

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria e filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Maria Creusa De Araújo Borges, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-376-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Teoria do Estado. 3. Filosofia do Estado. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

A reflexão sobre a organização política é tão antiga quanto a própria filosofia, ou melhor dizendo, é contemporânea dos primeiros passos dados pelos gregos na constituição de um espaço de racionalidade voltada à discussão dos assuntos da cidade. Tucídides em sua “História da Guerra do Peloponeso, Aristóteles, em suas “Política” e “Ética à Nicômaco”, Platão na “República” e em “As Leis”, ou ainda Jenofonte em suas obras “Memorabilia” e “Ciropedia” são os precursores de uma tradição de pesquisa e pensamento que hoje constitui um vastíssimo campo de trabalho especulativo acerca do Estado e de todas as formas de organização do espaço público, cujas origens estão nas cidades antigas. O legado desses pensadores antigos, reforçado por nomes como Santo Agostinho, Maquiavel, todos os contratualistas e iluministas, passando por Tocqueville, Marx, enfim, por um sem número de filósofos, é o que hoje chamamos de filosofia política, ou filosofia do Estado.

As perguntas colocadas por esses filósofos políticos do passado seguem vigentes em nossas sociedades; são questões eternas cujas respostas são moduladas pelas vicissitudes dos fenômenos das organizações políticas de nosso tempo. Com o acontecimento da globalização nos últimos 30 ou 40 anos, e com todos os efeitos dela emergentes que recaíram sobre os Estados nacionais, remodelando boa parte de suas estruturas, funções e possibilidades de ação, a filosofia do Estado reencontrou hoje um novo lugar no universo intelectual que evoca os debates apaixonados da época da Revolução Francesa, dos quais brotaram múltiplas construções filosóficas sobre o Estado e sobre a democracia. Guardadas todas as proporções, uma efervescência comparável à que se sucedeu no Clube dos Jacobinos no período pré-revolucionário, reapareceu nos espaços acadêmicos nessas últimas décadas, revitalizando um domínio de atividades há tempos enfraquecido, desde o surgimento das ciências sociais em fins do século dezenove e começo do século passado. O reaquecimento de velhas perguntas aplicadas a novíssimos contextos tem atraído a atenção de um público heterogêneo, desde a sociologia, passando pela ciência política e pela filosofia, até chegar aos bancos das escolas de Direito.

É nesse cenário entusiasmado de debates acerca do Estado que o CONPEDI tem protagonizado, através de seus exitosos congressos, a criação de um imenso espaço cultural de investigação, encontros e discussões acerca dessa temática. Chegamos ao XXV Congresso do CONPEDI, desta feita realizado na emblemática Curitiba, as Curitiba de Paulo Leminski, nas próprias palavras do poeta:

IMPRECISA PREMISSA

(quantas curitibas cabem numa só Curitiba?)

Cidades pequenas,

como dói esse silêncio,

cantinelas, ladainhas,

tudo aquilo que nem penso,

esse excesso

que me faz ver todo o senso,

imprecisa premissa,

definitiva preguiça

com que sobe, indeciso,

o mais ou menos do incenso.

Vila Nossa Senhora

da Luz dos Pinhais,

tende piedade de nós.

Aqui, absorvendo os ares de uma cidade que transpira cultura, mais uma vez, estamos a discutir a instituição do Estado, nas mais diversas possibilidades que nos trouxeram os verdadeiros protagonistas desse XXV Congresso do CONPEDI: os pesquisadores que participaram desse grande evento científico e cultural, e, em particular, no nosso microcosmos, os participantes do Grupo de Trabalho 40, sobre Teoria e Filosofia do Estado, com os seguintes trabalhos:

- Autonomia financeira e poder municipal: a crise do federalismo brasileiro, as políticas públicas locais e alternativas fiscais, de Giovani da Silva Corralo e Bruna Lacerda Cardoso;
- Fins do estado na sociedade contemporânea: problemas da metodologia jurídica, de Ramonilson Alves Gomes;
- Direito e filosofia política em Platão e Aristóteles, de Flávio Pansieri e Rene Erick Sampar;
- Estado, desigualdade e direito: uma análise do papel do Estado e do Direito na sistema capitalista, de Jean Carlos Nunes Pereira;
- Estado pós-nacional, justiça e globalização. Precisamos de marte para resolver nossos problemas de metajustiza?, de Luiz Gustavo Levate e Camila Menezes de Oliveira;
- Supranacionalidade: necessária (re)leitura da soberania estatal e ordenamento jurídico internacional, de Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes e Rodrigo Fernandes;
- Participação cidadã, cosmovisões indígenas e Estado democrático: o papel inovador da teoria da Constituição frente ao novo constitucionalismo latino-americano, de Patricia Maria dos Santos;
- O Estado de Direito como pressuposto do controle dos poderes públicos, de Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini e João Alfredo Gaertner Junior;
- Capitalismo dependente e superexploração do trabalho: elementos para uma análise do Estado e do Direito na periferia capitalista, de Rafael Caetano Cherobin;
- O poder do Estado e o poder popular: qual deve prevalecer para resguardar direitos fundamentais constitucionais e a democracia brasileira?, de Fernanda Eduardo Olea do Rio Muniz e Antonio Walber Matias Muniz;
- A tentativa de compreensão do estado moderno levando em conta os conceitos de povo, soberania e democracia para Jefferson e Rousseau, de Marcos Vinícius Viana da Silva e Jose Everton da Silva;
- Da (in)aplicabilidade da reserva do possível frente ao princípio da separação de poderes, de Lucas Fortini Bandeira;

- O compromisso estatal com a política econômica no Estado capitalista, de Eduarda de Sousa Lemos;
- Nomos, interpretação legal e violência: Robert Cover no mapa da globalização jurídica, de Maurício Pedroso Flores;
- O Estado, a Constituição econômica e sua sustentabilidade: análise dos desafios e possibilidades contemporâneas, de Sâmela Cristina de Souza e Bruno Gadelha Xavier;
- Breve estudo acerca da proposição de Jürgen Habermas para a compreensão da racionalização, de André Luiz de Aguiar Paulino Leite;
- A predicação necessária entre Estado e Direito, de Daniel Nunes Pereira;
- O exaurimento do Estado em face da social democracia, de Eduardo Felipe Veronese;
- A ideia da categoria ético-jurídica dos direitos humanos como centro de gravidade global: reflexões sobre o futuro do Estado, de Gustavo Vettorazzi Rodrigues;
- Concepções das formas estatais atreladas as sociedades: a fragilidade do Estado democrático de Direito diante o povo ícone, de Clarice Souza Prados;
- Impactos da (não) internalização do stare decisis na jurisdição constitucional brasileira, de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Pedro Henrique Arcain Ricetto;
- Elementos principiológicos axiomáticos do terceiro setor, de Kledson Manuel Castanheira Rodrigues.

Os trabalhos apresentaram um ótimo nível de reflexão e, cremos, contribuem significativamente para o desenvolvimento dos campos de conhecimento dedicados ao Estado e à democracia. A todos os que se interessam por esses territórios temáticos, recomendamos a leitura desses artigos que, antes de mais nada, materializam um compromisso de seus autores com uma sociedade mais democrática, mais justa e mais solidária.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - URI/UNIJUÍ

Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges - UFPB

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

O ESTADO DE DIREITO COMO PRESSUPOSTO DO CONTROLE DOS PODERES PÚBLICOS

THE RULE OF LAW AS PRECONDITION FOR PUBLIC AUTHORITIES CONTROL

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini ¹
João Alfredo Gaertner Junior ²

Resumo

A ideia de controle dos poderes públicos está umbilicalmente ligada à tradição ocidental do Estado de Direito. O presente artigo, elaborado com base no método dedutivo, por intermédio de pesquisa bibliográfica, busca delinear o processo histórico-evolutivo de formação dessa tradição, assinalando os elementos que se agregaram no decorrer desse processo, de modo a constituir o conteúdo da concepção contemporânea de Estado de Direito. Com isso, procurar-se-á demonstrar que o Estado de Direito é pressuposto da noção de controle dos poderes públicos; porém, de uma perspectiva concreta, o controle é mecanismo imprescindível à afirmação e manutenção do Estado de Direito.

Palavras-chave: Estado de direito, Controle dos poderes públicos, Mecanismo imprescindível

Abstract/Resumen/Résumé

The idea of control of the public authorities is inextricably linked to the Western tradition of the Rule of Law. This article, prepared based on the deductive method, through literature, seeks to outline the historical and evolutionary formation process of this tradition, noting the elements that were added to constitute the content of contemporary conception of the Rule of Law. With this, it shall be demonstrated that the Rule of Law is the assumption of government control concept. Notwithstanding, on a concrete perspective, the control mechanism is essential to the affirmation and maintenance of the Rule of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rule of law, Control of government, Essential mechanism

¹ Pós - Doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Direito do Estado pela UFPR desde 2004. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

² Especialista em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná e em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal.

INTRODUÇÃO

A história do Ocidente aponta no sentido do avanço do Estado de Direito. O Estado brasileiro, com a promulgação da Constituição da República de 1988, assumiu formalmente o compromisso de buscar o alinhamento aos pressupostos e princípios que orientam esse movimento.

Ainda hoje, contudo, a ocorrência de inúmeros atos de improbidade administrativa e infrações de corrupção, praticados, na maioria das vezes, por agentes públicos em prejuízo da Administração Pública brasileira, demonstram que, no Estado brasileiro, o modelo de organização político-social do Estado de Direito ainda não foi suficientemente assimilado por aqueles que exercem os poderes públicos.

Nesse contexto, o aperfeiçoamento dos controles dos poderes públicos, especialmente dos controles que incidem sobre a Administração Pública, é urgente. De um lado, os controles dificultam a prática de atos que atentam contra o ordenamento jurídico e o interesse público; de outro, os controles possibilitam a apuração dos atos ilícitos e a responsabilização dos agentes infratores, o que gera como efeito a intimidação daqueles que tratam a coisa pública. Disso depende a proteção dos direitos fundamentais em face do eventual exercício excessivo e arbitrário dos poderes públicos e a preservação do próprio Estado de Direito.

A ideia de controle dos poderes públicos está umbilicalmente ligada à tradição ocidental do Estado de Direito. Isso porque o entendimento contemporâneo a respeito do Estado de Direito é resultado de um processo histórico-evolutivo e cultural que acompanha o desenvolvimento do pensamento no Ocidente.

Com o objetivo de aprofundar o estudo a respeito da relação entre o controle dos poderes públicos e a ideia de Estado de Direito, o presente artigo busca, em um primeiro momento, delinear o processo histórico-evolutivo de formação da tradição do Estado de Direito, assinalando os elementos que, no decorrer desse processo, agregaram-se e passaram a constituir o conteúdo da concepção contemporânea do Estado de Direito. Com isso, procurar-se-á demonstrar que o Estado de Direito e o controle dos poderes públicos associam-se a partir de uma relação de retroalimentação, na medida em que, ao mesmo tempo, o Estado de Direito é pressuposto da noção de controle; e o controle é mecanismo necessário à afirmação e à manutenção do Estado de Direito.

Enfim, como se dá a simbiótica relação entre Estado de Direito e controle, consiste no questionamento central da pesquisa, cujo método adotado foi o dedutivo, levado à efeito por intermédio de pesquisa bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros.

O referencial teórico de interpretação do Estado de Direito é o proposto por ZOLO (2006, p. 3-94).

1 UMA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DO ESTADO DE DIREITO

A formulação e o desenvolvimento da ideia de Estado de Direito acompanha a história do pensamento no Ocidente. Atualmente, o Estado de Direito afirmou-se “como uma das fórmulas mais felizes da filosofia política e da filosofia jurídica ocidentais” (ZOLO, 2006, p. 3), tendo se consolidado como “paradigma jurídico-político da cultura ocidental e do Estado liberal do Ocidente” (CANOTILHO, 1999, p. 7).

O entendimento contemporâneo a respeito do Estado de Direito é resultado da agregação de elementos oriundos de diferentes experiências históricas e construções teóricas. Portanto, a construção de uma concepção contemporânea do Estado de Direito tem como escopo a harmonização de elementos originários de distintas tradições em um modelo teórico único e coerente.

Contudo, cabe assinalar, desde logo, que o Estado de Direito não é sinônimo de “Estado legal”, “Estado liberal”, “Estado democrático” ou “Estado constitucional”. Tais fórmulas são associadas à fórmula do Estado de Direito em determinados contextos, porém, orientam-se por premissas e valores que não são necessariamente partilhados pela tradição do Estado de Direito.

Por outro lado, deve-se atentar para a indeterminação e a ambiguidade do termo “Estado de Direito”, o qual foi utilizado em diferentes contextos históricos, para designar modelos de organização político-sociais até mesmo antagônicos¹.

Considerando a fraqueza epistemológica que decorre do caráter ambíguo da expressão lexical “Estado de Direito”, ZOLO (2006, p. 8-9) sustenta que cabe à teoria social elaborar interpretações coerentes a respeito do seu significado e recomendá-las aos interlocutores com argumentos persuasivos.

¹ A indeterminação e a ambiguidade da expressão lexical “Estado de Direito” podem ser demonstradas pelo fato de teóricos do fascismo italiano e do nacional-socialismo alemão terem reivindicado tal título para os seus próprios modelos políticos (ZOLO, 2006, p. 8; ZAGREBELSKY, 2009, p. 22-23).

Nesse sentido, ZOLO argumenta que uma interpretação teórica coerente do Estado de Direito deve “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” (ZOLO, 2006, p. 9).

Tal proposta interpretativa é construtiva, na medida em que o modelo teórico é edificado a partir da harmonização de elementos oriundos de tradições distintas, mas é, também, seletiva, o que implica em ampla margem de discricionariedade do intérprete². Isso significa que essa modalidade de interpretação é construída a partir da seleção, de modo discricionário, das experiências históricas e dos referenciais teóricos que o intérprete julgar relevantes para o processo de desenvolvimento da ideia de Estado de Direito. Tal discricionariedade, contudo, deve orientar-se pelo objetivo de elaboração de um modelo teórico coerente que permita que se identifique o significado contemporâneo do Estado de Direito.

2 PROCESSO HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO ESTADO DE DIREITO

A tradição do Estado de Direito, caracteriza-se pela busca do estabelecimento de uma relação entre o indivíduo e o poder político, mediada pelo direito, tendo se desenvolvido concomitantemente à história político-intelectual do Ocidente (COSTA, 2006, p. 98). Pode-se afirmar que a história aponta para a tendência ao progresso do Estado de Direito, porém, com avanços e regressos (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 94).

O entendimento contemporâneo a respeito do conteúdo do Estado de Direito é a síntese de um processo histórico-evolutivo e cultural, construída a partir do diálogo entre diferentes experiências históricas e construções teóricas que se desenvolveram nas nações ocidentais. A imposição do dever de observância às leis aos poderes públicos, ainda que de formas e em graduações distintas, é o principal ponto de convergência dessas experiências e teorias.

² O caráter discricionário e seletivo da proposta interpretativa apresentada pode ser verificado no fato da interpretação construída por ZOLO privilegiar a “história externa” da noção de Estado de Direito, ou seja, “um acontecimento teórico que tem início com o processo de formação do estado moderno europeu, que pode ser reconstruída fazendo referência à tradição do liberalismo clássico (de Locke a Montesquieu, a Kant, a Beccaria, a Humboldt, a Constant), o que inclui em um único cenário histórico político as guerras civis inglesas do século XVII, a revolta das colônias americanas contra a metrópole, o constitucionalismo revolucionário na França, o processo de formação do Reich alemão, as instituições da Terceira República francesa” (ZOLO, 2006, p. 9).

COSTA (2006, p. 98-99) propõe a fragmentação da história do Estado de Direito em três momentos: a **história**, a **pré-história**, e o momento que oferece um **horizonte de sentido** à sua formulação.

O período que oferece um horizonte de sentido à formulação e ao desenvolvimento da ideia Estado de Direito compreende um período extremamente amplo, que se inicia na Antiguidade³ e perdura até a Idade Média⁴. Tal momento é caracterizado pelos primeiros registros de reflexões em torno da relação entre direito e poder⁵, embora ainda de maneira muito distante culturalmente das concepções da pré-história da ideia de Estado de Direito (COSTA, 2006, p. 98-99).

O período da pré-história do Estado de Direito, no plano político-social, é marcado por importantes processos revolucionários, como a Revolução Gloriosa na Inglaterra (entre 1688 e 1689), a Revolução Americana nos Estados Unidos (em 1776) e a Revolução Francesa (de 1789 a 1799). A partir da ocorrência desses eventos revolucionários, passam a ser difundidos “modelos teórico-sociais que assumem a liberdade e a propriedade dos sujeitos como o elemento fundamental da ordem e atribuem ao soberano o ônus de respeitar e tutelar as estruturas fundamentais das mesmas” (COSTA, 2006, p. 112).

Paralelamente, no âmbito da filosofia, pensadores como John Locke, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau e Emanuel Kant elaboram as teorias contratualistas. Para essas teorias, o fundamento do poder residia “no livre acordo dos homens que, num determinado período do desenvolvimento histórico, decidiram a criação do Estado” (BOBBIO, 2000, p. 29).

Desse modo, pode-se afirmar que tanto os modelos teórico-sociais quanto as reflexões dos filósofos contratualistas, elaboradas durante o período denominado pré-história do Estado de Direito, evidenciam a existência de elementos que, posteriormente, são formulados de forma explícita nas experiências históricas e construções teóricas que caracterizam a história do Estado de Direito (COSTA, 2006, p. 112).

³ As contribuições mais relevantes do mundo antigo para o processo de construção da ideia de Estado de Direito são as reflexões de Platão e de Aristóteles sobre a oposição entre regimes de governo, que, embora de perspectivas diversas, tratavam da dicotomia entre governo e lei (COSTA, 2006, p. 99-100).

⁴ No período medieval, paralelamente a um lento e confuso processo de centralização do poder, é construída a noção de soberania “absoluta”. Em termos teóricos, pode-se afirmar que, ao final desse processo fragmentário e disperso, o Estado assume a feição de “absoluto”, conforme teorizado na obra *Leviatã*, de Thomas Hobbes. De uma perspectiva jurídica, o Estado torna-se uma monarquia absoluta, no sentido de uma “forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei” (BOBBIO, 2000, p. 19).

⁵ Os primeiros registros da ideia de que a atuação dos poderes públicos deve observar os limites impostos por leis previamente estabelecidas são encontrados na literatura grega antiga. Obras literárias dessa época revelam que o pensamento grego, de modo geral, valorava de maneira positiva o governo que respeitava as leis em detrimento de governos que atuavam de modo arbitrário (KELLY, 2010, p. 32-33).

A história propriamente dita da ideia do Estado de Direito inicia-se em meados de 1798⁶, com o nascimento da expressão lexical “Estado de Direito” (COSTA, 2006, p. 116). A partir de então, tal expressão passa a ser utilizada em diferentes contextos político-sociais, sendo associada a governos de nações ocidentais, e, desse modo, passando a assumir significados diversos (ZAGREBELSKY, 2009, p. 21). Ainda que essas experiências tenham concebido a relação entre o indivíduo, o poder político e o direito de modos distintos, delas despontaram elementos que se agregaram e passaram a integrar o conteúdo da noção contemporânea do Estado de Direito.

Atualmente, há um consenso teórico em favor da tese de que o significado contemporâneo do Estado de Direito é resultado do diálogo entre essas diferentes experiências. COSTA (2006, p. 95-198), ZOLO (2006, p. 3-94), FERRAJOLI (2006, p. 417-464), CANOTILHO (2003, p. 93-97) e ZAGREBELSKY (2009, p. 21-27) apontam o *Rechtsstaat* alemão, o *Rule of Law* inglês, o *Rule of Law* norte-americano e o *État de Droit* francês como as principais experiências históricas e construções teóricas do Estado de Direito.

2.1 *Rechtsstaat*

O *Rechtsstaat* alemão⁷ reelabora elementos do pensamento liberal clássico, em especial, o princípio da tutela pública dos direitos fundamentais e o princípio da separação de poderes, os quais são traduzidos na teoria dos direitos públicos subjetivos, elaborada por Jellinek, e no primado da lei como sistema de regras impessoais, abstratas, gerais e não retroativas (ZOLO, 2006, p. 12).

A teoria dos direitos públicos subjetivos sustenta a ideia de que os poderes públicos não são limitados pela soberania popular, mas pelo próprio Estado (ZOLO, 2006, p. 12). De acordo com essa tese, “os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual” (CANOTILHO, 2003, p. 97).

Por outro lado, o primado da lei é traduzido na formulação do princípio da legalidade, segundo o qual a lei deve ser abstrata, geral, impessoal e não retroativa. Nessa

⁶ De acordo com COSTA (2006, p. 116), em 1798, na Alemanha, a expressão lexical “Estado de Direito” é utilizada pela primeira vez por J. W. Placidus, para fazer referência à obra de Kant.

⁷ O *Rechtsstaat* alemão origina-se dos escritos de Georg Jellinek, Otto Mayer e Rudolf Von Jhering, que, inspirados por Kant e Humboldt, em meados da segunda metade do século XIX, elaboram uma doutrina na qual contrapõem o Estado de Direito ao Estado absolutista e ao Estado de polícia (ZOLO, 2006, p. 12).

perspectiva, os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário deveriam respeitar rigorosamente as leis estabelecidas pelo Parlamento para que fossem reputados legais.

Nesse contexto, ZAGREBELSKY (2009, p. 23) afirma, com base nas lições de direito administrativo de Otto Mayer, que a ideia de *Rechtsstaat* caracteriza-se por uma concepção da lei como ato de um Parlamento representativo que se concretiza na supremacia da lei sobre a Administração, na subordinação dos direitos dos cidadãos unicamente à lei e na existência de juízes independentes com competência para aplicar a lei às controvérsias surgidas entre os cidadãos, bem como entre os cidadãos e a Administração.

Dessa perspectiva, portanto, os teóricos do *Rechtsstaat* acreditavam que a subordinação do Poder Executivo e do Poder Judiciário ao primado da lei era a “defesa mais eficaz em relação a qualquer prevaricação potestativa e [...] garantia suprema da tutela dos direitos individuais” (ZOLO, 2006, p. 13).

Tal concepção, entretanto, não considera a hipótese do uso arbitrário do poder pelo Parlamento, o que implica, de um lado, na crença na existência de uma perfeita correspondência entre a vontade estatal, a legalidade e a legitimidade moral, e de outro, na confiança dos cidadãos nessa correspondência. Por essa razão, a doutrina do *Rechtsstaat* é identificada com um modelo de Estado legal, caracterizada por um conceito de lei puramente técnico e formal, e, portanto, desvinculado de referenciais de valores éticos e políticos, tendo se revelado, paradoxalmente, um modelo de organização político-social que viabiliza o exercício arbitrário do poder (ZOLO, 2006, p. 14).

2.2 *Rule of Law* Inglês

A tradição do *Rule of Law* inglês⁸, ao contrário do *Rechtsstaat* alemão, não é uma teoria jurídica do Estado. Trata-se de uma experiência de direito consuetudinário, alimentada por uma longa tradição de ajustamento prático do direito por uma classe jurídica privada, autônoma em relação ao Estado, pouco associada a reflexões teóricas e conceituais (ZOLO, 2006, p. 27).

⁸ A tradição do *Rule of Law* inglês origina-se a partir de “uma secular tradição civil que tem raízes em conflitos políticos, atos normativos, normas consuetudinárias, costumes, práticas e preceitos, mesmo não estritamente jurídicos que, em alguns casos, antecedem de séculos ao nascimento do Estado moderno e da própria filosofia liberal. Trata-se de uma tradição normativa, em grande parte não escrita, que pretende até mesmo ancorar-se em uma milenar, imemorável *ancient Constitution*, cuja validade se faz descender não de origens míticas ou transcendentes ou do valor universal dos seus conteúdos, mas da sua própria *antiquity*, de todo mundana. Ela depende da sua peculiaríssima qualidade *de law of the land*, respeitada e transmitida de geração em geração e fruto de históricas batalhas (ZOLO, 2006, p. 18).

Essa tradição orienta-se por três princípios constitucionais reitores: a igualdade jurídica dos sujeitos, independentemente de classe social ou condição econômica; a sinergia normativa entre o Parlamento e as Cortes Judiciárias, pois a regulação dos casos individuais concretos é resultado de decisões da lei e da jurisprudência, as quais são tidas igualmente como fontes soberanas do direito; e a tutela dos direitos subjetivos, o que, na história do constitucionalismo inglês, sempre foi assegurado mais pela jurisdição das Cortes do que pelo Parlamento (ZOLO, 2006, p. 15-17).

Desse modo, a interpretação da fórmula do *Rule of Law* inglês pode ser associada, em síntese, a quatro dimensões básicas: primeiramente, quando necessário julgar e punir algum cidadão com a privação de sua liberdade ou propriedade, a observância de um processo justo legalmente regulado; em segundo lugar, a proeminência das leis e dos costumes em detrimento da discricionariedade do poder real; em terceiro, a sujeição dos atos do Poder Executivo ao Parlamento; e, por fim, a igualdade de acesso dos cidadãos aos tribunais a fim de que possam defender os seus direitos em relação aos demais indivíduos e aos poderes públicos (CANOTILHO, 2003, p. 93-94).

Nesse sentido, verifica-se, ainda, que, em razão do aspecto consuetudinário da tradição do *Rule of Law* inglês, o caráter difuso e diferenciado dos poderes não decorre de atos do governo ou de atos de uma assembleia constituinte. Além disso, o modelo não depende de uma Constituição rígida, escrita e normativamente hierarquizada, sendo possível ao Parlamento modificá-la a qualquer tempo. Por conseguinte, inexistente órgão ao qual é delegada a função de realizar o controle de constitucionalidade dos atos legislativos (ZOLO, 2006, p. 18).

Nota-se, portanto, que o regime constitucional do *Rule of Law* inglês apresenta elementos que o singularizam em relação às demais experiências do Estado de Direito.

Por essas razões, ZOLO assinala que a tradição constitucionalista inglesa é fundante, tendo operado “como núcleo gerador de toda a experiência ocidental do Estado de Direito, ou seja, como o paradigma exemplar da proteção dos direitos individuais”, de modo que o primado histórico da “liberdade dos ingleses” tornou-se amplamente reconhecido, da *Magna Charta* ao *Bill of Rights* (2006, p. 28).

Contudo, ZOLO afirma que o *Rule of Law* inglês é uma experiência excepcional na medida em que, ao contrário das demais experiências e doutrinas do Estado de Direito, não apresentou “capacidade transitiva no plano das técnicas constitucionais e mecanismos institucionais de garantia formal dos direitos” (2006, p. 29).

2.3 *Rule of Law* Norte-Americano

A experiência constitucional que se desenvolve nos Estados Unidos herda elementos da tradição consuetudinária inglesa, como a atribuição da incumbência de garantir os direitos subjetivos individuais ao Poder Judiciário, ao lado do Parlamento, bem como a opção, no momento da elaboração do texto constitucional, pela não inserção de um rol de direitos subjetivos individuais. Daí porque a experiência norte-americana é considerada uma vertente do *Rule of Law* (ZOLO, 2006, p. 19-20).

Contudo, tal experiência apresenta elementos originais que a distinguem da tradição do *Rule of Law* inglês. O modelo constitucionalista norte-americano caracteriza-se por atribuir ao texto constitucional a função de limite ao Poder Legislativo, de modo a afirmar, dentre os seus princípios, o caráter soberano da Constituição em face do Parlamento, na medida em que a função legislativa é “considerada muito mais perigosa para as liberdades fundamentais e para o direito de propriedade do que o próprio poder administrativo” (ZOLO, 2006, p. 20).

Isso significa que a construção da estrutura constitucional norte-americana abrange a preocupação com eventuais abusos de poder das maiorias parlamentares⁹, o que justifica o estabelecimento de limites e de mecanismos de controle à função legislativa como forma de garantir a proteção dos direitos subjetivos das minorias não representadas pelo Parlamento.

Como consequência, a estrutura constitucional norte-americana é marcada pelo enrijecimento da Constituição escrita e pelo estabelecimento de mecanismos de controle de constitucionalidade, pois, de acordo essa lógica, o Parlamento não é a instituição mais adequada para garantir uma interpretação isenta do texto constitucional de modo a tutelar e potencializar a eficácia dos direitos subjetivos individuais, mas sim os juízes especialistas (ZOLO, 2006, p. 20-21).

⁹ O modelo norte-americano atribui considerável importância à possibilidade do abuso de poder pelo Parlamento, de modo que objetivou “[...] 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 of legislation* e à atribuição [...] de um controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos por parte da Corte Suprema” (ZOLO, 2006, p. 20-21).

2.4 *État de Droit*

A experiência francesa do *État de Droit* está relacionada a uma teoria explícita do Estado de Direito, elaborada por Raimond Carré de Malberg¹⁰. Para essa teoria, o objetivo central do Estado de Direito é a tutela dos direitos subjetivos individuais em face do uso arbitrário do poder pelas autoridades públicas. Para tanto, incumbiria ao próprio Estado estabelecer limites aos poderes públicos, submetendo-os à observância de regras gerais e válidas para todos (ZOLO, 2006, p. 23).

Ocorre que, na França pós-revolução burguesa, as instituições encontravam-se dominadas pelo Parlamento¹¹, o que era considerado uma ameaça às liberdades individuais por Carré de Malberg. Desse modo, para que esse modelo teórico fosse aplicado às instituições da França, seria necessário uma reelaboração da sua estrutura constitucional (ZOLO, 2006, p. 23).

Para Carré de Malberg, o Estado de Direito seria um modelo no qual todos os poderes constituídos, inclusive o Parlamento, deveriam observar os limites e controles impostos pela lei. Isso implicaria na necessidade de que os cidadãos dispusessem de instrumentos legais para manifestar oposição ao legislador quando a sua atuação resultasse em violação de direitos individuais (ZOLO, 2006, p. 25).

Para tanto, Carré de Malberg entendia que era necessário estabelecer uma nítida distinção entre a Constituição e a lei ordinária, de modo que o texto constitucional adquirisse *status* normativo hierarquicamente superior à legislação ordinária, o que implicaria na

¹⁰ No início do século XX, Raimond Carré de Malberg elaborou uma teoria do Estado de Direito para aplicar às instituições francesas, na qual pretendeu realizar uma síntese do *Rechtsstaat* alemão e do *Rule of Law* norte-americano (ZOLO, 2006, p. 22-23).

¹¹ A Revolução Francesa teve, no plano teórico, inspiração na doutrina da soberania popular, a qual se assentava nos postulados da atribuição de um primado absoluto ao Parlamento em relação aos demais poderes do Estado, na medida em que seria o único órgão que poderia ostentar uma investidura popular direta; da concepção da lei como expressão da vontade geral da nação; da vinculação rigorosa do Poder Executivo aos preceitos legais; e da impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário no exercício do Parlamento. Ao lado da doutrina da soberania popular, Emmanuel-Joseph Sieyès, partindo da tese de Rousseau sobre a imprescritibilidade e a inalienabilidade da soberania popular, elabora a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Essa distinção, conforme estabelecido no artigo 28 da Declaração dos Direitos de 1793, é interpretada no sentido de que, de um lado, o povo tem sempre o direito de rever, reformar e alterar a Constituição, e de outro, nenhuma geração tem o dever de sujeitar-se às leis prescritas pelas gerações que a antecederam. Como consequência da assimilação dessas doutrinas, no período posterior à revolução, o Parlamento francês tendia a revestir-se simultaneamente das funções de poder constituinte e do poder constituído, o que implicava na atribuição de prerrogativas soberanas e na reivindicação de um poder permanente e sem limites de revisão constitucional. Além disso, havia uma orientação de oposição à rigidez do texto constitucional e ao controle de constitucionalidade das leis ordinárias (ZOLO, 2006, p. 23-25).

renúncia a qualquer pretensão constituinte pelo Parlamento, bem como na imposição de limites jurídicos constitucionais à atividade legislativa (ZOLO, 2006, p. 25).

Analisando a experiência francesa de uma perspectiva fático-concreta, CANOTILHO, no entanto, identifica a experiência do *État de Droit* com um Estado legal, regido pelo princípio da primazia da lei, no qual “a supremacia da constituição foi neutralizada pela primazia da lei” (2003, p. 96).

3 TEORIA GERAL DO ESTADO DE DIREITO

Da síntese a respeito das principais experiências históricas e construções teóricas do Estado de Direito, nota-se que cada tradição analisada apresenta peculiaridades jurídico-institucionais do ponto de vista das modalidades de atribuição da soberania, dos mecanismos constitucionais e das formas de tutela dos direitos subjetivos, que as singularizam e diferenciam entre si.

Contudo, tais diferenças atenuam-se quando são considerados os pressupostos filosófico-políticos, as referências de valor, os institutos jurídicos e as instituições políticas de cada tradição.

Com base nesses elementos comuns, ZOLO (2006, p. 30-31) propõe, no plano teórico, a condensação da complexidade da tradição ocidental do Estado de Direito em modelo único e coerente. Como resultado desse esforço, o jusfilósofo italiano conceitua o Estado de Direito nos seguintes termos:

uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar [...] pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da ‘difusão do poder’ e o da ‘diferenciação do poder’ (ZOLO, 2010, p. 31).

3.1 Pressupostos Filosófico-Políticos do Estado de Direito

Para ZOLO (2006, p. 32-34), o **individualismo** e o **jusnaturalismo** são os pressupostos filosófico-políticos do Estado de Direito.

O individualismo é “a premissa filosófico-política geral do Estado de Direito e da doutrina dos direitos fundamentais” (ZOLO, 2006, p. 32). Tal premissa está relacionada a uma inversão na maneira pela qual é concebida a relação entre o poder político e o indivíduo:

da prioridade dos deveres dos súditos em relação à autoridade política (e religiosa) passou-se, na Europa, no decorrer da formação do Estado moderno, à prioridade dos direitos do cidadão e ao dever da autoridade pública de reconhecê-los, de tutelá-los e, enfim, também de promovê-los (ZOLO, 2006, p. 32).

De uma perspectiva teórica, pode-se afirmar que o modelo individualista de sociedade surge da ruptura do modelo de sociedade organicista, o qual se caracterizava pela sobreposição dos interesses do poder soberano em relação aos interesses individuais. BOBBIO, em termos didáticos, define tais modelos a partir da contraposição de suas características:

Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado [...] Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vem os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos. A mesma inversão ocorre com relação à finalidade do Estado, a qual, para o organicismo, é a *concordia* ciceroniana (a *omónoia* dos gregos), ou seja, a luta contra as facções que, dilacerando o corpo político, o matam; e, para o individualismo, é o crescimento do indivíduo tanto quanto possível livre de condicionamentos externos. O mesmo ocorre com a relação ao tema da justiça: numa concepção orgânica, a definição mais apropriada do justo é a platônica, para a qual cada uma das partes de que é composto o corpo social deve desempenhar a função que lhe é própria; na concepção individualista, ao contrário, justo é que cada um seja tratado de modo que possa satisfazer as próprias necessidades e atingir os próprios fins, antes de mais nada a felicidade, que é um fim individual por excelência (2004, p. 56-57).

O jusnaturalismo, de outra parte, caracteriza-se pela consolidação da tese do primado ontológico do sujeito individual e do valor axiológico da sua liberdade e autonomia. Essa ideia, no plano da filosofia política e da teoria do direito, tem como princípios corolários fundamentais o **pessimismo potestativo** e o **otimismo normativo** (ZOLO, 2006, p. 34).

O pessimismo potestativo diz respeito à ideia de que o poder político, ainda que seja necessário, é perigoso, na medida em que pode resultar na violação de liberdades individuais quando exercido de modo excessivo ou arbitrário:

o poder é, ao mesmo tempo, funcionalmente necessário e socialmente perigoso. O poder, em particular nas suas formas repressivas, é indispensável para garantir a ordem, a coesão e a estabilidade

do grupo político. É perigoso – é a ameaça mais grave para as liberdades individuais – porque é por sua natureza propenso a se concentrar, a se reproduzir de forma recorrente e a se tornar arbitrário (ZOLO, 2006, p. 34).

Como consequência, o Estado de Direito deve dispor de mecanismos que garantam a proteção dos direitos fundamentais contra violações decorrentes do exercício do poder político que extrapola os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Exige-se, portanto, “que no Estado estejam presentes aparelhos normativos e órgãos institucionais que desempenhem a função de identificar, contrastar e reprimir o abuso e o arbítrio do poder” (ZOLO, 2006, p. 35).

Por outro lado, o otimismo normativo diz respeito à convicção de que os abusos do poder político podem ser contidos e reprimidos através do direito. Trata-se da ideia de que a periculosidade do poder pode ser neutralizada pelo ordenamento jurídico, por meio do reconhecimento dos direitos subjetivos e da regulamentação do exercício dos poderes públicos (ZOLO, 2006, p. 35-36).

Disso resulta a necessidade de vinculação dos poderes públicos ao respeito de regras gerais, na medida em que a imposição de formas e de procedimentos gerais no ordenamento jurídico para balizar o exercício do poder tem como efeito a redução da discricionariedade política. Além disso, essa vinculação torna mais transparente a atuação dos poderes públicos e permite o controle por parte dos cidadãos e das instituições de controle (ZOLO, 2006, p. 36).

No Estado de Direito, portanto, ao ordenamento jurídico são atribuídas as funções de instrumento da ordem e da estabilidade do grupo social, enquanto expressão normativa do poder de governo, de mecanismo legislativo de ritualização-limitação do poder político e de garantia dos direitos subjetivos (ZOLO, 2006, p. 36).

3.2 Princípios da Difusão e da Diferenciação do Poder

ZOLO (2006, p. 36-47) explica, ainda, que o Estado de Direito orienta-se pelos princípios da **difusão** e da **diferenciação** do poder.

O princípio da difusão do poder pode ser definido como a tendência à fixação de limites legais aos poderes públicos a fim de que o âmbito das liberdades individuais seja dilatado. Isso implica na necessidade de se estabelecer a definição jurídica dos poderes públicos e das liberdades individuais, os seus respectivos limites e as sanções a serem aplicadas aos que extrapolarem as balizas do ordenamento jurídico (ZOLO, 2006, p. 31). No

Estado de Direito, portanto, por força do princípio da difusão do poder, a titularidade de faculdades, de pretensões e de poderes é atribuída de forma disseminada no corpo social:

No Estado de Direito, os indivíduos – e as formações sociais e as associações às quais eles legitimamente dão vida – são titulares de uma ampla gama de pretensões legítimas e de micropoderes. Trata-se de pretensões e de poderes que, graças à sua definição jurídica, podem também ser exercidos contra os órgãos do governo político, cuja esfera de exercício é conseqüentemente limitada (ZOLO, 2006, p. 36).

Nesse contexto, o ordenamento jurídico exerce a função de tornar transparente e visível o exercício do poder político, contrastando a sua tendência à concentração e ao arbítrio, bem como de limitar o âmbito de atuação dos poderes públicos, definindo esferas de não intervenção como forma de garantir a proteção dos direitos fundamentais (ZOLO, 2006, p. 37).

O princípio da difusão, nas diferentes experiências históricas e construções teóricas do Estado de Direito, manifesta-se nos institutos normativos da unicidade e individualidade do sujeito jurídico, da igualdade jurídica dos sujeitos individuais, da certeza do direito e do reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos (ZOLO, 2006, p. 37-43).

A unicidade e a individualidade do sujeito jurídico materializam-se na igual capacidade de todos os indivíduos de serem titulares de direitos e de produzirem conseqüências jurídicas com seu comportamento, o que os torna, no Estado de Direito, sujeitos do próprio ordenamento jurídico (ZOLO, 2006, p. 37).

No mesmo sentido, a igualdade jurídica dos sujeitos individuais concretiza-se na igualdade de todos os indivíduos perante a lei, que consiste em instrumento de caráter geral e abstrato. Isso implica no tratamento igual, com aplicação dos mesmos princípios normativos, regras e conseqüências jurídicas, para situações concretas compreendidas na moldura de uma mesma hipótese abstrata prevista em lei (ZOLO, 2006, p. 38).

A certeza do direito consubstancia-se na garantia de que os indivíduos possam prever as conseqüências jurídicas dos seus atos, assim como as conseqüências dos atos dos demais indivíduos com quem se relacionem. Isso requer que sejam garantidos meios através dos quais os indivíduos possam antever de que maneira os poderes públicos, em especial a Administração Pública e o Poder Judiciário, decidem e atuam em face de um determinado comportamento individual. Para tanto, é imprescindível que os indivíduos tenham acesso a meios que os permitam conhecer o direito vigente, que as leis sejam claras e não retroativas, e que não existam antinomias no ordenamento jurídico (ZOLO, 2006, p. 40).

Enfim, o princípio da difusão manifesta-se, ainda, no reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos dos indivíduos¹². No Estado de Direito, portanto, é preciso que os indivíduos disponham de meios para, se necessário, garantir a eficácia desses direitos em âmbito judicial, ainda que contra os poderes públicos (ZOLO, 2006, p. 43).

O princípio da diferenciação do poder, de outra parte, apresenta dois aspectos essenciais. Por um lado, a autodiferenciação do subsistema político-jurídico em relação aos outros sistemas funcionais, o que significa que o Estado de Direito caracteriza-se por um “alto grau de autonomia funcional em relação ao subsistema ético-religioso e ao econômico” (ZOLO, 2006, p. 43).

Por outro lado, o princípio da diferenciação do poder é marcado pela diferenciação interna ao subsistema político, na medida em que atua como “critério de delimitação, coordenação e regulamentação jurídica de distintas funções estatais, sumariamente correspondentes à posição de normas (*legis latio*) e à aplicação de normas (*legis executio*)” (ZOLO, 2006, p. 32).

Dessa forma, o princípio da diferenciação do poder manifesta-se em modalidades institucionais como a delimitação do âmbito de exercício do poder e de aplicação do direito, a separação entre instituições legislativas e instituições administrativas, o primado do poder legislativo, o princípio da legalidade, a reserva de legislação, a subordinação do poder legislativo ao respeito dos direitos subjetivos constitucionalmente definidos e a autonomia do poder judiciário (ZOLO, 2006, p. 45-47).

A delimitação do âmbito de exercício do poder e de aplicação do direito significa que, no Estado de Direito, deve haver a demarcação do âmbito da esfera pública e da esfera privada. Isso é resultado dos efeitos do processo de autodiferenciação do sistema jurídico-político que, de um lado, tende a eliminar qualquer interferência funcional dos subsistemas ético-religioso e econômico do âmbito da política e do direito; e de outro, define explicitamente o âmbito funcional do subsistema jurídico-político através da limitação da soberania interna do Estado (ZOLO, 2006, p. 46).

Por força do princípio da diferenciação do poder, no âmbito do Estado de Direito, deve haver a separação entre as instituições legislativas e as instituições administrativas. Assim, a função de criar leis gerais e abstratas deve ser atribuída aos Parlamentos; a função de aplicar as leis aos casos concretos, criando e executando normas individuais por meio de atos

¹² Cabe assinalar que o Estado de Direito, adotando a terminologia dos direitos subjetivos proposta por Thomas Marshall, tem como objeto de tutela apenas os direitos civis, e em alguma medida, os direitos políticos (ZOLO, 2006, p. 43).

administrativos e de decisões judiciais deve ser atribuída aos aparelhos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (ZOLO, 2006, p. 46).

Além disso, o princípio da diferenciação impõe aos poderes públicos o dever de observância do princípio da legalidade, o que significa que todos os atos administrativos e as decisões judiciais devem guardar conformidade com uma norma anterior de caráter geral e abstrato. De acordo com essa lógica, por força do princípio da reserva legal, apenas ao Parlamento deve ser atribuída a competência para editar normas gerais sobre direitos fundamentais, desde que observados os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição (ZOLO, 2006, p. 46-47).

Por fim, o princípio da diferenciação do poder manifesta-se, ainda, na autonomia do Poder Judiciário, o qual deve observar a lei nas suas decisões, em decorrência do princípio da legalidade, mas deve buscar colocar-se em posição de terceiro imparcial em relação aos interesses em conflito que venham a ser submetidos à sua apreciação (ZOLO, 2006, p. 47).

Dessa forma, com base na concepção do Estado de Direito apresentada, a seguir procurar-se-á demonstrar a relação entre a noção de controle dos poderes públicos e os elementos que caracterizam contemporaneamente a ideia de Estado de Direito.

4 O ESTADO DE DIREITO COMO PRESSUPOSTO DO CONTROLE DOS PODERES PÚBLICOS

A partir da concepção contemporânea do Estado de Direito proposta, pode-se assinalar a existência de uma relação de interdependência entre a noção de controle dos poderes públicos e a ideia de Estado de Direito.

Com o objetivo de aprofundar a reflexão sobre essa questão, no próximo tópico a análise repousará na demonstração de que o Direito Administrativo, ramo do Direito Público, tem origem com a afirmação da ideia de Estado de Direito. Tal análise contribuirá para que se evidencie, posteriormente, que o Estado de Direito é pressuposto da noção de controle. Todavia, a partir de uma perspectiva fático-concreta, o controle dos poderes públicos é instrumento indispensável para a preservação e a afirmação do Estado de Direito.

4.1 O Estado de Direito como Fundamento do Direito Administrativo

O estabelecimento de uma relação entre o controle dos poderes públicos e o Estado de Direito compreende o reconhecimento de que a disciplina do Direito Administrativo é construída a partir da afirmação da ideia de Estado de Direito.

Conforme assevera MELLO, o Direito Administrativo é o “ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem” (2015, p. 37). No entanto, antes de ser um ramo do Direito Público que tem como objeto os poderes atribuídos ao Estado no exercício da atividade administrativa, o Direito Administrativo deve ser entendido como “como conjunto de limitações aos poderes do Estado ou, muito mais acertadamente, como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados” (MELLO, 2015, p. 44).

Nesse sentido, MELLO (2015, p. 46-47) explica que, no Direito Público contemporâneo, os poderes do Estado tem caráter instrumental e devem ser utilizados quando necessários e indispensáveis para a realização de uma finalidade legal. Portanto, uma concepção do Direito Administrativo que tenha como objeto central os poderes do Estado é autoritária e falsa, pois não guarda conexão com a sua história, que tem origem com o Estado de Direito, e com a própria razão de ser do Direito Administrativo, que é a regulação do poder político por meio do direito, de modo a possibilitar a realização do interesse público e a proteção dos direitos fundamentais. Em outros termos, a afirmação do Estado de Direito implica no reconhecimento de que os poderes públicos devem submeter-se ao direito, que passa a regular a atuação dos governantes e dos demais agentes públicos nas suas relações com os administrados.

Nesse contexto, é criada a disciplina do Direito Administrativo, cujo objeto é a regulamentação do exercício do poder, a partir do estabelecimento de mecanismos legais para a sua contenção e para a proteção dos direitos fundamentais dos administrados:

o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrado, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente (MELLO, 2015, p. 47).

Portanto, considerando que o Direito Administrativo origina-se da tradição ocidental do Estado de Direito, não há como se sustentar tratar-se de uma disciplina concebida para supraordenar os interesses do poder político em relação aos interesses dos cidadãos. Ao contrário, o Direito Administrativo “surge exatamente para regular a conduta do Estado e

mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal” (MELLO, 2015, p. 47). Desse modo, MELLO conclui, com acerto, que o Direito Administrativo “é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão [...] é, pois, sobretudo, um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que o instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder” (2015, p. 47).

4.2 O Controle como Mecanismo de Preservação do Estado de Direito

Conforme assinalado no tópico anterior, a ideia de Estado de Direito é o fundamento sobre o qual é construída a disciplina do Direito Administrativo. Isso significa que as bases ideológicas que dão alicerce ao Direito Administrativo coincidem com as fontes inspiradoras do Estado de Direito, dentre as quais, para fins de aprofundar o tema do controle dos poderes públicos, deve-se destacar a teoria da “separação dos poderes” de Montesquieu.

A ideia de controle dos poderes públicos relaciona-se intimamente com a teoria da “separação dos poderes”. Em síntese, pode-se afirmar que Montesquieu, adotando como premissa a ideia de que todo aquele que é titular do poder tende a abusar dele e de que o poder se exerce até encontrar limites, busca apresentar uma resposta à questão de como controlar o poder. Reconhecendo que somente o próprio poder pode controlar o poder, Montesquieu propõe o seu fracionamento, para que parcelas de poder conttenham-se reciprocamente (MELLO, 2015, p. 48-49).

A teoria da “separação dos poderes” de Montesquieu foi assimilada pela tradição ocidental do Estado de Direito, pois, conforme assinalado anteriormente, os princípios da difusão e da diferenciação do poder, os quais devem orientar o Estado de Direito, demonstram, em boa medida, a absorção da ideia do fracionamento do poder para evitar a sua concentração e para viabilizar o controle recíproco de suas parcelas.

MELLO afirma que o Estado de Direito é “um modelo de organização social que absorve para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder” (2015, p. 49). Dito de outro modo, o Estado de Direito, a partir de uma dada concepção política, realiza a função de estruturar um sistema de controle dos poderes públicos por meio do ordenamento jurídico.

Tal entendimento pode ser demonstrado a partir do confronto da ideia de controle dos poderes públicos com os elementos que caracterizam contemporaneamente a ideia de Estado de Direito, de acordo com o modelo proposto no presente artigo.

Dessa forma, conforme exposto na primeira parte do trabalho, o individualismo e o jusnaturalismo são os pressupostos filosófico-políticos do Estado de Direito.

Com relação ao individualismo, a estruturação de um sistema de controle dos poderes públicos no ordenamento jurídico, por um lado, aponta para a afirmação de um modelo individualista da sociedade, no qual, contrariamente ao modo pelo qual era concebida a relação entre o poder político e o indivíduo na sociedade organicista, os poderes públicos devem atuar alinhados na busca da realização dos interesses dos cidadãos. Nesse contexto, o controle é instrumento idôneo a contribuir para que os poderes públicos não se afastem da sua finalidade.

O controle dos poderes públicos, por outro lado, também demonstra a assimilação dos princípios do pessimismo potestativo e do otimismo normativo, ambos corolários do jusnaturalismo.

De um lado, com relação ao pessimismo potestativo, o estabelecimento de mecanismos de controle demonstra o reconhecimento de que o poder pode ser exercido de modo arbitrário e abusivo, o que pode resultar na violação de direitos fundamentais. Por outro lado, a estruturação do sistema de controle no ordenamento jurídico também demonstra assimilação da ideia de otimismo normativo, pois constitui a concretização da crença de que através do direito é possível prevenir e reprimir eventuais abusos e usos arbitrários do poder, e, com isso, atuar na proteção dos direitos fundamentais.

Deve-se assinalar, ainda, que o sistema de controle dos poderes públicos consubstancia-se em manifestação dos princípios da difusão e da diferenciação do poder, os quais orientam o Estado de Direito.

Nesse sentido, o princípio da difusão do poder é materializado na medida em que a estruturação de um sistema visa atribuir a função de controle a diversos órgãos e instituições, mas também legitima o cidadão a provocá-lo em determinadas hipóteses. Tem-se, portanto, a distribuição por todo o corpo social da titularidade de poderes que podem ser exercidos em oposição aos poderes públicos quando atuarem fora das balizas estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

De outra parte, o controle confere concretude ao princípio da diferenciação do poder, uma vez que viabiliza a manutenção da delimitação de funções e de competências entre

órgãos e instituições do Estado de Direito, evitando a concentração do poder e prevenindo o arbítrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos resultados alcançados após o desenvolvimento dos objetivos específicos propostos no presente artigo, pode-se afirmar que o entendimento contemporâneo a respeito do Estado de Direito é resultado de um processo histórico-evolutivo e cultural que acompanha o desenvolvimento do pensamento ocidental, no qual se busca equalizar a relação entre o poder político e o indivíduo por meio do direito.

Contemporaneamente, o Estado de Direito indica um modelo de organização político-social, que, com base no individualismo e no jusnaturalismo, atribui ao ordenamento jurídico função de proteção dos direitos fundamentais, estabelecendo-o como limite ao exercício do poder político, o qual tende a dilatar-se e a tornar-se arbitrário. Para tanto, o Estado de Direito estrutura-se a partir da afirmação dos princípios da difusão do poder e da diferenciação do poder.

Nesse contexto, a ideia de controle surge no bojo do desenvolvimento da tradição ocidental do Estado de Direito, erigindo-se como mecanismo necessário à garantia de que a atuação dos poderes públicos não extrapole as balizas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, de modo a proteger os direitos fundamentais de excessos ou arbitrariedade. Com isso, pode-se afirmar que o Estado de Direito é pressuposto da noção de controle; contudo, de uma perspectiva concreta, o controle é instrumento indispensável à afirmação e à manutenção do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito**. 1999. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94.