

EXCESSO, TÉCNICA E EXCEÇÃO: NOTAS CRÍTICAS AO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO

EXCESS, TECHNIQUE AND EXCEPTION: CRITICAL NOTES ON THE CONCEPT OF RULE OF LAW

Macell Cunha Leitão*

RESUMO

O artigo tem o objetivo de analisar criticamente o conceito de Estado de direito, desvelando os valores e interesses contidos na ideia de que a atuação estatal na forma do direito constitui uma técnica que possibilita a contenção dos excessos inerentes ao poder. Com base na pesquisa bibliográfica sobre o tema, conclui-se que o conteúdo político desta técnica favorece noções de igualdade, autogoverno e de renúncia ao uso direto da força. Contudo, esses mesmos valores constituem uma “neutralidade de segundo grau” enquanto ilusão que legitima a exceção permanente. Desta forma, o trabalho contribui para a percepção do caráter ambíguo da luta pelo direito.

Palavras-chave: Teoria crítica; Estado de direito; estado de exceção; democracia; luta pelo direito.

ABSTRACT

The paper aims to critically analyze the concept of rule of law, revealing the values and interests contained in the idea that state action in the legal form constitutes a technique that makes it possible to contain the excesses inherent to power. Based on the bibliographic research, it is concluded that the political content of this technique favors the notions of equality, self-government and renunciation of the direct use of force. However, these same values constitute a “second degree neutrality” as an illusion that legitimizes the permanent exception. In this way, the article contributes to the perception of the ambiguous character of the struggle for law.

Key-words: Critical theory; rule of law; state of exception; democracy; struggle for law.

INTRODUÇÃO

Poucos conceitos parecem adquirir tamanho grau de consenso na sociedade complexa e plural em que vivemos quanto o de Estado de direito. Mesmo as forças políticas que ameaçam a democracia ou que atentam contra a autonomia das instituições públicas afirmam retoricamente seu compromisso com este ideal que foi positivado pelo legislador constituinte como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, *caput*). Como todas as noções que adquirem um elevado nível de adesão social, tal

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Centro Universitário Uninovafapi (UNINOVAFAPI) e do Instituto de Ensino Superior ICEV (ICEV). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0874951812504064>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3213-6263>. E-mail: macellbr@hotmail.com.br.

conceito carrega consigo uma vagueza que permite sua instrumentalização para diferentes fins. Não por acaso, no mundo ocidental, defender o Estado de direito equivale a aderir ao curso do progresso civilizatório, excluindo do debate qualquer interjeição crítica à sua forma.

Sempre que uma ideia profundamente importante para o nosso modo de vida adquire tamanha “naturalidade” pode-se entender que dois fenômenos ocorreram e os objetivos do presente estudo estão ligados exatamente a eles. Em primeiro lugar, para que uma configuração específica do poder seja aceita sem maiores reflexões é preciso que seu caráter histórico tenha se perdido. Isto é, que um instrumento, criado em dado momento para atender a interesses específicos de uma época, pareça indispensável para a regulação das relações sociais como um todo. Em segundo lugar, esta ferramenta conceitual deve parecer neutra às diferentes concepções de mundo, camuflando as oposições entre as classes e o conteúdo inevitável que toda forma carrega consigo.

Considerando o propósito do pensamento crítico de analisar os interesses que estão colocados mesmo nas práticas sociais mais naturalizadas com vistas à construção da emancipação humana, o presente trabalho propõe um resgate do conceito de Estado de direito. Para tanto, inicia por uma análise sobre aspectos históricos do surgimento do capitalismo na Europa que demandaram tanto a necessidade de concentração do poder em um ente capaz de monopolizar a violência quanto a construção de estratégias para limitação do seu excesso inerente.

Em segundo momento, ainda sob o ponto de vista do debate teórico-político da época, são apresentadas as razões pelas quais o Estado passa a ser constituído na “forma do direito”. Conforme ficará claro para o leitor, tais razões não devem ser entendidas como corretas ou erradas em si mesmas, mas como uma construção discursiva que atendia aos interesses e necessidades da burguesia enquanto classe social em ascensão. Esta seção desenvolve ainda a percepção que a juspublicística do período tinha sobre o objeto que estava sendo gestado, demonstrando a importância dada à “força real” e à “opinião pública”. Elementos frequentemente esquecidos no debate contemporâneo sobre o tema, excessivamente preso ao normativismo.

Por fim, o trabalho adentra no aspecto substancial do argumento que consiste em perceber as implicações subjacentes à forma jurídica tal como foi pensada e articulada historicamente. Ao tempo em que a ideologia dominante procura retirar o componente político da técnica, realiza-se aqui o momento inverso no sentido de entender os significados presentes na pactuação de um contrato. Ou, em outras palavras, quais os conteúdos éticos necessários ao esforço de atar o poder através de vínculos formais. O resultado dessa operação não poderia ser mais *ambíguo*, pois as garantias do Estado de direito que favorecem noções importantes como as de igualdade, autogoverno e pacificação são as mesmas que constroem a falsa percepção de abertura aos diferentes interesses sociais, ignorando o caráter estrutural e permanente da exceção.

Os interesses materiais no processo de centralização do poder

Nos marcos da modernidade, o direito passa a ser compreendido fundamental-

mente como atributo do Estado em sua pretensão de monopolizar o exercício legítimo da força¹. A despeito daqueles que insistem em nossos tempos na defesa de um direito natural, ou mesmo de um pluralismo jurídico, procura-se pensar aqui sobre o direito como categoria teórica e/ou prática social que constitui determinada racionalidade para a violência exercida pelo aparelho burocrático estatal². Por sua vez, para interpretar seu modo de funcionamento, é preciso considerar as suas próprias pretensões normativas. No período da ditadura civil-militar no Brasil, por exemplo, existia uma ordem jurídica vigente, entretanto, os sujeitos que lutavam por uma transformação social não cogitavam utilizar tal ordenamento como estratégia para conquistas políticas efetivas. Desse modo, antes de qualquer leitura de realidade, é preciso compreender os discursos que se propõem a explicar e justificar a forma direito que foi institucionalizada no Brasil a partir da Constituição de 1988.

O artigo primeiro da carta que consolidou este novo modelo de exercício do poder estatal declara constituir um Estado democrático de direito. Esta significativa decisão política dos legisladores constituintes não pode ser naturalizada, como se existisse uma marcha do progresso histórico que todos os povos devessem seguir sob pena de estarem condenados ao atraso civilizatório. A instituição formal de um Estado de direito no Brasil, que passou a orientar o discurso dos diferentes sujeitos políticos, revela um traço mais profundo do nosso modo de produção da normatividade jurídica, qual seja, a tendência à “transculturação”³ de instituições elaboradas a partir e para os problemas dos países centrais que colonizaram – e, por outras vias, continuam explorando – a América Latina e, em especial, o Brasil. Não sendo um resultado necessário de razões metafísicas, mas fruto de decisões humanas tomadas em contextos históricos específicos, as justificativas que inspiram o funcionamento do nosso sistema jurídico só podem ser compreendidas à luz da tradição política ocidental⁴.

¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. O projeto da modernidade e o direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 37, n. 147, 2000. p. 265. BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 84.

² Sobre o renascimento do direito natural no século XX, ver VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito; os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 310ss. Um viés crítico do pluralismo jurídico pode ser encontrado em WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 186ss.

³ Utiliza-se essa categoria em uma apropriação da crítica de Vera Andrade à dogmática jurídica. “[A] pesar de ser um produto histórico, o paradigma dogmático é marcado também por um potencial e uma vocação universalista, uma vez que ele se liberta, posteriormente, de sua estrutura histórica originária para ser recebido, certamente por um processo de transculturação, por diversos países da América Latina, incluindo o Brasil, entre outros, em cujo marco permanece também como o modelo normal ou oficial de Ciência Jurídica”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 26)

⁴ A pretensão intelectual de estudar o direito em um país colonizado exige atravessar os discursos que constituíram as pretensões normativas de instituições criadas pelos colonizadores, afinal, o Brasil foi engendrado enquanto periferia do sistema capitalista. Não se pode ignorar, portanto, que ele é parte desse todo. Por outro lado, não se procura realizar um trabalho sobre a história do Estado de direito. Consoante a crítica de Luciano Oliveira, não se trata aqui de um “universalismo a-histórico” (o conceito original é de Michel Mialle), mas de entender o modo pelo qual o direito adquiriu determinada forma na contemporaneidade. Cf. OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

Aqui se acrescenta outro problema para este estudo. O conceito de Estado de direito está em permanente disputa. Não existe um consenso teórico ou doutrinário sobre o que ele é ou deva ser. Assim como seu significado possui diferenças importantes nas várias culturas jurídicas em que encontrou assento, de modo que somente por aproximações pode-se equiparar fenômenos com características específicas. Não há um núcleo de sentido, ao mesmo tempo único e *a priori*, que possa ser descoberto para o “Rechtsstaat” alemão, o “État de droit” francês, o “Stato di diritto” italiano, o “Estado de derecho” espanhol, assim como o “Rule of Law” em seus modelos inglês e norte-americano⁵.

A pretensão de objetividade dessa investigação precisa considerar que o Estado e sua forma jurídica não correspondem a objetos físicos passíveis de verificação empírica⁶. Além do mais, os aspectos materiais do fenômeno não esgotam sua realidade. Assim como Deus ou o dinheiro, a existência do Estado de direito está associada a um conjunto complexo de práticas e de relações reais que não desaparecem tão somente porque conclui-se que não se dão à demonstração nem à experiência⁷. A interpretação da forma direito, nesse caso, precisa consentir com um movimento do pensamento entre os âmbitos do *ser* e do *dever-ser*, no qual os fatos concretos associados à prática social estudada se vinculam às suas pretensões normativas⁸. Mais do que definições explicativas, portanto, a teoria opera nesse caso de maneira “nomotética”, selecionando com certa margem de discricionariedade as experiências que serão consideradas como relevantes na construção do modelo⁹.

Por sua vez, essa relativa liberdade de decisão dos aspectos relevantes não pode levar o estudioso a ignorar as condições sociais, econômicas e políticas centrais que tornaram possível a própria emergência do problema que a forma jurídica liberal foi apresentada como apta a resolver. É equivocado, mesmo que por razões de sistematização

⁵ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado democrático de direito. *Cad. Esc. Legisl.* Belo Horizonte, v. 7, n. 12, 2004. p. 1308-1309.

⁶ Defender algo dessa natureza equivaleria a recair no equívoco “fiscalista” que, conforme explica Ronaldo Macedo Júnior, corresponde à seguinte postura no campo da teoria do direito: “O importante a reter, com respeito à teoria do direito fiscalista, é que ela busca, por um lado, conciliar a interpretação dos conceitos jurídicos fundamentais em função de seus correlatos a fatos brutos ou a termos que possam ser retraduzidos em fatos brutos. Por outro lado, o jurista fiscalista (em especial o empirista) promove um esforço de descartar do âmbito da ciência do direito os termos e os conceitos que não passarem pelo ‘teste da conversão ou da tradução em termos de fatos brutos’. O que não passar pelo teste deve ser banido, por se tratar de ‘metafísica’ ou mera ilusão conceitual. Esse será um dos pontos centrais do programa filosófico tanto do positivismo jurídico em geral como do realismo escandinavo em particular”. (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Tese (livre-docência). Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2012. p. 51-52).

⁷ DEMIROVIĆ, Alex. Para que fim e de que forma criticar o Estado? Tradução de Luiz Philippe de Caux. *Revista Direito e Práxis*. [S.l.], v. 5, n. 9, 2014.

⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

⁹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9. Apesar da referência à história ser indispensável, o intérprete não se resume a ela, à medida que “uma coerente interpretação teórica do Estado de Direito deverá se empenhar, mais do que em uma minuciosa documentação histórica e filológica dos fatos particulares e da sua relativa literatura, em uma tentativa de identificar as referências de valor, as modalidades normativas e as formas institucionais que aproximam as diversas experiências que se referiram – ou foram referidas – à noção de Estado de Direito”. (Ibidem)

didática, entender o Estado de direito como o ápice de um processo evolutivo ou, ainda pior, tentar apresentá-lo como derivado de uma suposta lei da natureza¹⁰. Como ensinam Tigar e Levy, “a mudança jurídica constitui produto do conflito entre as classes sociais que procuram adequar as instituições de controle social aos seus fins e impor e manter um sistema específico de relações sociais”¹¹.

Entendido em sua acepção moderna como um ente racional, artificial, com unidades de comandos e de força e com um corpo de funcionários próprios e especializados, o Estado surge diante de um contexto histórico europeu em que as instituições sociais deviam assegurar as condições necessárias para a emergência do capitalismo.¹² A fragmentação da sociedade em feudos não era funcional para os primeiros comerciantes como classe social em ascensão. Um Estado centralizado não apenas amplia o raio das trocas comerciais, quanto permite a criação de normas uniformes e previsíveis que forneçam maior nível de segurança e garantia aos proprietários dos meios de produção para aumento e conservação de suas riquezas. Numa sociedade em rápida transformação, em que começa a declinar os modelos tradicionais de legitimidade, a previsibilidade do poder através de regras jurídicas formais funciona além do mais como uma justificativa para sua aceitação¹³.

Esse contexto permite ao Estado se apresentar como representante da coletividade em oposição à sociedade civil em que os indivíduos perseguem seus interesses particulares. A liberdade de negociação característica de uma ordem social pautada pelo comércio não se coaduna com o fato de que determinados indivíduos gozem de privilégios em virtude do nascimento. O Estado assume o papel de suposto garantidor da condição de igual liberdade de todos os indivíduos, sobretudo em relação aos contratos de produção e trocas de mercadorias. No fim das contas, essa liberdade negativa – tão abstrata quanto a moeda que servia para as transações nascentes – permitia que o aparato coercitivo estatal garantisse a propriedade privada daqueles que podiam detê-la. Os excluídos deste processo de modernização passam a vender sua força de trabalho, agora

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 30. É preciso manter uma postura crítica perante a tendência da teoria político-jurídica de matriz liberal em “naturalizar” o Estado de direito. Conforme nos ensina Alex Demirović, apesar de o reconhecerem como uma criação dos homens, “a partir do momento em que os princípios são conhecidos, seria possível compreender o Estado como uma instituição dada pela natureza, que reclama, de dentro para fora, determinadas ações e - caso seja correspondido - segue existindo, como a própria natureza, segundo leis eternas. Já das primeiras fundações burguesas modernas vem, portanto, um elemento de transitoriedade para a teoria do Estado”. (DEMIROVIĆ. Op. cit., p. 344).

¹¹ TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 13. Concordar com a tese da “luta de classes” como chave de leitura para a construção histórica do Estado de direito não significa ignorar a existência de dinâmicas e de processos sociais que estão além da sua lógica.

¹² BUZANELLO. Op. cit., p. 71. Concorda-se com Nelson Saldanha quando associa o Estado como sendo o Estado moderno: “Embora o termo ‘Estado’ seja passível de aplicação muito ampla, designando todo e qualquer tipo de associação política soberana que tenha existido na história, foi na evolução dos povos ditos ocidentais que a experiência do Estado colocou alguns problemas teóricos fundamentais; foi aí também que se deu o surgimento da palavra Estado, revelando a eclosão de um significado que se tornaria muito importante nos séculos modernos. Certos autores (entre os quais de certo modo Hermann Heller) pensam que somente o Estado Moderno corresponde à imagem contida naquilo que se chamou contemporaneamente “Teoria do Estado”. (SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário de teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 110)

¹³ STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 23-28. TIGAR; LEVY. Op. cit., p. 272. BUZANELLO. Op. cit., p. 71.

mercantilizada, como única forma que dispunham para sobreviver. Capturados fora pelo progresso que lhes prometia um futuro melhor, eles conquistam um tipo especial de igualdade em que são reduzidos a uma massa uniforme de relações anônimas e impessoais¹⁴.

A razão contratualista que justifica essa estrutura coercitiva defende que para garantir os direitos dos homens é necessário que cada indivíduo renuncie aos direitos naturais de que gozavam de maneira incerta antes da constituição da sociedade civil, convencionando a formação do Estado soberano: detentor exclusivo do poder de produzir e aplicar o direito que dispõe sobre a vida e a morte dos súditos. O direito racional surge de um pacto que, como condição formal da existência do Estado, funda um poder desvinculado de qualquer base social¹⁵. Ao tempo em que se afasta das *formas de vida* concretas, a força do direito – justificada na abstração de um contrato pactuado por poucos – pode incidir e incide como nunca sobre elas.

Uma técnica de controle dos excessos do poder

A burocratização do poder conquistado pelo Estado na modernidade capitalista europeia ainda não corresponde de maneira plena aos interesses da classe social em ascensão. Não apenas porque o poder econômico pode parecer pouco sem o poder político, quanto porque se inicia uma série de problemas em relação à forma de exercício deste poder monopolizado. Até a idade média, não existia uma administração pública capaz de interferir com intensidade na vida social¹⁶. A segurança jurídica para as trocas comerciais, adquirida através da organização hierárquica dos serviços internos do Estado, vem acompanhada de preocupação, cuidado e domínio do poder central sobre o “corpo social”. Paulo Bonavides destaca que, valendo-se da *salus publica* como pretexto para reforço dos laços de autoridade e consolidação do poder, o Estado de então buscava promover uma concepção de felicidade e de bem-estar social¹⁷. Como se não bastasse a profunda divisão que a nova condição de produção material e simbólica da vida submetia a todos, o aparato coercitivo recém formulado ameaça, com suas boas ou más vontades, até mesmo a pobre e frágil concepção de liberdade dos modernos.

Apesar de surgir no contexto do desencanto com a organização religiosa do universo, fundamentando pela primeira vez a ordem jurídica na decisão pactuada de sujeitos racionais, o Estado – escrito não por acaso em maiúscula¹⁸ – conserva em si as pretensões de um poder sem limites. No contexto das monarquias absolutistas, essa força se apresentava na apropriação que as autoridades estatais realizavam do próprio Estado

¹⁴ DEMIROVIĆ. Op. cit., p. 345-346. STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 29.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110. SILVA, Enio Moraes da. O Estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 167, 2005. p. 216.

¹⁶ STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 46-49. SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Revista Seqüência*. [S.l.], n. 55, 2007. p. 256.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008. p. 133-134.

¹⁸ Alexandre Nodari denuncia o que denomina de “espectro das Maiúsculas” que ronda a universidade, incluindo nesse rol desde o discurso sobre a arte (Cânone, Literatura) àquele sobre a metafísica (Absoluto, Universal) e, claro, a forma-Estado. (NODARI, Alexandre. Logos de Estado. *Sopro*. [S.l.], n. 88, 2013. p. 9).

como objeto de sua propriedade, fazendo surgir um poder de *imperium* como direito absoluto. O problema central passa a ser então definir *como* estabelecer controle ao poder, tendo em vista que a ideia que os homens devem ser governados aparece como uma “necessidade”¹⁹.

A primeira resposta para esta questão – que tem em John Locke seu máximo representante na modernidade – consiste em apoiar o limite ao poder mundano do Estado na teoria dos direitos naturais. De acordo com as diversas facetas do jusnaturalismo, o direito não pode ser estabelecido de acordo com a livre vontade dos detentores do poder, pois existem determinados direitos que todos os indivíduos possuem por sua própria natureza, de modo que –enquanto guardiões e não criadores do direito positivo – os governantes “devem descobrir esses princípios diretores de justiça na natureza do mundo, assim como descobrem as leis biológicas ou astronômicas, sem poder modificá-las”²⁰.

Além do grave defeito de se apoiar em um limite “externo”, na medida em que não estabelecem mecanismos para assegurar a liberdade negativa dos indivíduos diante da decisão estatal, estas teorias recaem no velho problema da cognoscibilidade dos direitos naturais. Não existe uma razão humana universal que identifique determinados direitos imutáveis independentes do tempo e do espaço. Essa possibilidade se torna ainda mais remota nas sociedades contemporâneas em que, diante do colapso das fundamentações tradicionais, emerge uma pluralidade cada vez maior de valores e de expectativas disputando posituação no aparato burocrático do Estado. Desse modo, por mais que um filósofo, um ativista dos direitos humanos ou uma multinacional estejam convictos de que determinados indivíduos ou grupos possuam um direito, somente através da *força* este poderá ser garantido em face da decisão estatal.

A segunda resposta – com forte influência de Jean-Jacques Rousseau – defende que o melhor modo de limitar o poder é garantir a participação de todos os cidadãos na formação de sua vontade. Para a vertente democrática, o remédio contra o abuso do poder se dá através da mudança incondicional de seu titular²¹. De fato, na consciência crítica dos reformadores setecentistas, a soberania, a lei e os direitos eram vistos como harmônicos. Para os homens da revolução, o poder tutela os direitos através da lei, traduzindo sua vontade racional nos direitos “naturalmente” pertencentes a todos os sujeitos. A imagem do corpo-social não poderia ser mais elucidativa nesse sentido:

Em relação à soberania o otimismo setecentista encontra na “filosofia” da revolução não só uma confirmação, mas uma caixa de ressonância: o consueto

¹⁹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Observações sobre as possibilidades de redefinição da categoria sujeito do direito. *Revista Sequência*. Florianópolis, v. 42, 2001. p. 54. STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 45. BONAVIDES. Op. cit., p. 135. BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4 ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 15-16. “O problema fundamental que preocupa os ‘constitucionalistas’ é o seguinte: se o príncipe tem um poder absoluto, pode abusar dele. Como se pode impedir o abuso do poder? Não se pode impedir, senão de um modo: *limitando-o*. Trata-se então de descobrir as várias formas para impedir o abuso do poder: as teorias políticas modernas estão todas voltadas para a busca de uma solução com relação a este problema”. (Ibidem, p. 15)

²⁰ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 75.

²¹ BOBBIO. Op. cit., p. 16.

círculo vicioso entre soberania, lei e liberdade é fortalecido pela nova imagem do titular da soberania, que remete não mais ao monarca (mesmo sendo iluminado), mas à nação, ao ente coletivo, ao “corpo”. Eixo principal da relação entre soberania e indivíduo torna-se então (por força das coisas, para além de “filológicas” filiações) o *páthos* “corporatista” do rousseauniano *Contrato social*: sendo o soberano o eu comum, o corpo coletivo, coincidindo os muitos com um único, a relação do sujeito com o soberano é regida pela convicção de que o “corpo não pode causar dano a seus membros”²².

Como se pode perceber, prevalece um otimismo em relação à soberania popular, compartilhada na convicção de que – enquanto expressão da Nação dos iguais – o soberano agirá necessariamente pelo “bem” do corpo político, seu próprio corpo. Pietro Costa ressalta que alguns revolucionários até levaram em consideração a possibilidade de degeneração “tirânica” das instituições. Entretanto, depositaram na *Declaração de Direitos*, posta no nível mais alto da legislação ordinária, “o melhor baluarte contra as leis injustas que os representantes da nação possam eventualmente proclamar”²³. Independente das divergências historiográficas sobre os acontecimentos deste momento político, o fato é que o “terror jacobino” representa um ponto de virada na confiança depositada na democracia como forma de limitação do poder do Estado. No contexto da revolução ameaçada, a relação entre a soberania, a lei e os direitos podem ser vistos sob a luz de suas próprias sombras²⁴.

Diante da situação de urgência que se coloca na luta pela salvação da revolução, o governo precisa estar pronto para golpear livre dos impedimentos, das lentidões e das abstrações das regras. Segundo os teóricos da revolução, em determinados momentos não é a lei que conta, mas a excepcionalidade exigida pela própria situação: “é o ‘estado de exceção’ o princípio que impõe a defesa terrorista da liberdade republicana: é a ‘necessidade’, é ‘a mais santa de todas as leis, a salvação do povo’ que legitima o governo revolucionário”²⁵. A violência deste período dissemina socialmente a percepção da periculosidade do poder, servindo para que intelectuais europeus – chamados posteriormente de liberais – fundem uma *estratégia da suspeita* em relação à democracia moderna. Para eles, a proteção contra a tirania da maioria exige restringir a possibilidade de definição soberana dos direitos, sobretudo, dos direitos de liberdade e de propriedade²⁶.

²² COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 104-105.

²³ Ibidem, p. 105.

²⁴ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 93. Esses acontecimentos guardam coincidência com aspectos presentes na teoria de Jean-Jacques Rousseau: “A República, na formulação de Rousseau, deve receber, por parte do indivíduo, uma submissão total. Este não possui direitos naturais inalienáveis que possa evocar para coibir os excessos do poder político e, consequentemente, da lei por ele produzida, na medida em que inquestionável é justamente a soberania do povo – apenas um outro termo para designar a vontade geral – como entidade distinta do cidadão, que encarna o único sujeito, o Outro absoluto, autorizado para dizer a lei”. (PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei*: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 289-290).

²⁵ COSTA. Op. cit., 2006, p. 106. Esta citação colaciona trechos de Robespierre.

²⁶ Ibidem, p. 106; 117-119.

Os riscos de excesso do poder ou, em alguns casos, o fato da burguesia não deter o pleno domínio do aparato coercitivo fortalecem o entendimento de que o controle do Estado deve ser interno, incidindo sobre a sua própria *forma* de exercício. A terceira resposta – com raízes na filosofia de Immanuel Kant – entende que, mais importante do que estabelecer o conteúdo das normas jurídicas que se aplica a todos, o Estado deve se ater a determinado modo de exercício do poder político. Em referência explícita ao filósofo de Königsberg e seus discípulos, a primeira utilização do sintagma “*Rechst-Staats*” aponta entretimentos para os fundamentos da doutrina do nexu originário entre o Estado e o direito: um *Estado que se constitui na forma do direito*²⁷.

Preocupado com a exigência iluminista de que o homem faça uso do seu próprio entendimento, Kant defende que o Estado não deve interferir na ventura humana para realização de sua concepção de “bem”. Enquanto instituição racionalmente necessária, o Estado é tanto mais perfeito quanto mais garante o direito, entendido como a soma das condições que permitem que os cidadãos possam unir suas escolhas de acordo com uma lei universal de liberdade. Um aspecto fundamental desta definição reside na compreensão de que a legalidade jurídica prescreve tão somente a *forma* através dos quais os indivíduos possam definir os conteúdos dos seus direitos, presumindo a liberdade e a igualdade da própria relação entre eles. O Estado e seu direito devem permitir que todos possam, segundo suas próprias capacidades e talentos, perseguir os fins que livremente se propõem. Desse modo, o Estado de direito – sem o uso dessa expressão no vocabulário kantiano – designa uma ordem essencialmente “neutra”²⁸ que, consoante à filosofia individualista do autor, visa assegurar, *ao menos formalmente*, o exercício da liberdade²⁹.

Nas palavras de Norberto Bobbio:

[A]tribuir caráter formal ao direito significa dizer que o direito prescreve não tanto *o que se deve fazer*, mas *como se deve fazer*. O que eu devo fazer para regular os meus interesses é indicado pela economia; o direito, com todas as suas prescrições, limita-se a me dizer como devo agir para alcançar, juntamente com os outros ou em concorrência com os outros, os meus fins; ou seja, limita-se a

²⁷ BOBBIO. Op. cit., p. 15; 69-70. ROSENFELD, Michel. Rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*. v. 74, 2001. p. 17. COSTA. Op. cit., p. 116-117. De acordo com Enio da Silva, pode-se classificar doutrinariamente o Estado de Direito de três formas: a) em sentido forte-existência de mecanismos constitucionais de controle do poder público de modo a evitar os seus excessos e a garantir as liberdades públicas fundamentais; b) em sentido fraco- Estado não despótico (dirigido não por homens, mas pelas leis); c) em sentido fraquíssimo- conforme Kelsen, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de Direito (SILVA. Op. cit., p. 219)

²⁸ Caso entenda-se neutralidade como ausência de valores, deve ficar claro que, em uma das principais versões da fórmula “*Rechtsstaat*” na Alemanha da primeira metade do século XIX, a ideia de Estado de direito está profundamente relacionada com a do povo alemão. Pietro Costa ensina sobre a significativa obra de Friedrich Julius Stahl: “Qualificar o Estado como Estado de Direito não significa ver nele uma realidade eticamente indiferente (de resto já excluído pelo vínculo histórico-espiritual que ele mantém com o povo)”. (COSTA. Op. cit., 2006, p. 122)

²⁹ KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: “O que é iluminismo?”*. Tradução de Artur Morão. Lusofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura. [ca. 2000] Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf. Acesso em 21 mar. 2011. BONAVIDES. Op. cit., p. 139. BOBBIO. Op. cit., p. 132-133; 69. HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução de Christian Viktor Hamm, e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 251ss. KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 46.

fazer de uma maneira que, independentemente do objeto de meu desejo, o meu arbítrio possa estar de acordo com o arbítrio de todos os outros³⁰.

Não restam dúvidas, nesse sentido, que no momento em que a burguesia necessitou assegurar seus direitos individuais do aparato coercitivo centralizado que atendia aos seus interesses comerciais, a noção de forma jurídica tenha parecido bastante funcional. Atar o exercício do poder estatal às formas do direito aparece como uma resposta interna relativamente eficaz para o problema do controle do poder, que ameaça constantemente recair nos conhecidos riscos de excesso, violando os direitos individuais da classe social em ascensão³¹. Entretanto, por mais que a ênfase kantiana incidisse na crítica ao eudemonismo estatal, o Estado nunca esteve concretamente impedido de perseguir os mais variados fins e, nesse sentido, como demonstra Michel Foucault, de incidir com toda sua tecnologia de poder sobre os desígnios da espécie humana. O Estado de direito vem significar, nesse caso, o Estado que age na forma do direito, com o objetivo de limitar através da lei as linhas de sua atividade e as esferas de liberdade do cidadão. A legalidade é a veste jurídica que, através da hierarquia interna de suas regras, recobre as mais variadas ações do Estado³².

Acreditando que o fim do aparato estatal representaria a anarquia – entendida como a dissolução da sociedade – a juspublicística alemã do século XIX desenvolve a teoria da autolimitação do Estado através do direito, criando um vínculo capaz de proteger as liberdades. O Estado não apenas estabelece relações jurídicas com os sujeitos, como ele próprio é uma pessoa jurídica (titular de direitos e obrigações) que deve respeitar o direito objetivo e os direitos subjetivos das outras pessoas. A submissão do Estado ao direito desponta como o momento em que o poder – essencialmente arbitrário – encontra nas formas jurídicas um mecanismo de controle do seu aspecto imponderável, possibilitando, mesmo que de maneira mínima e independente do titular da soberania, a garantia dos direitos individuais. *O direito, reduzido à forma da lei, aparece como uma técnica que possibilita a contenção dos excessos inerentes a um poder coercitivo necessário para a coesão social*³³.

Chama atenção que os operadores desta técnica em nosso tempo tenham aparentemente esquecido dos limites inerentes ao seu funcionamento. Dois pontos são especialmente importantes para o presente estudo:

a) era bastante claro para os primeiros teóricos do *Rechtsstaat* a importância da *força real* que está por trás da lei, de modo que o povo deveria reconhecer a importância da existência e do respeito ao direito. A convivência tranquila entre Estado e direito é própria dos momentos de normalidade. Em situações “patológicas” – e o vocabulário

³⁰ BOBBIO. Op. cit., p. 70.

³¹ “É historicamente recorrente a existência de submeter o poder a normas que o limitem e disciplinem seu exercício. Trata-se de uma exigência antiga, que foi traduzida de formas diferentes e dificilmente confrontáveis, correspondentes aos variados modos pelos quais o poder foi organizado e teorizado nos diferentes contextos históricos”. (COSTA. Op. cit., 2010, p. 93)

³² COSTA. Op. cit., 2006, p. 122. STRECK; MORAIS. Op. cit., p. 86. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 204.

³³ COSTA. Op. cit., 2006, p. 132-136; 150-151.

biológico nunca pode ser desprezado – o respeito aos vínculos formais deve dar lugar à absoluta excedência do poder soberano para a salvação do povo³⁴;

b) o limite posto ao Estado através do direito sempre foi visto como insuficiente em si mesmo, exigindo uma válvula de fechamento para o sistema que, no liberalismo oitocentista, é constituído pela *opinião pública*. Desse modo, *nomos* e *doxa* possuem um vínculo mais íntimo do que a crença liberal nas instituições formais deixa transparecer³⁵.

A ausência de neutralidade da técnica e o risco de exceção permanente

A forma jurídica liberal só pode ser compreendida adequadamente quando situada no quadro mais amplo dos valores e interesses do qual faz parte. Ela é fruto de uma filosofia individualista³⁶ que nutre, a um só tempo, um *pessimismo potestativo*, alertando para o perigo do poder de se expandir, prevaricar e agir de maneira arbitrária, e um *otimismo normativo*, que enxerga na racionalização do poder através do direito um instrumento capaz de conter seus perigos. Em outras palavras, ao ordenamento jurídico – e não a outros sistemas da sociedade – é designada a função de “garantir” os direitos individuais, reduzindo os riscos de um estado de exceção. O direito que atua sempre como técnica de controle social e expressão dos comandos dos mais fortes adquire, em sua forma liberal, o papel de ritualizar o poder, limitando sua incidência sobre as formas de vida dos cidadãos³⁷.

Desse modo, se o caráter formal do direito deste Estado liberal não permite constituir um Estado de justiça, tampouco podemos entender que essa forma seja neutra. As instituições e procedimentos formais que delimitam a ação do poder perseguem o objetivo de tutelar os direitos subjetivos. Para tanto, a forma jurídica liberal atua através de princípios de difusão e de diferenciação do poder.

Os primeiros (difusão do poder) operam atribuindo faculdades e poderes aos sujeitos de direito, que podem ser exercidos contra os próprios órgãos do governo. Ao invés de “súditos”, o Estado de direito possui cidadãos que se valem de determinados institutos normativos para fazer valer seus direitos: *unicidade e individualidade do sujeito jurídico* (todos possuem igual capacidade de titularizar direitos e produzir consequências jurídicas), *certeza do direito* (todos possuem meios cognitivos para prever as decisões que serão tomadas pelo Estado em relação a elas) e *reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos* (todos possuem instrumentos legais para exigir que o Estado reconheça a existência de direitos civis)³⁸.

Os princípios de diferenciação do poder, por sua vez, visam garantir, externamen-

³⁴ COSTA. Op. cit., 2006, p. 134-135. Pietro Costa ressalta, nesse momento, a importância decisiva de Rudolf Jhering.

³⁵ Ibidem, p. 93; 118; 120.

³⁶ ZOLO. Op. cit., p. 33-34. Norberto Bobbio explica que houve uma “inversão” na relação entre Estado e cidadãos: da prioridade dos deveres dos súditos em relação à autoridade política e religiosa passa-se, na formação do Estado moderno europeu, à prioridade dos direitos do cidadão e dever da autoridade pública de reconhecê-los, tutelá-los e promovê-los. (BOBBIO. Op. cit., p. 32)

³⁷ ZOLO. Op. cit., p. 34-35; 11; 36. BUZANELLO. Op. cit., p. 75.

³⁸ ZOLO. Op. cit., p. 49-50; 36-43.

te, a autonomia do sistema político-jurídico em relação aos sistemas ético-religioso e ao econômico e, internamente, a distinção formal entre o âmbito da conquista do poder político e o âmbito da atividade de emanar decisões vinculantes por meio de procedimentos burocráticos. Apesar de soberano, o exercício do poder pelo Estado se submete a um processo complexo, materializado nas seguintes modalidades institucionais: *delimitação do âmbito de exercício do poder e de aplicação do direito* (afastados da economia e da religião, a política e o direito não podem interferir na “esfera privada” dos cidadãos), *separação entre instituições legislativas e administrativas* (os parlamentos emanam as normas prévias, gerais e abstratas que serão aplicadas pelo judiciário e pelo executivo), *primado do poder legislativo e princípio de legalidade* (todo ato administrativo deve ser conforme a uma norma geral precedente), *subordinação do próprio legislativo aos direitos subjetivos definidos na Constituição* (mesmo o poder legislativo está limitado aos direitos subjetivos estabelecidos no pacto constituinte) e *autonomia do poder judiciário* (submetida apenas à lei, a magistratura atua de maneira neutra aos interesses político-sociais em conflito)³⁹.

Todos esses institutos decorrem ou, no mínimo, necessitam da ideia de um aparato coercitivo centralizado que age na forma do direito, onde se origina a máxima segundo a qual o Estado de direito é o governo das leis e não dos homens. Na verdade, não se trata que as leis governem os homens, pois a legalidade jurídica é vista na modernidade como criação humana, mas que o exercício do governo pelos homens deve se dar através das leis. O caráter prévio, geral e abstrato dessas normas traduz um profundo sentido político para essa técnica, tendo em vista que os intrincados mecanismos de vínculos e contrapesos dos procedimentos legislativos oferecem garantias mínimas de proteção da liberdade individual⁴⁰. Dessa forma, os doutrinadores que associam o Estado de direito com a existência de determinados direitos naturais estão certos na exata medida em que se equivocam⁴¹. A forma jurídica liberal não estabelece a existência necessária de direitos anteriores às decisões humanas. Não existem conteúdos jurídicos necessários. É a forma do direito ou, melhor, o direito reduzido à sua forma, que carrega consigo a realização de determinados conteúdos. Nesse sentido, a lógica do contrato social, inerente ao pensamento liberal, revela um mais de sentido essencial para nossa discussão.

Sabe-se, por um lado, que o Estado de direito não é o Estado do “bom” direito. Na assinatura de um contrato não há qualquer garantia antecipada quando ao seu conteúdo (se ou quais os direitos fundamentais estarão assegurados) e nem mesmo sobre aqueles que o assinam (se o Estado será governado por tiranos, tecnocratas, democracias

³⁹ ZOLO. Op. cit., p. 43-47. Outras propostas de sistematização das técnicas do Estado de direito podem ser lidas em ROSENFELD. Op. cit., p. 1.307; e RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue. *Oxford Scholarship Online*, 2012. p. 214ss.

⁴⁰ NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 421. NEUMANN, Franz. A mudança na função do direito na sociedade moderna. In: NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969. p. 51-52; 56.

⁴¹ A associação entre Estado de direito e direito natural pode ser encontrada, à guisa de exemplo, em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do Estado de Direito. *R. Dir. Adm.* Rio de Janeiro, 1987. p. 11.

majoritárias, ou de qualquer outro modo)⁴². Tudo que se pode afirmar é que, ao aceitarem formalizar sua manifestação de vontade, substituindo o exercício direto da força pelo contrato, permite-se maior grau de segurança jurídica (previsibilidade e calculabilidade) àqueles que deverão cumprir, ou mesmo que eventualmente pretendam desobedecer, os preceitos pactuados. A forma jurídica *favorece* a noção de autogoverno dos homens, enquanto decisão pactuada sobre os interditos da convivência pacífica entre eles. Entretanto, ela promete apenas a oposição a um governo em que o poder coercitivo atua sem mediações sobre os corpos dos indivíduos.

Por outro lado, o Estado de direito não garante e nem sequer visa uma concepção de igualdade substancial entre os indivíduos⁴³. Ao tempo em que só faz sentido assinar um contrato entre partes que estão em posições diferentes, a possibilidade de que elas firmem um acordo de vontades pressupõe uma igual capacidade jurídica. Um contrato não pode ser assinado entre um senhor e um escravo, por exemplo, pois a diferença radical de status social entre eles determina que o primeiro não tenha que renunciar a quaisquer interesses para compor um sentido em comum com o segundo. Pressupondo uma noção individualista de sujeito que está simultaneamente separado e vinculado à sua comunidade política, o direito liberal implica uma noção mínima de igualdade que se revela na necessidade de aplicação dos seus enunciados a todos os cidadãos (generalidade).

Além do mais, um contrato implica em estabelecer uma particular relação com o tempo. A necessidade de renúncia momentânea ao uso direto da força na busca por seus interesses implica que os contratantes fixem no presente um acordo (abstrato) dirigido ao futuro e, portanto, que no momento da sua aplicação, enunciados escritos no passado devam produzir efeitos diante de um caso concreto que jamais estava totalmente previsto. É de fundamental importância perceber que, independentemente da “aplicação” ou não do contrato, a sua simples instauração produz efeitos imediatos perante os contratantes, seja materialmente, no mínimo, em virtude da renúncia ao uso da força, seja simbolicamente, no mínimo, pela expectativa criada de que os termos do pacto venham a ser cumpridos.

Esses efeitos podem ser – e provavelmente serão – modificados no momento da sua “aplicação”. Entretanto, essa eventual situação apenas prolonga, em outro patamar, a nova relação com o tempo formada a partir da instauração do contrato. O caráter formal do direito, desvinculado de qualquer conteúdo prévio, determina que nenhum resultado da decisão estatal seja definitivo. Os indivíduos ou grupos “perdedores” *sempre* possuem razões para acreditar na possibilidade de uma posterior revisão do contrato que contemple seus interesses. O resultado prático – como concordam Tigar e Levy em outro raciocínio⁴⁴ – é que as facções hostis serão constrangidas pelo Estado de direito a conter sua rivalidade e chamadas a interpretar as regras e as leis a fim de determinar o seu sentido. A disputa sai das ruas e ingressa nas instâncias normativas estatais. O direito liberal busca constituir e assegurar uma forma de solução “pacífica” dos nossos conflitos.

⁴² RAZ. Op. cit., p. 211; 214.

⁴³ Ibidem, p. 215-216.

⁴⁴ TIGAR; LEVY. Op. cit., p. 274

Essas três promessas decorrem do caráter formal do direito liberal. São conteúdos inerentes a um Estado que age na forma da lei. Mas, não dizem respeito apenas ao modo de exercício do poder. Como sempre acontece na história das ideias jurídicas, o direito articula também determinado discurso de legitimação. No caso, o pressuposto básico consiste em apontar que, por vivermos em sociedades complexas e heterogêneas, o Estado de direito é *indispensável* para alcançarmos a necessária coesão social com o mínimo de opressão. Nesse caso, o contrato social não significa e nem quer significar o fim da violência. Pelo contrário, ele permite justificar o uso da força mediante o consenso dos próprios governados, de modo que os sujeitados ao poder são convocados a temer e a aclamar ordens que, segundo dizem, foram os sujeitos responsáveis por sua constituição⁴⁵.

Entendendo com Freud que uma ilusão não é simplesmente um erro, mas uma crença que deriva dos desejos humanos, pode-se concluir que o Estado de direito, ao mesmo tempo, funda e se alimenta da ilusão de que serve igualmente para todos.⁴⁶ Ele não é neutro, pois, como dito, sua forma carrega consigo determinados conteúdos. Contudo, ele se apresenta socialmente como portador de uma espécie de “neutralidade de segundo grau”⁴⁷, à medida que esses conteúdos transmitem a ideia de que as diferentes forças políticas podem enxergar nele um *instrumento* de luta por direitos. Desse modo, as recorrentes manifestações de excesso do poder soberano *parecem* à esfera pública acontecimentos excepcionais que, ao invés de provocarem um questionamento radical sobre a função do direito, confirmam a necessidade de reforço da regra. Assim como o liberalismo econômico entende que os problemas de nossas sociedades capitalistas serão resolvidos progressivamente através do desenvolvimento do próprio capitalismo, o Estado de direito se afirma como um projeto que ainda não “chegou lá”.

A forma direito se apresenta com a função de assegurar a existência de uma força comum em que cada indivíduo tem liberdade para escolher sua própria forma de vida, não em virtude de um direito natural e nem mesmo através do exercício democrático do poder, mas por uma razão acima de tudo formal, eminentemente técnica. Não por acaso, Kelsen chega a dizer que “[m]esmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana”⁴⁸. Contudo, apesar das suas boas intenções, a institucionalização dessa forma direito contribui, em si mesma, para a constituição de uma forma de vida. Trata-se, no caso, de uma sociabilidade pautada pela ilusão de que mediante o apelo à técnica – e, portanto, para além da ética e de toda a discussão sobre a subjetividade humana – é possível fundar um limite para os excessos recorrentes do poder.

⁴⁵ ROSENFELD. Op. cit., p. 1310-1312.

⁴⁶ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

⁴⁷ Esta expressão é uma adaptação para outros fins do termo cunhado originalmente por ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003. p. 65.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 48.

Considerações finais

O estudo procurou ir além do “universalismo ahistórico” com o qual o tema do Estado de direito costuma ser entendido no senso comum dos juristas. Ao invés de naturalizar a forma jurídica enquanto “conquista civilizatória” ou “evolução conceitual”, procurou-se apontar os interesses materiais que levaram à sua formulação. Nesse sentido, foi possível perceber que se o aparecimento de um ente capaz de reivindicar o monopólio da força atendia diretamente às demandas do capitalismo nascente, fez-se igualmente necessário garantir as liberdades individuais, especialmente da burguesia enquanto classe social em ascensão. O debate teórico da época se move, portanto, no sentido de definir como estabelecer limites ao excesso de poder do Estado.

Ante o fracasso óbvio de uma doutrina que apela para um direito natural a ser respeitado pelo soberano e a instrumentalização discursiva dos abusos cometidos durante o período que ficou conhecido como “terror jacobino”, o discurso liberal adota uma estratégia de suspeita em relação ao poder, ainda que democrático. A ideia dominante passa a ser que o controle deve ser *interno*, incidindo sobre a sua forma de exercício. Surge, nesse sentido, a ideia de um Estado que se constitui na “forma do direito”, possibilitando que o conteúdo do direito seja definido pelos indivíduos em sua condição presumida de igualdade e liberdade.

Tal retórica jamais impediu que a violência do Estado incidisse com toda força sobre as vidas das pessoas, especialmente daquelas que precisavam ser incluídas – ainda que sob a forma da exclusão – na lógica de produção e consumo. Em todo caso, a criação de vínculos formais para os atos estatais constituiu uma técnica bastante arguta para limitação do aspecto imponderável do poder. Isso não significava que os teóricos do *Rechtsstaat* romantizassem as propriedades normativas do Estado de direito, ao contrário do que parece acontecer com doutrinas constitucionalistas bastante influentes em nossos dias. Restava bastante claro que a força real poderia a qualquer momento suspender as garantias jurídicas. Para reforçar o controle do poder, fazia-se necessário uma “válvula de fechamento do sistema”: a opinião pública. Não deveria chamar atenção que uma das principais estratégias do que vem sendo chamado atualmente de *lawfare* seja exatamente a manipulação da “doxa”, instaurando espaços de exceção dentro de uma aparência de normalidade democrática.

Por fim, o trabalho adentrou no conteúdo político desta técnica, refletindo sobre os aspectos éticos envolvidos na ritualização do poder do Estado através da forma jurídica. Foi possível argumentar nesse ponto que o caráter prévio, geral e abstrato de um acordo pactuado entre os sujeitos limita em determinado sentido a violência estatal ao fornecer garantias mínimas de proteção da liberdade individual. Não se deve ignorar que se trata de uma concepção de liberdade essencialmente burguesa, mas, ainda assim, alguns aspectos parecem transcender os interesses de classe, tais como: (a) o favorecimento à noção de autogoverno, (b) a reivindicação de criação e aplicação igualitária do direito a todos os sujeitos da ordem jurídica e (c) a suspensão do uso direto da força em nome da criação “pacífica” de acordos entre diferentes.

A *ambiguidade* desta conclusão reside no fato de que os mesmos atributos que conferem à forma jurídica um caráter emancipatório dificultam a percepção de seu falseamento na realidade concreta. O Estado de direito constitui assim uma *ilusão*, não na acepção simplória de que seria uma mera mentira, mas, pelo contrário, no sentido de que funda e alimenta nossas justas aspirações de que a técnica jurídica sirva igualmente para todos. Ainda que não haja nada de neutro nesse valor, vigora uma “neutralidade de segundo grau”: a crença de que todas as forças políticas, mesmo aquelas que são momentaneamente minoritárias, possam usar da forma direito na luta pela concretização dos seus interesses, aspirações e ideais.

Esse caráter ambíguo impede uma conclusão definitiva sobre *se, quando e em que medida* vale ou não lutar pelo direito. Ainda que as convicções deste autor indiquem uma resposta afirmativa, cada classe, movimento, grupo, indivíduo etc. terá que definir sua posição diante desse dilema. De toda forma, é possível afirmar que nenhuma técnica é suficiente no controle dos excessos recorrentes do poder. Seja porque esses vínculos não podem encobrir uma arbitrariedade real, seja ainda mais especialmente porque a exceção pode ser e frequentemente é desejada. Nesse sentido, a superação da violência contra os corpos excluídos passa não apenas pela “forma direito”, mas pelo pensamento sobre uma questão ética que durante muito tempo foi conhecida como a criação de uma “forma de vida”.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4 ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.
- BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- DEMIROVIĆ, Alex. Para que fim e de que forma criticar o Estado? Tradução de Luiz Philipe de Caux. *Revista Direito e Práxis*, vol. 5, n. 9, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do Estado de Direito. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 1987.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: "O que é iluminismo?"*. Tradução de Artur Morão. Lusofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura. [ca. 2000] Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf. Acesso em: 21 mar. 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. Tese (livre-docência). Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2012.
- NEUMANN, Franz. A mudança na função do direito na sociedade moderna. In: NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.
- NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- NODARI, Alexandre. Logos de Estado. *Sopro*, n. 88, 2013.
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Observações sobre as possibilidades de redefinição da categoria sujeito do direito. *Revista Seqüência*. Florianópolis, v. 42, 2001.
- RAZ, Joseph. The Rule of Law and its Virtue. *Oxford Scholarship Online*, 2012.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2 ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado democrático de direito. *Cad. Esc. Legisl.*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, 2004.

ROSENFELD, Michel. Rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, vol. 74, 2001.

SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário de teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. *Revista Seqüência*, n. 55, 2007.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 167, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O projeto da modernidade e o direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 147, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito; os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Data de Recebimento: 07/02/2022.

Data de Aprovação: 20/04/2022.