

2

Do Estado e do Estado de Direito

Como estudar o Estado? Esta é uma questão que ronda a todos aqueles que partem para buscar uma definição, uma sistematização sobre este ente abstrato, que, embora em um primeiro momento possa parecer uma tarefa simples, sob o plano metodológico presume um esclarecimento quanto ao ponto de vista conceitual, objeto de estudo, qual seja, o próprio Estado. Com efeito, o termo Estado pode ser utilizado em diferentes níveis. Garantidor e motor da organização política, ele encarna o olhar da autoridade suprema. Autoridade esta que se exerce sobre determinada população, geralmente em um território delimitado, através do clássico monopólio do exercício da “violência legítima”, segundo Weber³⁰ – se é que a violência em algum momento pode ser definida como tal.

Do ponto de vista histórico, na Europa, o termo Estado se difunde a partir do Renascimento, entretanto, não existe um conceito universal, mas apenas uma forma de indicar sobretudo as formas de organização surgidas na Europa a partir do século XIII, nesse sentido:

Para nossa geração, reentra agora, no seguro patrimônio do conhecimento científico, o fato de que o conceito de “Estado” não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia e que após esse período se estendeu a todo mundo civilizado³¹.

Outrossim, dadas as diferentes realidades que comportam e sustentam o Estado, o quadro espaço-temporal reveste-se aqui, em nosso sentir, de importância secundária.

Tradicionalmente, a especificidade do Estado se estabelece em oposição a uma realidade distinta, normalmente, a sociedade civil. Assim, a formação do

³⁰WEBER, Max. BOBBIO, Norberto, *et al. Dicionário de Política*. Coord. da Tradução: João Ferreira. Vol. I. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 426.

³¹ BOECKENFOERDE, Ernest, *apud* BOBBIO, Norberto, *et al. Dicionário de Política*. Coordenação da Tradução: João Ferreira. Vol. I. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 425.

Estado nacional constitui em certa medida a própria formulação ou reformulação da sociedade civil. Ao analisar *Constituição e Poder e o paradigma do Estado de Direito*, por obediência à lógica metodológica, claro se mostra como pressuposto, uma análise em torno do que poderia ser considerado Estado de Direito. Nesse sentido, buscaremos apresentar tal ente em uma análise nos planos terminológico, estrutural e conjuntural. Isto se explica, uma vez que não raro tais planos não estão necessariamente entrelaçados ou dialogando. O ideal político do Estado de Direito faz algumas promessas, seja do governo das leis, proteção contra o arbítrio e capricho de autoridades, decisões racionalmente justificadas. Para tanto, a comunidade política cria e institui um conjunto de fontes dotadas de autoridade³². Entretanto, o Estado de Direito se manifesta para além da Teoria Constitucional.

A realidade nos comprova que a análise de tal expressão não deve se esgotar em uma biblioteca. Algo está acontecendo e não podemos deixar de tentar dar respostas a algumas questões aparentemente controversas que a vida real revela.

Pretendemos uma reflexão sobre os limites e dimensões do Estado contemporâneo que, embora celebre sua vinculação – ao menos no mundo ocidentalizado – com os direitos humanos e com o chamado Estado de Direito, não raro dá mostras de ainda permanecer, em plena atualidade, preso à velha lógica maquiaveliana³³ do poder.

O Estado moderno é o terreno, senão o agente, de males extraordinários, como, por exemplo, Auschwitz, crime que não precisa ser recontado. É uma forma de organização política com meios de administração e controle altamente centralizados e, ao menos em teoria, os Estados modernos são soberanos em seus territórios e reivindicam o destacado poder do monopólio da violência legítima

³²MICHELON, Cláudio, *et al.* Retórica e o Estado de Direito no Brasil. In MacCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. XV.

³³O termo maquiaveliano é utilizado na acepção negativa.

dentro desse espaço. Quanto à centralização do Estado Moderno, escreve Bobbio³⁴:

A história do surgimento do Estado moderno é a história desta tensão: do sistema policêntrico e complexo dos senhorios de origem feudal se chega ao Estado territorial concentrado e unitário através da chamada racionalização da gestão do poder e da própria organização política imposta pela evolução das condições históricas materiais.

Além do monopólio do uso da força, os Estados modernos reivindicam para si próprios uma variedade de outros poderes que negam para os “não-Estados”. Governantes e governos declaram possuir autoridade e a forma com que esta se apresenta vem a ser a soberania, *uma certa autoridade exclusiva sobre seu domínio e uma certa independência de outros Estados*³⁵.

A reflexão sobre os males dos Estados modernos conduz, naturalmente, à reflexão sobre as bases dos poderes de Estado que produzem certos danos que não tem nenhuma justificação. Podemos afirmar que os Estados exigem consideráveis sacrifícios nossos. Mas, que fundamentos podem haver para tais sacrifícios? Que justificativas existem para as obrigações que temos para com o Estado? Porque devemos obedecer ao Estado e seus agentes? Tais perguntas nos são familiares e muitas das vezes apresentadas em muitos trabalhos de filosofia política.

2.1

O Conceito de Estado

De pronto, podemos afirmar que não podemos supor que exista uma única noção de Estado. Estudiosos argumentam que o Estado moderno evoluiu lentamente, emergindo das antigas formas europeias medievais de organização política³⁶. Assim, não é de se esperar que o Estado tenha um significado claro,

³⁴ BOBBIO, Norberto, *et al. Dicionário de Política*. Coordenação da Tradução: João Ferreira. Vol. I. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 426.

³⁵ MORRIS, Christopher W. *Um Ensaio sobre o Estado Moderno*. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005. p.33

³⁶ MORRIS, Christopher W. *Um Ensaio sobre o Estado Moderno*. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005. p.41

sem ambiguidade ou único, como já citado, inclusive Ernest Boeckenfoerde. Também nesta esteira, segue Morris³⁷:

Devo mencionar que nem aqui nem alhures, neste volume, eu me proponho a uma “definição” do Estado. Se a definição de uma noção ou termo deve oferecer condições necessárias e suficientes para seu uso, no momento não há certeza de que haja definições para muitas palavras nas respectivas línguas naturais. (...) Se o propósito das definições é caracterizar a essência das coisas, não está claro que os Estados tenham essências; com certeza, eles não são tipos naturais. De qualquer modo, meu interesse jaz nos complicados fenômenos e não na regimentação da linguagem. Embora eu acredite que o uso comum da linguagem seja uma fonte de sabedoria, **a complexidade das modernas formas de organização e administração política pode não ser expressada claramente pelo nosso termo: Estado.** [grifo nosso]

Quando buscamos a possibilidade intercambiar os termos *Estado* e *governo*, veremos que dependerá do país no qual investigamos. Nesse sentido, no inglês contemporâneo dos Estados Unidos – são utilizados muitas das vezes de forma indistinta. Entretanto, o mesmo não ocorre no inglês britânico nem mesmo em outras línguas europeias³⁸:

No Continente, a distinção entre Estado e governo é evidente. Algum remanescente dessa distinção pode ser encontrado no inglês da Inglaterra: o primeiro ministro é o chefe do *governo*, enquanto o monarca é o chefe do *Estado*. Mas, em geral, nenhum grande cuidado é tomado nos mundos de língua inglesa para distinguir Estado e governo. Quanto ao emprego contemporâneo, em outras línguas europeias isto não é possível. *L'État e Le gouvernement; der Staat e die Regierung; lo stato e lo governo* não são intercambiáveis. É verdade que *gouvernement* em inglês americano tem uma acepção mais ampla do que suas contrapartes europeias. Mas o amplo conceito continental de Estado [diferente de governo] é de alguma forma estranho à tradição anglo-americana. Talvez como consequência disso a distinção entre as duas não seja feita facilmente no inglês contemporâneo. [grifos no original]

Por outro lado, embora esta distinção entre os termos *Estado* e *governo* possa estar presentes em algumas tradições e noutras não, ela é indispensável para certas proposições teóricas, como, por exemplo, a de Rousseau que não poderia ser claramente entendida sem ela. Além do mais, é menos fácil falar sobre continuidade e mudanças em formas modernas de organização política se nenhuma distinção for feita entre Estado e governo. Sem contar que grande parte

³⁷ MORRIS, Christopher W. *Um Ensaio sobre o Estado Moderno*. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005. p.43

³⁸ MORRIS, Christopher W. *Um Ensaio sobre o Estado Moderno*. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005. p.42

do que caracteriza o Estado moderno como forma de organização política se perde se não já uma clara distinção entre Estado e governo. O que é então, nesse sentido, o Estado?

Antes de tudo, o Estado é uma *particular forma de organização política*³⁹. Tal compreensão de Estado pode ser encontrada em alguma das acepções de Estado para Marx, nesse sentido⁴⁰:

Dado que a propriedade privada se emancipou da comunidade, o Estado tornou-se uma entidade separada, além e fora da sociedade civil; mas ele não é nada mais do que a **forma de organização** que os burgueses necessariamente adotam, sejam para propósitos internos, seja para externos, para garantirem mutuamente a sua propriedade e seus interesses.[grifo nosso]

Segundo Skinner⁴¹, o uso moderno de “Estado” para se referir a uma ordem pública distinta, tanto de governo quanto de governante, com instituições altamente centralizadas exercendo poder sobre os habitantes de um território definido não parece datar antes do século XVI. Nesse sentido⁴²:

Antes do século XVI, o termo *status* era usado por escritores políticos somente para se referir a uma destas duas coisas: a estado ou condição a que um governante se encontra (*status principis*) ou então ao genérico “estado da nação”, isto é, a condição do reino como um todo (*o status regne*). O que estava faltando nestas utilizações era a ideia distintamente moderna do Estado como uma forma de poder público, separada tanto do governante quanto do governado e constituindo a autoridade política suprema dentro de um território determinado.

Dalmo de Abreu Dallari⁴³ dá conta que a denominação *Estado* aparece pela primeira vez em 1513 no *Príncipe* de Maquiavel passando a ser usada pelos italianos sempre quando queriam relacionar ao nome de uma cidade a sua posição de independente. Assim, o nome Estado, *indicando uma sociedade política, só*

³⁹ MORRIS, Christopher W. *Um Ensaio sobre o Estado Moderno*. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005. p.45

⁴⁰ MARX, Karl. *A Ideologia Alemã*. p. 187.

⁴¹ SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 352.

⁴² SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 353.

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva: 1998. p.51

*aparece no século XVI*⁴⁴. Ainda na esteira dos ensinamentos de Dallari, algumas são as teorias que buscam explicar o aparecimento do Estado, que podem ser reduzidas, basicamente, a três posições fundamentais⁴⁵: 1. O Estado sempre existiu, sendo este um elemento universal na organização social humana; 2. O Estado foi constituído para atender às necessidades e conveniências de grupos sociais, logo não houve concomitância na formação do Estado em diferentes lugares, uma vez que o requisito para seu aparecimento eram as condições concretas de cada lugar; 3. O conceito de Estado é histórico concreto, o que implica dizer que surge com a ideia e a prática da soberania, o que só ocorreu no século XVII.

Assim, podemos dizer que dois grandes blocos de teorias se formam buscando explicar a formação originária do Estado, quais sejam, as teorias naturais e contratualistas. As primeiras, afirmam que a formação do Estado fora espontânea, não derivando de um ato voluntário. Podemos agrupar as mais expressivas da seguinte maneira⁴⁶: *origem familiar; origem em atos de força, violência ou de conquista; e, origem em causas econômicas ou patrimoniais*. Já as teorias contratualistas, apontam para a vontade dos homens como fator de criação dos Estados.

A teoria não contratualista ou natural sobre a formação do Estado que mais teve destaque foi a que atribui a este uma origem econômica ou patrimonial. Alguns autores mencionam que Platão teria indicado esta a formação do Estado quando assim se expressou: *Um Estado nasce das necessidades dos homens; ninguém basta a si mesmo, mas todos nós precisamos de muitas coisas*⁴⁷. Entretanto, os autores que mais se destacaram, foram Marx e Engels, este em sua obra *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, além de negar

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva: 1998.p.51

⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva: 1998.p.52

⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva: 1998.p.54

⁴⁷ *In A República*. Livro II. Diálogos.

que o Estado tenha nascido com a sociedade, afirmam que ele *é antes um produto da sociedade, quando ela chega a determinado grau de desenvolvimento*⁴⁸.

O estado selvagem, considerado por Engels como a *infância do gênero humano* é sucedido pelo estágio da barbárie que tem como marco a utilização da cerâmica, bem como a domesticação e criação de animais. Com o surgimento do sedentarismo, sedimentação dos povos em territórios, buscou-se evitar um próximo caos e, assim, uma nova instituição era reclamada: o Estado, nesse sentido:

A riqueza passa a ser valorizada e respeitada como bem supremo e as antigas instituições das gens são pervertidas para justificar-se a aquisição de riquezas pelo roubo e pela violência. Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica. (...) uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda.

E essa instituição nasceu: **inventou-se o Estado**.⁴⁹ [grifo nosso]

A crença da origem do Estado desta forma representa importantes reflexos da teoria marxista sobre o Estado: a rotulação deste como objeto da burguesia para exploração do proletariado e a afirmação de que, não tendo existido nos primeiros tempos da sociedade humana, o Estado poderá ser extinto no futuro, uma vez que se trata de uma criação artificial para a satisfação dos interesses de classes dominantes, a minoria.

Assim, Norberto Bobbio afirma que, malgrado Marx não tenha desenvolvido uma obra específica sobre Teoria do Estado, pode-se reconstruir seu pensamento sobre o mesmo através das menções esporádicas em suas obras de economia, história e política, nesse sentido⁵⁰:

⁴⁸ CITAÇÃO.

⁴⁹ ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder – 14ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p.24

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. Org. Carlo Violi. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 151

Para reconstruir o pensamento de Marx sobre o Estado é preciso, portanto, recorrer às indicações esparsas com que nos deparamos nas obras econômicas, históricas e políticas (...) ainda que não exista nenhuma obra de Marx que trate especificamente do problema do Estado, também não existe obra sua de que não se possam extrair, sobre este mesmo problema, passagens relevantes e esclarecedoras.

Arremata Bobbio⁵¹:

Marx considera o Estado – entendido como o conjunto das instituições políticas, no qual se concentra a máxima força impositiva e disponível em uma determinada sociedade – pura e simplesmente como uma superestrutura com respeito à sociedade pré-estatal, que é o lugar em que se formam e se desenvolvem as relações materiais de existência e, enquanto superestrutura com respeito à sociedade estatal, que é o lugar em que se formam e se desenvolvem as relações materiais de existência, e enquanto superestrutura como algo destinado a desaparecer na futura sociedade sem classes.

Podemos afirmar que, para Marx, o Estado é o aparelho ou conjunto de aparelhos dos quais o determinante é o repressivo, cuja função principal é, pelo menos em geral e exceção feita a alguns casos excepcionais, a de impedir que o antagonismo degenerem em luta perpétua, não mediando os interesses das classes opostas, mas reforçando e contribuindo para manter o domínio da classe dominante sobre a classe dominada⁵². Como já expomos, Marx afirma, em *A Ideologia Alemã* que o Estado *nada mais é do que a forma de organização que os burgueses se dão por necessidade, tanto externa quanto internamente, a fim de garantir reciprocamente sua propriedade e seus interesses.*

Assim, das teorias que afirmam que o surgimento do Estado foi natural, involuntário, destacamos aquela segundo a qual o mesmo surge em causas econômicas ou patrimoniais. Nesta, Marx e Engels podem ser apontados como autores de referência.

Outrossim, existem teorias que não compatibilizam o surgimento do Estado a uma consequência natural, pelo contrário, vislumbram no Estado a

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. Org. Carlo Violi. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 155

⁵² Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. Org. Carlo Violi. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 157

celebração do racionalismo da sociedade que, temendo ser destruída
acorda a *criação* de um ente abstrato que tutelaria sua existência. Nesse sentido,
são as lições de Thomas Hobbes⁵³:

A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a **preocupação com sua própria conservação e garantia de uma vida mais feliz**. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária (conforme dito anteriormente) das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor a punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais. [grifo nosso]

Outros fundamentos da teoria contratualista podem ser levantados, como aquele proposto por Locke, que tem no Estado um árbitro imparcial posto acima das partes, que impede a degeneração natural da sociedade. Jean-Jaques Rousseau, por sua vez, entende o Estado como expressão da vontade geral, através da qual cada um renunciando à liberdade natural em favor de todos os outros, adquire a liberdade civil ou a moral e é mais livre do que antes⁵⁴.

A verdade é que o Estado, como forma fundamental de organização política varreu o mundo. Hoje, praticamente todas as porções de terra no mundo são territórios de Estados. No cenário contemporâneo o Estado assume formas diversas, ímpares e, talvez por isso, tenha ganhado tanto destaque nos debates doutrinários. Não é de hoje que exemplos não faltam para formas que, por uma deficiência de imaginação chegamos a imaginar como “proto-estados”⁵⁵, como a União Europeia, que tem a reputação de ser um Estado federal potencial: os Estados Unidos da Europa, ou mesmo formas remanescentes das organizações políticas europeias anteriores ao estadismo, como Luxemburgo (um ducado), Liechtenstein e Mônaco (principados), San Marino (uma república) ou Andorra (sob a suserania conjunta do Presidente da França e do bispo de Urgel, Espanha). Comumente nos referimos a eles como Estados. Outro exemplo, o Vaticano: um

⁵³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martins Claret, 2009, p. 123.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. Org. Carlo Violi. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 152

⁵⁵ MORRIS, Christopher W. *Um Ensaio sobre o Estado Moderno*. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005. p.78.

Estado sem cidadãos. Sobre a União Europeia, salienta Morris⁵⁶ que *é muito cedo para dizer que forma a UE tomará, mas ela já apresenta um problema à soberania dos Estados-membros.*

Atualmente, o capital e o comércio são cada vez mais internacionais, diminuindo os poderes econômicos dos governos e aumentando a interdependência dos Estados. A questão que nos coloca em xeque é que em uma das tradições da filosofia política, se escreve muito sobre formas particulares de organização política enquanto elas estão morrendo:

Um exemplo clássico (não intencional) desse gênero da filosofia política é a *República* de Platão, sobre a *polis*. É possível que a atenção dada hoje ao Estado prenuncie que seu crepúsculo não esteja muito distante⁵⁷. Embora se trate de tema intrigante as novas formas que o Estado assume e sua continuidade ou não, este não é ponto central de nossa pesquisa, motivo pelo qual passamos neste momento à análise do Estado de Direito.

2.1.2

O Estado de Direito

De acordo com a Teoria Institucional⁵⁸, o Direito é uma ordem normativa institucional. Nesse sentido, duas ideias importantes encontram-se presentes, quais sejam, a de *ordem jurídica* e a de *sistema jurídico*. MacCormick⁵⁹ entende que a ordem jurídica se estabelece quando *a vida em uma determinada sociedade segue seu curso de uma maneira ordenada e com razoável segurança de expectativas comum entre as pessoas, sobre as bases de uma observância razoável das normas de conduta aplicáveis pela maior parte das pessoas*. Esta, a

⁵⁶ MORRIS, Christopher W. *Um Ensaio sobre o Estado Moderno*. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005. p.87.

⁵⁷ Nesse sentido: MORRIS, Christopher W. *Um Ensaio sobre o Estado Moderno*. Trad. Sylmara Beletti. São Paulo: Landy Editora, 2005. p.89.

⁵⁸ Inserida em uma proposta pós-positivista do Direito, analisada em MacCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 2.

⁵⁹ MacCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 3.

ordem jurídica, pressupõe uma concepção de Direito como algo até certo ponto sistêmico e organizado. Por óbvio, não é o sistema jurídico uma entidade física tangível, mas, sim, uma construção ideal de um objeto mental, embora pertencente a um mundo social real e não somente ao mundo das ideias:

Afirmar que um “sistema jurídico” existe em algum lugar é uma forma de dar conta da ordem social que é encontrada ali. Um elemento significativo no ordenamento a nossa volta pode ser uma ordem jurídica⁶⁰.

Assim, inseridos neste sistema jurídico, somos submetidos a infindas normas de conduta que regulam as nossas atividades que, em grande medida, se conformam ao que dizem as normas. O que fazemos, portanto, é legal ou ilegal ou, de outra forma, efetivo ou inefetivo. Pressupomos que todas essas normas estão interconectadas umas as outras e é justamente na articulação desse corpo único que podemos pensar na ideia de sistema.

O que podemos chamar de sistema de Estado liberal-democrático tal qual desenvolvido a partir do século XVII tem sido marcado por esforços direcionados a atingir uma separação funcional, ainda que não absoluta, de tarefas entre diferentes órgãos institucionais. Isso envolve a proibição de que (a maior parte) das pessoas que exerçam funções em um determinado órgão também exerça em outro. Em outros termos, a separação dos poderes é tida como elemento essencial do Estado de Direito⁶¹.

2.1.2.1

Terminologia

O sentido que a expressão Estado de Direito assume no debate filosófico-jurídico é de fundamental importância para identificarmos a área problemática no centro da qual se põe o Estado de Direito. Comumente em nossa tradição, tal expressão refere-se a *um determinado sistema político que subordina a atuação*

⁶⁰Ibidem.

⁶¹MacCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 8

do governo às regras do Direito com o objetivo de evitar o autoritarismo⁶². A complexidade dos sentidos que giram em torno da expressão não é recente, nesse sentido:

A complexidade do campo semântico “Estado de Direito” não é um fenômeno recente, mas um traço que caracterizou toda a parábola histórica da expressão: uma expressão inseparável das sociedades e das culturas nacionais nas quais ela surgiu e foi concretamente utilizada; uma expressão ligada a projetos e a conflitos político-jurídicos, congenitamente dotada de múltiplos sentidos, sobrecarregada de valores, ideologicamente imbuída de significados⁶³.

Norberto Bobbio dá conta que o Estado de Direito é uma fase ulterior do Estado moderno, este, agora pautado na legalidade, *in verbis*:

A passagem da esfera da legitimidade para a legalidade assinalou, dessa forma, uma fase ulterior do Estado moderno a do Estado de Direito, fundado sobre a liberdade política (não apenas a privada) e sobre a igualdade de participação (e não apenas a pré-estatal) dos cidadãos (não mais súditos) frente ao poder, mas gerenciado pela burguesia como classe dominante, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia na idade triunfal da Revolução Industrial⁶⁴.

Não há dúvidas que o campo semântico da expressão Estado Direito está intrinsecamente ligado à cultura na qual o mesmo se desenvolve. Luigi Ferrajoli⁶⁵ entende que a expressão é utilizada normalmente com dois sentidos diversos, os quais ele denomina: *sentido amplo ou fraco ou formal* e *sentido forte ou substancial*. No primeiro sentido estaria relacionada aos Estados, inclusive não liberais, nos quais os poderes públicos tem uma forte forma legal. Já no segundo sentido, estaria a expressão ligada à uma submissão dos poderes, inclusive o Legislativo, ao respeito de princípios substanciais estabelecidos, habitualmente pelas constituições, *in verbis*:

Em sentido amplo ou fraco ou formal, ela designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os

⁶²Nesse sentido: MICHELON, Cláudio, *et al.* Retórica e o Estado de Direito no Brasil. In MacCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. XXVII.

⁶³ COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. SANTORO, Emilio (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XII

⁶⁴ BOBBIO, Norberto, *et al.* *Dicionário de Política*. Coordenação da Tradução: João Ferreira. Vol. I. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 425.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In COSTA, Pietro. *et al.* (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P 417.

procedimentos por ela estabelecidos. (...) Em um segundo sentido, forte ou substancial, “Estado de Direito” designa, ao contrário, aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos estão igualmente sujeitos à (e por isso limitados ou vinculados pela) lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto ao conteúdo de seu exercício⁶⁶.

Assim, Ferrajoli entende que cada uma destas acepções traz consigo dois distintos modelos normativos de direito, correlato com duas experiências históricas, cada uma, fruto de uma mudança de paradigma nas condições de existência e validade das normas jurídicas.

Neil MacCormick, optando por uma tradição mais formalista, define Estado de Direito como o Estado submetido a regras de Direito, no qual imperam os princípios da segurança e da certeza jurídica:

O Estado de Direito é uma virtude crucial das sociedades civilizadas. Onde o Estado de Direito se estabelece, o governo de um Estado, ou de uma entidade não-estatal como a União Europeia, ou de entidades políticas dentro de um Estado, como a Inglaterra, a Escócia, o país de Gales ou Irlanda do Norte, é sempre conduzido dentro de uma **moldura ditada pelo Direito**.

Não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito⁶⁷.

Assim, onde há, em dada comunidade, um corpo de normas jurídicas estabelecido e reconhecido, destinado a governar os arranjos entre todas as pessoas nessa dada comunidade, a estrita observância dessas normas jurídicas por aqueles que detêm poder de governo é de valor inestimável⁶⁸.

Isto posto, ao tratar da categoria *Estado de Direito* seria ingênuo levarmos o leitor para o caminho simplificado que se limita a conceituá-lo como o Estado no qual há o domínio da lei. Não podemos nos furtar de apresentar seus vários significados que, em certa medida, continuam a pesar sobre nosso presente. Neste passo, seguiremos na esteira de Daniel Zolo, para o qual a análise histórico-semântica, embora indispensável, desempenha *papel propedêutico, a investigação sobre o passado do Estado de Direito não tem um valor autônomo, mas é o horizonte no interior do qual é preciso estudar o destino atual dessa fórmula*

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In COSTA, Pietro. et al. (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P 417.

⁶⁷ MacCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 17.

⁶⁸ MacCORMICK, op. cit., 23.

*teórica*⁶⁹. Não buscamos dessa forma oferecer uma reconstrução analítica e exaustiva do Estado de Direito. Buscaremos, com Zolo, o confronto entre as diversas imagens, historicamente sedimentadas do Estado de Direito, com a finalidade de fazer emergir alguns traços recorrentes e característicos desta noção:

São esses traços (...) que oferecem um importante ponto de referência para o debate atual: de um lado, a ideia – antiga e sempre ressurgente – de um poder normado e, por isso, vinculado e controlável; de outro, a exigência recente, rica de internas tensões, de instaurar o nexos funcional entre o poder e os sujeitos⁷⁰.

Assim, podemos afirmar que, uma vez posto em seu *horizonte histórico-genético*, o Estado de Direito destaca o problema da relação entre os sujeitos, os direitos e o poder. Destacaremos quatro paradigmas de Estado de Direito, quais sejam, o *Rule of law*; o *Rechtsstaat*; o *Rule of law americano*, *L'État de Droit* e o *Stato di Diritto*.

2.1.2.1.1

Estado de Direito e Rule of Law

Pode-se dizer que no período que ficou conhecido como o pós-guerra, que o Estado de Direito afirmou-se como uma das fórmulas mais felizes e almeçadas da filosofia política e jurídica do ocidente. Ao lado da expressão européia-continental “Estado de Direito” (*Rechtsstaat*, *État de Doit*, *Stato di Dirito*, *Estado de Derecho*), firmou-se a expressão *rule of Law*, típica da cultura anglo-saxônica, mas universalmente difundida. A questão que se coloca é que não raras as vezes as expressões “Estado de Direito” e “*rule of law*” aparecem como sinônimas, entretanto, não é pacífica sua coincidência conceitual, embora seja possível sua

⁶⁹ COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. SANTORO, Emilio (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XII

⁷⁰ COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. SANTORO, Emilio (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XIV

equiparação desde que depois de uma acurada argumentação, tanto do ponto de vista histórico como no conceitual⁷¹.

Por óbvio, seria ingênuo pensar em uma definição semanticamente unívoca e ideologicamente neutra de Estado de Direito. Além disso, tal opção interpretativo-teórica deverá ignorar as teses dos teóricos nazistas que, diferentemente de Carl Schmitt e, às vezes, em polêmica com ele, não rejeitaram o modelo de Estado de Direito, mas procuraram torná-lo compatível com a experiência de um estado totalitário. Nesse sentido:

O nationaler rechtsstaat era um Estado de Direito, argumentavam, enquanto “Estado legal” (Gesetsstaat), que fazia uso da “lei” como instrumento normativo “geral e abstrato” e garantia a independência política do poder judiciário⁷².

Nesse sentido, escravidão, *apartheid*, patriarcalismo, proibição do voto feminino já se fez presente como discurso inserto no Estado de Direito. No Brasil, por exemplo, apenas após a Constituição de 1946 foi dado às mulheres o direito de participarem da vida política do país, durante anos a escravidão foi amparada e incentivada pelo Estado.

Quando falamos em Estado de Direito, fundamentalmente, quatro modelos se sobressaem, quais sejam, 1. *Rechsstaat* alemão; 2. *Rule of Law* inglês; 3. *Rule of Law* americano e, finalmente, 4. o *État de Droit* francês. Pode-se afirmar que os modelos teóricos que emergem destas quatro experiências podem ser organicamente recompostos em um modelo geral⁷³.

⁷¹ Nesse sentido: ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.5

⁷² ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.10

⁷³ Seguiremos, nesse sentido, a metodologia proposta por ZOLO, Danilo, op. cit.

2.1.2.1.2

O Rechtsstaat

Tem-se que a expressão “Estado de Direito” foi utilizada pela primeira vez por Robert Von Mohl⁷⁴, nos anos 30 do século XIX, no tratado *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundstätzen des Rechtsstaates*⁷⁵ (A Ciência Política baseada no Estado de Direito) no qual a liberdade do sujeito já é concebida como um objetivo central da ação estatal.

Foram inspiradores desta doutrina Kant e Humboldt, que contrapunha o Estado de Direito ao Estado Absolutista. O primeiro preocupado com a consagração dos direitos fundamentais e, sobretudo, com a limitação do poder. A Teoria dos *Direitos Públicos Subjetivos* defendida por Jellinek ganha espaço e a Legalidade, entendida como a preponderância da lei tida como um sistema de regras impessoais, abstratas, gerais e não retroativas.

O *rechtsstaat* alemão abandona a soberania popular como responsável pela criação dos direitos individuais, tese defendida pelos revolucionários franceses. A única fonte originária e positiva de direito é o próprio legislador do Estado, no qual se expressa a identidade espiritual do povo. Podemos questionar a questão do uso arbitrário do poder legislativo, entretanto, tal questão não era levada em questão para esta teoria do Estado de Direito, uma vez que se presume a perfeita coincidência entre a vontade geral dos cidadãos e vontade estatal, legalidade e legitimidade moral. Isso levou o estado de direito alemão a ser reduzido a um puro Estado Legal. Nesse sentido:

O Rechtsstaat não teria sido senão o “direito do Estado” (Staatsrecht), caracterizado por um conceito de lei puramente técnico-formal (a generalidade e a abstração das normas). Desvinculado de qualquer referência a valores éticos conteúdos políticos, e não submetido a controles jurisdicionais de constitucionalidade esse direito estatal teria se revelado paradoxalmente arbitrário.

⁷⁴ BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005, p. 248.

⁷⁵ MOHL, Robert Von. *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundstätzen des Rechtsstaates*. 3 vol. Laupp: Tübingen, 1832-34.

Assim, o Estado de Direito alemão, podemos afirmar que se aproximava de um Estado legalista, desvinculado de valores efetivos propriamente ditos. Mais preocupado com a legalidade que com a efetividade ou consagração dos direitos individuais. Isso pode ser comprovado com a eliminação do texto constitucional do direito de resistência.

2.1.2.1.3

O Rule of Law

O que marca fundamentalmente o Estado de Direito inglês é o estabelecimento dos chamados *guiding principles*, que compreendem: a igualdade jurídica dos sujeitos; sinergia entre o Parlamento e as Cortes Judiciárias; e a tutela dos direitos subjetivos⁷⁶.

O primeiro “princípio-guia” propõe a igualdade jurídica dos sujeitos, independentemente de sua classe social e das condições econômicas. Embora as desigualdades sociais sejam flagrantes, todos os cidadãos devem ser submetidos às regras gerais da *ordinary Law*, sobretudo no que tange às sanções penais e à integridade patrimonial. Nesse sentido:

O vento e a chuva podem entrar na cabana do pobre, o rei não. Todo cidadão inglês, não importa se funcionário público ou nobre, está submetido, de igual modo, à lei e aos juízes ordinários⁷⁷.

Podemos afirmar que tal princípio guia seria o marco do que chamamos hoje de Devido Processo Legal, de caris tão fortemente inglês.

A sinergia normativa entre o Parlamento e as Cortes Judiciárias é o segundo “princípio-guia”. Este princípio se traduz no fato de que a decisão sobre um caso concreto se dá, necessariamente, através da emanção de vontade de duas fontes igualmente soberanas, o Parlamento e o Judiciário.

⁷⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.15

⁷⁷ Cf. HEARN, William Edward. *The Government of England. Its Structure and its Development*. London: Longmans, 1867 p. 89-91. *apud* ZOLO, Daniel, op. cit.

De um lado, existe a legislative sovereignty do Parlamento, ou seja, da Coroa, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns, conforme a célebre fórmula do King in Parliament; de outro, a tradição da common law, administrada por juízes ordinários. A primeira é uma fonte jurídica formal; a segunda, uma fonte jurídica “efetiva”. As Cortes Ordinárias não tem nenhuma atribuição para controlar os atos do Parlamento e não podem, certamente, arvorar-se em “defensoras da Constituição”. Elas são, obviamente, obrigadas à aplicação rigorosa da lei e, todavia, o são em um sentido muito complexo por estarem igualmente vinculadas ao respeito dos “antecedentes”, ou seja, da própria, autônoma tradição jurisprudencial.⁷⁸

No cumprimento deste segundo princípio guia, é de se observar a completa soberania da lei no Estado de Direito inglês, seja ela emanada do Parlamento ou da mediação jurisprudencial das cortes da *common law*.

O último, mas não menos importante princípio-guia é a tutela dos direitos subjetivos. Essa tutela foi assegurada na história secular do constitucionalismo inglês, muito mais pelo esforço de construção jurisprudencial das Cortes da *Common Law* do que pelo Parlamento. Elas exerceram um extraordinário papel de resistência contra as pretensões absolutistas da monarquia, o que favoreceu o nascimento das “liberdades dos ingleses”:

Os próprios atos legislativos como os Habeas Corpus Acts de 1679 e de 1816, foram precedidos por um longo trabalho jurisprudencial que o Parlamento, em substância, ratificou. Além disso, as decisões judiciais desempenharam a função de proteção dos direitos de liberty and property contra o possível arbítrio não apenas da burocracia administrativa (subordinada à Coroa), mas também do Parlamento.

O que marca uma especificidade do Estado de Direito da *common law* é justamente esta igualdade diante das esferas legislativa e judiciária; o caráter difuso dos poderes e sobretudo:

Na Inglaterra, o caráter difuso ou diferenciado dos poderes não se deve a atos de comando do Estado ou da “vontade geral” de uma assembléia constituinte, expressão “contratualista” da soberania popular. (...) Na Inglaterra, o Parlamento pode modificar a Constituição em qualquer momento, e não existe nenhum órgão delegado ao controle da constitucionalidade dos atos legislativos.

⁷⁸ ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.16

O Estado de Direito inglês fundamenta-se na tradição, em grande parte não escrita, baseada nos costumes e na *ancient Constitution*, cuja validade é encontrada não na vontade geral ou do Estado, mas especificamente na sua própria *antiquity* que depende da peculiaríssima qualidade de *law of the land*, respeitada e transmitida de geração em geração.

Desta forma, podemos afirmar que o *rule of law* inglês difere substancialmente do “Estado Legislativo” alemão, no qual os juízes, funcionários públicos, se limitam a aplicar a lei emanada do Estado e os direitos individuais já instituídos pelo parlamento.

2.1.2.1.4

O rule of law na versão norte-americana

Albert Venn Dicey, que é considerado um pensador clássico do direito constitucional inglês, vislumbrava na estrutura constitucional dos Estados Unidos um exemplo típico de *rule of law* pelo simples fato de seus fundadores terem se inspirado diretamente nas tradições inglesas. Entretanto, algumas especificidades marcam o *rule of law* americano, influenciadas, sobretudo pelo federalismo republicano de Alexander Hamilton e James Madison, muito mais próximos da teoria da soberania popular francesa e do primado do poder constituinte⁷⁹. Motivações de caráter religioso, estranhas ao *rule of law* inglês e ao *Rechtsstaat* germânico se mostraram presentes. Nesse sentido é o detalhamento de Danilo Zolo⁸⁰:

O regime constitucional estadunidense mostrou bem cedo uma precisa inclinação para soluções inspiradas no liberalismo moderado, revelando-se escassamente sensível ao tema da representatividade democrática e da dinâmica conflitual dos interesses sociais. Ao contrário, foi muito mais sensível ao tema, que estaria no centro do liberalismo aristocrático de Alexis Tocqueville, da necessidade de prevenir, em termos formais, a ameaça representada pelas maiorias parlamentares hostis às liberdades individuais. E o remédio cogitado, além de um tendencial enrijecimento da Constituição escrita, foi o recurso à judicial review os

⁷⁹ Cf. ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.20

⁸⁰ Idem, p.20

legislation e à atribuição, a partir da sentença do juiz Marshall no processo *Marbury v. Madison*, de 1803, de um controle de constitucionalidade sobre atos legislativos por parte da Corte Suprema.

Nesse contexto, percebe-se que o poder do Parlamento foi sensivelmente diminuído no modelo de Estado de Direito do *rule of law* americano. Entendeu-se que os juízes, mais técnicos e especialistas, poderiam melhor assegurar a correta aplicação do conteúdo constitucional, através de uma tutela imparcial e metapolítica dos direitos individuais, ao passo que, no *rule of law* inglês a tutela das chamadas “liberdades inglesas” era confiada à tradição secular da jurisprudência. Sem contar que, na Inglaterra, assim como no resto do continente europeu, as cartas constitucionais permaneceram flexíveis, à disposição do legislativo.

2.1.2.1.5

L'État de Droit

A reflexão sobre o Estado francês remonta Jean Bodin sobre o conceito de soberania. Esta, tida como potência absoluta que se exerce sobre um território e população. O soberano, por sua vez, pode ser o monarca (solução preconizada por Bodin) ou pode ser o povo (a “vontade geral” preconizada por Rousseau). Mas, ambos os casos, o detentor da soberania está no ápice da hierarquia e fixa as regras que são aplicáveis a todos. Rousseau, nesse sentido, expôs que *a essência da potência soberana é de não poder ser limitada; ela pode tudo ou ela não é nada*. É esta ideia de um poder ao qual não se impõe nenhuma regra que é progressivamente contestada. De acordo com o pensamento contra-revolucionário, de início, quem clama às tradições e aos corpos intermediários do Antigo Regime que limitam a potência do Estado central e do monarca. Já para os teóricos do direito natural, as leis devem ser conformes ao direito natural para serem legítimas. A ideia de que a soberania, seja nacional ou popular, deve se exercer sem limites pode explicar por que na França nenhum controle de constitucionalidade existiu antes da V República.

A doutrina atribui a Raimond Carré Malberg⁸¹ a formação de uma teoria sobre o Estado de Direito nas primeiras décadas do século XX (tida como tardia pela doutrina), no contexto da Terceira República. Esta teoria sofreu clara influência da teoria alemã e também da norte americana. Carré Malberg *tenta, substancialmente, fazer uma síntese entre essas duas experiências que possa ser aplicada às instituições francesas*⁸².

Assim como para os juristas alemães, a tutela dos direitos subjetivos, para Carré-Malberg, é o objetivo central do Estado de Direito que, para esse fim, “autolimita” o seu poder soberano, submetendo-o a regras gerais, válidas *erga omnes*. Nas palavras do teórico francês:

*L'Etat de droit est un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques*⁸³.

Esta concepção de um Estado submisso ao direito, destaca uma dificuldade maior, qual seja, é o Estado que produz o direito ao qual ele está submetido. Em outras palavras, se o Estado é soberano, como sua ação pode estar limitada? Várias são as respostas que podem ser apresentadas. Os teóricos alemães estabeleceram como premissa o conceito de auto-limitação: o Estado é soberano, mas ele aceita, por si só, submeter-se a uma ordem jurídica que ele não pode decidir de sobrepor sob pena de ruir suas próprias bases de ação. Por sua vez, a tradição francesa repousa sobre uma aproximação dedutiva. No topo da hierarquia encontra-se a Declaração de Direitos do Homem que reconhece direitos naturais, inalienáveis e até mesmo sagrados, depois está a Constituição, as leis e os demais textos regulamentares. Nesta perspectiva, é a conformação do conteúdo das leis aos princípios fundadores dos Direitos do Homem que definem o Estado como de Direito. Durante muito tempo, entretanto, a ausência de controle de

⁸¹ MALBERG, Raimond Carré. *Contribution a la théorie general de l'État*. Paris: Sirey, 1920-19

⁸² Cf. ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.23

⁸³ MALBERG, Raimond Carré. *Contribution a la théorie general de l'État*. Paris: Sirey, 1920-1922. p.140

constitucionalidade a depreciar o acabamento do Estado de Direito e a França a denunciar fortemente a potência parlamentar no exame da conformidade das leis com a Constituição⁸⁴. Hans Kelsen, teórico de ponta do positivismo jurídico, considera que a fórmula *Estado de Direito* é pleonástica, pois as normas jurídicas são necessariamente produzidas pelo Estado. Para Kelsen, há identidade entre o Estado e o Direito. A produção de regras de direito não está submissa a restrições de forma (hierarquia das normas sem consideração de seu conteúdo. De acordo com seu ponto de vista, todo Estado é um Estado de Direito. Entretanto, Kelsen é levado a afirmar que esta afirmação é verdadeira na teoria; de fato, só podemos falar em Estado de Direito no qual os governantes são responsáveis por seus atos, os tribunais são independentes e os cidadãos tenham garantidos um determinado número de direitos⁸⁵.

2.1.3

O Estado de Direito

Fundamentalmente, um Estado de Direito significa que os poderes públicos devem ser exercidos sobre balizas estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Apesar das críticas sofridas pelo conceito e até mesmo um questionamento sobre sua existência⁸⁶, não se pode desprezar a relevância dos princípios informadores do Estado de Direito e sua relevância na história do homem, sobretudo no que tange às luas seculares para sua concretização.

Podemos remontar a Platão e Aristóteles a concepção de um poder submetido a uma ordem superior. Entretanto, é sobremaneira no fim da Idade

⁸⁴ Na França, o surgimento do Conselho Constitucional pela Constituição de 1958 constituiu uma das maiores inovações. Em 1971, o Conselho Constitucional estendeu sua competência integrando o “*bloc de constitutionnalité*” o preâmbulo da Constituição de 1958 e, por consequência, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ao qual seu preâmbulo fez referência. Se alguns autores consideram que tal fato se tratava de um progresso do Estado de Direito, outros afirmam que, ao contrário, esta decisão prende as instituições “*sur la pente glissante du gouvernement des juges*” Nesse sentido: TERRÉ, François: *Introduction générale au droit*. Paris: Dalloz. 5ème édition, 2000. p. 95.

⁸⁵ M. Troper. *Sur le concept d'Etat de droit*. Droits, 1992, n°15. p. 59

⁸⁶ TROPER, Michel. *Le Concept d'État de Droit*. Paris; Presses Universitaires de France, 2001, pp. 267-281.

Média que ela ganha maiores contornos. De acordo com Bobbio, em tal sistema, os homens seriam livres porque não são submetidos à vontade e caprichos de seus governantes, mas somente às leis⁸⁷. Nos últimos anos, a expressão “Estado de Direito” conheceu alguma sorte de matizes, nesse sentido:

Apelar-se ao Estado de Direito pode servir, conforme os pontos de vista, para opor liberdade ao totalitarismo, ou para reivindicar a importância dos direitos ou, ainda, para exaltar a autonomia dos indivíduos contra a intromissão da burocracia.

Ao analisar o Estado de Direito, um esboço histórico nos levaria a buscar as nuances, ou a fórmula deste ente no chamado “Stato di diritto” na Itália ou do “Rechtsstaat” alemão, “État de Droit” francês ou o “Rule of Law” inglês. Pietro Costa propõe, o que ele denomina de pontos cardeais do Estado de Direito que devem ser encontrados em todos os seus modelos, independentemente do país no qual o mesmo seja adotado, quais sejam: *o poder político (a soberania, o Estado), o direito (o direito objetivo, as normas), os indivíduos*⁸⁸. Seriam estas três grandezas que possibilitariam os sentidos do Estado de Direito, uma vez que este se daria através de uma conexão entre Estado e Direito. Conexão esta que se manifesta, em geral, vantajosa para os indivíduos, nesse sentido: *O Estado de Direito apresenta-se, em suma, como meio para se atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do direito) no “poder” com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos*⁸⁹.

Desta forma, podemos concluir que cumpre ao Estado que se diz de Direito, proporcionar uma situação de vantagem para o indivíduo que se dá através da concretização de um leque de direitos dos quais o indivíduo passa a ser o titular. Desde sempre, a ideia do Estado de Direito está ligada a uma ideia de limitação do poder e promoção do indivíduo. Marcelo Leonardo Tavares afirma que *o significado fundamental contemporâneo da expressão indica sempre a*

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. 11a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, pp. 95 e 96.

⁸⁸ COSTA, Pietro. *Op cit.* p. 96.

⁸⁹ *Ibidem*.

*tentativa de limitar a atuação do poder em favor da liberdade do indivíduo*⁹⁰. Mas, a partir de quando podemos falar em Estado de Direito?

Blandine Barret-Kriegel, em sua obra *L'État et les esclaves* identifica como origem do Estado de Direito, o surgimento dos Estados modernos, organizados e, ao menos em tese, limitados pelo direito, com a primeira afirmação das grandes monarquias nacionais⁹¹, entretanto, embora legítima, estamos com Pietro Costa no sentido de que é possível atribuir ao problema do Estado de Direito uma dimensão temporal mais ampla, mais propriamente coincidente com a história político-intelectual do ocidente, uma vez que é nesta que surge o que, para nós é uma das temáticas centrais do Estado de Direito, qual seja, a inevitável tensão (e inevitável conexão) entre poder e direito⁹². Tal autor italiano, propõe um corte temporal-circunstancial em três etapas, as quais exporemos em apertada síntese ao leitor, *in verbis*:

Proponho uma divisão em três “tempos”, que apresento em ordem de decrescente proximidade com o nosso tema. O primeiro tempo é a história, em sentido estrito, do Estado de Direito: é uma história que tem início desde o momento no qual existe a expressão lexical em questão, quando diante do grande e recorrente problema da relação entre poder, direito e indivíduo não só se define uma solução peculiar, mas se encontra para ela também um nome correspondente (exatamente, o Estado de Direito). Existe, contudo, para nossa “fórmula” também uma pré-história: ou seja, os contextos e os tempos nos quais, embora ainda faltasse o “nome”, já existia a “coisa”, isto é, são reconhecíveis os traços de uma posição que encontrará no Estado de Direito a sua explícita formulação. A pré-história do Estado de Direito, como o conjunto das condições próximas que tornaram possível o seu surgimento, é portanto, o segundo tempo do nosso acontecimento. Ainda mais atrás abre-se o terceiro tempo: um tempo no qual a tematização da relação poder/direito é, sim, rica e completa, mas também culturalmente muito distante das visões político-jurídicas que constituíram a precondição (a pré-história) da expressão (e do conceito) de Estado de Direito.

Assim, ainda que assumindo que o deslinde destas etapas ou “tempos” não tenham se dado de maneira linear e estanque, tais como elos de uma corrente na qual o um remete-se e liga-se, necessariamente, ao precedente, uma vez que seu horizonte de sentidos continua a se colocar. Da mesma forma, não podemos

⁹⁰TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18.

⁹¹BARRET-KRIEGEL, Blandine. p. 27 ss.

⁹²Nesse sentido, COSTA, Pietro. Op. Cit. p. 99ss.

reconduzir estes remotos precedentes à uma banalidade, uma vez que podem promover a alteração no decorrer do tempo do modo de entender o Estado.

Desta feita, uma vez definido que o Estado de Direito se insere na exigência de limitar a força do poder, se é a expressão de confiança e promoção dos indivíduos, sua gama de sentidos coloca-se em um horizonte espaço temporal amplo, incluindo desde o mundo antigo até a cultura medieval⁹³. A ideia em torno do papel da lei, a tensão existente entre seu caráter geral e as singularidades, o contraponto entre a decisão despótica e o respeito a uma ordem normativa são temas fortemente presentes na reflexão antiga e herdados, aprofundados e transformados pelo mundo medieval.

Como já mencionamos, tanto Aristóteles quanto Platão já discutiam os problemas envolvendo as formas de governo que giravam basicamente em torno da lei. Este último, não era grande admirador do governo conforme as leis, afirmando que:

se fosse possível confiar o governo a quem, possuindo a arte de governar, fosse capaz de realizar a justiça, as leis não serviriam; mas, visto que um rei não nasce nos Estados do mesmo modo no qual nasce nas colmeias, único a sobrepular sem dúvida em corpo e alma, é inevitável dar importância ao momento da lei, a ponto de identificar para as três formas de governo (monarquia, aristocracia, democracia), o seu contrário, em relação ao fato de ser um, poucos ou muitos que governem “segundo as leis ou contra as leis”⁹⁴.

Deste modo, podemos observar que, ainda que Platão não seja completamente fiel a um governo de leis, estas são imprescindíveis, no mínimo, para definir qual a forma de governo instaurada.

A seu turno, Aristóteles em sua Política introduz o tema da soberania da lei: *racional, portanto, pareceria a censura de quem afirma que tal democracia não é uma constituição. É preciso, de fato, que a lei regule tudo em geral e os magistrados em particular: eis aquilo que se deve considerar uma constituição*⁹⁵.

⁹³Nesse sentido, Costa, Pietro. Op. Cit. p. 99.

⁹⁴Platão. Político, p. 301-302.

⁹⁵Aristóteles. Política, IV, p. 4.

2.1.3.1

Crise do Estado de Direito

Diante do precário funcionamento das estruturas “garantistas” dos direitos do homem no mundo ocidentalizado põe-se em xeque Estado de Direito, levantando-se uma discussão sobre sua crise. Os possíveis modelos de Estado de Direito estão hoje em crise⁹⁶. A amplitude desta crise dá-se, sobretudo pelos processos de globalização que tornaram esmagador e incontrolável o terrorismo global, sem contar o uso desmedido e despótico de poderes estatais através de suas decisões arbitrárias. Nesse sentido:

Estão sob a acusação de guerra, a pena de morte, a tortura, os maus tratos carcerários, o genocídio, a pobreza, as epidemias, as regras do comércio internacional, dívida externa que sangra os países mais pobres, a exploração neoescravocrata dos menores e das mulheres, a opressão racista de povos marginalizados – dos palestinos aos curdos, aos tibetanos, aos indo-americanos, aos ciganos, aos aborígenes africanos e australianos – a devastação do ambiente natural⁹⁷.

Estamos com Pietro Costa no sentido que o que traduz essa crise pode ser colocado em dois pontos, quais sejam: *os fenômenos de complexificação social dentro das áreas das sociedades industriais avançadas e dos processos de integração em escala regional – União Europeia – e em nível global*⁹⁸. No primeiro ponto podemos encontrar a crise da capacidade reguladora dos ordenamentos jurídicos estatais e a decrescente efetividade da proteção dos direitos subjetivos. No segundo ponto, o tema central é o desmantelamento da soberania dos Estados nacionais e a preponderância de poderes e sujeitos transnacionais que se subtraem à lógica da difusão e diferenciação do poder.

É claro que a crise da qual falamos, ao menos nas sociedades complexas do Ocidente, não se trata de uma crise dos pressupostos filosóficos do Estado de Direito, pelo contrário. O colapso do socialismo real e um certo esgotamento da

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In COSTA, Pietro. *et al.* (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 439.

⁹⁷ Costa, Pietro. Op. Cit. p. 71.

⁹⁸ Ibidem.

teoria marxista fizeram com que o processo de individualismo se agigantasse, de modo a demandar uma proteção cada vez maior da privacidade:

O que parece estar em crise é, antes, a “capacidade reguladora” do ordenamento jurídico, ou seja o rendimento em termos de efetividade normativa das prescrições de lei, procedentes dos diversos órgãos que desempenham – ou deveriam desempenhar – funções legislativas⁹⁹.

O individualismo se propaga e, com ele, a demanda por novos regramentos que o direito – ao contrário da economia, tecnologia e outros subsistemas dotados de alta capacidade de autoprogramação e autocorreção – não consegue acompanhar, gerando uma crise inflacionária do direito, que traz consigo a desvalorização, redundância e instabilidade normativa. Ferrajoli entende que, neste caso, a crise investe o Princípio da Legalidade, norma de reconhecimento própria do Estado Legislativo de Direito (Estado de Direito Fraco ou Formal), de um viés de “mera legalidade”. Nesse sentido, destaca a questão do direito penal que, em particular, sofreu especial expansão desproporcional à sua eficiência e garantia:

Na Itália ainda está em vigor o código Rocco de 1930, ao qual em meio século de República acrescentou-se uma infinidade de leis de execução, de emergência e de ocasião, produzidas por um uso político e conjuntural do direito penal, capaz apenas de exorcizar os problemas: da legislação antidroga às inúmeras leis ditadas pela ininterrupta emergência, inicialmente terrorista, depois mafiosa, em função do seu valor simbólico¹⁰⁰.

Não é exercício difícil transportarmos para a realidade brasileira as colocações de Ferrajoli, no que tange à legislação penal. Vivemos em um cenário de inflação legislativa, no qual é dado ao Direito Penal um papel protagonista na promoção da paz social e da segurança. A todo momento a mídia e o senso comum cobram leis mais severas, penas mais duras, como se estas fossem a panaceia dos problemas sociais, estes criados sim por uma distribuição de renda injusta, falta de educação, saúde, saneamento básico, condições minimamente dignas de subsistência. Poderíamos lançar mão de vários diplomas legais para

⁹⁹ Costa, Pietro. Op. Cit. p. 72.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In COSTA, Pietro. *et al.* (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 440.

corroborar nosso posicionamento. Escolhemos a Lei 10.792/2003 que, dentre outras medidas, instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado.

No caso do citado diploma legal conseguimos vislumbrar claramente esta crise da Legalidade a qual menciona Ferrajoli. Crise esta que se manifesta, dentre outras formas, nas imprecisões e ambiguidades de termos, senão, vejamos:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione **subversão da ordem ou disciplina internas**, sujeita o **preso provisório, ou condenado**, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

(...)

§ 1o O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar **presos provisórios ou condenados**, nacionais ou estrangeiros, que apresentem **alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade**.

§ 2o Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam **fundadas suspeitas** de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. [grifo nosso]

Pela análise das expressões em destaque, verifica-se a previsão de termos vagos, que remontam a redação de alguns dispositivos do nazismo, como “fundadas suspeitas”, “alto risco para a ordem e segurança”. Como poderíamos definir o que seria um preso que represente “alto risco”, aliás, não caberia a nós definirmos, mas, sim, ao legislador, em obediência ao Princípio da Legalidade, mais especificamente da Taxatividade ou Legalidade Estrita:

Mas a incerteza semântica das normas atingiu formas de verdadeira inconsistência com legislação especial do período republicano, que produziu uma ulterior dissolução da língua penal com inteiras paginas de longos artigos de lei, intrincados labirintos normativos, referências descoordenadas e contraditórias, fórmulas obscuras e de polivantes, fruto normalmente de escolhas comprometedoras, ou pior, da opção de confiar as escolhas normativas à aplicação judiciária¹⁰¹.

Assim, neste mesmo dispositivo vislumbramos a crise do Estado de Direito, quer no aspecto formal quer no substancial, uma vez que no primeiro aspecto a Legalidade encontra-se claramente afrontada e, no segundo, os mandamentos substanciais de aplicação e obediência aos princípios fundamentais

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In COSTA, Pietro. *et al.* (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 440

também o é. O efeito dessa afronta é um direito penal máximo, maximamente estendido, maximamente antigarantista. Neste diapasão, podemos enxergar uma crise mesmo no Estado legislativo de Direito, pois a Legalidade está ameaçada.

Outro fator que é apontado por Ferrajoli como uma crise do Estado constitucional de Direito é o fim do próprio Estado Nacional como monopólio exclusivo da produção jurídica, caracterizado pelo surgimento de entidades como União Europeia e as Nações Unidas. Nesse sentido, escreve Ferrajoli:

Por um lado, a União Europeia é ainda um ordenamento jurídico e politicamente amorfo, cujas características contradizem ambos os princípios do constitucionalismo democrático: a representatividade política dos órgãos da União dotados de maiores poderes normativos e a rígida subordinação das suas decisões a um controle de validade claramente fixado na tutela dos direitos fundamentais. Por outro lado, o processo de integração europeia deslocou para fora dos Estados nacionais os lugares de decisão reservados tradicionalmente à soberania dos Estados: não só em matéria econômica e monetária, mas também em questões de relações comerciais, de imigração, de defesa dos consumidores, de proteção do ambiente e de políticas sociais¹⁰².

Assim, a questão da soberania no atual cenário político merece uma análise de forma a chegar-se em uma situação que dê conta de abarcar a atual configuração dos Estados. Uma questão que está longe de ser solucionada com antigos conceitos de soberania. Como trabalhar, por exemplo, o controle de constitucionalidade sobre as fontes comunitárias? Não restam dúvidas que o mesmo queda-se enfraquecido. Expressões como “princípio da legalidade” e “reserva de lei” estão, progressivamente, perdendo o sentido diante das legislações comunitárias.

Por fim, a questão da globalização que impede um processo de integração econômica mundial pode redundar em um enfraquecimento ou quiçá esmorecimento da definição de direito público, fruto da falta de limites, de regras e controles.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In COSTA, Pietro. *et al.* (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 442

Na falta de instituições à altura das novas relações, o direito da globalização vai se moldando sempre mais, em lugar das formas públicas, gerais e abstratas da lei, às formas privadas do contrato, sinal de um primado incontestável da economia sobre a política e do mercado sobre a esfera pública¹⁰³.

Isto posto, podemos afirmar que o declínio dos Estados nacionais, a perda do papel normativo do direito, a proliferação e confusão das fontes, a perda de eficácia do princípio da legalidade, tanto no aspecto formal como substancial, e a crise da política e da sua capacidade projectual, estão, portanto, minando o Estado de Direito em seus dois paradigmas, a saber: o legislativo e o constitucional.

Pensar o Estado de Direito hoje requer mais que uma simples redução da análise da conformidade ou não das práticas estatais com o direito posto, com o conjunto ou sistema de regras estabelecido. Pensar o Estado de Direito é, antes de tudo, pensar sob o seu aspecto substancial, este sim, fruto de lutas seculares que ainda sangram em nossa história. A ditadura pela qual passamos a partir do Golpe Militar de 1964 estava abalizada por atos institucionais e por leis que tinham por objetivo formal a proteção da ordem constitucional ameaçada pelo comunismo.

A escravidão, uma das marcas mais cruéis da história da humanidade, foi estabelecida, aplicada e protegida pelo direito posto à sua época, malgrado o tratamento desumano perante nossos iguais. É este o conceito de Estado de Direito que almejamos? Seria o Estado de Direito meramente formalista ou legislativo como o *rechtsstaat* alemão ou um *État de Droit* sob os moldes de ideais revolucionários que consagram a obediência e eficácia dos direitos fundamentais?

Por fim, a parte que nos “cabe neste latifúndio”, não é negar a existência ou mesmo buscar sua superação, mas, antes, travar um verdadeiro debate que demonstre quais os modelos possíveis de Estado de Direito e qual o modelo desejável para nosso contexto, de modo que o Estado de Direito possa se

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In COSTA, Pietro. *et al.* (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 448

configurar mais em um ser que um dever ser. Mais plenamente eficaz e menos programático.

2.1.4

Do Estado de Exceção

Uma vez realizado um modesto escorso sobre o Estado de Direito, cabenos agora a tarefa de debruçarmos à análise dos momentos nos quais, apesar da Constituição e todo seu esforço programático no sentido de proteção dos direitos fundamentais, a exceção é instaurada. Em outras palavras, nos momentos em que o poder é exercido para além da Constituição que se mostra incapaz de controlar, de arregimentar os conflitos que surgem no mundo real ou de manter a chamada “ordem politico-social”. Neste momento, surge o ente que ficou denominado como Estado de Exceção.

Konrad Hesse, nos aponta que:

Um estado de exceção verdadeiro ou, como hoje soa a designação predominantemente empregada, ‘situação de emergência estatal’, nasce em todos os perigos sérios para a existência do Estado ou a segurança e ordem pública, que não podem ser eliminados pelos caminhos normais previstos pela Constituição, senão cujo rechaço ou eliminação somente com meios excepcionais é possível¹⁰⁴.

Embora valiosa por alguns aspectos, sobretudo, formais, para os parâmetros desta investigação, a conceituação de Hesse não será a utilizada, uma vez que se mostra insuficiente para a correta compreensão temática. Elegeremos, então outros marcos teóricos para trabalharmos a categoria Estado de Exceção.

Uma possibilidade seria trabalhar com Giorgio Agamben que, ao findar seus trabalhos em *Homo Sacer*, se lança a analisar o vínculo entre o poder soberano/político e a vida nua. Agamben, como veremos adiante, se aproxima de Foucault para “terminar” uma análise não acabada pelo mesmo. Agamben adota a

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 526.

tese segundo a qual viveríamos em um “Estado de Exceção permanente”, nesse sentido:

O estado de exceção atingiu nos dias de hoje seu maior desenvolvimento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser impunemente esquecido e contradito por uma violência governamental que, ignorando no plano exterior o direito internacional e produzindo no interior um estado de exceção permanente, pretende, entretanto aplicar ainda o direito¹⁰⁵.

Para Agamben, *a exceção é aquilo que não se pode reporter; ela subtrai-se à hipótese geral, mas ao mesmo tempo torna evidente com absoluta pureza um elemento formal e especificamente jurídico: a decisão*¹⁰⁶. Nesse momento, o filósofo italiano toca a questão que tangencia a exceção: a soberania, visto que, parafraseando Carl Schmitt, quando inaugura sua Teologia Política, *soberano é quem decide sobre a exceção*. Continua o autor:

Todo direito é “direito aplicável a uma situação”. **O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade. Ele tem o monopólio da decisão última. Nisto reside a essência da soberania estatal**, que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão, onde o termo decisão é usado em sentido geral que deve ser ainda desenvolvido. O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) **a autoridade demonstra que não precisa do direito para criar o direito**¹⁰⁷. [grifo nosso]

Assim, o estado de exceção estaria imerso na controvertida relação de acordo com a qual seria um gesto pelo qual se suspende o direito para salvá-lo ou protegê-lo, mais precisamente, para Agamben, o lugar onde a violência e o direito se unem. Para Carl Schmitt, seria o lugar de indiscernibilidade caracterizado pela existência política do homem, surge o fato que nenhuma norma jurídica pode ser aplicada por ela mesma. Agamben, citando Schmitt, elucida:

Schmitt mostra que elas são irreduzíveis, no sentido que a decisão nunca pode ser deduzida da norma sem deixar resto (restlos) (Schmitt, 1922, p.11). Na decisão sobre o estado de exceção, a norma é suspensa ou completamente anulada; mas o que está em questão nessa suspensão é, mais uma vez, a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma (“deve-se criar a situação em que

¹⁰⁵ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Boitempo, p. 146

¹⁰⁶ AGAMBEN, Giorgio. O Poder Soberano... op. cit. p. 23.

¹⁰⁷ SCHMITT, Carl, apud AGAMBEN, op. cit. Embora seja de fácil acesso, esta citação indireta de Carl Schmitt se justifica uma vez que no texto de Agamben sua colocação se mostra mais clara que aquela encontrada na obra original.

possam valer [gelten] normas jurídicas” (ibidem, p. 19]). O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real.

Podemos então definir o estado de exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. Mas também nessa zona extrema, ou melhor, exatamente em virtude dela, os dois elementos do direito mostram sua íntima coesão¹⁰⁸.

Assim, Schmitt buscou articular esta dicotomia, diferenciando *norma de direito* e *norma de aplicação do direito* em sua obra “Ditadura”, de 1921, mais especificamente quando trabalha o conceito de ditadura comissária que, em breve síntese, seria a ditadura imposta para salvar a democracia, seria a suspensão da constituição para protegê-la. Depois, em sua Teologia Política de 1922, ele continua a distinção, desta vez, entre *norma* e *decisão*. A tensão entre a norma e sua aplicação culmina no estado de exceção no qual o vínculo originário entre direito e política, entre validade da norma e violência da norma é temporalmente destacada. Para Agamben, existe uma fratura insuperável neste pensamento de Schmitt, uma vez que a aplicação da norma é sempre *violência pura*.

Se buscarmos na obra de Agamben uma genealogia do Estado de exceção, veremos que uma das questões nodais de sua obra é justamente a compreensão da relação que une e, ato contínuo, abandona, o ser vivo, apenas como tal, ao direito¹⁰⁹. Para o autor, se buscarmos ao longo do século XX, poderemos visualizar que os regimes políticos totalitários se destacaram por colocar em prática o estado de exceção permanente, utilizado como técnica de governo. Em outras palavras, a suspensão do direito tornou-se normal, quando deveria, quando muito, ser excepcional:

No decorrer do século XX, pôde-se assistir a um fenômeno paradoxal que foi bem definido como uma “guerra civil legal” (Schnur, 1983). Tome-se o caso do Estado nazista. Logo que tomou o poder (...), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o Decreto para a proteção do povo e do Estado, que **suspendia** os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. **O decreto nunca foi revogado**, de modo que todo o **Terceiro Reich pode ser considerado**,

¹⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção: Boitempo, p. 52

¹⁰⁹ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção: Boitempo, p. 12.

do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos.¹¹⁰[grifo nosso]

Assim, a implementação desse “estado de emergência”, ainda que não formalmente implementada, espalhou-se – justamente em face da questão biopolítica enfrentada mais adiante – inclusive para os regimes chamados de democráticos contemporâneos, são as palavras do filósofo:

(...) a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, **o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea.** Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo¹¹¹.

Muitos são os exemplos contemporâneos para o estado de exceção, ainda que em Auschwitz ele tenha se manifestado em sua forma mais nua, outros exemplos não faltam como as salas/zonas de espera dos aeroportos, a instauração de Guantânamo, um dos grandes pesadelos da contemporaneidade, no plano brasileiro, as incursões nas favelas, o poder cru que é exercido cotidianamente contra os seres vivos, os vida nuas.

Para apoiar sua tese, Giorgio Agamben reconstitui o debate entre Schmitt e Walter Benjamin sobre o estado de exceção, através de uma releitura do ensaio publicado por este último em 1921, *A Crítica da Violência* e a Teologia Política.

¹¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*: Boitempo, p. 12-13

¹¹¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*: Boitempo, p. 12-13