

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO JURÍDICO DE ESTADO DE DIREITO

### CONSIDERATIONS ON THE LEGAL CONCEPT OF STATE OF LAW

**Ricardo de Barros Falcão Ferraz**

Doutorando em Direito pela UNISINOS, Mestre em Teoria Geral da Jurisdição e Processo pela PUC/RS, especialista em Contratos na UFRGS. Advogado militante, exerce atividades profissionais no campo eleitoral, partidário, parlamentar e administrativo.

#### Informações de Submissão

Recebido em: 01/10/2015

Aceito em: 17/11/2015

Publicado em: 02/12/2015

#### Palavras-chave

Direito Constitucional. Estado de direito.  
Mito da ruptura.

#### Keywords

Constitutional law. Rule of law. Myth  
break.

#### Resumo

Este artigo objetiva criticar as concepções de Estado de direito, seu uso vulgar e coloquial, as acepções teóricas e, em especial, através da análise histórica, propor a desmistificação das premissas do “mito da ruptura” que supostamente o caracterizaria.

#### Abstract

This article aims to criticize the various conceptions of the rule of law, his vulgar and colloquial usage, the theoretical notions and, particularly, through a historical analysis, propose the demystification of the assumptions of the "myth of rupture" that supposedly characterize.

## 1 INTRODUÇÃO

A linguagem jurídica brasileira, mesmo a acadêmica, não é, por assim dizer, tão técnica ao ponto de dispensar o uso coloquial em expressões ou locuções de elevado grau valorativo. Substantivos como Cidadania, Soberania, República, Democracia, Estado de direito, dentre outros – que ostentam a qualidade de “altos conceitos políticos” (ao ponto de serem normalmente escritas com a primeira letra em maiúsculo) – e supõem consensos semânticos sabidamente vagos e imprecisos. Em que pese o manejo dessas locuções no discurso coloquial (e também técnico) revele consensos intersubjetivos de valoração e importância, o significado atribuído ao instituto por cada locutor é uma variável que comporta inúmeras, e por vezes antagônicas, “conteúdos”.

É neste contexto que o presente artigo destina-se a analisar a expressão Estado de direito, demonstrando as dificuldades encontradas em sua conceitualização na doutrina atual,

---

que vai especialmente agravada na cristalização de mitos históricos que endossariam "rupturas revolucionárias", bem como da sobrevalorização anacrônica de um certo civilismo social e político que nas experiências vivenciadas não estão materialmente evidentes.

## **2 EM SEDE PRELIMINAR: A DIFICULDADE EM LIDAR COM CONCEITOS**

Antes de lidar com conceitos abstratos que seria, supostamente, histórico-demonstrativos, tais como Estado de direito, é preciso primeiramente não perder de vista a grande dificuldade que ele apresenta sob tal abordagem. Isso porque, um tal conhecimento é, usualmente, abordado de forma assistemática, da qual a inflexão vulgar ou empírica é a forma básica. Ainda assim, nas raras vezes em que é tratado de forma sistemática, da qual o científico, o teológico e o filosófico são os modelos existentes, múltiplas distinções e variantes são conferidas às diversas acepções que lhe dão contorno conceitual. Dito de outra forma: a expressão Estado de Direito foi teoricamente concebida posteriormente para explicar um fenômeno passado, ou é ela um retrato exato de uma realidade fenomênica, ainda que social e política, mas perene e singular, que sempre apresenta a mesma formatação? Terá a expressão surgido primeiro que o fenômeno? Ou o que entendemos por Estado de direito é uma realidade anterior à linguagem?

De um lado, se o teórico compreende Estado de direito enquanto fenômeno específico da realidade empírica, então é possível estabelecer seus elementos constitutivos de forma segura, bastando para tanto identificar as experiências passadas onde tal fenômeno se materializou. Tratando-se de uma atividade descritiva, ainda que seu conteúdo venha a possuir variações explicativas, então é possível identificar uma essência fundamental invariável.

No entanto, se por Estado de direito o teórico entende uma qualidade específica da realidade política traduzida intelectualmente pela locução, então sua constituição não dependerá de fatos evidentes no mundo empírico, mas de um consenso retórico sobre quais elementos lhe conferem tal valoração.

Tudo dependerá, como se percebe, da posição do objeto investigado no momento de sua descrição. E este fato que torna a diferença entre um e outro enfoque tão elementar como diferenciar conceitos retirados da razão demonstrativa, tais como ocorre com os fenômenos físicos da gravidade, pressão e força, por exemplo, de conceitos retirados da razão especulativa, tais como ocorre com os fenômenos políticos. Antecedendo o fenômeno a definição proposta, então se poderão elencar os critérios objetivos para identificar sua

---

---

constituição, somente neste caso sendo possível dimensionar a necessidade de elencar nestes critérios elementos de valoração (ou dados qualitativos), justamente por que a descrição apresentada é fenomênica. É o que ocorre com o conceito de Constituição, por exemplo. Trata-se de um diploma jurídico e político, que pode ser concebido por múltiplas formas, mas que sempre será um diploma jurídico e político de fundação do Estado, independentemente de sua qualidade técnica. Define-se o que é uma Constituição, portanto, por critérios objetivos e até mesmo qualitativos elencados a partir de realidades históricas e concretas, pois é ele um fato concreto do mundo real que antecede, necessariamente, a sua conceituação.

Por vezes, no entanto, se promovem teoricamente definições qualitativas da vida, incapazes de descrever de forma segura uma essência exclusiva. Nada impede o teórico, por exemplo, de adjetivar qualidades formuladas sobre aspectos que não podem ser percebidos materialmente no mundo concreto, senão que no juízo de valor intelectual formulado pelo intérprete. Cidadania, por exemplo, se significasse a expressão material anterior ao conceito, poderia ser definido como qualquer ação do cidadão (e independeria, neste caso, da qualidade da ação por ele desempenhada), mas compreendemos por Cidadania um determinado tipo de comportamento social, politicamente direcionado. Uma acepção adjetiva de Cidadania, no entanto, tornou-se usual quando manobrada em expedientes retóricos e argumentativos, expressando uma certa formulação mental busque que da significado (explicativo) ao comportamento político considerado correto. Sua visão de Cidadania, todavia, será valorativamente diferente daquela que vier a ser apresentada pelos demais teóricos, justamente pela razão de que, a concepção (que é íntima, porque ideológica), antecede o fenômeno, impedindo um consenso sobre a mesma.

A presente pesquisa identifica claramente esta dificuldade com o conceito de Estado de direito, pois dubiamente estabelecido (pela imensa maioria dos juristas) enquanto dado do mundo dos fenômenos, ainda que claramente seja descrito enquanto criação linguística meramente explicativa.

## **2.1 A função pragmática da locução “Estado de direito”.**

Diante da pluralidade de usos empregados para a expressão "Estado de direito", é possível afirmar-se que a mesma adquiriu uma função pragmática no discurso político e jurídico, juntamente com outras locuções de similar relevo como "República", "Constitucionalismo", "Justiça", "Cidadania", etc.

---

---

Pragmática é o campo da linguística que estuda o uso das palavras no discurso, alheio ao seu significado teórico, campo ao qual se ocupa a semântica. Múltiplas "formas" e "significados" podem ocultar-se no uso de uma expressão quando manejada de forma vulgar e técnica, especialmente quando o orador a concebe de forma empírica ou intuitiva. Tanto no embate dialético jurídico quanto no político, nas muitas vezes em que o orador fundamenta seu discurso ao seu auditório expondo sua "visão do mundo" calcada na autoridade da "forma" que confere a sua ideia particular de "Estado de direito", por certo o fará supondo ser este um ponto de concordância teórico-prático a partir do qual o argumento adquire legitimação consensual, juntamente com a suposição de um elevado potencial de convencimento.

Em que pese a locução "Estado de direito" seja usualmente manejada para exercer esta função de fundar bases de concordância prática entre o orador e seu auditório no discurso jurídico e político, é sabido que a planificação desta "base de consenso" se assenta sobre uma visão superficial, imprecisa e vaga do que seja a "forma" ou o "conteúdo" material expresso pela locução Estado de direito.

Disso resulta a necessária constatação de que, qualquer pacificação consensual estabelecida na suposição da "autoridade" da ideia oculta de "Estado de direito" constitui-se num evidente sofisma ilusório, eis que se funda em consensos valorativos (sua importância) ainda que embasados sobre critérios que, uma vez desvelados, em verdade podem se demonstrar inconciliáveis entre o orador e auditório ou outro orador.

Esta concordância será, portanto, aparente. Basta indagar, por exemplo, se a materialização do Estado de direito pressupõe, ou não, a Democracia? Ou então, se ele se materializou quando o governo estabelecido promoveu graves injustiças pelas vias políticas, ainda que tenha se valido de instrumentos democráticos para legitima-las?

### **2.1.1 A locução "Estado de direito" sob a perspectiva semântica da linguagem.**

As dificuldades enfrentadas a quem busca compreender os muitos usos da expressão "Estado de direito", todavia, não se encerram com seu uso pragmático e coloquial. Também no plano semântico, campo destinado a significação que a expressão adquire para cada orador, é possível identificar uma vasta linhagem de visões distintas, fato que se agrava na tradição conceitualista brasileira (mormente na educação jurídica).

Marcus Faro de Castro bem esclarece o fato, quando leciona que no ensino jurídico brasileiro é comum a visão de que o direito, sendo existente desde os romanos, corresponde a

---

---

um conjunto de conceitos, tais como propriedade, família, herança e outros, com um valor normativo intrínseco e benfazejo (CASTRO, 2012). Para ele, pela metodologia de ensino praticada nas universidades, o direito é apresentado como um todo coerente de “formas” abstratas e autorreferenciadas que foi sistematizado e positivado em bons códigos. Para Faro, os juristas brasileiros absorveram a cultura jurídica “conceitualista” do direito europeu continental, importado de definições prontas, do que resultaria uma fixação dogmática da “matéria” social a “formas” pré-dispostas, elaboradas e acabadas (CASTRO, 2012).

A mesma percepção de uma clausura conceitual dominante no ensino jurídico é também objeto nos apontamentos de Lênio Streck, em diversas de suas obras, ainda que sob uma perspectiva mais crítica e filosófica. Para ele, setores “pragmáticos” produzem uma doutrina tão empobrecida e estandartizada, banalizada e simplificada em “sentos comuns teóricos”, que provocam grave distanciamento com o que se produz nas academias (o que se agrava com a massificação do direito, em cursinhos de preparação de concursos) (STRECK, 2010).

Desfossilizar a cultura mediana do profissional do direito no Brasil de hoje, como sugerem Faro, ou como propõe Streck, incentivando o desenvolvimento de um saber crítico e reflexivo, passa por superar a ideia do direito como reduto intelectual eminentemente “técnico” e independente da política (CASTRO, 2012), economia ou história. Acima de tudo, de que seja um todo autorreferenciado em “teorias gerais”, na sua própria “ciência”, ou em preceitos dogmáticos previamente estabelecidos.

Neste cenário, a maior capacidade persuasiva da locução “Estado de direito” (porque havida intuitivamente enquanto argumento de autoridade, uma espécie de “limite material especulativo” que diferencia o “certo” do “errado” jurídico ou político) a simplifica enquanto saber não refletido ou crítico, justamente por faltar-lhe um indispensável esforço dialético de concordância semântica.

A concordância torna-se inimaginável, no entanto, com a proliferação de um método de ensino jurídico voltado à preparação de concursos e provas de conhecimento, em que um conceito de “Estado de direito” é usualmente industrializado para ser “decorado” como “forma autônoma”. Uma realidade que é também vivenciada nas cátedras de Direito Constitucional, de Teoria do Estado ou de Direito Administrativo, em que com frequência esse mesmo método de ensino é reforçado. Nelas, o estudante é instruído a compreender a existência de uma ideia consolidada de “Estado de direito” que seja, ao mesmo tempo, tanto uma verdade conceitual indemonstrável, quanto um supedâneo axiológico irresistível sobre o qual se afirmam outros tantos institutos. De tudo isso resulta a dispersão conceitual da

---

---

expressão “Estado de direito” na linguagem jurídica e política, com diversas significações semânticas.

Vários exemplos podem ser citados. Ao declarar a promulgação da Constituição de 1988, o então deputado Ulysses Guimarães discursou alegando que o Estado de direito é um consectário da igualdade, portanto vocacionado a combater a miséria:

“... a Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica. O inimigo mortal do homem é a miséria. O Estado de direito, consectário da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria.” Mas qual seria o ideal de igualdade que formulara Ulysses Guimarães em seu discurso: decorreria dele medidas de justiça corretiva ou distributiva em nome da igualdade?

Outro exemplo vindo da política. Em manifestação contrária à greve dos policiais civis e militares na Bahia, o então Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo também se utilizou da locução como recurso de autoridade. “O regime de Estado de direito não pode ser ameaçado por aquelas pessoas que têm o dever de cumprir a Constituição e juraram cumprir a Constituição”.

Aqui, claramente, Estado de direito está semanticamente atrelado a uma noção de Democracia, em que se tornaria inconcebível a adoção de medidas abusivas (de privados, o que é curioso, pois usualmente Estado de direito está atrelado a deveres de abstenção de condutas do Estado) em nome luta por direito.

Em manifesto apoio ao novo papado, a Igreja Católica também dissemina uma visão particular da locução, gravada com presunções ideológicas, quando afirma que

“... temos hoje um Estado de direito, com legislação que o sustenta, mas que não é democrático nem social. É um Estado liberal de direito. A Confederação defende um Estado democrático política, social e economicamente, em que seja crucial a questão do ser humano. Um Estado cujas funções sociais sejam voltadas para assegurar os direitos dos cidadãos, especialmente dos mais carentes.”

Desta feita, Estado de direito é semanticamente formulado sob uma perspectiva positivista, enquanto marco normativo que subjuga os governos. Neste cenário, pouco importaria ser social ou democrático para qualificar-se enquanto tal, tanto que, apesar de não ser “nem democrático, nem social”, mantém-se “de direito”.

No discurso jurídico, a multiplicidade de usos não é diferente. Quando a locução vem prenhe da ideia de constitucionalismo, é então chamada de “Estado Constitucional de direito” ou “Estado de direito Constitucional”. Por vezes, vem mediado pela ideologia prevalente (seja esta uma acepção econômica ou política) “Estado Social de direito” ou “Estado de direito

---

---

Social” e “Estado Liberal de direito” ou “Estado de direito Liberal”. Em outras ocasiões, é retratado sob a ótica democrática, passando a ser “Estado Democrático de direito” ou “Estado de direito Democrático”. Para alguns, no entanto, a mera expressão Estado de direito contém um ou mais destes predicados, sintetizando ao mesmo tempo, ser democrático e constitucional. Em tais casos, a menos que o autor esclareça sua concepção particular de Estado de direito, torna-se tarefa impossível deduzir quais predicados são necessários para melhor conhecê-lo.

Há, ainda, uma dificuldade adicional que se impõe na estruturação semântica da locução “Estado de direito”: quando, para sua definição, usam-se bases jurídicas atuais. Isso ocorre, normalmente, se confundida com ideais presentes no estado contemporâneo, tais como a promoção da justiça (como modernamente defendida), da dignidade da pessoa humana, do respeito a direitos fundamentais e a separação entre o público e o privado, etc. Neste caso, a noção de Estado de direito passa a depender de uma feição moderna de Estado, sabidamente ausente em Estados das primeiras fases da chamada Idade Contemporânea (que vai da Revolução Francesa ao pós-segunda guerra mundial).

Em outras ocasiões, Estado de direito é explicado apenas pela adição de seus dois institutos – o Estado mais o Direito – do que resultaria a vinculação do primeiro ao segundo, e vice-versa. Em muitos casos, o endosso ou réplica desta compreensão implica desconsiderar as múltiplas variações da qual também padecem os conceitos de “Estado” e de “Direito”. Por muito tempo, por exemplo, a Alemanha de Hitler constituiu-se em Estado submetido a um Direito. Possuía que respeitava sua Constituição, o direito legislado, e ainda exigia a observância de processos judiciais para impor sua nova visão do mundo. Tudo isso, não se olvide, com amplo apoio social e das estruturas institucionais às decisões tomadas. Agora, eliminando-se o fato de que se tratava da Alemanha de Hitler, dos horrores e arbitrariedades perpetrados pelo nazismo, uma vez apresentados os elementos antes referidos (uma ordem jurídica composta por uma constituição e direito positivo) um governo eleito pelo povo (legitimação democrática), decisões amparadas por processos judiciais (legitimação jurídica) e endossada e apoiada pelo povo (legitimação social), dificilmente alguém poderá referir não houvesse ali um Estado e um Direito.

Por vezes, ainda, uma aceção superficial do que seja “Estado de direito” vem apresentada na condição de recurso de autoridade em obras de doutrina, como no caso do direito administrativo. Nesta disciplina, embora um “conceito” formal de Estado de direito não seja apresentado, uma noção vaga e imprecisa da locução é utilizada para justificar o

---

---

surgimento da noção de “responsabilidade do estado” em oposição à visão de “estado irresponsável”, fundadas na superação da ideia de que “... the king can do no wrong”.

Lucia Valle Figueiredo, por exemplo, afirma que “...somente no Estado de direito – um Estado que faz as leis e a elas se submete – começa a surgir, palidamente, a responsabilidade do estado” (FIGUEIREDO, 2001)

Celso Antonio Bandeira de Melo, embora reconheça a dificuldade de afirmação do seu conceito no curso da história, descreve que “... a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de direito.” (MELO, 1999)

Odete Medauar, de sua parte, afirma que:

“[...] o direito administrativo vincula-se a concepção de Estado de direito, justamente porque fixa normas para as atividades da Administração, que é um dos setores do estado. Somente sob inspiração da ideia de Estado de direito seria possível fixar preceitos que protegem direitos dos indivíduos, perante a Administração, limitando o poder das autoridades” (MEDAUAR, 2001).

Cretella Jr., finalmente, afirma que:

“[...] a característica do Estado de direito é a possibilidade de reintegrar o cidadão em seu patrimônio, quando este é violado, havendo para isso a respectiva actio. Como deixar desamparado o administrado, ferido em seus direitos por ato do funcionário, se o Estado é o próprio tutor do direito, o criador, o aplicador e guarda da norma? Como deixar de reparar os danos que ele mesmo produziu?” (CRETELLA JR., 2001).

Todos os administrativistas citados, como se percebe, formulam uma mesma acepção semântica, em que somente o Estado que aceite ser responsabilizado por seus próprios atos, é “Estado de direito”. Independe, nesta hipótese, a qualidade da reparação produzida – se judicial ou não – e tampouco se o regime que a institui é democrático ou não, seja com vocação ideológica liberal ou socialista. A configuração corresponderá apenas a uma mera previsão normativa – critério formal objetivo – que estipula a potencia da responsabilização do Estado perante seus próprios atos segundo a ordem normativa.

Em muitos casos, sequer a doutrina constitucional, de onde se esperaria maior apuro técnico, ocupa-se em modelar tal conceito com maior precisão. José Afonso da Silva, por exemplo, no item III de sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, ao apresentar as dimensões do Estado de direito, refere que: “...a democracia, como realização dos valores (igualdade, liberdade e dignidade) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de direito, mas esta não existirá senão no Estado democrático” (SILVA, 1988).

---



Na linha do afirmado por Afonso da Silva, parece legítimo intuir que inexistirá Democracia sem Estado de direito, ainda que possa haver Estado de direito sem Democracia. Para o autor, em sua primeira formulação, Estado de direito seria o “Estado Liberal de direito”, cujas características seriam a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado da garantia dos direitos fundamentais. Vale referir, no entanto, que tanto Afonso da Silva quanto Paulo Bonavides, este último na obra clássica “Ciência Política” (BONAVIDES, 1972), tem o mérito de polemizar a dificuldade imposta pela visão positivista do direito, que confunde Estado e Direito numa correlação de identidade. Fundamentada em Kelsen, a ausência de fundamentos morais (de justiça) para o direito legitimaria tratar-se como Estado de direito qualquer regime que, uma vez positivado, se fizesse impor num dado território, desde que capaz de subjugar-se a si mesmo.

Sob a ótica semântica, portanto, fica por demais evidenciada a pluralidade de significações que a locução adquire no discurso jurídico e político, usualmente remetida a uma noção empírica do que seja seu “conceito”. A problematização de sua definição, no entanto, nada tem de despicienda, autorreferenciada ou vulgar, pois insere-se num contexto essencial do desenvolvimento do Estado, que tem dentre suas virtudes a capacidade de ser “civilizadora”, com o que pavimenta-se o caminho social para sua qualificação.

### **3 UMA BREVE COMPILAÇÃO DAS CONCEPÇÕES SOBRE ESTADO DE DIREITO**

Diante da pluralidade de acepções que a pesquisa (não exaustiva, diga-se) encontrou para a expressão “Estado de direito”, uma compilação das concepções encontradas nesta pequena pesquisa se revela propícia. Nelas encontramos o Estado de direito:

- a) na visão jusnaturalista;
- b) na visão juspositivista;
- c) no positivismo jurídico;
- d) como decorrência do constitucionalismo;
- e) como superação do arbítrio governamental; e
- f) como antítese do não-direito.

Vale referir que a listagem acima não adotou nenhuma metodologia específica para a subdivisão, até por que esta não é a proposta do presente estudo. Fosse esse o objetivo do, a

---

pesquisa empreendida haveria de ser mais ampla do que aquela realizada. De tal sorte, a compilação acima apenas retrata a multiplicidade de visões que o tema empreende como forma de demonstrar o direcionamento do conceito de Estado de direito enquanto realidade conceitual que antecede o mundo dos fatos.

Portanto, são validas eventuais críticas no sentido de apontar a ausência de equivalência ou similitude lógica da listagem nela apresentadas. Todavia, como o objetivo do presente item está em demonstrar a multivocidade semântica da expressão, necessário se fazia esboçar compilar as abordagens encontradas, razão para superar a presente dificuldade.

a) Acepção jusnaturalista do Estado de direito.

A primeira possibilidade teórica que conjectura o surgimento do Estado de direito (portanto, enquanto fenômeno antecedente ao conceito) para fins de definição, é aquela que sustenta seu surgimento no período clássico marcado pela cosmovisão jusnaturalista setecentista e oitocentista. Dentre os doutrinadores brasileiros, essa visão pode se encontrada na obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que dedicou estudo exclusivo ao Estado de direito descrevendo nela a sua origem, suas raízes na antiguidade, e a evolução que experimentou pelo pensamento medieval até sua formalização nos movimentos revolucionários do século XVIII (FERREIRA FILHO, 1999):

Vale ter presente que, no cerne desta cosmovisão jusnaturalista, encontra-se uma certeza indemonstrável de caráter filosófico (apodítica, portanto) segundo a qual o homem, em estado de natureza, seria ser absolutamente livre. Tal liberdade, que significaria a não-liberdade de outros, é a razão pela qual parcela deste feixe de autonomias necessitaria ser delegada, institucionalizada, de forma a que o maior número de liberdades viesse a ser desfrutada pelo homem em sociedade. Essa delegação mútua, realizada concomitantemente por todos os indivíduos de uma mesma comunidade, compõe o cerne do “contrato social”. Todavia, como o estado concebido pelo homem com base neste pacto social revelou-se essencialmente opressivo, aberrante, escravizante e intolerável (FERREIRA FILHO, 1999) necessário se fizeram rearranjos institucionais, em que o Estado se apresentasse como “defensor da liberdade dos indivíduos”. Tais rearranjos se deram através da monopolização da produção jurídica pelo Estado, a quem o iluminismo confiou a tarefa de limitar, instituir e organizar o Poder. Como diz Ferreira Filho: “Tal Estado submetido ao império do Direito veio a ser chamado, já no século XVIII, de Estado de Direito.”

O Estado a que refere o período histórico demarcado na obra de Ferreira Filho é justamente a monarquia constitucional absolutista. E, muito embora o próprio autor reconheça

---

---

que a expressão (Estado de direito) apenas tenha surgido no século seguinte, em 1813 (FERREIRA FILHO, 1999), num período marcado pela prevalência do juspositivismo ao jusnaturalismo, deixa ele claro que a existência desse Estado ocorreu antes mesmo de ser assim denominado.

Pode-se inferir, portanto, que para a acepção jusnaturalista contratualista, o surgimento do Estado de direito decorre dessa peculiar evolução da civilização, que “estatizaria a vida”. Através dela, o Estado passou a exercer funções normativas, substituindo o direito comum que era construído e realizado cotidianamente de forma pluralista (e que cada agrupamento social isoladamente edificara) decidindo-se, a partir de então, as contendas de acordo com leis estabelecidas por representantes e julgadas por juízes do estado (BOBBIO, 1995). Como isso, o contratualismo delineará um modelo de Estado monista, que é onipresente e detém o monopólio da produção jurídica: é justificável, portanto, compreender que seja este o primeiro ambiente fenomênico de evidenciação de um Estado atrelado ao direito.

Nesta linha de raciocínio, todavia, não se poderá considerar como obstáculo à sua conceituação, o fato do jusnaturalismo contratualista dos séculos XVI ao XVIII ter servido para instituir o Estado absoluto e o despotismo esclarecido que lhe seguiu.

#### b) Acepção juspositivista do Estado de direito

Segundo informam Ferreira Filho e também Zagrebélsky, a expressão Estado de direito como hoje a concebemos teria sido primeiramente cunhada no direito alemão em 1813, na obra de Welcker (FERREIRA FILHO, 1999), num período de transição entre o romantismo filosófico de Kant e o realismo científico sob os auspícios da escola histórica do direito alemão liderada por Savigny, Hugo e Feuerbach (WIEACKER, 1967). Nesse cenário, o juspositivismo haveria de sobrepujar a prevalência junaturalista dos séculos anteriores, pavimentando o caminho para o florescimento da filosofia positiva nas teorias políticas e jurídicas.

Há, portanto, um hiato que separa a superação do jusnaturalismo em direção ao positivismo em suas várias modalidades, demarcado pelo juspositivismo. E neste aspecto, uma advertência fundamental precisa ser feita. Não se há de confundir juspositivismo (= direito positivo) com positivismo filosófico (positivismo jurídico), pouco importando que ambos tenham contribuído para consolidar uma visão peculiar de Estado de direito.

Na tradição ocidental européia, o juspositivismo equivale a uma contraposição conceitual ao jusnaturalismo, representada numa divisão entre direito natural e direito positivo que remonta aos tempos gregos. Como ensina Norberto Bobbio, esta divisão é muito anterior

---

---

ao positivismo filosófico, de tal sorte que a expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, embora no século XX, e ainda hoje, tenha havido certa ligação entre os dois termos, na medida em que alguns positivistas jurídicos são também positivistas em sentido filosófico (BOBBIO, 1995).

Esta pontuação é curial à conceituação de Estado de direito, pela frontal oposição que faz o juspositivismo à aceção jusnaturalista. Veja-se que esta última, levada às plenas conseqüências, se evidenciava pelo monismo normativo (o monopólio da produção jurídica pelo Estado), e na garantia de sua observância pelo príncipe, ainda que o próprio príncipe seja o ordenador normativo (como ocorria no Estado absoluto e no despotismo esclarecido). Tal modelo de Estado, como bem se sabe, já fora evidenciado no passado em Roma, pelo menos ao tempo de Justiniano, a quem coube compilar disposições normativas seculares, éditos e decisões, relegando à história uma visão jurídica adotada por séculos (dos glosadores à escola histórica, e que ainda hoje se encontra presente) como a expressão máxima da “razão” aplicada ao direito. Mas se ao modelo de Estado jusnaturalista renascentista é atribuído experimentar pela primeira vez o Estado de direito, ainda que fundamentado numa razão apodítica, por ter ele por primeiro concebido a ideia de liberdade e abandonando um modelo de civilização pluralista para a monista, na visão juspositivista, tal atributo haveria de ser recusado diante da incapacidade que o Estado demonstrou em se submeter a suas próprias regras. De pouco serviria, neste contexto, que a ordem natural das coisas defendida pelo jusnaturalismo tivesse sido positivada em declarações de direitos naturais de todo o cidadão, como proclamados na França (1789) nos Estados Unidos (1776 e 1789) e na Inglaterra (1689). Os importantes avanços e conquistas que o jusnaturalismo e a justa razão (BOBBIO, 1995) empreenderam no passado, logo se revelariam incapazes de impedir a promoção de novas e ignominiosas injustiças, e bem assim de enfrentar a crítica acerba empreendida pelo juspositivismo do último quartel do século XIX e da virada do século XX, ocupada em superar o modelo de Estado absoluto e déspota, ainda que autorreferenciada como “esclarecido”.

É justamente nesse contexto que Welcker cunharia, pela primeira vez, a expressão Estado de direito (*reschtstaat*), em 1813, em oposição à teocracia e ao despotismo, num momento de profunda contestação ao jusnaturalismo germânico e europeu. O datamento, muito mais do que se prestar a inaugurar uma expressão relevante para o direito e a política, serviria também como baliza para delimitar mais uma virada de páginas de um ciclo secular de superações e retomadas entre direito natural versus direito positivo, cujas nuances da

---

---

filosofia positiva ainda não estavam totalmente delimitadas, e por isso ainda não se pudesse falar totalmente em positivismo jurídico.

É possível, portanto, identificar nas formulações de Welcker, uma concepção de Estado de direito juspositivista, que seja ainda anterior ao positivismo jurídico filosófico, e ao mesmo tempo concomitante e ulterior ao jusracionalismo contratualista do primeiro quartel do século XIX, calcada, claramente, em uma visão fenomênica do mundo.

### c) Concepção do positivismo jurídico

A dificuldade de se evidenciar uma visão juspositivista que não fosse atrelada à filosofia positiva é imensa. Muitos dos doutrinadores que escrevem sobre o positivismo, sequer ocuparam-se em distingui-los, e não raras vezes assim são rotulados filósofos que viveram e escreveram muitas décadas antes da inauguração da filosofia positiva.

No que se refere ao positivismo historicista germânico, segundo aponta Wieacker, encontrava-se não apenas uma abordagem histórica do direito, mas sua concepção enquanto ciência (WIEACKER, 1967), cujo fetiche, na virada do século XVIII ao XIX, transformou-se em culto que rapidamente se disseminaria por todo ocidente. Vemos esta abordagem metodológica na “física social” de August Comte, no “socialismo científico” de Marx, na “ciência da natureza humana” de John S. Mill, e na escola histórica de Savigny. Somente através dela, a partir do século XIX, assim defendiam os positivistas, seria possível expressar-se um “conhecimento seguro” (BAUMER, 1977). A ideia subjacente nesta nova realidade se fundava numa hostilidade às divagações metafísicas da filosofia natural, de tal sorte que a segurança do conhecimento tornava desnecessário procurar as noções do Absoluto, a origem e o destino do universo e as causas dos fenômenos, aplicando-se apenas o estudo de suas próprias leis. Como refere Baumer, “a ciência” acusava a “filosofia” de um raciocínio imperfeito, estimulando o método científico a superar o “apriorismo” romântico anterior à observação do cientista.

Neste cenário ao alcance do direito, o positivismo jurídico surgiria cá e lá. A exemplo do historicismo germânico, ele se propagaria pela “Escola da Exegese”, na França, marcado pelo textualismo; na Inglaterra, com o utilitarismo a partir de Jeremy Bentham (postulando atingir a credibilidade das especulações metafísicas do jusnaturalismo aplicado ao direito); e, nos Estados Unidos, na jurisprudência analítica de John Austin.

Dentro de arranjos sistemáticos, metodologicamente ordenados para conferir ao Direito a consistência de “ciência”, “Estado de direito” viria se constituir em locução que explicaria um formato não mais vinculado a justificações metafísicas, mas ao fato de sê-lo [o

---

Estado], sempre que manifesto, exercido pelo poder de direito, concedido por leis e pessoas (como afirma entre nós Lourival Vilanova) (VILANOVA, 2003). Nesta realidade positiva, nenhum conteúdo apriorístico – tal como estado de natureza, contrato social, etc. – encontraria espaço para subsistir. Nem mesmo os chamados “direitos do homem”, como proclamados na França (1789) nos Estados Unidos (1776 e 1789) e Inglaterra (1689), marca indelével de um “direito natural” superior, universal e, portanto, não positivo, poder-se-iam deduzir da expressão segundo tal linha de raciocínio, como duramente criticaria Bentham: “Sobre o tema dos princípios fundamentais do governo, nós vimos que lixo execrável os talentosos escolhidos pela nação francesa produziram”.

Lourival Vilanova, por exemplo, é um exemplo de filósofo do direito com fortes vínculos no positivismo filosófico e na associação ao juspositivismo clássico, como bem apanha sua doutrina não materialista do Estado de direito. Segundo ele:

“... todo poder é poder jurídico, [por] que todo Estado é Estado jurídico. Não, evidentemente, Estado-igreja, Estado-ético, Estado-ciência. O que politiza o poder jurídico são não somente os fins, mas também os meios com que os alcança. (...) É certo, sem órgãos de poder – um pelo menos, com funções para ele convergindo –, não existe Estado. Também sem regras de direito, indivíduo nenhum é titular de órgão. São as regras que apontam quem exerce o poder, como o exerce, delimitando-lhe sua órbita (...) Sob esse ângulo, todo Estado é Estado de direito, todo poder é poder de direito. Pouco importa para esse conceito formal de Estado de direito quem exercerá poder: um autocrata perante uma sociedade na qual só há súditos, munidos de direitos subjetivos privados, ou um autocrata já concedendo direitos individuais, governando para o povo, mas sem o povo no poder.” (VILANOVA, 2003)

Esta visão formal de justificação do Estado é algo característico do positivismo jurídico, que abstrai o universo metafísico da lógica jurídica, pouco importando as qualidades morais no exercício do poder. É visível que tal corte metodológico esvazia a importância retórica (axiológica) do conceito de Estado de direito, porque reduzido a um silogismo dialético: se poder = poder jurídico e, se o exercício do poder jurídico = Estado; logo todo Estado é de direito.

Vale antecipar aqui uma crítica, pois é certo que nenhum positivista descartaria qualidade morais e materiais no Estado de direito, aceitando existirem várias formas distintas de realizá-lo. Mas advirta-se, que tais qualificações, no entanto, não servem para definir um conceito comum de Estado de direito com corte metodológico, senão que para distanciar um modelo experimental de outro, em tantas variáveis quantas forem as realidades vividas.

Como diz Vilanova: “Retendo-se o conceito material de Estado de direito, comprova-se que houve várias modalidades de realiza-lo. Uma foi o Estado liberal de direito; outra foi o

---

Estado democrático-liberal de direito e outra ainda é o Estado social-democrático de direito.” (VILANOVA, 2003)

Pela aceção positivista do Estado de direito, portanto, nenhuma qualidade moral a antecede, restrita apenas à objetiva formalização do Estado no exercício do seu poder. Toda instituição que tenha exercido poder político (= direito), desde que constituída enquanto Estado, pouco importando a época ou século, terá sido, por decorrência, Estado de direito. E tal visão tem sentido de ser e existir para uma doutrina pautada no pressuposto da exclusão metodológica da possibilidade de recorrer à especulação moral como meio de elaboração de “formas” jurídicas (CASTRO, 2012).

Para a aceção positivista, portanto, Estado de direito representa um fenômeno da experiência – onde tenha havido Estado, por que todo Estado exerce poder, e dado que todo poder é jurídico, terá se evidenciado Estado de direito.

d) Como superação do arbítrio governamental

Segundo Gustavo Zagrebelsky, o século XIX é o século do “Estado de direito” (Rechtstaat), enquanto uma subespécie de Estado em superação de seus antecessores históricos, os Estados Absolutos, ou sob o Regime da Força (Machstaat), e Estados de Polícia (Polizeistaat) ou Despotismo Esclarecido, como cunhou-se na história (ZAGREBELSKI, 2011).

Nenhum Estado Absolutista ou de Despotismo Esclarecido terá vivenciado, como decorrência, Estado de direito. Segundo ele, o Estado de direito indica um valor que alude a somente uma das direções de desenvolvimento da organização do Estado, porém, que não encerra consequências precisas. O valor seria a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito que constituía a quintessência do Estado Absoluto e de Polícia.

Zagrebelsky esclarece que, embora não raro a expressão seja vinculada a um modelo de estado constitucional liberal, ele não é incompatível com outros modelos possíveis. Em verdade, segundo ele, a expressão “Estado de direito” teria sido cunhada inicialmente como “Estado de razão” (Staat der Vernunft), utilizada para expressar um Estado governado segundo a vontade geral da razão e orientado somente a consecução do maior bem geral, algo plenamente em acordo com a ideia expressada no Despotismo Esclarecido. Todavia, no Estado de direito, o fundamento de que ele próprio fixasse e determinasse exatamente as causas e limites de sua atividade, assim como a esfera da liberdade dos cidadãos conforme o direito, não implicava, como no despotismo, a renúncia do poder ou sua redução

---

---

(ZAGREBELSKI, 2011). O esvaziamento do conceito de Estado de direito, no entanto, levou muitos juristas à incômoda situação de assim defini-los, também os regimes totalitaristas da primeira metade do século XX. Como diz Zagreblesky, com o qualificativo Estado de direito se havia podido aplicar qualquer situação em que se excluíssem, em linha de princípio, a eventual arbitrariedade pública ou privada e se garantisse o respeito a lei, qualquer que fosse esta.

“Afinal, todos os “Estados”, porquanto situações dotadas de um ordenamento jurídico, de serem chamados “de Direito”. Chegava a ser irrelevante que a lei imposta se resolvesse em medidas pessoais, concretas e retroativas; que se a fizera coincidir com a vontade de um Führer, de um Soviet de trabalhadores ou de Câmaras sem liberdades políticas, em lugar de um Parlamento livre; que a função desempenhada pelo estado mediante a lei fosse o domínio totalitário sobre a sociedade, em vez da garantia dos direitos dos cidadãos”.(ZAGREBELSKI, 2011)

Trata-se, portanto, de uma acepção material de Estado de Direito, na qual a qualidade do direito (ou da política) que ali estivesse prevista necessitaria ser aferida para o efeito de lhe poder qualificar enquanto tal. Neste caso, portanto, o fenômeno mais uma vez se revela uma fatalidade do conceito, bastando haver um Estado (alegadamente) não arbitrário (em que é indispensável identificar o que é arbítrio para cada intérprete), para compreender-se tenha existido Estado de direito.

e) Como antítese do não-direito

A abordagem de Zagrebélski é similar em muitos sentidos àquela proposta por Joaquim José Gomes Canotilho, que, talvez por sua origem europeia (cuja história da demarcação da soberania estatal foi delineada por guerras e conflitos seculares) também atribui ao vocábulo Estado de direito, uma clara qualidade de superação de uma fase de arbítrio. O autor dedicou ao Estado de direito (CANOTILHO, 2014), ensaio provocativo. Sem prescindir de uma perspectiva histórica, preocupou-se muito mais em situar sua compreensão sob bases lógicas da estruturação do Estado, apartando as qualidades do Estado de direito à evolução civilizada da sociedade. Para Canotilho, antes do Estado de direito representar uma construção histórico-cultural do ocidente, formada por sobre um consenso de valores e princípios que definiu suas bases jurídicas, surgiu ele na fundação das comunidades humanas, pela superação de uma história trágica assente num: “código binário de contradições, antinomias e exclusões: cidadão/estrangeiro, fé/heresia, temporal/espiritual, amigo/inimigo, público/privado, vontade geral/interesses particulares, inclusão/exclusão, direito/não direito” (CANOTILHO, 2014).

---



---

A explicação de Canotilho consolida uma implícita visão de ruptura, apresentada sob uma irrepreensível forma didática. Para o autor, a incorporação do vocábulo “direito” ao substantivo Estado, não implica a soma de dois institutos distintos, mas a superação de uma fase em que a organização política não estava vinculada ao direito, passando a sê-la em um dado momento histórico. Essa antítese, o Estado de não-Direito, é concebido por ele como o promotor de injustiças e uma radical desigualdade na aplicação das leis; ao decreto de leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; e a confusão das razões de estado à imagem de “chefes” iluminados (CANOTILHO, 2014).

Com esta abordagem, Canotilho ocupou-se em superar algumas das dificuldades normalmente enfrentada por quem se dedica a conceituar Estado de direito enquanto uma qualidade da organização política em que se promove justiça, de garantia da proteção de direitos humanos, da separação de poderes e da existência de Democracia, e a limitação por uma ordem jurídica. Se assim não fosse, impossível seria conceber o surgimento do Estado de direito durante regimes absolutistas e imperialistas monárquicos do século XVIII, dado que tais organizações não adotavam a totalidade das características hoje previstas para sua qualificação enquanto tal.

Daí por que, consciente dessa dificuldade, Canotilho propõe uma modelação do conceito de Estado de direito, adaptando-se às peculiaridades de cada tempo. Em sua ideia inicial, ele estaria atrelada ao contexto histórico jusnaturalista, em cujas bases culturais se alicerçaram experiências políticas próprias da época, repetida nos principais centros políticos da época.

“Na Inglaterra sedimentou-se a ideia de rule of law («regra do direito» ou «império do direito»). Na França emergiu a exigência do Estado de legalidade (État légal). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do Estado de direito (Rechtsstaat), isto é, um Estado subordinado ao direito.” (CANOTILHO, 2014)

Para cada uma destas experiências históricas, segundo Canotilho, o conceito de Estado de direito vai incorporando novas feições, deixando o paradigma inicial (liberal-formal) (CANOTILHO, 2014) para adotar novas características: a autonomia privada, a democracia, a constituição ditada pelo povo, a limitação ao arbítrio por um processo justo e a discricionariedade do poder de governo, e a igualdade na sujeição de todos à lei.

É curioso, no entanto, que o paradigma da ruptura do estado de não-direito para o direito, proposta na segunda parte da elaboração do autor, não esteja presente na continuidade

---

---

de suas observações. Com efeito, dificilmente pode se encontrar a referida ruptura nos exemplos francês, alemão e inglês por ele referido. Tal qual Zagrebélski, Canotilho também adota uma visão explicativa do mundo, buscando atribuir à expressão uma significação em mutação, do que defluiria que sua visão de mundo (as qualidades por ele elencadas para o poder exercido) antecederesse a realidade. Curiosamente, no entanto, vale-se do mito da ruptura para o fim de estabelecer a qualidade do direito e da política necessárias para tal identificação, como que insere um elemento fenomênico que, por lógica, haveria de ser anterior ao conceito que o descreve.

#### **4 A RELATIVIZAÇÃO DO MITO DA RUPTURA NO CONTEXTO HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO ESTADO DE DIREITO.**

A dificuldade em compreender Estado de direito enquanto um fenômeno da realidade e, portanto, passível de uma descrição unívoca de seus elementos constitutivos, levaram doutrinadores experimentados a atribuir a este Estado a condição de ter imposto, pelo menos até o momento de seu “nascimento”, o convívio de seus cidadãos ao “[Estado de] não-direito”, ou de arbítrio. Uma ruptura de paradigmas das estruturas de Estado conhecidas à época se revelaria necessária para se admitir como válida tal proposição. Tal ruptura, no entanto, resta incomprovada.

Primeiro porque é incorreto afirmar que o Estado não conhecesse o “Direito”, nem se pautasse (pelo não-direito) antes do modelo liberal: muito menos que ele fosse nada menos do que injusto, arbitrário, cruel e desumano em dez de cada dez experiências políticas (medievais) que se tenha conhecimento. E mesmo que se pudesse evidenciar serem estas as características do direito durante antes do período da prevalência jusnaturalista, dificilmente se comprovará que estas mesmas características tenham deixado de existir nas monarquias constitucionais do estado absolutista e despótico que o sucederam.

Para a validade do argumento, antes das agitações humanistas burguesas do século XV ao XVIII, todos os Estados, reinos, impérios ou feudos haveriam de ser caracterizados pela desvinculação ao direito [atrelamento ao não-direito], na mesma medida em que os Estado exatamente posteriores a esta ruptura imaginária, tenham passado a “submeter-se ao direito”, afirmação que não é verdadeira nem em uma, nem em outra hipótese.

Ao que parece, o substantivo “Estado” inserto na expressão acabou atraindo os doutrinadores a buscar fatos históricos qualitativos para o fim de definir Estado de direito. E dessa forma, passou-se a necessitar de uma transformação social, uma ruptura imaginária, que

---

---

a história nunca vivenciou. O conhecimento do que o “Estado de direito” efetivamente tenha significado na história, talvez esteja mais atrelado a uma forma de justificar “a qualidade do exercício do poder político” do que a uma forma específica de classificar as variantes ou modalidades distintas e possíveis de “Estado” [v.g. de não-direito e de direito, arbitrário e justo, etc.].

Mas vale não descurar, que não é apenas o substantivo Estado quem adquire uma importância demasiada nesta visão. A própria noção de injusto, de arbitrário e de injurídico que prevalecia na época, revela-se desfocada da sua mais cruel realidade hodierna. Essas, aliás, é uma objeção sutil da mais fundamental importância para não se atrelar à definição de Estado de direito a fatos históricos ou fenômenos concretos da realidade. É preciso situar que, no contexto desse marco histórico, o que hoje considera-se arbítrio, à época [em verdade] constituía-se na mais lúdica e justa forma para o exercício do poder estatal.

Buscando suporte na doutrina de Faro de Castro, que em seus trabalhos prima por um apurado enfoque histórico, as mudanças políticas experimentadas ao longo dos tempos derivam de adaptações sociais aptas a solucionar o “problema do poder”. Segundo ele, durante o período de agitações da crítica humanista, no final do sec. XV – e que conduziria ao marco anotado pelos doutrinadores para o surgimento do estado de direito – as coalizões monárquico-burguesas perceberam que, para afirmarem sua presença na realidade prática, e ainda resistirem aos avanços de outras forças hostis que pretendiam competir pela afirmação hegemônica, seria necessário coordenar a capacidade de:

- i. fazer guerra;
- ii. exercer hierarquia interna sobre grupos sociais e
- iii. absorver e conduzir as transformações da nova realidade em mudanças políticas (FARO, 2012).

Estes elementos eram indispensáveis para a estabilização e demarcação de Estados, territórios e nações soberanas. No entorno da capacidade de fazer guerra é que se formariam as bases da burocracia estatal e, inclusive, dos sistemas judiciais (FARO, 2012). Como explica Faro, o modelo jurídico platonizante que prosperava no século XV, e que avançaria ao século XVII com o apogeu da filosofia do “Direito Natural” (o jusnaturalismo ou jusracionalismo), transferiu a crença nas “virtudes” dos governantes, nas “boas leis” e no “bom governo”, para as especulações sobre o “direito (natural)” e o “contrato (social)”. Diz Faro:

---

---

[...] é característico da teoria jusnaturalista que não se fale mais em “virtude” de alguns, mas sim em um “direito (natural) como um conceito filosófico que designa uma qualidade de bondade moral presente na alma de todos igualmente. É também típico das formulações jusnaturalistas que não se fale mais em “formas” de governo, a serem comparadas e avaliadas em sua capacidade de contribuir para a materialização do bem. Quando há alusão a tais formas, suas diferenças são secundárias, não pertencem ao que dá coerência aos direitos naturais, ou determinam a sua validade e a sua maior ou menor aceitabilidade. No lugar disso, o jusnaturalismo discursará sobre a necessária supremacia de uma autoridade que (supostamente) deseja o bem, mas que paradoxalmente pode praticar a violência” (FARO, 2012).

Esse modelo de Estado, burocratizado, ainda que distante do paradigma democrático dos dias de hoje, conhecia o direito e a jurisprudência, e promovia o desenvolvimento de suas estruturas com fundamento filosófico do que se concebia ser o caminho de promoção “... do Bem”, ainda que necessário fosse praticar a violência e a coerção. A criação estatal dessa adaptação foram modelo de estado absolutista e o despotismo esclarecido, respectivamente o Machstaat e o Polizeistaat que acima refere Zagrebélski.

A principal característica do modelo de Estado no período comentado pela totalidade dos doutrinadores, não é, portanto, a intuitiva sugestão de superação de um modelo de “Estado de não Direito” ou de “arbitrio” ou de inexistência de Estado ou de ordem jurídica; da superação de um Estado que não fosse capaz de ser responsabilizado pelos danos que causasse, ou de um Estado que não pudesse ser democrático ou constitucional. Embora pressuposta na quase totalidade dos doutrinadores, sejam eles próceres da filosofia política ou jurídica, inexistirá grande diferença na forma do Estado ou da sociedade distribuir justiça e ser por ela compelido no período anterior e imediatamente posterior aquilo que é demarcado como marco inicial para o surgimento do Estado de direito. Como dissemos, a ruptura imaginária que é traçada como marco inicial do “Estado de direito”, o marco “zero” histórico a partir do qual, desde então, todo o Estado passaria a estar jungido ao império da lei, inexistia na história.

Vale lembrar, como bem refere Faro, que promover injustiças não deixava de ser aceito e compreendido politicamente como uma “forma” de equacionar os problemas políticos da sociedade através da guerra, e, por meio da capacidade de se impor internamente com violência, promover o que se havia concretamente por “bem comum”. O próprio Zagrebélski, em sua principal obra, descreve que a cosmovisão de soberania estatal no século XX, séculos depois, portanto, ainda demonstrava-se essencialmente hegemônica, e passava justamente da noção de impossibilidade de convívio harmônico com a soberania de terceiros.

---

---

“Una cuestión que parece fundamental es el análisis de las tendencias generales del derecho constitucional que se han venido desarrollando durante el siglo XX en torno a la idea de Estado constitucional, entre las que también se encuentra, de modo significativo, el proyecto de superación de la división de Europa en Estados nacionales celosos de su soberanía.

En esa idea de soberanía – entendida originariamente como situación eficiente de una fuerza material empeñada en construir y organizar su supremacía y unicidad en la esfera política – se encontraba implícito, in nuce, el principio de exclusión y beligerância frente a lo ajeno. (...) O Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el “todo” para pasar a ser simplemente una “parte” de sistemas políticos más comprensivos, com lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, com ello, la essência misma de la estabilidad” (ZAGREBELSKI, 2011).

Inimaginável, na lógica evolutiva da civilização ocidental, que mais de três séculos antes, fosse a visão de soberania estatal menos hegemônica e mais harmoniosa, ao ponto de permitir a construção de um modelo de governo que fosse, na essência, justo aos olhos modernos. O que hoje reputa-se injusto e beligerante, quando exercido em nome de uma ideia de Bem, tornara-se algo absolutamente aceitável sob a ótica jusnaturalista daquele tempo. A base filosófica dessa concepção (fundamento de validade) formulara-se sobre um axioma apodítico indemonstrável, segundo o qual os indivíduos que compõe uma dada nação possuíam uma bondade inata na sua condição de homem, transferindo-a a Sociedade Civil e ao Contrato Social, tudo interconectado pelo Estado de Natureza. O que quer que se faça, desde que fundado na vontade de todos, portanto, continha a luz da ideia de Bem, e não poderia reputar-se injusto.

Não é, portanto, a superação de um Estado arbitrário ou de não-direito que, repentinamente foi abolido por uma sociedade politicamente organizada, passando a ser submetido ao império da lei, imposto por instituições respeitantes de normas jurídicas. A conclusão a que se chega com a pesquisa empreendida neste pequeno estudo está em que o dado histórico que caracteriza o surgimento do Estado de direito, em verdade, é uma mera peculiaridade da evolução da história política de um novo modelo que superava o padrão feudal. Monarquias, reinos e impérios adotarão, a partir de então, um padrão de organização territorial e jurídica internas com moldes próprios, como forma de responder ao “problema do poder” de seu tempo (que sequer se poderá dizer tratar-se de uma novidade histórica, tal modelação, por que já experimentada em períodos remotos já vividos como o grego, e o próprio modelo romano).

Nessa adaptação, que despertaria no século XVI ao XVIII, fruto da dispersão do jusnaturalismo pela Europa e América do Norte, os “princípios metafísicos” retirados de fundamentos filosóficos para modelar uma organização política fundada no Direito Natural

---

---

seriam a base de justificação para uma nova forma de exercitar o poder. Em seu primeiro movimento, libertaria a organização política das amarras da Igreja romana. Com isso, os déspotas poderiam manter a fonte superior do “Direito Natural”, porém, adotando, cada qual, a “forma” que lhes parecesse mais adequada a sua realidade.

Como ensina Wieacker, este Estado racionalista que surgiria, enxergava-se pautado pela mais pura razão prática, e sofismava um sentimento cívico voltado a combater as injustiças e obscurantismos de sua época. No seu apogeu, desmascararia a superstição das bruxas, aboliria a tortura, acabaria com as formas cruéis de execução, reformularia o direito penal e o processo penal, dentre tantos outros feitos relevantes (WIEACKER, 1967), todos pautados pela “Boa Razão”.

Todavia, embora tenha combatido padrões de injustiça de sua época, ainda assim não se pode com isso identificar qualquer forma de ruptura com um padrão de não-direito, ou arbitrariedades. Até porque, a explicação “antropológica filosófica” que o jusnaturalismo valia-se para justificar as soluções para o “problema do poder”, começaria ela própria a se demonstrar uma desvantagem na competição interna e internacional. Como advertem Faro e Wieacker, a necessidade de competir internacionalmente demandaria um combate às ortodoxias metafísicas do conhecimento científico, que já vitimara no passado a supremacia da Igreja romana. Assim, a incapacidade desse novo modelo de Estado em coordenar avanços tecnológicos, passou a exigir a superação daquele novo padrão de conhecimento considerado fechado e dogmático, libertando-se o saber humano ao experimentalismo e a adoção de novos postulados metafísicos criativos (FARO, 2012). É este novo cenário de abandono da metafísica o responsável pela abertura das portas para o surgimento dos diversos positivismo jurídicos, como ensina Faro.

“... o abandono da metafísica setecentista significaria deixar de levar em conta as elucubrações filosóficas dos jusnaturalistas: os discursos elaborados por meio da dialética especulativa sobre o que eram o Estado de Natureza, o Contrato Social, a Sociedade Civil, as considerações ou quase devaneios da antropologia filosófica, sobre os “princípios” da “razão natural”, os deísmos e assim por diante. Dessa nova orientação nasceram diversa espécies de “positivismo jurídico” (textualista, utilitarista, historicista, etc.)” (FARO, 2012).

Vocacionado a abandonar os padrões metafísicos (e ele próprio a superar injustiças e arbitrariedades), o Estado positivista buscaria outras fontes filosóficas para a justificação do exercício do poder, acreditando ele próprio ter desenvolvido um modelo que assegurava o atrelamento do Estado ao direito e a edificação de um padrão político que forneceria justiça a todos. Essa grave modificação na maneira de conceber o Estado política e

---

juridicamente em adaptação aos padrões da filosofia positiva, no entanto, também não se revela um exemplo de ruptura histórica que o mito imaginário pressupõe. Veja-se que será na Alemanha de Savigny, sob o domínio da escola histórica do direito, um dos principais ramos do positivismo, que a denominação “Estado de direito” seria pela primeira vez esculpida. E seria nada menos que inimaginável enxergar império prussiano do século XVII a XIX ocupado em realizar o combate às injustiças e arbitrariedades existentes, jungindo-se a si mesmo ao império da lei.

Sobre o modelo de estado prussinado, aliás, refere Faro:

“Foi nesse espírito, por exemplo, que Frederico II (1712 – 1786), rei da Prússia, e príncipe eleitor do Sacro Império, encomendou ao seu jurista, Samuel von Cocceji (1679 – 1755), que produzisse um direito uniforme que fosse “baseado puramente na razão”. De um modo geral, era o momento de todo príncipe, déspota ou liberal, tratar de legislar “de acordo com a razão”, pois estava legitimado pela Filosofia do Direito Natural a pôr-se, com a ajuda de seus juristas, no lugar de Deus de Descartes e imprimir suas “formas” ou leis à “material” do social. No caso do código prussiano, tendo em vista que seu principal mentor filosófico era o jusnaturalista Gottfried Leibniz (1646-1716), um deísta, a “vontade de Deus” foi quase literalmente substituída pela do rei” (FARO, 2012).

Não terá sido, portanto, o modelo de estado exercido no império de Frederico II ou mesmo de Napoleão Bonaparte, que o ideal de justiça ou combate às arbitrariedades exercidos por um Estado submeteu-se ao direito. Aliás, segundo bem refere Ingo Müller, na primeira metade do século XIX, os juristas germânicos lutaram pela construção de um sistema de justiça independente do controle do estado. Cita ele, que naquele tempo, bastava ao juiz identificar quem era o infrator, por primeiro, para depois investigarem-se seus crimes. Dizia-se: *“Sólo un juez superficial y descuidado no [...] estaria en condiciones de introducir en la investigación una que otra insignificante falta por parte del acusado que pudiera justificar le detención.”* (MULLER, 2009)

Embora seja o modelo de Estado positivista, adaptado à cientificidade, ao desenvolvimento tecnológico e ao combate às premissas filosóficas e antropológicas do “direito natural” que se convencionaria rotular de Estado de direito, ainda muito distante ele estaria de se submeter ao ordenamento jurídico. Isso sem questionar que, através do modelo estatal que imperou durante todo o século XIX, dificilmente se tenha verificado qualquer ruptura que demonstrasse o surgimento desse modelo.

---

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou identificar, através da pesquisa, algumas das dificuldades enfrentadas na definição da expressão Estado de direito. Instilados por uma tradição acadêmica que induz à falsa noção de que tudo (no direito) é conceituável e possui uma essência autêntica, a que chamamos de natureza jurídica, teóricos e doutrinadores propõem explicações, no mais das vezes díspares e inconciliáveis entre si. A rigor, nenhum conceito proposto adota uma metodologia específica para a elaboração de conceitos, ou de definição de naturezas próprias.

Com efeito, a expressão Estado de direito tanto pode ser vista enquanto fenômeno da realidade, uma modalidade específica de “Estado”, e neste sentido equivaler a uma essência específica, concreta e de objetiva identificação – neste caso essa realidade antecede a linguagem –, como pode ser uma designação explicativa de um certo grau de civilidade social, política e jurídica, e neste sentido constituir-se em uma criação mental que antecede a realidade. Nesta última hipótese, a expressão Estado de direito inexistente em concreto, ou objetivamente no mundo dos fatos, porque na qualidade de adjetivo de civilidade política, jurídica e social, tenderá a variar de local para local, da mesma forma como ocorre com conceitos como bom, ruim, etc.

De forma quase unânime, as definições propostas tentam revelar uma natureza objetiva para Estado de direito, atraindo para a expressão a dificuldade em defini-lo como se fenômeno concreto fosse. Nesse caso, se valem de modalidades ou classificações, tais como aquela proposta na tríade de Welcker: Estado de Polícia, Estado Absoluto e Estado de Direito. Ou como propõe Zagrebélski e Canotilho, sugerindo a ocorrência de uma ruptura histórica com um padrão de comportamento arbitrário ou de superação do Estado de não-direito. A exceção, no caso, recai sobre a concepção atribuída por Lourival Villanova, na defesa de uma posição positivista, para quem todo o Estado constituído é de direito (logo, dependente de um fenômeno em concreto – haver Estado).

Ao criticar o mito da ruptura, buscamos revelar justamente a incapacidade de definir Estado de direito enquanto fenômeno que antecede a linguagem, mostrando que inexistiram na história os fatos que supostamente endossariam tal teorização. Com efeito, não há caminho de retorno para a busca de uma essência universal para a expressão Estado de direito secundada por um fenômeno em concreto, por que inexistirá tal materialidade. O que ela vem a significar, em verdade, é a adjetivação específica de uma qualidade moral do conjunto da prática jurídica, social e política promovidas em qualquer Estado. Essas qualidades, todavia,

---



---

não podem ser estabelecidas em padrões objetivos, tais como ter uma constituição escrita, ter uma democracia representativa, ou partidária, ou um regime político parlamentar, ou separação de poderes, etc. Dá isso basicamente porque as qualidades que tornam um determinado Estado “de direito”, podem não ser as mesmas que se prestariam para assim definir um outro. O que se espera de qualidade da democracia no Brasil, para que honremos a expressão “Estado de direito”, é bastante distinto do que se esperaria ver praticado em um certos estados africanos ou árabes recém saídos de ditaduras ou regimes opressivos. Por esta mesma razão, inexistem um conceito intertemporal para Estado de direito: o que hoje se imagina serem mínimos condicionantes para tal classificação, por certo inexistiam a um ou dois séculos atrás nesta mesma localidade, embora tanto lá com cá, ao final ambos serão classificados da mesma forma.

Estado de direito, portanto, é uma virtude, é uma qualidade, um adjetivo atribuível a uma evolução dos padrões jurídicos, sociais e políticos de comportamento. E justamente por ser uma qualidade, muda horizontal e verticalmente, ou seja, define-se por critérios distintos de local para local em um mesmo período da história, e de tempo para tempo histórico em um mesmo local ou Estado. Sem compreender essa nuance, torna-se impossível definir Estado de direito, devido às evidentes contradições temporais e locais que se verificará.

Abstraindo, portanto, a preocupação com o dado inicial de seu surgimento, ou com sua natureza fenomênica, o que a definição de Estado de direito deve propor é a identificação ideológica de cada um dos diversos doutrinadores, acerca de quais seriam as virtudes cívicas que justificam um determinado Estado de ser chamado “de direito”. Em Manoel Gonçalves Ferreira Filho, terá sido a imposição ao Estado às garantias de liberdade, que compõem justamente os chamados direitos fundamentais de primeira geração. Para Zagrebélski, terá sido a capacidade desse órgão em vencer ao arbítrio, e, em Canotilho, surge quando o Estado se compromete em sobrepujar as injustiças, as leis arbitrárias e cruéis..

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 12a. ed. Ed. Malheiros. São Paulo: 1999.

BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Vol. 2, séculos XIX e XX. Edições 70. Rio de Janeiro: 1977.

---

---

BENTHAM, Jeremy. **Anarchical Falacies**. Being an examination of the Declaration of rights issued during the French Revolution. Disponível em:  
[http://english.duke.edu/uploads/media\\_items/bentham-anarchical-fallacies.original.pdf](http://english.duke.edu/uploads/media_items/bentham-anarchical-fallacies.original.pdf),  
acesso em 01 de junho de 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Ed. Ícone. São Paulo: 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 2a. ed. Ed. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: 1972.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Estado de direito**. Disponível em:  
<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>, Acesso em 22.03.2014

CASTRO, Marcus Faro. **Formas Jurídicas e Mudança Social**. Interações entre o direito, a filosofia a política e a economia.. Ed. Saraiva. São Paulo: 2012.

CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Forense. Rio de Janeiro:2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. Ed. Saraiva. São Paulo. 2a. Ed.: 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5a. Ed. Ed. Malheiros. São Paulo: 2001. Disponível em: <http://www.bemparana.com.br/noticia/319148/seguranca-ba-atualizada>, acesso em 01 de maio de 2014.

MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**. 5a. ed. Ed. RT. São Paulo: 2001.

MÜLLER, Ingo. **Los Juristas del Horror**. La “justicia” de Hitler: el pasado que amenaia no puede dejar atrás. Tra. Carlos Armando Figueiredo.Libreria Jurídica. Bogotá: 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 4a. ed. Ed. RT. São Paulo: 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2a. ed. Revista e ampliada. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Vol. 1. Ed. AXIS MUNDI. São Paulo: 2003.

WIEACKER, Franz, **A História do Direito Privado Moderno**. 2a. Ed. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1967. Disponível em: [www.pmdb-rs.org.br/memoria/fl.../arquivo\\_20.doc](http://www.pmdb-rs.org.br/memoria/fl.../arquivo_20.doc), acesso em 01 de maio de 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta. 10 edición. Madri: 2011.

---