trazer à consciência tal conceito: a oposição entre o poder do Estado e os outros poderes.”(JELLINEK, 2012, p. 331). De fato, as atribuições do Estado na Antiguidade eram muito específicas, quase que exclusivas à arrecadação tributária, manutenção da ordem e defesa militar, não presenciou-se assim limitação de poderes privados.

No final da Idade Média, como assevera o professor Dallari (2005, p.76):

[...] os monarcas já têm supremacia, ninguém lhes disputa o poder, suas vontades não sofrem quaisquer limitações, tornando-se patente o atributo que os teóricos logo iriam perceber, a soberania, que no século XVI recebe um tratamento teórico sistemático. Neste momento histórico-econômico a centralização do poder (nas mãos de um monarca), um exército unificado e a formação de um funcionalismo público (civil e militar) capaz de colocar em prática as determinações estatais não só propiciou a legitimação interna de poder e paz social como uma identidade nacional.

Assim faltava apenas um arcabouço ideológico, onde o conceito de soberania surge quando da construção de uma legitimação externa. Dentre os precursores no tratamento teórico podemos citar pela essência e reconhecimento científico de suas teses: Jean Bodin, Hugo Grotius e Thomas Hobbes. Logo após, com os contratualistas: John Locke e Jean Jacques Rousseau, surge o conceito de soberania popular, base do nosso Estado Democrático de Direito, a ser estudado também pela ótica da democracia norte-americana através dos pensadores Thomas Jefferson e Alexis de Tocqueville, cujo diferencial encontra-se na

superposição da Constituição como Lei-maior; em relação ao parlamento, em contraponto ao modelo inglês.

2.1.1 Precusores:

a) O pensador Jean Bodin:

Jean Bodin foi um jurista e pensador francês de formação tradicional, um crítico do Direito e da metodologia jurídica; considerado o primeiro teórico do estudo da soberania. Na sua obra “*Les Six Livres de La République*”, inicia o Livro I com a conceituação da República, como um direito de governo de muitas famílias e do que lhes é comum, com um poder soberano. Já no capítulo VIII, do Livro I, é totalmente dedicado ao esclarecimento do conceito de soberania. Afirmou Bodin (2011) ser extremamente necessário e urgente formular a definição de soberania, porque é o ponto principal e o mais necessário de ser entendido no trabalho da República, e até aquele momento nenhum jurisconsulto ou filósofo político, se colocou a estudar e definir tal instituto. Colocou a soberania como poder absoluto e perpétuo de uma República, expressão empregada no sentido que na modernidade dá ao conceito de Estado.

Conforme Bodin (2011, p.199, 205 e 207):

[...] Pois um e outro nada detém por si e permanecem responsáveis de seus cargos perante aquele a quem devem o poder de comandar, o que não ocorre com o Príncipe soberano, que só deve prestar contas a Deus.

[...] É verdade que esses doutores não dizem o que é poder absoluto, pois se dissermos que aquele que tem poder absoluto não está sujeito às leis, não se encontrará Príncipe soberano no mundo, visto que todos os Príncipes da Terra estão sujeitos às leis de Deus e da natureza, e a várias leis humanas comuns a todos os povos [...]

[...] o poder absoluto dos príncipes e senhorias soberanas não se estende de modo algum às Leis de Deus e da natureza, e aquele que melhor entendeu o que é o poder absoluto e que fez vergar reis e imperadores sob o seu dizia que este não é outra coisa senão derrogar ao direito ordinário: ele nada disse das leis divinas e naturais.

Esclarecemos, pois que Bodin considera a Soberania absoluta e perpétua, absoluta referindo-se a impossibilidade do príncipe soberano submeter-se as leis que ele mesmo criara, não confundindo-se com a idéia de poder ilimitado, pois o príncipe também estaria submetido às leis divinas e naturais que são imutáveis, invioláveis e inatingíveis; e perpétua, pois a soberania deveria ter um espírito de continuidade, perenidade, não seria própria de um governo provisório. Assim poderíamos depreender que dentre os sistemas, apenas nos Estados Aristocráticos e populares haveria a possibilidade de perpetuação. No caso das monarquias, apenas se hereditárias.

O principal legado do autor é a tese quanto à existência da Soberania e dos seus limites, embora seja forte o elemento religioso em sua teoria, que oscila entre o mítico e o racional. Serviu de base para legitimar a Teoria do direito Divino e, por conseguinte, o Estado Absolutista, assim como, o conceito de Soberania popular, onde Rousseau apenas transferiu a titularidade da pessoa do governante para o povo, tese que se consolida até os dias atuais, inclusive na Constituição brasileira, de 1988, Art. 1º, parágrafo único, onde diz: “Todo o poder emana do povo...”.

b) O pensador Hugo Grotius:

Hugo Grotius é um autor que merece ser citado, pois sua tese, ainda no século XVI: O Direito da Guerra e da PAZ, 1625; aproxima a teoria da Soberania da Teoria da Liberdade. Segundo o autor a Soberania seria a liberdade de se auto-gerir, seja na perspectiva individual ou coletiva (Estado). Seria a capacidade de não se submeter aos comandos alheios, gozar de autodeterminação, agir livremente e não de intervir ou controlar. Relações de poder e dominação, legitimidade e autoridade são temas presentes em suas reflexões, um avanço na dissociação de conceitos mítico e religiosos de Bodin, pautando o pensamento em argumentos mais racionais e sociais. Com isso, ajudou a formar o conceito de sociedade Internacional e acabou por influenciar os pensadores conhecidos como “os liberais”: John Locke e Adam Smith. A soberania passa a ter uma conotação também externa, e não mais dedicada aos conflitos de poder internos.

Conforme Grotius (2005, p.174 e 175):

[...] para os poderes soberanos, não propriamente porque eles mandam nos outros, mas porque não obedecem a ninguém.”

[...] Chama-se soberano quando seus atos não dependem da disposição de outrem, de modo a poderem ser anulados ao bel-prazer de uma vontade humana estranha.

c) O pensador Thomas Hobbes:

Thomas Hobbes, em sua obra clássica: *Leviatã ou Matéria, Palavra e Poder de um Governo Eclesiástico e Civil*; entende que o Estado (o próprio Leviatã) é formado por toda a sociedade, que deposita a sua autonomia nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, cujos atos são plenamente válidos e inquestionáveis, portanto o soberano detém a autonomia social.

Notadamente Hobbes foi um pensador que também fundamentou o Absolutismo monárquico na Europa, identificando-se com o movimento de reorientação do Estado Inglês para a institucionalização de um Estado Absolutista. Em Hobbes chama-nos atenção uma

conceituação de soberania referente a um poder de mando interno ilimitado, onde a sociedade abre mão de sua liberdade em troca de proteção estatal, como fito de evitar a guerra de todos contra todos. Diferente de Bodin, para Hobbes o soberano não detinha limitações de qualquer natureza, inclusive divinas. Sua tese é de fácil refutação, pois afirma que esta impossibilidade de limitação as leis divinas não estaria vinculada a superioridade do soberano em relação elas, mas a tese de que tais leis são morais e portanto não poderiam ser materializadas, daí a impossibilidade como elemento limitador. Na visão hobbesiana poderíamos falar em soberania ilimitada.

Para Hobbes (2013), a referida submissão do povo gera três tipos de governo: monarquia, democracia e aristocracia. Sendo suas formas corrompidas, respectivamente, tirania, oligarquia e a anarquia.

Destaca-se quanto ao reconhecimento da origem popular do poder soberano, que por meio do contrato social se dissocia de seus detentores originários, no caso, o povo.

Na obra “Leviatã”, Hobbes (2013, p.140 e 148):

[...] Seria como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembléia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se de Estado.

[...] o povo não se teria dividido nem caído na guerra civil se não tivesse sido aceita, na maior parte da Inglaterra, a opinião segundo a qual esses poderes eram divididos entre o rei, os lordes e a Câmara dos comuns; primeiro, entre aqueles que discordavam em matéria de política e, depois, entre os dissidentes da liberdade de religião. Tais lutas acabaram por instituir os homens sobre esse aspecto do direito soberano, a ponto de serem poucos hoje na Inglaterra os que não vêem que esses direitos são inseparáveis; assim, tais direitos serão universalmente reconhecidos no próximo período de paz, e continuarão a sê-lo, até que essas misérias sejam esquecidas, e não por muito tempo, a não ser que o povo seja mais bem educado do que tem sido até agora [...]

2.1.2 Soberania popular

Dois pensadores merecem destaque no contexto histórico das revoluções liberais: John Locke, na Inglaterra; e Jean Jacques Rousseau, na França. Ambos convergiam no pensamento quanto à defesa do contrato social como origem do Estado, influenciados pelo seu predecessor Hobbes, porém ambos teorizaram uma resignificação do conceito de Soberania retirando do Estado ou governante tal atributo (titularidade) e repassando ao povo, assim a própria sociedade assumiria a condição de partícipe do processo decisório.

Locke apresentou uma teoria de liberdade em que a sociedade deve definir os limites do poder estatal e de seus governantes. Na obra Tratado sobre o governo Civil deixa

bem claro que o detentor da soberania é o povo que o exerce por meio de representantes legitimados (parlamento), livres, portanto, do Estado tirânico. A liberdade é, pois um valor inalienável e somente através dela alcança-se o equilíbrio do poder.

Já Rousseau apresentou uma teoria social na obra “o Contrato Social”. Há uma evidente continuidade das teorias de Locke, ambos defensores da liberdade como um valor inalienável natural e indissociável da própria natureza humana, e por conseguinte a ressignificação do conceito de Soberania retirando do Estado ou governante tal atributo (titularidade) e repassando ao povo. O que diferencia então um pensamento do outro é que diferentemente de Locke, Rousseau conclama a Revolução como caminho para refundar o Estado.

A nação ideal seria aquela em que o poder soberano se confundisse com o povo, do qual resultaria um governo democrático onde ninguém poder-se-ia dizer acima da Lei e o Estado ser obrigado a reconhecer Lei imposta por semelhantes.

Nas palavras de Villas Boas Filho (2008, p.99):

[...] segundo Rousseau é preciso considerar que o cidadão presta seu consentimento a todas as leis, inclusive aquelas que são aprovadas contra sua vontade e até mesmo as que o punem, pois, quando uma lei é proposta na assembléia do povo, o que perguntam não é se aprovam ou se rejeitam a proposta, mas se estão ou não de acordo com a vontade geral.

Para a revolução burguesa a idéia de soberania popular exerceu grande influência como um fundamento não só contra o Estado Absolutista, concebendo a nação como o próprio povo em uma ordem política (soberania nacional), mas também no século XIX como expressão de poder político, sobretudo as grandes potências, nos seus interesses por conquistas territoriais.

Rousseau não trabalhou a idéia de sufrágio universal, contudo, criou as bases para que esse conceito tão importante para democracia fosse compreendido por outros autores que o sucederam.

2.1.3 Soberania americana

Nos séculos XVIII e XIX o avanço revolucionário do Estado burguês permitiu inúmeras construções e experimentações políticas encontrando um cenário totalmente único do outro lado do Atlântico. Nos Estados Unidos, como não havia um regime a ser desconstruído (Absolutista), a efervescência revolucionária liberal burguesa encontrou solo fértil e resultou em um regime bem estável.

A partir dos ideais, principalmente de Locke, Rousseau e Montesquieu, conceitos como soberania popular, controle sobre o Estado, tripartição de poderes, sistema representativo, Estado de Direito e liberdades fundamentais foram adotadas nos novos Estados em que se transformaram as antigas colônias inglesas em solo americano. A partir do século XIX, após a guerra civil, os Estados Unidos passaram a ser um modelo a ser compreendido e replicado, inclusive pelo Brasil, onde todos os conceitos então elencados anteriormente foram recepcionados. Neste período Thomas Jefferson e Alexis de Tocqueville foram figuras políticas de fundamental importância, respectivamente, na gestão e no reconhecimento da nação liberal americana.

Thomas Jefferson, apesar de escravocrata latifundiário, célebre pelas contradições entre o seu discurso e algumas de suas posições enquanto governante, foi o autor da Declaração de Independência dos Estados Unidos e ocupou o terceiro mandato de presidente da República tendo registrado suas idéias políticas nas correspondências endereçadas a personalidades políticas de um período que vai de 1776 a 1828.

Em sua biografia defendeu a limitação do poder governamental, mas durante seu mandato, ampliou o poder central. Era um escravocrata que defendia a liberdade do homem. Defensor da liberdade de imprensa que durante seu mandato estimulou o ajuizamento de ações contra a opinião de jornalistas que julgava falsos e caluniadores.

Apesar de sua biografia apresentá-lo com uma personalidade contraditória, ele defendia o autogoverno republicano, a Liberdade e a Soberania popular como princípios. Ressaltava que o amor pela ordem e a obediência às leis, elementos presentes em sua sociedade, seriam determinantes na construção de um Estado afastado da guerra e opressão, comuns no continente europeu.

Em uma carta endereçada a James Monroe, presidente dos Estados Unidos, no período de 1817 a 1825, Thomas Jefferson (1973, p.23), disse:

[...] como sendo livre para conduzir seus interesses comuns através de quaisquer órgãos que julgue adequados; para modificar esses órgãos individualmente ou sua organização na forma ou função sempre que lhe apraz.

No autogoverno, o povo teria legitimidade para modificar e reorganizar, a qualquer tempo, os órgãos governamentais pela vontade da maioria, colocada como lei natural de toda a sociedade humana.

Alexis de Tocqueville não pode deixar de ser citado, por ser um olhar estrangeiro (francês) a analisar e comparar os modelos democráticos americano e europeu. Foi um jurista liberal e democrata que se dedicou ao estudo da democracia americana. Em sua obra: A

democracia na América, de 1835; atestou que a soberania do povo foi o princípio gerador da formação do estado norte-americano, pois antes da revolução americana o cenário era a de uma aristocracia na condução política. Com a revolução e conseqüente destruição das influências locais, não havia resistência de uma ordem anterior, como na Europa (absolutistas) que criasse obstáculos. Na América a democracia estaria entregue a movimentos livres, sujeitos a suas próprias inclinações. Com o advento do Sufrágio Universal em detrimento do voto censitário, ficou mais evidente a convergência da Soberania ao regime democrático.

Em sua obra “A Democracia na América”, afirma Tocqueville (2005, p.67):

[...] como não podiam mais arrancar a força das mãos do povo e como não detestavam a multidão a ponto de aprazer-se em afrontá-lo, não pensaram em outra coisa que não conquistar a qualquer preço seu beneplácito [...] Em nossos dias, o princípio da soberania do povo teve nos Estados Unidos todos os desenvolvimentos práticos que a imaginação é capaz de conceber.

É importante então atentar que o diferencial na Soberania popular americana encontra-se na superposição da Constituição como Lei-maior; em relação ao parlamento, em contraponto ao modelo inglês; mesmo a Constituição Americana, de 1787, não sendo de base popular, mas sim aristocrática. Na América tivemos esta experiência cheia de contradições, mas de resultado próspero e estável, em comparação as revoluções e guerras que ocorriam na Europa, quando da derrubada do Estado do Absolutista.

2.2 Significação, características e titularidade

2.2.1 Significação:

A soberania é um conceito que surgiu em meio a revoluções político-sociais do mundo Ocidental (Europa e América do Norte), em especial na França, Inglaterra e Estados Unidos; a partir do século XVI, com o advento do Absolutismo, assim como já foi explicitado anteriormente. Foi concebido então sobre um viés eminentemente político, não importando em ser legítimo ou jurídico, apenas absoluto. Pragmaticamente, foi um conceito importante e eficaz para garantir principalmente a unidade na forma de Estados-nacionais e uma identidade nacional.

Já no século XX, a escola alemã concebe a teoria da personalidade jurídica dos Estados, e nesta teoria a Soberania passaria a ser jurídica. Ela continuaria a ser uma expressão de poder, mas um poder jurídico utilizado para fins jurídicos.

Em síntese, de todos os autores alemães e de muitos outros notáveis, assevera Dalmo Dallari (2005, p.79 e 80) quanto ao conceito de Soberania jurídica:

[...] o que se verifica é que a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder [...] e o que nos parece que realmente diferencia as concepções é uma evolução no sentido eminentemente político para uma noção jurídica de soberania.

[...] Concebida em termos puramente políticos, a soberania expressava a plena eficácia do poder, sendo conceituada como o poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências [...] O poder soberano não se preocuparia em ser legítimo ou jurídico, importante apenas que seja absoluto, não admitindo confrontações, e que tenha meios para impor suas determinações (supremacia do mais forte).

[...] não há Estados mais fortes ou mais fracos, uma vez que para todos a noção de direito é a mesma. A grande vantagem dessa conceituação jurídica é que mesmo os atos praticados pelos Estados mais fortes podem ser qualificados como antijurídicos, permitindo e favorecendo a reação de todos os demais Estados.

Em contraponto a essa Teoria da personalidade jurídica, em especial ao conceito de soberania jurídica, eis que surge uma concepção chamada de culturalista, que nem admite a noção exclusivamente política e nem a noção exclusivamente jurídica, por tratar-se de um fenômeno indiscutivelmente misto: social, político e jurídico.

Assim assevera Miguel Reale, na obra “Teoria do Direito e do Estado”: “[...] o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência” (REALE, 2000, p.127)

2.2.2 Características:

A Soberania apresenta quatro características essenciais: a unicidade, a indivisibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade (DALLARI, 2005).

“Una por não ser admissível, não se vislumbrar, um Estado cujo poder e personalidade jurídica não sejam únicos”. Não seria possível a convivência harmônica de mais de um poder superior em um mesmo âmbito jus-político.

“Indivisível pelo simples fato de ser una, sendo uma, não pode ser divisível”. Não se deve confundir a indivisibilidade da Soberania com a teoria da divisão dos poderes de Montesquieu, que neste último caso trata-se da distribuição de funções do poder e não do próprio poder soberano que recai sobre a titularidade do Estado de Direito.

“Inalienável por não ser possível se dissociar da sua titularidade, seja o povo, a nação ou o Estado”. Aquele que a detém desaparece quando sem ela.

“Imprescritível, pois é temporalmente indeterminada”. Todo poder soberano aspira existir indeterminadamente e só deixa de existir quando vencido por um poder superior.

Já Zanzucchi (1948, p.21), na obra *Istituzioni di Diritto Pubblico*, elenca também quatro características essenciais: originária, exclusiva, incondicionada e coativa.

[...] A Soberania é um poder originário porque nasce no próprio momento em que nasce o Estado e como um atributo inseparável deste; exclusivo, porque só o Estado o possui; incondicionado, uma vez que só encontra os limites postos pelo próprio Estado; coativo, uma vez que, no seu desempenho, o Estado não só ordena, mas dispõe de meios para fazer cumprir suas ordens coativamente.

2.2.3 Titularidade:

Por titularidade é possível verificar duas linhas de pensamento: uma teocrática e outra democrática.

Nas teorias teocráticas, que reportam ao fim da Idade Média e início da Idade Moderna, quando dos regimes absolutistas: francês e inglês, os preceitos cristãos foram tomados como prerrogativas de legitimação do poder na figura de um déspota, de um monarca. O poder soberano é o da vontade de Deus e de suas leis naturais. Apenas Deus poderia conceder tal poder. A igreja selaria a vontade divina na figura do representante popular (o monarca).

Já nas teorias democráticas ou da soberania popular com o advento das grandes revoluções liberais na Europa e América, em um primeiro momento o próprio povo, como massa amorfa, é colocado como titular da soberania. Com a consolidação destas revoluções liberais, nasce o conceito de nação e sufrágio, onde o povo é concebido em uma ordem estatal, portanto a titularidade passa a ser da nação. O povo teria o poder soberano apenas em situações extraordinárias: de crise ou fundação através do poder constituinte.

Apenas com as teorias alemãs da personalidade jurídica e da teoria jurídica do Estado, já nos século XX, o poder soberano é colocado sobre a titularidade do Estado de Direito quando da sua formação.

Quanto à titularidade, existe uma classificação didática de soberania que precisa sempre ser mencionada: estatal, popular e nacional.

A soberania estatal, de acordo com o pensamento de Thomas Hobbes seria referente a um poder de mando interno ilimitado, onde a sociedade abre mão de sua liberdade em troca de proteção estatal, como fito de evitar a guerra de todos contra todos.

Já na soberania popular, John Locke apresentou uma teoria de liberdade onde a sociedade deve definir os limites do poder estatal e de seus governantes e Jean-Jacques Rousseau apresentou uma teoria social chamada de Contrato Social. Ambos defensores da liberdade como um valor inalienável natural e indissociável da própria natureza humana,

teorizam uma a ressignificação do conceito de Soberania retirando do Estado ou governante tal atributo (titularidade) e repassando ao povo. O que diferencia então um pensamento do outro é que diferentemente de Locke, Rousseau conclama a Revolução como caminho para refundar o Estado.

No Brasil, conforme artigos 1º e 14 da Constituição Federal, a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal (direito de votar e ser votado aos nacionais, capazes e maiores de 16 anos – democracia semi-direta), pelo voto direto e secreto (sem qualquer intermediação entre eleitor e candidato), com valor igual para todos; e pelo exercício direto do poder popular, o que convencionou-se chamar de democracia direta ou participativa., mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição .

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular

No plebiscito é realizada uma consulta prévia aos cidadãos sobre determinada matéria a ser discutida pelo Congresso Nacional em momento posterior. No referendo há uma consulta popular posterior sobre certo ato do governo com o objetivo de ratificá-lo, de conceder-lhe ou de retirar-lhe a eficácia. Já a iniciativa popular, conforme artigo 13 da Constituição Federal, consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Os dois parágrafos do artigo 61 determinam que o projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto e que não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Art. 61º

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Por fim o conceito de soberania nacional como reflexo das teorizações alemães da personalidade jurídica e da teoria jurídica do Estado, já nos século XX, o poder soberano é colocado sobre a titularidade do Estado de Direito quando da sua formação, consagrando-se a despersonalização do poder com a separação entre o poder constituinte e o constituído.

2.3 Teorias de Immanuel Kant e Jonh Rawls

a) O pensador Immanuel Kant

Immanuel Kant é um dos principais filósofos da Era Moderna, possui uma vasta obra, e é uma das bases da moderna filosofia alemã. Famoso pelo que se classificou, na Filosofia, como Criticismo; trabalhou a epistemologia e metafísica, perfazendo uma crítica entre o racionalismo continental (de René Descartes e Gottfried Wilhelm Leibniz), e a tradição empírica inglesa (David Hume, John Locke e George Berkeley).

Sua obra tem enorme influência no pensamento contemporâneo e nela assevera que a crítica pela razão tem mais força do que o poder, e só através dela (da razão) poderíamos alcançar um estado de “Paz perpétua”, título de sua obra. “[...] A razão [...] condena absolutamente a guerra como procedimento de direito e torna, ao contrário, o estado de paz um dever imediato, que, porém, não pode ser instituído ou assegurado sem um contrato dos povos entre si [...]” (KANT, 2008, p.40).

A obra é dividida em duas sessões. A primeira sessão tem seis artigos ditos “preliminares” onde o autor descreve as condições que são impeditivas da Paz; e a segunda sessão, três artigos ditos “definitivos” para a Paz. Kant analisa a soberania sobre uma ótica externa, servindo de base para o Direito Internacional, onde relativiza a soberania de modo que possa haver um novo contrato social (global) que permitiria uma paz duradoura.

Não se deve confundir esse novo contrato social com tratados, pois logo em seu primeiro artigo preliminar ele adverte que os tratados de paz não buscam resolver as causas das guerras, não sendo válidos então. Revelam apenas uma trégua, e não a Paz duradoura. Exemplo foi o Tratado de Versalhes, em 1919, que pôs fim a Primeira Grande Guerra Mundial, porém, de certa forma, suas exigências despertaram um sentimento que alimentaria potencialmente a Segunda Grande Guerra.

Kant defendia “[...] uma liga de tipo especial, que se pode denominar liga de paz [...] que deveria ser distinta do tratado de paz em que este simplesmente procura pôr fim a uma guerra, aquela, porém, a todas as guerras para sempre.” (KANT, 2008, p. 41)

No quinto artigo preliminar ele coloca que nenhum estado deve envolver-se com emprego de força (política ou econômica) na Constituição ou no governo de outro Estado, pois a autonomia (soberania) deve ser respeitada sob pena da fragilidade desse mesmo instituto de outros Estados.

No sexto artigo preliminar, uma posição ética sob a guerra, onde nenhum Estado em guerra deve permitir hostilidade que impeça a confiança recíproca em uma paz futura.

Por fim, no segundo artigo, da segunda sessão, coloca a necessidade da formação de uma Liga de Nações (ou Povos), onde se conservariam as individualidades de cada nação, um verdadeiro federalismo de Estados livres.

b) O pensador Jonh Rawls

Jonh Rawls foi um eminente professor de Filosofia Política de Harvard, Estados Unidos, adepto do liberalismo político, quem escreveu três importantes obras: Uma Teoria da Justiça (1971), Liberalismo Político (1993) e O Direito dos Povos (1999), onde fez uma releitura da Teoria do Contrato Social com base no pensamento de Kant, tentando através de um construtivismo kantiano elaborar uma tese em que equilibraria dois princípios da Justiça: liberdade e igualdade, a qual chamou de “liberalismo igualitário”.

Para Rawls, as duas formas clássicas de capitalismo: do livre mercado e do bem-estar social, assim como o socialismo estatal, seriam "injustas". Figurou então um regime econômico ao qual chamou de "socialismo liberal", onde a propriedade dos meios de produção seria coletiva e a forma de governo democrática.

Rawls chega a essa conclusão a partir da influência do pensamento de Kant e da observação do cenário político do século XX, que se revelou um grande laboratório político-ideológico em relação aos preceitos de liberdade, igualdade e poder. Um bloco cujo sistema econômico era capitalista (liberal) e outro socialista (igualitário). O primeiro correspondente ao oeste europeu e Estados Unidos, que experimentou a destruição de grande parte da sua riqueza acumulada; e o segundo correspondente ao leste Europeu, Cuba e alguns países da Ásia que ruíram frente a estrutura política ditatorial e ao poder econômico.

Diante de tal cenário ele faz uma crítica não necessariamente ao igualitarismo socialista, mas ao liberalismo e a democracia, pois o liberalismo econômico puro seria um risco a liberdade e a igualdade humana. Contratualista, liberal e democrata deposita na Constituição, no princípio da equidade e no fortalecimento dos indivíduos representativos e das instituições a solução para uma sociedade mais justa e cooperativa.

O princípio da equidade ou da diferença seria o norteador do pacto social (hipotético, não histórico), regimentado através de uma constituição, onde todos estariam em condição semelhante e ninguém poderia determinar princípios que não correspondessem ao bem comum, onde os princípios da justiça estariam como resultado de um consenso ou de um ajustamento equitativo.

Já o indivíduo não é posto como pessoa comum, mas como pessoa representativa, aquela sujeita a valoração da justiça, aquela que ocupa uma posição representativa dos interesses, das necessidades, das responsabilidades e dos poderes que possua. Nesse ponto percebe-se a preocupação com a moral e não só com o direito dos indivíduos e das instituições como entidades representativas.

Na sua teoria apenas o regime político democrático seria capaz de respeitar as liberdades individuais e permitir uma dinâmica representativa. Rawls resumidamente idealizou um sistema justo de distribuição de renda, poderes e responsabilidades.

Rawls resumidamente idealizou um sistema justo de distribuição de renda, poderes e responsabilidades.

Em relação à soberania, admite a ineficácia do modelo de contrato social clássico, pois sua estrutura e metodologia de poder só seriam eficazes dentro de um sistema econômico fechado, interno de uma nação, e não internacionalizado. Portanto a soberania deve ser relativizada, pois a idéia clássica de um poder soberano estatal supremo, absoluto, traria dois problemas dentro de um sistema internacionalizado; primeiro, por que segundo a sua Teoria de Justiça, princípios universais como o dos Direitos Humanos não encontrariam eficácia, pois sob a impossibilidade de ingerência internacional humanitária, tal instituto (soberania) permitiria que um governo pudesse utilizar o seu poder legitimado para massacrar seu próprio povo. Na teoria clássica não há uma preocupação moral ou jurídica; e segundo, um conceito tão absoluto de soberania impediria um sistema internacional que visasse à defesa de valores supremos e comuns a toda a humanidade, como a paz e o bem-estar social.

Esse pensamento serve de base para o surgimento de diversas teorias jurídicas de âmbito internacional como a de crimes contra a humanidade e a da legitimação de um Tribunal Penal Internacional. Percebe-se aí nitidamente o pensamento kantiano.

Conforme assevera Ferrajoli (2002, p.39,40)

[...] aceita-se de modo geral que, em virtude de sua supremacia pessoal e territorial, o Estado possa tratar ao seu alvitre os próprios cidadãos. Há, entretanto, um amplo acervo de opiniões e de práticas que sustenta a idéia de que há limites a esse alvitre; quando um estado se torna culpado de cometer crueldades contra seus cidadãos e de persegui-los, a fim de recusar-lhes os direitos fundamentais e chocar a consciência da humanidade, é legalmente admissível a intervenção, em nome da humanidade.

Segundo Martha Nussbaum (2013), há três formas contemporâneas de contratualismo classificadas quanto ao emprego da moral como fator restritivo a formulação dos princípios políticos. A primeira, cujo expoente é o pensador David Gauthier, cuja obra *Morals by Agreement* coloca, coloca que as partes no contrato social são substituídas por seres humanos reais e que a finalidade da cooperação social, é a vantagem mútua centrada na própria propriedade e na autosegurança. A segunda seria a teoria da equidade de John Rawls, por natureza mista, haja vista que combina elementos do contrato social com elementos morais kantianos, que estabelecem restrições aos princípios políticos escolhidos; e a terceira teoria puramente kantiana de equidade e aceitabilidade mútua, sem a idéia de vantagem mútua, que tem por expoentes Thomas Scanlon, no campo da ética, e por Brian Barry que aplica a teoria moral de Scanlon na teoria política.

Especificamente para Rawls, que adota uma teoria híbrida, Martha Nussbaum (2013) complementa que os elementos heterogêneos da teoria dele (moral e vantagem mútua) criam situações de tensão. Para Rawls o amor a justiça apesar de estar presente nas idéias intuitivas sublineares da teoria, entra na situação de escolha somente na hora em que já está em andamento, na forma de limitações formais ao conhecimento das partes, moldando e limitando suas escolhas. Assim a razão para se firmar um pacto ou contrato social ainda seria a vantagem mútua e não a benevolência, o amor, ou a justiça. Rawls mesmo define em sua obra: Uma teoria de justiça, a sociedade como um empreendimento cooperativo para vantagens mútuas e que a cooperação social torna possível uma vida melhor para todos do que qualquer um teria se dependesse apenas dos próprios esforços.

Questões como o que é devido a pessoas com deficiência, a justiça entre as fronteiras nacionais (nacionalidade), o que é devido aos animais e natureza (desenvolvimento sustentável e preservação do meio ambiente); e a questão de poupar para as gerações futuras ficam sem resposta, pois as partes no contrato social escolhem os princípios com base em planos de vida hipotéticos, assim homens e animais não incluídos no grupo contratante original não são livres para redesignar os próprios princípios pactuados, muito embora a

autora conclua que a teoria de Rawls é a teoria de justiça política mais significativa que conhecemos, pois oferece conclusões extremamente poderosas e atraentes.

3 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E OS ESTADOS

3.1 Significação de Globalização econômica

Poder-se-ia entender a globalização como um processo social integralizante de nações onde as mais ricas fomentariam a ascensão das mais pobres, em desenvolvimento; unificando os mercados e caminhando para uma paz mundial, dentro de uma visão de “aldeia global”, do mundo como um povoado homogêneo, expressão criada pelo futurólogo canadense Marshall McLuhan; obtendo-se assim, a popularização da tecnologia, comunicação, conforto, relacionamento, acessibilidade; a comunhão cultural e homogeneidade e crescimento econômicos, idealizado por Immanuel Kant.

Mas a relação praticada entre os Estados ainda é o idealizado por Hobbes, Rousseau e Montesquieu, que de forma irrefutável é fruto das revoluções liberais, da Teoria Clássica do Contrato Social, que marcaram historicamente a ascensão da classe burguesa ao poder, tendo assim o Estado e o capitalismo uma relação de interdependência desde o surgimento, onde o primeiro foi e continua a ser sempre formatado para atender as necessidades do mercado.

Assevera Huberman (1986, p.70, 71):

O mais rico é quem mais preocupa-se com o número de guardas que há em seu quarteirão. Os que se utilizam das estradas para enviar suas mercadorias ou dinheiro a outros lugares são os que mais reclamam proteção contra assaltos e isenção de taxas de pedágios. A confusão e a insegurança não são boas para os negócios. A classe média queria ordem e segurança.

Para quem se poderia voltar? Quem, na organização feudal, lhe poderia garantir a ordem e a segurança? No passado, a proteção era proporcionada pela nobreza, pelos senhores feudais. Mas fora contra as extorsões desses mesmos senhores que as cidades haviam lutado. Eram os exércitos feudais que pilhavam, destruíam e roubavam. Os soldados dos nobres, não recebendo pagamento regular pelos seus serviços, saqueavam cidades e roubavam tudo o que podiam levar. As lutas entre os senhores guerreiros freqüentemente representavam desgraça para a população local, qualquer que fosse o vencedor. Era a presença de senhores diferentes em diferentes lugares ao longo das estradas comerciais que tornava os negócios tão difíceis. Necessitava-se de uma autoridade central, um Estado nacional. Um poder supremo que pudesse colocar em ordem o caos feudal. Os velhos senhores já não podiam preencher sua função social. Sua época passara. Era chegado o momento oportuno para um poder central forte.

Com o advento da globalização e do capitalismo financeiro os grupos aristocráticos dos países mais ricos ditam as regras do mercado tanto do ponto de vista endógeno (mercado interno) quando do ponto de vista exógeno (mercado internacional) em relação ao seu território, reservando aos países em desenvolvimento, ao que parece, a condição de “laboratórios” e fontes de receita. O que mais assusta é que o fenômeno da

transnacionalização da produção sem imperativos ético-jurídicos eficazes, calcados no bem-estar social global e na sustentabilidade ambiental, nos leva a uma condição que põe não só em cheque a teoria da soberania clássica, como a própria identidade estatal e, assim, todos os ideais de uma “Liga de nações” e da “paz perpétua” kantianas. Verdadeiramente um cenário de colapso social e do Estado tal qual como conhecemos.

Assevera Tarso Genro (1997, p.239):

[...] os enunciados básicos do projeto kantiano sofreram uma erosão histórico-concreta, que poderia ser definida em dois grandes planos: primeiro, a erosão (no plano puramente normativo) do Direito Internacional Público, à medida que os imperativos econômicos impostos pela transnacionalização da produção reduziram drasticamente a liberdade das nações e, também, a sua capacidade de decidir ‘livremente’ sobre a ‘paz perpétua’. Segundo, a erosão ocasionada pela transnacionalização das relações, que gera um outro tipo de cultura, que produz um sujeito individual diferente daquele sujeito-cidadão formal da época em que se estabilizavam os Estados-nação analisados por Kant.

Como exemplo dessa situação, podemos citar a Indústria automotiva alemã BMW, ainda no final da década de 80, como assevera Hans Peter e Harald (1998, p.275):

[...] a empresa automobilística mais lucrativa da Alemanha, ainda em 1988 recolheu em torno de 545 milhões de marcos à Receita federal e quatro anos depois, apenas 6% desse valor, por volta de 31 milhões de marcos. No ano seguinte, a BMW apresentou prejuízos no mercado interno – não obstante lucros crescentes no total e dividendos inalterados – e fez com que o Fisco lhe restituísse 32 milhões de marcos. O truque é simples. As despesas são criadas onde os impostos são mais altos, os lucros são lançados onde as alíquotas são menores, conforme declaração do diretor-financeiro da BMW, Volker Doppelfeld.

O “sumiço de impostos” e a competição internacional pelo ingresso de investimentos estabeleceram a chamada “guerra fiscal”, abalando inclusive a “relação de sociedade” entre os Estados ricos e suas empresas nacionais, que na medida em que vão se tornando transnacionais (a economia preocupa-se com a eficiência e não com a moral e a justiça), os Estados passam a disputar entre si, na perspectiva de quem é capaz de oferecer maiores incentivos, pelo investimento privado e garantir receita através dos impostos, pois o Estado se realiza na medida em que arrecada.

Mais uma vez assevera Hans Peter e Harald (1998, p.279):

[...] As conseqüências nefastas desse turismo fiscal incontrolado são evidentes e mesmo assim representam um tabu no debate político: além da política monetária, do controle das taxas cambiais e de juros, vai-se perdendo gradativamente um outro setor vital das soberanias nacionais – a soberania fiscal. (A armadilha da globalização – Hans Peter e Harald, p.279).

Outro aspecto importante deste processo é a relação homem e natureza, e não somente homem e Estado. Nunca a sociedade poderá alcançar o bem-estar social global kantiano em detrimento da conservação ambiental. A sociedade capitalista é por definição uma sociedade de consumo, o seu fim é o capital e não o bem-estar social. O que mais

preocupa no desenvolvimento sem sustentabilidade não é tanto o consumo irracional e acelerado de reservas energéticas não renováveis, até porque somos capazes de produzir fontes renováveis; mas principalmente à degradação ambiental o que faz de nós uma espécie não grata a natureza. Tal inobservância desta relação coloca a sociedade global em marcha célere a sua própria extinção e à destruição do Planeta.

Se um Estado em desenvolvimento se vê impossibilitado de agir soberanamente, com liberdade, em relação à proteção do meio ambiente em seu território, sendo apenas laboratório a serviço do capital internacional, ou mesmo ataca irracionalmente suas reservas naturais, em curto espaço de tempo encontrará a ruína e fomentará a guerra por recursos.

Em relação ao Brasil, país em desenvolvimento, a realidade não pode ser distinta.

Nos assevera Faoro (2000, p. 72)

[...] A construção do modelo econômico exportador dependente é implementado pelo Estado, em conjunto com as elites e o poder econômico internacional, desde os idos do Brasil Imperial.

Porém, Batista Jr. (2005, p.103), na obra “A economia como ela é...” afirma:

[...] Em discurso pronunciado na comemoração dos dez anos do Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial – IEDI, o empresário José Ermírio de Mores Filho contou que estava sendo leiloado o original do célebre alvará emitido em 1785 pela rainha portuguesa D. Maria I, que restringiu severamente a instalação de indústria no Brasil. Por essa decisão, ficaram proibidas todas as manufaturas de fios, panos e bordados na colônia, com a única exceção de fazendas grossas de algodão que serviam para vestuário dos escravos ou para empregar em sacaria. D. Maria I acabou entrando para a história com a Rainha Louca. Em 1785, contudo, ainda estava em plena forma, defendendo a ferro e fogo a aplicação do sistema colonial. O famoso decreto era uma reação ao desenvolvimento incipiente de algumas fábricas no Brasil. Ao substituir importações, essas fábricas brasileiras acarretavam prejuízos às indústrias de Portugal e às receitas do governo metropolitano, que auferia direitos alfandegários sobre a entrada no Brasil de produtos têxteis da Inglaterra e de outros países.

E Venâncio Filho (1998, p.38), na obra “A intervenção do Estado no domínio econômico”, afirma:

Considerando ainda que durante a vida colonial e todo império podemos perceber uma predominância do poder privado sobre o poder público teremos, então, o quadro das características do Estado brasileiro como moldura do exame da intervenção no domínio econômico.

É factível compreender com estes recortes de pensadores respeitados nas academias de História e Direito que o Brasil precisa se organizar do ponto de vista político, ético e jurídico, aproveitando-se da sua natureza social, de sua alma miscigenada e antropofágica, para alcançar um modelo de contrato social mais próximo ao idealizado por Immanuel Kant, inclusive acredito que tenhamos um potencial enorme para tanto, muito

embora vivamos um fracasso ético na política nacional com tantos escândalos de corrupção sistêmica.

A rigor, as sociedades do mundo estão em processo de globalização desde o início da nossa civilização, acelerado pela época dos Descobrimentos, haja vista que sempre houve interações de todas as ordens entre as mais diversas sociedades da Antiguidade aos nossos dias. Mas o processo histórico a que se convencionou chamar de "globalização" é bem mais recente, após a Segunda Guerra Mundial. Ela é vista por alguns cientistas políticos como o movimento sob o qual se constrói o processo de ampliação da hegemonia econômica, política e cultural ocidental sobre as demais nações.

Para o pensador italiano Antonio Negri (2008), em seu livro "O Império e Além" a nova realidade sócio-política do mundo é definida por uma forma de organização diferente da hierarquia vertical ou das estruturas de poder "arborizadas", a qual chamou de "Império" sendo ela constituída por redes assimétricas, e as relações de poder se dando mais por via cultural e econômica do que pelo uso coercitivo de força. Tais entidades organizadas como redes (corporações, organizações não governamentais e até grupos terroristas) teriam mais poder e mobilidade do que as instituições convencionais tais como o Estado, partidos políticos e empresas tradicionais.

Benjamin R. Barber (1992), escreveu um artigo bem genuíno que intitulou "Jihad vs. McWorld", onde expõe uma visão dualista para a organização geopolítica global. Tirando as palavras de efeito do título ele evidenciou que a democracia, como regime de governo não se aplica mais à realidade contemporânea. Nem se aplicará tampouco a quaisquer dos futuros econômicos que vislumbrou: o pré-industrialismo tribalista ou o pós-industrialismo globalizado. Os modos de produção de ambos exigiriam outros tipos de organização política cujas demandas o sistema democrático não é capaz de atender.

Daniele Conversi (2003) pondera que ainda não haveria um conceito adequado para o termo globalização, visto que alguns pensadores ora se concentram nos aspectos econômicos, ora nos efeitos políticos e legislativos, e assim por diante. Para Conversi, a 'globalização cultural' é, possivelmente, sua forma mais visível e efetiva enquanto "ela caminha na sua trajetória letal de destruição global, removendo todas as seguranças e barreiras tradicionais em seu caminho".

O exemplo da olimpíada do Rio de Janeiro, em 2016; acompanhada pelos mais diversos canais de comunicação, bilhões de pessoas no mundo inteiro acompanhando e comentando em redes sociais. Tudo isso cria uma proximidade e simultaneidade global, mas

não necessariamente comunhão cultural e muito menos adaptação econômica. O “sujeito-individualista” de hoje é bem diferente “sujeito-cidadão” da época de Kant.

O poder das mídias e principalmente o da propaganda sobre as massas pode atender failmente a qualquer “interesse de mercado” ou “político”, não consubstanciado ao social. Estamos cercados de símbolos, histórias, ídolos, verdades e mentiras que nos perseguem, nos inflamam ou nos aquietam. O modo de produção requer uma massa que trabalhe e um pequeno grupo que comande, governe. A doutrinação sobre as massas é como o capuz sob os olhos de um falcão, as ações e reações do falcão são controladas pela vontade de quem tem o poder de colocar e retirar o capuz. A realidade das massas é a pobreza ou a condenação a uma vida psicótica, em um mundo cada vez mais materialista, individualista e racional, onde tudo pode ser relativizado. Nem a instituição da família sobrevive, vive-se uma pandemia de depressão no mundo, por que será?

O emérito professor de Harvard, Samuel P. Huntington (1997), um dos idealizadores do “neoconservadorismo norte-americano”, publicou um ensaio na revista *Foreign Affairs*, colocando como título a pergunta que se tornou famosa: *The Clash of Civilizations?* Ele enxerga a globalização obviamente como um processo de expansão da cultura ocidental e do sistema capitalista que conduz inevitavelmente a um “choque civilizatório”.

Fato é que não existe globalização econômica, pois não verifica-se no cenário mundial políticas de cooperação global de riqueza, informação e principalmente tecnológica; apenas a globalização cultural no que tange à comportamentos de consumo massificados. Esses três atributos (riqueza, informação e tecnologia fina) estão devidamente centralizados o que provoca uma perversa assimetria econômica como uma polarização do poder econômico que suplanta qualquer outro, inclusive a soberania dos países centrais e periféricos.

Um cidadão de conhecimento mediano teria necessidades de consumo semelhantes em vários pontos distintos do mundo, tais como a aquisição de um tênis da NIKE ou assistir ao filme de maior repercussão produzido em Hollywood ou Disney do ano corrente. Países centrais, dentro do sistema capitalista, mantém seu poder econômico sob o domínio da informação e do conhecimento científico em relação à produção da tecnologia de “ponta” ou “fina”. Esse domínio não é compartilhado.

Verifica-se então facilmente que não havendo cooperação econômica, não pode-se falar em globalização econômica, evidencia-se apenas uma maior liberdade de mercados cujas relações mais internacionalizadas geram novos conflitos, tais como os que ferem de morte o

conceito clássico de soberania, que requerem novas posições das instituições a garantir o pacto social estabelecido nas constituições democráticas (Ocidente).

Fácil visualizar, basta lembrar da invasão norte-americana no Iraque sem o consentimento da ONU, fato este que colocou em cheque a equidade dos membros e a própria missão das Nações Unidas.

3.2 Situação dos Estados Sociais

O grande desafio dos Estados Sociais é tentar aliar o seu desenvolvimento econômico ao seu desenvolvimento social (bem-estar social), o que vem se demonstrando inviável, pois ainda não se conseguiu equilibrar esses dois pesos (poder privado e público), frente à complexidade de um novo cenário econômico global, diante de uma estrutura política ainda do contratualismo clássico.

Com a desterritorialização da produção e consumo, a flexibilização demasiada das relações de trabalho, o surgimento de instituições econômicas transnacionais, a própria complexidade de um mercado financeiro, onde o lucro não possui mais uma relação direta com os meios de produção, mas sim, com a especulação financeira, tornou-se até então, totalmente inviável o Estado Social democrático.

Mesmo os Estados ricos, que dirão os pobres, diante de tamanha mobilidade do capital, vêem a perda de seus poderes de intervir na economia; e de forma a manter a arrecadação, fomentam uma verdadeira “guerra fiscal”, que aos não vitoriosos coloca em cheque a manutenção do bem-estar social, pois precisam diminuir suas atuações, encolhendo o Estado, o que se convencionou chamar de “enxugamento da máquina pública”, e isso põe também em cheque a própria legitimidade democrática, pois com a ineficácia do poder público em atingir os seus fins sociais, automaticamente, aplica-se um duro e certo golpe na própria liberdade de um regime democrático.

A falta de responsabilidade sobre as capacidades não só das instituições quanto das pessoas em prol do bem-comum é o ponto crucial para não se alcançar o bem-estar social, a paz duradoura. É assim como é importante alçar princípios morais (Filosofia) nas relações sociais, é importante também empiricamente que tais princípios sejam traduzidos e aplicados, daí a importância das instituições e das pessoas neste processo.

Dentro do modelo contratual conhecido e aplicado ainda imaginamos nas relações de segundo nível (entre nações) um espírito de auto-suficiência e não de interdependência. Precisaríamos desenvolver o que considero um “espírito de cooperação” de segundo nível:

global. É importante dizer que um espírito de cooperação global não se reflete em blocos econômicos, na união de nações com igualdades aproximadas, pois isso reflete apenas a reafirmação da idéia de auto-suficiência, só que em bloco; mas no compartilhamento moral de que os Estados precisam contribuir para o bem-estar de todos os outros.

No âmbito jurídico essa interdependência é mais viável, pois no mundo ocidental; e a globalização é de suma importância nesse processo, compartilhamos de valores comuns que se refletem nos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, temas como direitos humanos são amplamente acolhidos e defendidos. A dificuldade maior estaria no âmbito econômico, pois como já mencionamos, a economia se preocupa mais com eficiência do que com a moral, ou justiça; além de ter um peso maior nas relações de poder, dado o espectro de desigualdade entre as nações e a falta de responsabilidade sobre as capacidades das instituições e indivíduos.

Apenas com o espírito de cooperação e interdependência aliados ao pleno exercício das capacidades institucionais e pessoais poderemos equilibrar melhor os Estados. Exemplos: um regime fiscal internacional pra os negócios transnacionais, um sistema de assistência social e humanitário para os Estados mais pobres financiado por todos os outros estados de acordo com suas capacidades contributivas, um sistema penal internacional, um transconstitucionalismo positivo.

O transconstitucionalismo é um conceito bem trabalhado pelo professor Marcelo Neves, em sua obra cujo título leva o nome do próprio conceito. Não haveria a construção de uma constituição internacional ou mesmo a sobreposição de uma constituição à outra, mas a construção de uma racionalidade transversal que permitisse uma comunicação entre elas, entre as ordens jurídicas.

Diante de impasses em torno de matérias constitucionais, a exemplo dos direitos fundamentais e limitação de poder, gerados pelo choque de ordens jurídicas diversas, discutidas em cortes diversas: tanto estatais, transnacionais, internacionais ou supranacionais. A horizontalidade das soberanias (empiricamente, justifica-se mais pelo critério da competência) faz com que não seja possível aplicar a metodologia constitucionalista nestes casos. Não havendo uma ordem supranacional, há de se promover uma comunicação entre as ordens constitucionais pela ponderação de princípios.

No Direito Internacional, no momento em que uma nação torna-se aderente a um tratado, sua soberania é relativizada, a exemplo da liberdade de um indivíduo que encontra sempre o seu limite na de outro e, vice-versa. Os princípios são, portanto, auto-limitadores.

Assevera o professor Marcelo (2009, p. 34 e 35, 36 e 113):

[...] A sociedade moderna multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada à própria autodestruição, caso não desenvolvesse mecanismos que possibilitassem vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre diversas esferas sociais.

[...] Assim, na relação entre economia e direito, a propriedade e contrato são apresentados como acoplamentos estruturais entre os sistemas econômico e jurídico. No âmbito do direito, o contrato e a propriedade servem como critério orientador da definição entre lícito e ilícito; no campo da economia, são instrumentos, critérios e programas para orientação do lucro conforme a diferença binária entre ter/não ter [...] a economia moderna não pode prescindir desses instrumentos jurídicos para o seu desenvolvimento, assim como o direito moderno pressupõe uma dinâmica veloz de trocas, circulação e apropriação econômica de bens e valores para manter e inovar permanentemente os institutos do contrato e da mutação de propriedade.

[...] não é o mais apropriado definir as formas de relação existentes entre ordens jurídicas transnacionais e os correspondentes sistemas funcionais globais nos termos de “Constituições civis”. Afigura-se-me mais frutífero e adequado ao tratamento dos problemas constitucionais da sociedade mundial do presente incorporar essas ordens à rede de entrelaçamento de ordens jurídicas (estatais, supranacionais, internacionais e locais) no âmbito do afluente transconstitucionalismo.

Em uma espécie de federalismo global, a soberania inevitavelmente ganha um novo significado, pois no contratualismo clássico não cabem as relações transnacionais e não se trabalha uma cooperação entre os povos que contemple temas tão importantes como direitos humanos e direito ambiental.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Teoria do Law and economics

No século XX, mais especificamente nos Estados Unidos, Universidades de Chicago e Yale, na década de 60, Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi, desenvolvem uma teoria que visa efetuar uma leitura econômica do Direito sob dois aspectos: o positivo, ou descritivo; e o normativo.

A Análise Econômica do Direito seria o emprego dos instrumentais teóricos e empíricos econômicos e ciências afins de modo a desenvolver não só uma melhor compreensão como um maior alcance do direito, principalmente com relação às suas conseqüências. Têm por base os métodos da teoria microeconômica, onde os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, social ou cultural.

Sendo assim tal análise se estende a todas as áreas jurídicas: Civil, Comercial, Constitucional, etc., sendo essa amplitude de aplicação a distinção em relação à mera aplicação de conhecimentos econômicos em áreas do Direito tradicionalmente associadas à economia, como Direito Comercial, Regulatório, Concorrencial ou Defesa comercial. Atualmente os adeptos dessa linha de pensamento incorporaram inclusive teorias econômicas como a Teoria dos Jogos, a Economia Comportamental, bem como métodos estatísticos e econométricos.

O aspecto positivo, ou descritivo, seria a análise econômica de normas jurídicas indesejáveis a partir da análise da sua eficácia social. Assim, poder-se-ia definir e prescrever normas mais eficientes para atingir determinados fins econômicos.

Ronald Dworkin (2000) foi um dos grandes críticos desta teoria e sob o aspecto positivo rebate fortemente, uma vez que tal aspecto leva apenas em consideração o que é de interesse econômico e nem sempre os indivíduos reagem as normas jurídicas sob o ponto de vista econômico. Um exemplo é a afirmação de que o Estado brasileiro possa negar atendimento médico básico a um cidadão porque não tem recurso em caixa para manter o Hospital ou posto de saúde em plena operação; ou uma empresa que a título de alta arrecadação tributária, pelo tipo de atividade, promova o desmatamento de uma enorme reserva natural, extinguindo toda uma biodiversidade. Ora, tal afirmação jamais poderá afastar a aplicabilidade de norma não econômica no caso concreto, pois o Direito é uma ciência que não pode e não deve ficar adstrita a mera avaliação econômica. Como ficariam os direitos e

garantias fundamentais além do direito ambiental sob o tripé do desenvolvimento sustentável: homem, natureza e desenvolvimento.

O aspecto normativo pretende orientar a produção normativa, afirmando que juízes e legisladores devam estabelecer normas jurídicas que induzam um comportamento eficiente economicamente. Isso implica dizer que o Direito só deve intervir juridicamente no mercado quando este falhar. Ao mercado cabe a auto-regulação, e não regulação governamental. Trata-se do desdobramento do pensamento clássico liberal.

Tais aspectos trabalham a figura do “homoeconomicus”, ou homem-econômico, tese behaviorista onde o Direito influencia os comportamentos dos indivíduos de maneira econômica e também a tese evolucionista onde a própria sociedade teria a racionalidade de questionar e exigir normas mais eficientes.

Outro ponto debatido por Ronald Dworkin. Para ele “[...] é fundamental que as decisões e produções normativas sejam norteadas pela responsabilidade social, unindo concepções de equidade e a moralidade privada” (DWORKIN, 2000, p. 397). Acrescentar-se-ia também a responsabilidade ambiental junto à social.

4.2 Constituição econômica brasileira

Mesmo que as constituições liberais clássicas apresentassem preceitos de conteúdo econômico, tais como a propriedade e a liberdade, imperava o pensamento da auto-regulação dos mercados, onde o Estado deveria apenas garantir a liberdade e propriedade. Com a crise do capitalismo de 1929 e as grandes guerras mundiais é que tivemos um cenário onde a necessidade de atuação estatal quebrou os paradigmas liberais clássicos, surgindo assim as teorias intervencionistas e, por conseguinte, as constituições sociais e econômicas do século XX. A incorporação de política econômica nos textos constitucionais é essencial para impor não só limites morais ao mercado, mas permitir ao Estado a realização da sua política econômica.

É imprescindível ter em mente que o Direito é parte integrante de um sistema social e necessita integralizar-se a outros conhecimentos de modo a posicionar-se juridicamente com mais propriedade e justiça sobre os conflitos sociais de maior complexidade. Assim surgiu o conceito de Direito Econômico, que tanto pode ser encarado como ramo jurídico autônomo quanto como um método de análise e interpretação do Direito.

Nos ensina Bercovici (2005, p.33-37):

[...] A constituição econômica quer uma nova ordem econômica, quer alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado. E isto ocorre justamente por causa da expansão do sufrágio e da incorporação dos setores economicamente desfavorecidos na esfera de atuação estatal.

Para Walter Rathenau, (1919) a Economia é nosso destino (Die Wirtschaft ist unser Schicksal). A partir da guerra, o Estado precisaria se pronunciar politicamente cada vez mais sobre a economia, que deixa de ser privada, para se tornar um problema de toda a comunidade, com o objetivo final da democracia e da igualdade.

Já Comparato (1965, p.82), nos diz:

[...] o direito econômico visa atingir as estruturas do sistema econômico, buscando seu aperfeiçoamento ou sua transformação. E, no caso de países como o Brasil, a tarefa do direito econômico é transformar as estruturas econômicas e sociais, com o objetivo de superar o subdesenvolvimento.

A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo de Constituição Econômica, pois ordena a atividade econômica, traçando normativamente os objetivos a serem perseguidos pelo Estado no âmbito econômico, assim como a direciona (diretiva) sob a premissa do bem-estar social, admitindo inclusive reformas. Não se limita apenas a conferir garantias individuais e a organizar o Estado, e ainda nos reporta a conceitos de função social da propriedade e função social do contrato. O Estado como legítimo agente econômico, capaz de atuar economicamente, de forma direta ou indireta. Exemplos:

a) A função de ordenação da atividade econômica: artigos 170, III, IV, V, VI; 173, §4º, entre outros.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros

b) A função diretiva da atividade econômica: artigos 6º, 7º, 8º, 9º (Dos Direitos Sociais), artigo 21º, X, XI e XII (algumas Competências da União), artigos 175e 178 (Princípios gerais da atividade econômica), artigo 194 (Da Seguridade Social), artigos 196,

199 (Da Saúde), artigos 201 e 203 (Previdência e assistências sociais), artigo 205 (Da Educação), entre outros.

c) A função reformadora da atividade econômica: artigo 3 (objetivos da República), artigos 182 a 191 (das políticas urbana, agrícola e fundiária, e da reforma agrária), entre outros.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

4.3 Atuação dos Juízes e Tribunais brasileiros

No sistema jurídico brasileiro, diferente do sistema americano do *common law*, as decisões dos juízes e tribunais estão positivamente vinculados ao ordenamento jurídico, muito embora, no processo hermenêutico há, em inúmeros casos verdadeira criação normativa ou ativismo jurídico.

Assim os magistrados e Tribunais tradicionalmente estavam limitados à legalidade estrita não havendo juízo de efetividade das normas. Com o advento do Estado Social, essa realidade mudou, sendo possível o desenvolvimento de uma hermenêutica quanto à aplicabilidade das normas. Sendo assim evidenciou-se uma superação do positivismo jurídico, o nascimento de uma doutrina direcionada a efetividade e o fenômeno do ativismo judicial.

Em relação à superação do positivismo jurídico, os positivistas acreditavam que as leis por si só dariam conta de resolver todos os problemas de natureza jurídica, não admitindo a possibilidade de lacunas. Uma lei ineficaz seria uma lei mal estruturada em sua lógica-formal ou não aplicada. Tínhamos um sistema fechado, atemporal e inespacial.

Certo está que a dinâmica e complexidade sociais põe em cheque qualquer pretensão positivista quanto à total imparcialidade e submissão normativa dos juízes e tribunais em relação ao conteúdo ou aplicabilidade das normas.

Assim a hermenêutica jurídica ganhou uma posição de destaque, expandindo-se para além da dimensão cognitiva, alcançando tempo e espaço. As constituições sociais deram maior liberdade aos juízes como uma forma de possibilitar o alcance do bem estar social transfigurado não só nas normas essencialmente políticas que compõem os direitos e garantias fundamentais, mas por diversas outras espalhadas sobre a malha normativa constitucional.

As constituições sociais permitiram então um cenário de juízes intérpretes o que implicou na constituição de uma doutrina da efetividade.

Segundo Eros Grau, “[...] o jurista não pode se limitar nem a mero expositor da lei e sequer a simplesmente interpretá-la; deve estar preocupado em transformar o Direito” (GRAU, 2000, p.16).

No mesmo sentido, para Gustavo Amaral (2001, p.17):

[...] a Constituição de 1988 reclama um judiciário vinculado às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, um judiciário ativista, voltado para a plena realização dos comandos constitucionais e para compensar as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade da pessoa humana [...].

Essa doutrina da efetividade remonta também um conceito novo chamado de ativismo judicial.

O Professor Luís Roberto Barroso (2010; p.09), apresenta a seguinte definição:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Podemos citar como exemplos três casos emblemáticos. O primeiro exemplo poderia ser o caso da fidelidade partidária, onde houve a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, nesse caso o STF, em nome do princípio democrático, informou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Assim, criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar.

A decisão do STF no julgamento dos Mandados de Segurança (MSs) nº 26602, nº 26603 e nº 26604, ocasião em que foi decidido que o mandato de deputado pertence ao partido e que a desfiliação partidária, ressalvadas as exceções, implica a perda do mandato; fez com que o TSE editasse a resolução nº 22.610/2007, onde no seu artigo 10 dispõe que, decretada a perda do cargo, o presidente do órgão legislativo deverá empossar, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 dias; e no o artigo 13, que a resolução se aplicaria apenas às desfiliações consumadas após 27 de março de 2008 quanto aos mandatários eleitos pelo sistema proporcional e, após 16 de outubro, quanto aos eleitos pelo sistema majoritário.

Assim a Procuradoria Geral da República (PGR) em ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 5081, ajuizada pelo então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, sustentou que os titulares de cargos eleitos pelo sistema majoritário não se submeteriam à regra, já firmada, de perda de cargo dos eleitos pelo sistema proporcional, pois nas eleições pelo sistema proporcional (vereadores, deputados estaduais, distritais e federais), é possível votar tanto no candidato quanto no partido, situação diferente para os cargos do sistema majoritário de eleição (prefeito, governador, senador e presidente da República), onde o eleitor identifica claramente em quem vota, assim haveria desvirtuamento da vontade popular vocalizada nas eleições.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, de forma unânime, que a falta de previsão explícita na Constituição Federal de perda do mandato no caso de infidelidade partidária para cargos do sistema majoritário traz como consequência que só se pode impor a perda do mandato se decorrer de maneira inequívoca da Constituição, seguindo argumento da PGR. Nas palavras do relator, ministro Luís Roberto Barroso, “tal medida, sob a justificativa de contribuir para o fortalecimento dos partidos brasileiros, além de não ser necessariamente idônea a esse fim, viola a soberania popular ao retirar os mandatos de candidatos escolhidos legitimamente por votação majoritária dos eleitores”.

O segundo exemplo poderia ser o caso da vedação ao nepotismo nos Poderes Legislativo e Executivo e as nomeações de agentes políticos.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça, frente às várias medidas judiciais que foram propostas, impugnando a execução da resolução do CNJ, foi julgada procedente; e de forma concomitante, o Ministério Público (MP) e vários cidadãos ajuizaram ações buscando a extensão dessa proibição aos demais Poderes da República, e a despeito da ausência de lei específica ou de norma de órgão superior da própria administração, entendeu-se aos demais Poderes abster-se de práticas de nepotismo por meio da Súmula Vinculante nº 13, do STF, então transcrita:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Vale ressaltar que a referida súmula do STF trata dos cargos em comissão e função de confiança, cargos e funções singelamente administrativos, e não de cargos políticos então categorizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal. Nas hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar eventual 'troca de favores' ou fraude a lei.

No julgamento do RE nº 579.951, a Ministra Cármen Lúcia registrou:

[...] então não estou me comprometendo, de modo algum, em dizer qualquer cargo de estrutura de Poder, porque se pode criar um exatamente para determinado partido dar apoio a um prefeito e votar uma lei, e, nesse caso, coloca-se alguém, o irmão de um deles para Secretário. Nessa situação, realmente penso que haveria inconstitucionalidade. (BRASIL, RE 579.951, 2008, p. 44)

O terceiro exemplo poderia ser o caso da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial.

Diante das dificuldades encontradas pelo Estado em efetivar políticas públicas de saúde, respeitados os princípios da universalidade de cobertura e atendimento, o da dignidade da pessoa humana e o princípio da seletividade e distributividade dos serviços ou reserva do possível, conforme o art. 5º da CRFB de 1988, em seu inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o Judiciário tem o dever de apreciar demandas judiciais e conceder aos particulares o direito à saúde como prestação positiva do Estado.

Assim tal ativismo Judicial faz com que o Poder Judiciário atue, ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis do Poder Legislativo ou Executivo; ora como legislador positivo, interpretando as normas e princípios, lhes atribuindo juízo de valor.

Ana Paula de Barcellos (2008, p.55), nos ensina que:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.

E Luis Roberto Barroso (2008, p.06), defensor do Ativismo Judicial, afirma que:

[...] A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

De todo modo, é nítida a verificação que nosso Judiciário caminha junto às correntes mais contemporâneas quanto sua atuação. Em sua posição mais radical, vem atuando com bastante ativismo e em casos bem atuais, confundindo-se inclusive com o Ministério Público quanto as suas atribuições na “Operação Lava Jato” que envolve a investigação e condenação de um esquema global de corrupção envolvendo inúmeros membros do Poder Legislativo, Executivo, e empresas privadas nacionais, conforme site do MPF.

No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.

As empreiteiras - Em um cenário normal, empreiteiras concorreriam entre si, em licitações, para conseguir os contratos da Petrobras, e a estatal contrataria a empresa que aceitasse fazer a obra pelo menor preço. Neste caso, as empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para substituir uma concorrência real por uma concorrência aparente. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal. O cartel tinha até um regulamento, que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas. Para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo (veja aqui documentos).

Funcionários da Petrobras - As empresas precisavam garantir que apenas aquelas do cartel fossem convidadas para as licitações. Por isso, era conveniente cooptar agentes públicos. Os funcionários não só se omitiam em relação ao cartel, do qual tinham conhecimento, mas o favoreciam, restringindo convidados e incluindo a ganhadora dentre as participantes, em um jogo de cartas marcadas. Segundo levantamentos da Petrobras, eram feitas negociações diretas injustificadas, celebravam-se aditivos desnecessários e com preços excessivos, aceleravam-se contratações com supressão de etapas relevantes e vazavam informações sigilosas, dentre outras irregularidades.

Operadores financeiros - Os operadores financeiros ou intermediários eram responsáveis não só por intermediar o pagamento da propina, mas especialmente por entregar a propina disfarçada de dinheiro limpo aos beneficiários. Em um primeiro momento, o dinheiro ia das empreiteiras até o operador financeiro. Isso acontecia em espécie, por movimentação no exterior e por meio de contratos simulados com

empresas de fachada. Num segundo momento, o dinheiro ia do operador financeiro até o beneficiário em espécie, por transferência no exterior ou mediante pagamento de bens.

Agentes políticos - Outra linha da investigação – correspondente à sua verticalização – começaram em março de 2015, quando o Procurador-Geral da República apresentou ao Supremo Tribunal Federal 28 petições para a abertura de inquéritos criminais destinados a apurar fatos atribuídos a 55 pessoas, das quais 49 são titulares de foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”). São pessoas que integram ou estão relacionadas a partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobras. Elas foram citadas em colaborações premiadas feitas na 1ª instância mediante delegação do Procurador-Geral. A primeira instância investigará os agentes políticos por improbidade, na área cível, e na área criminal aqueles sem prerrogativa de foro.

Essa repartição política revelou-se mais evidente em relação às seguintes diretorias: de Abastecimento, ocupada por Paulo Roberto Costa entre 2004 e 2012, de indicação do PP, com posterior apoio do PMDB; de Serviços, ocupada por Renato Duque entre 2003 e 2012, de indicação do PT; e Internacional, ocupada por Nestor Cerveró entre 2003 e 2008, de indicação do PMDB. Para o PGR, esses grupos políticos agiam em associação criminosa, de forma estável, com comunhão de esforços e unidade de desígnios para praticar diversos crimes, dentre os quais corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Fernando Baiano e João Vacari Neto atuavam no esquema criminoso como operadores financeiros, em nome de integrantes do PMDB e do PT.

Este é um exemplo atualíssimo de como representantes do estado e empresários atentam não só contra o Estado, mas também contra a sua soberania; e por ter desmembramentos no cenário internacional, atentam também contra a ordem de outros Estados e contra a ordem Internacional.

É sempre bom observar que a concretização constitucional depende de um trabalho conjunto, integrado, cooperativo entre os três poderes constitucionalmente constituídos, e muita das vezes, diante da incompetência ou da irresponsabilidade dos poderes Legislativo e Executivo, no exercício de suas atribuições e capacidades, dá-se espaço para que o Judiciário posicione-se como legislador negativo, o que deve ser evitado.

5. GLOBALIZAÇÃO X SOBERANIA

5.1 Crise ou Evolução

Conforme já foi apontado na origem e evolução política dos Estados Liberais (Ocidente), o próprio Estado como conhecemos (desenvolvido por Hobbes, Rousseau e Montesquieu) é uma invenção liberal onde o modo de produção capitalista permite que grupos aristocráticos detenham hoje um poder desigual e transnacional frente ao político, o chamado poder de mercado.

A democracia acaba por ser aparente, a aristocracia que atua sob os mercados nacionais e internacionais ditam as regras que os governos devem seguir até a próxima crise, quando se reinventam.

É fácil verificar pelos fatos históricos, conforme Giovani Clark (2008, p.208), bem sintetiza:

Durante a guerra fria, no século passado (1945 a 1990), imperaram na economia de mercado as políticas econômicas neoliberais de regulamentação, em que o Estado Nacional transfigurou-se em Social, realizando a sua atuação no domínio econômico diretamente, via empresa pública, sociedade de economia mista e fundações; ou indiretamente, por meio das normas legais de direito. Tudo em nome do desenvolvimento ou do crescimento.

Naqueles tempos de regulamentação, os capitais privados eram investidos internacionalmente na indústria de consumo, mas também na rendosa indústria armamentista. Assim sendo, o poder econômico privado nacional e internacional precisava da ação estatal em setores de baixa lucratividade, de riscos financeiros ou carentes de investimentos tecnológicos, como as áreas de infraestrutura (energia, estradas, água potável, telefonia) e social (educação, saúde, previdência), a fim de possibilitar o progresso da economia de mercado, refrear os movimentos sociais reivindicativos (dos trabalhadores, por exemplo) e remover o fantasma do socialismo. Dessa forma, norteavam-se as ações econômicas públicas, reservando à iniciativa privada ampliação de seus ganhos.

No fim do século XX e no início do XXI, as políticas neoliberais de regulamentação passaram a restringir a expansão e a mobilidade do capital. O novo ambiente mundial de fim da guerra fria, queda do socialismo real e de alta evolução tecnológica resulta em pressões por outras políticas econômicas ao gosto dos donos do capital. Os Estados Nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades à iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora atraentes ao capital em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos avanços científicos. A tecnologia tornou lucrativos setores que anteriormente tinham baixa lucratividade, ou não o tinham, e estavam nas mãos do Estado.

O próprio Estado do bem-estar europeu foi um modelo necessário para conter o avanço socialista. O estado sempre esteve a serviço do capital (leia-se aristocracia a frente do poder de mercado) e não prioritariamente ao bem-estar social. Com o fim da revolução socialista percebe-se um movimento político mais voltado aos interesses do poder econômico: de um modelo intervencionista neoliberal de regulamentação para um de regulação.

Inicialmente os Estados Nacionais (liberal puro - crise de 29), em segundo momento os Estados Sociais (contensão do avanço socialista – intervencionista neoliberal de regulamentação) e atualmente o Estado democrático de Direito (intervencionista neoliberal de regulação).

Assevera-nos Souza (2005, p.331), na obra “Primeiras linhas de direito econômico”:

Diante das discussões alimentadas por defensores de uma “regulação”, como forma de “modernidade” (traduzindo as predominâncias mais acentuadamente liberais) do Neoliberalismo, ante a figura da regulamentação (que seria comprometido com as técnicas intervencionistas menos acentuadas naquele sentido), deparamos com um panorama de oscilações próprio dessa ideologia mista. Por considerá-las como forma de “ação”, admitiremos, no máximo, que se diferenciam pelo grau assumido na relação Estado-sociedade, ou nas formas de Estado Máximo e Estado Mínimo. A menos que se trate de Estado Zero, absolutamente absenteísta (já desviado para a ideologia do Anarquismo), os instrumentos jurídicos utilizados por ambos afastam-se da hipótese do funcionamento auto-regelador do mercado. Em caso de opção pelo livre funcionamento das forças do mercado, contra a “regulamentação” ou a “regulação” que as direcionaria, o fundamento haverá de ser baseado na “ordem natural” (introduzida na doutrina econômica dos Fisiocratas), que leva à “força jurídica do fato”. Mesmo assim, o “fato” dela decorrente deveria ser “juridificado” para legitimar os “efeitos jurídicos da abstenção”, ou seja, da “omissão”.

Em caso contrário, deixaria de produzir efeitos indispensáveis ao seu reconhecimento nas relações sociais, mesmo em termos de direitos das partes em negociação nos mercados.

Os “objetivos” da “regulação”, portanto, enquadram-se no mesmo sistema operacional da “intervenção”. De certo modo, a Regulação afasta-se da forma densamente intervencionista do Estado Bem-Estar, ou das atuações diretas do Estado-Empresário. Orienta-se no sentido do absenteísmo, sem jamais atingi-lo completamente, sob pena de negar a sua existência, por ser, ela própria, uma forma de “ação” do Estado [...].

Já Diniz (2005, p.43), na obra “Direito internacional público em crise”, nos diz:

Um “governo paralelo” que passa por cima da sociedade civil é estabelecido pelas instituições financeiras internacionais (IFIs). Os países que não aceitam as “metas de desempenho” são colocados na lista negra.

Embora adotado em nome da “democracia” e do chamado “bom governo”, o PAE requer o esforço do aparato de segurança interna: a repressão política – em conluio com as elites do Terceiro Mundo – apóia um processo paralelo de “repressão econômica”.

O “bom governo” e a manutenção de eleições multipartidárias são condições adicionais impostas pelos doadores e credores. Todavia a própria natureza da reformas econômicas impede uma genuína democratização – isto é, sua implementação requer (contrariando o espírito do liberalismo anglo-saxão) invariavelmente o apoio do Exército e Estado autoritário. O ajuste estrutural promove instituições falsas e uma democracia parlamentar fictícia [...]

Em todo o Terceiro Mundo, a situação é de desespero social e falta de perspectiva para uma população empobrecida pelo jogo imperativo das forças do mercado.

Dessa forma, diante das complexidades sociais na pós-modernidade é difícil vislumbrar produção e efetivação de normas jurídicas, em especial as de Direito econômico, genuinamente pela sociedade dentro de um modelo democrático, dada as influências negativas do poder econômico.

Como assevera Bobbio (2004, p.39):

Naturalmente, a presença de elites no poder não elimina a diferença entre regimes democráticos e regimes autocráticos. Sabia disso inclusive Mosca, um conservador que se declarava liberal, mas não democrático e que imaginou uma complexa tipologia de formas de governo com o objetivo de mostrar que, apesar de não eliminarem jamais as oligarquias no poder, as diversas formas governo distinguem com base na sua diversa formação e organização. Mas desde que partir de uma definição predominantemente procedimental de democracia, não se pode esquecer que um dos impulsionadores desta interpretação, Joseph Schumpeter, acertou em cheio quando sustentou que a característica de um governo democrático não é a ausência de elites mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular [...]

Diante de um cenário aparentemente catastrófico para os ideais democráticos, ainda me parece ser possível uma solução enquanto minimamente habitável for este planeta. O caminho é fortalecer as democracias através de suas instituições sob o ponto de vista moral, onde o indivíduo passa ser importante (fomentar as capacidades das instituições e dos indivíduos). Apenas assim conseguiríamos organizar o Estado de forma que “fraquezas estruturais” não servissem mais aos interesses econômicos escusos. Nunca existirá real democracia se os segmentos organizados, e até mesmo os não-organizados, não constituírem coletivamente os parâmetros legais das políticas econômicas, construindo um Direito econômico onde o bem-estar social é efetivamente um fim a ser alcançado.

Esse movimento endógeno será em vão se não repercutir no âmbito Internacional. A globalização não foi tão fomentada nos últimos dois séculos apenas sobre a perspectiva da expansão de mercado, mas por que um povo consciente é capaz de intervir com eficiência. Só a extrapolação das barreiras dos territórios e das jurisdições seria capaz de vencer o poder popular.

Seria possível colocar a economia no seu devido papel se conseguirmos desenvolver um cenário constitucional de cooperação global e de sustentabilidade, através de uma maior e mais eficiente comunicação entre as constituições. Para alcançar tais objetivos precisaríamos primeiro fortalecer os Estados nacionais em relação às capacidades de suas instituições e indivíduos e com isso promover uma revolução democrática que inspire a adesão internacional no tempo de evolução de cada Estado sob a cooperação de todos os demais, nem que inicialmente se opere em blocos de países. É um caminho coerente, sem ilusões. Teorias como a do transconstitucionalismo ajudam na concretização de uma racionalidade que permita uma comunicação entre as ordens jurídicas.

A ausência de uma ordem política e jurídica cooperativa no âmbito internacional permite um ataque sistemático às soberanias nacionais de acordo com os interesses do poder econômico.

Segundo Clark (2001, p.7):

O Direito Econômico dita o “dever-ser” para as atividades econômicas, já que impõe normas jurídicas de comportamento para os agentes econômicos que atuam nessa órbita, motivados pelo imperioso interesse de estancar suas múltiplas necessidades/carências, individuais e coletivas, diante da raridade de recursos. Por certo, o Direito Econômico tem como objeto a regulamentação das políticas econômicas dos agentes econômicos (empresas, Estados, indivíduos, organizações não governamentais) no intuito de que todos, ou pelo menos a maioria, possam suprir suas necessidades [...]

Se os Estados democráticos conseguirem constituir um sistema jus-político cooperativo e sustentável, a exemplo de um sistema fiscal e penal cooperativo (segundo nível) baseados em um transconstitucionalismo, poderíamos encontrar uma solução jus-política para a “guerra-fiscal”, uma solução jus-política contra grupos criminosos que se aproveitam da ordem jurídica ineficiente e transpassam os interesses das nações (traficantes, terroristas, etc) ou mesmo aos que se utilizem da estrutura dos Estados para alcançarem intentos que nada se aproximam dos interesses sociais, ou do bem-estar social.

Segundo Batista Jr. (2005, p.52):

Globalização é um mito que exagera o peso e o alcance das forças econômicas de âmbito internacional. Os Estados nacionais, sobretudo nos países bem-sucedidos, não estão indefesos diante de processos econômicos “globais” incontroláveis ou irresistíveis.

Ao contrário do que sugere o fatalismo associado à ideologia da globalização, o desempenho das economias e o raio de manobra dos governos continuam a depender crucialmente de escolhas nacionais.

O fascínio da “globalização” é revelador do estado de prostração mental e desarmamento intelectual em que encontram países como o Brasil. Para superá-lo, poderíamos começar por uma reavaliação do quadro externo e do papel dos Estados nacionais, desenvolvidos, sem inibições, a nossa própria concepção dos rumos que devem tomar as relações internacionais da economia brasileira.

A globalização é um fenômeno social movido por uma força natural de inter-relacionamento entre os povos desde tempos imemoriais, inegavelmente uma marcha evolutiva, que dada a heterogeneidade e a complexidade das sociedades precisa ser tratada com responsabilidade, moralidade e justiça social.

Portanto a relação entre Soberania e Globalização é de crise em relação à significação do conceito de soberania dentro do modelo de contrato social clássico; a soberania como absoluta, pois não permitiria um modelo cooperativo e sustentável de nações que apresente pleno gozo das capacidades morais de suas instituições e indivíduos, em uma construção transconstitucional positiva ao bem-estar social, um modelo que pelo menos sinalize ao kantiano, mais justo e humano, com uma soberania relativizada.

5.2 Perspectiva nacional brasileira

O Brasil é um país em desenvolvimento que apresenta uma democracia muito frágil, mais formal que efetiva; fruto das influências internacionais políticas ao longo do tempo. Um mero reflexo de outras experiências, no que se reporta a Teoria do Estado.

Resultado histórico de um processo globalizante mercantilista, o Estado brasileiro sempre assumiu uma posição de interventor no domínio econômico, independentemente de possuímos uma economia eminentemente agrícola ou industrial. Infelizmente, o referido intervencionismo sempre teve como marca registrada, já em suas raízes históricas, a supremacia dos interesses privados sobre os sociais e os públicos.

Conforme assegura o professor Venâncio Filho (1998, p.38):

Considerando ainda que durante a vida colonial e todo império podemos perceber uma predominância do poder privado sobre o poder público teremos, então, o quadro das características do Estado brasileiro como moldura do exame da intervenção no domínio econômico.

Hoje, as políticas econômicas de regulação são produzidas prevalentemente pela União e totalmente distanciadas dos compromissos sociais e econômicos previstos constitucionalmente.

Conforme Clark (2001, p.87):

A Constituição de 1988, apesar de ter ampliado as competências e os poderes dos Municípios e dos Estados-membros, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1 de 1969, com o seu “federalismo nominal” (Silva, 1999), não o fez de modo suficiente para possibilitar a real autonomia daqueles em relação ao Poder Central.

A autonomia fica limitada, sobretudo, devido à dependência econômica dos Estados-membros e Municípios em relação à União, em virtude das poucas receitas tributárias, pelas práticas demagógicas e antidemocráticas nas relações entre as instâncias de poder territorial e os governados, pelas políticas econômicas da União que destroem as finanças e a capacidade de execução de políticas públicas próprias por parte dos Municípios e Estados-membros, pela efetiva falta de participação dos cidadãos nas decisões, devido à inexistência de instâncias alternativas de poder, e ainda, pelas restritas competências legislativas.

Temos um poder Judiciário atuante e ativista, porém assim como todos os demais poderes, carentes de reformas estruturais assim como a própria sociedade, historicamente composta por uma massa de expectadores governada por uma aristocracia corrupta.

Devemos então, com urgência, fortalecer nossas instituições democráticas, as capacidades das instituições e indivíduos, a fim de qualificar nossa sociedade e economia ao ponto de nos preservar melhor em relação às crises estruturais e poder, quem sabe, estar à frente da construção de um Direito Transconstitucional e Internacional cooperativo e sustentável.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A soberania é um conceito que surgiu em meio a revoluções político-sociais do mundo Ocidental (Europa e América do Norte), em especial na França, Inglaterra e Estados Unidos; a partir do século XVI, com o advento do Absolutismo. Foi concebida então sobre um viés eminentemente político, não importando em ser legítimo ou jurídico, apenas absoluto, e pragmaticamente, foi um conceito importante e eficaz para garantir principalmente a unidade na forma de estados-nacionais e uma identidade nacional.

O processo de globalização é um fenômeno social que ocorre desde o início da nossa civilização, acelerado pela época dos descobrimentos, haja vista que sempre houve interações, entrelaçamentos, de todas as ordens entre as mais diversas sociedades da Antiguidade até os nossos dias. Mas o conceito é bem mais recente, foi construído após a Segunda Guerra Mundial e diante das complexidades sociais na pós-modernidade é difícil vislumbrar produção de normas jurídicas, em especial as de Direito econômico, genuinamente pela sociedade dentro de um modelo democrático, dada as influências do poder econômico.

Hoje, o grande desafio dos Estados Sociais é tentar aliar o seu desenvolvimento econômico ao seu desenvolvimento social (em prol do bem-estar social), o que vem se demonstrando inviável, pois ainda não se conseguiu equilibrar esses dois pesos (poder privado e público), frente à complexidade de um novo cenário econômico global negativo, diante de uma estrutura política ainda do contratualismo clássico.

Com a desterritorialização da produção e consumo, a flexibilização demasiada das relações de trabalho, o surgimento de instituições econômicas transnacionais, a própria complexidade de um mercado financeiro, onde o lucro não possui mais uma relação direta com os meios de produção, mas sim, com a especulação financeira, tornou-se até então, totalmente inviável o Estado Social democrático. Diante de tais complexidades sociais é difícil vislumbrar produção e efetividade de normas jurídicas, em especial as de Direito econômico, genuinamente pela sociedade dentro de um modelo democrático, dada as influências negativas do poder econômico.

Assim a relação entre Soberania e Globalização é de crise diante da significação de soberania dentro do modelo de contrato social clássico; a soberania como absoluta, pois não permitiria um modelo cooperativo e sustentável de nações que apresente pleno gozo das capacidades morais de suas instituições e indivíduos, em uma construção transconstitucional positiva ao bem-estar social, um modelo que pelo menos sinalize ao kantiano, mais justo e humano, com uma soberania relativizada.

O Brasil é um país em desenvolvimento que apresenta uma democracia muito frágil, mais formal que efetiva; com políticas econômicas de regulação produzidas prevalentemente pela União e totalmente distanciadas dos compromissos sociais e econômicos previstos constitucionalmente, onde muitas das vezes, diante da incompetência ou da irresponsabilidade dos poderes Legislativo e Executivo, no exercício de suas atribuições e capacidades, o Judiciário posiciona-se como legislador negativo, o que deve ser evitado.

No sistema jurídico brasileiro, diferente do sistema americano do common law, as decisões dos juízes e tribunais estão positivamente vinculados ao ordenamento jurídico, muito embora, no processo hermenêutico há, em inúmeros casos verdadeira criação normativa ou ativismo jurídico. Assim os magistrados e Tribunais tradicionalmente estavam limitados à legalidade estrita não havendo juízo de efetividade das normas. Com o advento do Estado Social, essa realidade mudou, sendo possível o desenvolvimento de uma hermenêutica quanto à aplicabilidade das normas. Sendo assim evidenciou-se uma superação do positivismo jurídico, o nascimento de uma doutrina direcionada a efetividade e o fenômeno do ativismo judicial.

Diante da crise global da soberania e dos Estados Sociais, devemos então, com urgência, fortalecer nossas instituições democráticas, as capacidades das instituições e indivíduos; a fim de qualificar nossa sociedade e economia ao ponto de nos preservar melhor em relação às crises estruturais e de poder, quem sabe, estar à frente da construção de um Direito Transconstitucional e Internacional cooperativo e sustentável.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBER, Benjamin R. **Jihad vs. McWorld.** Issue: The Atlantic, 1992.
Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1992/03/jihad-vs-cworld/303882/>> Acesso em: 12/12/2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.).** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Revista Fac. Direito da UERJ, n. 21, 2012.
Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br>>. Acesso em: 20/12/2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB.** Janeiro/Fevereiro 2009.
Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 20/12/2016.

BATISTA JUNIOR, P. N. **A economia como ela é...** 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira.** 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República: Livro Primeiro. Tradução, introdução e notas: José Carlos Orsi Morel.** 1. ed. São Paulo: Ícone, 2011.

CLARK, G. **O genocídio econômico**. Brasília: Revista do Tribunal Regional da 1ª Região, n.1, ano 16, p.45-9, jan., 2004.

CLARK, G. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, G. **Política econômica e Estado**. Belo Horizonte: Revista Fac. Direito da UFMG, n. 53, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 353, p. 22-26, mar., 1965.

CONVERSI, Daniele. **Americanization and the planetary spread of ethnic conflict : The globalization trap**. Planet Agora, dezembro 2003 - janeiro 2004

DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, A. J. A. **Direito internacional público em crise**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n.46, p.38-53, jan./jun., 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FAORO, R. **Os donos do poder**. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional**. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GENRO, Tarso. **A “Paz perpétua” no mundo atual**. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, 1997.

JELLINEK, George. **Teoria General Del Estado**. São Paulo: B. de F., 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Ijuí: Unijuí, 2005.

HANS-PETER, Martin e HARALD, Schumann. **A armadilha da globalização**. 4. ed. São Paulo: Globo, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

HUBERMAN, L. **História da riqueza do homem**. Trad. Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order (1996). Publicada no Brasil como O choque das civilizações e a recomposição da nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos Políticos. Os Pensadores. 1**. São Paulo: Abril cultural, 1973.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008.

KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Nicholas de B. **Fundamentos Políticos do Direito Internacional**. São Paulo: Zahar, 1964

NEGRI, Antonio. **O Império e Além: Aporias e Contradições**. Trad. Rafael Zanatta. In: **Empire and Beyond**. Cambridge: Polity Press, 2008

Operação Lavajato. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 10/02/2017.

RATHENAU, Walter. **Der neue Staat**. Berlin: S. Fischer Verlag, 1919.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SOUZA, W. P. A. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América. Livro 1 – Leis e Costumes**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VENANCIO FILHO, A. **A intervenção do Estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Jean-Jacques Rousseau: a supremacia da vontade geral, a unidade do corpo moral e coletivo e a sobrecarga ética do cidadão.** São Paulo: Prisma jurídico, 2008.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Istituzioni Di Diritto Pubblico.** Milano: A. giuffrè, 1948.