

ESTADO DE DIREITO VERSUS RULE OF LAW: ENCONTROS E CONFRONTOS *RECHTSTAAT VERSUS RULE OF LAW: MEETINGS AND CONFRONTATIONS*

"Mas, ainda uma vez - disse o europeu - qual Estado vós escolheríeis?
- Aquele no qual se obedece somente às leis, respondeu o brâmane".

"Mas onde é esse país? [...] - disse o conselheiro. O brâmane
respondeu:

- É preciso procurá-lo".

Voltaire em Dicionário Filosófico.

Leonardo Antonacci*

RESUMO: O intuito do presente estudo é analisar os resultados de pesquisa teórica entre as experiências político-constitucionais da Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha e França. Tenta-se demonstrar pelo Direito Comparado quais as principais características do Estado de Direito e do *Rule of Law*, concluindo pela impossibilidade da criação de uma Teoria Geral diante da diversidade encontrada nessas experiências. Ao final, coteja as conclusões com uma teoria tridimensional do Estado, apoiada em Miguel Reale, e reflete sobre o encontro entre Estado de Direito e *Rule of Law*.

Palavras-Chave: Estado de Direito; rule of law; Direito comparado; teoria tridimensional do Direito.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the results of a theoretical research about the political-constitutional experiences of England, the United States, Germany and France. It tries to demonstrate, by study of Comparative Law, the main characteristics of the *Rechtstaat* and Rule of Law, concluding that it is impossible to create a General Theory in face of the diversity found in the experiments. In the end, it contrasts the conclusions with a three-dimensional theory of the State, supported by Miguel Reale, and reflects on the concordance points between the *Rechtstaat* and Rule of Law.

KEY-WORDS: *Rechtstaat*; rule of law; three-dimensional theory of law.

1. INTRODUÇÃO

Se "a história do pensamento ocidental é um embate entre a liberdade e o poder" (SALGADO, 1998, p. 37), então aqui contamos um pouco sobre uma importantíssima vitória

* Mestrando em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.
Meritum – Belo Horizonte – v. 14 – n. 2 – p. 139-171 – Jul./Dez. 2019

da liberdade.

O Estado de Direito tem sido brandeado em todo ocidente pelo menos desde o século XVIII, seja na Europa continental, insular ou no Novo-Mundo. Refletia certamente uma nova perspectiva político-filosófica para o Estado com a insurgência do constitucionalismo moderno e a ultrapassagem dos tempos de absolutismo. Todavia, o que se compreende e o que se expressa através desse conceito nunca foi unânime nas diferentes experiências.

A ciência purista do direito constitucional vê no Estado de Direito um conjunto de normas (Kelsen), ou um modelo de Estado adotado na Europa após as Revoluções liberais, cuja atuação se dá através do princípio da estrita legalidade. Essa formulação não pode ser nada além de uma aproximação inicial e instrumental, porque, na verdade, encobre múltiplas realidades (e idealidades) políticas, filosóficas e jurídicas existentes sobre o Estado de Direito.

Adotamos, portanto, uma ideia de Estado de Direito *filosoficamente* orientada, em razão da universalidade que apenas a filosofia pode oferecer. Encontramos em SALGADO (1998) um magistral ensaio sobre a história do Estado, de onde destacamos as lições sobre nosso objeto.

O Estado de Direito é o Estado *ético imediato*, cuja legitimidade é obtida em três caminhos: a origem do poder, sua técnica e sua finalidade. O Estado de Direito reconhece na *origem* do poder a vontade e o consentimento popular, na democracia, presente não só na fundação do poder, mas no seu exercício e na manutenção das relações políticas. O poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido. A *técnica* do Estado imediato é a técnica da legalidade, sobre a relação do poder e do direito. Trata-se de justificar o Estado por sua estrutura normativa e de acordo com sua expressão, que só pode ser através do direito. São, assim, *princípios ontológicos*, da origem, natureza democrática do Poder, e *princípios lógicos*, da correta ordenação formal do direito pela qual flui o princípio da legalidade.

A finalidade do Estado de Direito é o ponto chave desta construção, que recai na consagração e realização de direitos fundamentais. É a mais pura efetivação da pessoa humana (REALE, 2000). O Estado deve se estruturar e ordenar nesse sentido, estabelecendo os direitos fundamentais como finalidade *política*, muito além de simples metas técnicas.

Dessa forma, vemos que a democracia e a legalidade são métodos, percursos cuja extensão leva à efetivação dos direitos fundamentais. A democracia realiza os direitos políticos, a autonomia pública e o desejo de participar da construção do Estado. E a legalidade contém a arbitrariedade, impede que o Poder se entorpeça de si e descambe a atuar em desrespeito a todo direito fundamental. Contudo, isso não pode levar a conclusão de que os dois sejam

instrumentais, porque na verdade são as próprias estruturas dos direitos. O Estado de Direito, portanto, elege uma finalidade ética e desenvolve um sistema para promovê-la.

Nesse sentido, estamos com HORTA (2011, p. 36) para afirmar que o Estado de Direito é a "forma política que confere aos direitos fundamentais primazia axiológica: não há norma jurídica mais importante que aquelas que, ao consagrarem direitos, tornam-se nucleares a todo ordenamento jurídico".

De posse desses contornos filosóficos para o Estado de Direito, passamos a demonstrar pela metodologia do Direito Comparado e a partir de quatro experiências históricas, como o Estado de Direito veio a aparecer na História, dentro de uma dialética entre o real e o ideal. Abordamos dimensões sociológicas, filosóficas e jurídicas dessas experiências, com guisa de preparar o leitor para a conclusão.

Ao final, cotejamos as conclusões apreendidas durante o texto para construir um quadro sintético sobre as experiências do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) e do *Rule of Law*. Também, a título reflexivo, lemos as conclusões à luz da Teoria Tridimensional do Direito e do Estado, inspirados em Miguel Reale para entender cada uma dessas experiências como frutos da cultura e da história.

Começamos, portanto, com o *Rule of Law* experimentado na Inglaterra e nos Estados Unidos. Depois, sob alcunha do Estado de Direito, prosseguimos com o *Rechtsstaat* alemão e o *État de Droit* francês.

2. RULE OF LAW: INGLATERRA E ESTADOS UNIDOS

Todo Direito Constitucional inglês ou britânico, bem como seu estudo, está essencialmente conectado com as linhas históricas político-jurídicas que foram traçadas desde o século X. Com Guilherme, o Conquistador, os direitos particulares de cada região foram agregados na *common law*, que permanece desde então na Ilha (LOSANO, 2006, p. 324). Em 1215 e 1628, foram aprovadas cartas que impunham restrições ao exercício do Poder pelo Rei e estabeleciam direitos aos ingleses. Esses documentos ainda hoje são lembrados e ditos válidos.

O *Rule of Law* é fruto de um secular amadurecimento histórico. Estabeleceu tantas raízes na cultura jurídica inglesa que independe de uma constituição escrita para que o Estado Constitucional vigore, de forma que o Estado de Direito é tão garantido pela cultura política do país quanto pelos arranjos institucionais (BARROSO, 2011)

Albert Venn Dicey com sua *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* é
Meritum – Belo Horizonte – v. 14 – n. 2 – p. 139-171 – Jul./Dez. 2019

um destacado intérprete – e porque não, desenhista - da Constituição Britânica. Dicey tinha especial atenção ao rigor jurídico da obra, fazendo dela o primeiro estudo sobre um tema que vinha sendo tratado pela História (LOUGHLIN, 2013). Lançado em 1885, o livro compreende o direito constitucional inglês em dois princípios basilares: a Soberania do Parlamento e o *rule of law*.

Ninguém melhor do que o próprio Dicey para expor o primeiro princípio:

O princípio da Soberania do Parlamento significa nada mais nada menos do que o próprio nome indica, que o Parlamento, assim definido, tem, na Constituição Britânica, o direito de fazer e desfazer qualquer lei; e, mais, que nenhum homem ou organização é reconhecido pela lei da Inglaterra por ter o poder de sobrepujar ou desconsiderar a legislação do Parlamento (DICEY, 1982, p. 87).¹

O Parlamento, então, na concepção de Dicey, se apresenta como um órgão soberano, independente de norma que lhe estabeleça competências e alheio a qualquer norma ou órgão que lhe imponha limite. Nas caricatas palavras de De Lolme, que ainda hoje são conhecidas: “o Parlamento pode tudo, menos transformar mulher em homem e homem em mulher”.

Essa concepção deriva, substancialmente, das idéias de John Austin, para quem deveria existir no Estado um órgão legitimamente soberano, sobre o qual não caberiam restrições (SANTORO, 2006, p. 216 *et seq*). Influenciado por esta construção, Dicey repropõe a soberania do parlamento, já idealizado pelos Whigs² da Revolução, mas agora sob as lentes da doutrina constitucional.

O Parlamento pode, a qualquer tempo, alterar qualquer lei de sua vontade, bem como emanar lei com qualquer conteúdo³. Há a “possibilidade de o Poder Legislativo alterar livremente qualquer tipo de lei, seja de caráter fundamental ou não” (PEREIRA, 2012, p. 76), de sorte que as próprias leis constitucionais inglesas navegam ao sabor do Parlamento. Esse fato soa extremamente estranho ao jurista baseado nas tradições continentais, acostumado a afastar leis ordinárias e leis constitucionais, subtraindo as últimas da vontade do parlamento (no

¹ Tradução livre para: “The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.”

² Whigs era o grupo político liberal da Revolução Inglesa que pugnava pelo Parlamentarismo e pelo protestantismo. Já naquele tempo, elaboraram uma doutrina da soberania do parlamento como estratégia de transferência dos poderes monárquicos para o Parlamento.

³ É como anota o próprio Dicey “there is no law which Parliament cannot change, or (to put the same thing somewhat differently), fundamental or so-called constitutional laws are under our constitution changed by the same body and in the same manner as other laws, namely, by Parliament acting in its ordinary legislative character.” (DICEY, 1982, p.107).

Brasil, as cláusulas pétreas) ou dificultando seu alcance por meio de supermaiorias.

Em consequência da ausência de diferenciação entre constituição e legislação infraconstitucional, não há controle de constitucionalidade. Não pode haver nenhum órgão, tal qual o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal Constitucional Alemão, que se poste contra o parlamento para declarar nula uma norma por ele *soberanamente* estatuída. O Parlamento, por ser o órgão soberano que expressa a vontade geral, não pode encontrar à sua frente um sistema de controle de constitucionalidade que o restrinja.

É o que leciona GALINDO (2004, p. 311):

Em termos formais, não há supremacia hierárquico-normativa, não há dispositivos pétreos imutáveis, não há procedimentos mais difíceis para a reforma constitucional do que os estabelecidos para a modificação das leis em geral, assim como não existe controle judicial de constitucionalidade dos atos do Parlamento.

Nessa toada, não existem direitos intangíveis pelo legislador. Não havendo a distinção, principalmente procedimental, do que é constituição e o que é legislação, não haverá também direitos intocáveis. Justamente o oposto do feito dos modelos continentais de Estado de Direito, onde é imputado à Constituição o dever de ser “Carta de Direitos”, resguardando-os das alterações das paixões do legislador⁴.

Sutilmente se empreende uma contradição formal com o que se espera de um sistema constitucional contemporâneo baseado no *Rule of Law* ou no Estado de Direito. A idéia desse arranjo jurídico-político é de garantir direitos à sociedade e aos indivíduos, marcadamente pela limitação do poder político. Dessarte, certas questões devem estar fora da alçada de decisão do jogo político⁵, posto que sejam basilares e centrais para o ordenamento jurídico (HORTA, 2011). Quando o *Rule of Law* não impõe barreiras formais ao exercício da atividade legiferante, ele coloca em risco essas questões axiais e restabelece o medo do cidadão de assistir a subtração de seus direitos por simples votação do parlamento. O governo das leis passa a ser governo dos homens na medida em que os direitos fluem a gosto das paixões políticas. Contudo, veremos que a tradição inglesa do *common law*, ao menos na práxis, se postou a favor dos direitos dos ingleses, bem como a cultura política do país impediu que houvesse maiores aflições.

Por fim, conduz Dicey, que a soberania do parlamento é jurídica, mas não política. *De*

⁴ Ainda que não se observe plenamente o Controle de Constitucionalidade nas formulações iniciais do Estado de Direito.

⁵ CATTONI DE OLIVEIRA fala inclusive em diferenciação funcional entre o direito e a política. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 113).

jure, não há controle para declarar nula alguma lei, nem sequer limitar o parlamento de toda sorte. Mas há o controle político que o corpo eleitoral exerce sobre parlamentares que pode resultar em mudanças na atividade legislativa. “Não parece, porém, existir aí nenhuma garantia ‘constitucional’ para garantir os ‘direitos dos ingleses’” (SANTORO, 2006, p. 218-9), o que nos lança novamente no problema anterior.

O segundo princípio basilar da constituição inglesa é o *rule of law*. Na construção do jurista inglês, o princípio comporta três subitens: *a estrita legalidade, a unicidade do sujeito de direito e a unicidade da jurisdição*⁶ (SANTORO, 2006, p. 219-220).

Sob o primeiro ponto de vista, o *rule of law* significa:

a supremacia absoluta ou primordialidade de lei comum, em oposição à influência do poder arbitrário, e exclui a existência de arbitrariedade, de prerrogativa, ou mesmo de grande autoridade discricionária por parte do governo. Os ingleses são governados pela lei, e somente pela lei; um homem pode conosco ser punido por uma violação do direito, mas ele não pode ser punido por nada mais (DICEY, 1982, p.153).⁷

A estrita legalidade pode ser equiparada à atual reserva legal, como conhecemos, certamente transmitida pelo ideário jurídico-político. É o poder da lei enquanto diametralmente oposto ao poder da arbitrariedade (LOUGHLIN, 2010). Este princípio limita o governo a só agir na medida em que a Lei lhe permita, oferecendo boa dose de segurança jurídica ao cidadão. É evidente sua influência em todos os ramos do direito, como o tributário, o penal (*nullum crimen sine lege*) e o administrativo.

Quanto à *unicidade do sujeito de direito*, é o imperativo de que “qualquer homem, qualquer que seja sua posição ou condição, é sujeito a lei ordinária do reino e submisso à jurisdição dos tribunais ordinários” (DICEY, 1982, p.149). Por um lado, é a supressão de privilégios obrigando sanções iguais para fatos jurídicos iguais, portanto, “a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer pessoa” (ROSS, 2000, p. 315). Por outro lado, esta é a *unicidade*

⁶ Pablo Lucas VERDÚ (1975) lê de forma diferente os princípios elaborados por Dicey. Para ele, ainda três, são: supremacia de lei, igualdade diante da lei (o que inclui a unicidade do sujeito de direito e da jurisdição) e, por último, a implicação dos direitos serem frutos dos tribunais e não do direito positivado. Assemelha-se, portanto, a conclusão de conformidade da lei a *common law* que aduziremos mais adiante.

⁷ Tradução livre para: “the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. Englishmen are ruled by the law, and by the law alone; a man may with us be punished for a breach of law, but he can be punished for nothing else.”

de jurisdição; é a obrigatoriedade de que ninguém se abstenha de responder à lei e que todos a respondam submetidos às mesmas cortes. Não haverá tribunal de exceção. Nessa forma, todos os cidadãos, independente de “*rank or condition*”, serão julgados pelo mesmo Direito e nas mesmas cortes. Dicey não admite a ideia do direito francês, pelo qual os funcionários públicos dispõem de regulamentação e jurisdição especial.⁸

O princípio do *rule of law*, especialmente nas suas acepções como legalidade e unicidade jurisdicional, se articula para coibir as arbitrariedades do Poder Executivo. A legalidade por si só não é suficiente para controlar o Executivo, mas combinada com a unicidade, representa uma fórmula eficaz. Nesse sentido, impede que agentes públicos tenham tratamento diferenciado em virtude de seu cargo e possam se subtrair a responder à lei.

A essa altura da construção diceyana é razoável agitar uma crítica sobre a compatibilização entre o *rule of law* e a supremacia do parlamento. Nas linhas de Friedrich Von Hayek, Dicey traiu a “história do constitucionalismo, pelo menos a partir de John Locke [...] [que] é a história da luta contra a concepção positivista e a correspondente concepção da onipotência estatal” (HAYEK *apud* SANTORO, 2006, p. 229). O inglês falhou ao não prever a imposição de concisos limites à legislação, mesmo que sob o objetivo de proteger os direitos e as liberdades. Com um simples golpe de pena, o Parlamento poderia desfazer as garantias que o *common law* levou séculos para consolidar.

Essa crítica admite que a soberania do parlamento coincida com a supremacia da *lei*. Assim, não haveria saída para não validade de uma lei suprema que subtraísse direitos. E, realmente, o *rule of law* se reduziria, portanto, à mero princípio da legalidade; nada além de uma regra de reconhecimento e aplicação da lei independentemente de seu conteúdo e tornaria difícil sustentar que ela possa garantir o respeito das “liberdades dos ingleses” (SANTORO, 2006, p.234).

A resposta que Dicey oferece é a reafirmação da compatibilidade entre *rule of law* e soberania do parlamento; princípios, aliás, indissolúvelmente ligados. Contudo, a relação entre os dois componentes da constituição inglesa não se dá automaticamente.

No quadro traçado por Dicey, mais do que na definição que ele dá do mesmo, o *rule of law* reflete e incorpora as idéias e os valores em torno

⁸ Na França, o *Droit Administratif* impõe que os funcionários públicos, no exercício de suas funções, sejam julgados por tribunais administrativos, o que desfaria a unicidade jurisdicional proposta por Dicey. Na Inglaterra, “A responsabilidade desses agentes é regida, em particular, pelo direito comum e é apreciada pelas jurisdições ordinárias; os juristas ingleses rejeitam a ideia de que é possível, a esse respeito, admitir a competência das jurisdições administrativas, que seriam tentadas a conferir aos funcionários públicos uma situação privilegiada” (DAVID, *op. cit.* p. 85)

dos quais se articulou, no seu secular desenvolvimento, o *common law*. **O *rule of law*, é em si mesmo uma etiqueta em grande parte vazia, cujo conteúdo é determinado pelo *common law*:** é este, em última instância, que define as características da constituição (SANTORO, 2006, p. 234. Grifo nosso)

A grande responsabilidade constitucional reside, então, nos magistrados que constroem continuamente o *common law*. Ficaria centrada neles todas as esperanças de construção de um “governo da lei”, com controle da atividade legiferante. O Judiciário, como tem sido desde o século XII, é quem postula os direitos dos ingleses e a eles é confiada sua tutela (SANTORO, 2006, p. 233).

Do ponto de vista histórico, essa posição do corpo judicial é resultado de uma rede de conflitos políticos que tiveram seu momento mais crítico no século XVII. Lutando lado-a-lado contra a Coroa, as Cortes e o Parlamento tiveram a liberdade de traçar a ordem constitucional depois da Revolução Gloriosa. Os poderes de cada um foram se delineando pelo *modus vivendi*, de forma que as Cortes não contestaram uma série de manobras políticas⁹ empreendidas pelo Parlamento, em uma espécie de respeito mútuo. Como comenta Ivor Jennings, os limites dos poderes de cada instituição não foram objeto de disputas políticas, logo não houve necessidade de delinear a hierarquia formal entre *common law* e *Acts of Parliament* (SANTORO, 2006, p. 237).

Emilio Santoro resume a chave de solução diceyana para o problema da incompatibilidade dos princípios: “A evolução histórica levou, portanto, a uma situação em que o Parlamento é soberano, mas tem de exercer a sua soberania em conformidade com as Cortes que são suas aliadas” (SANTORO, 2006, p. 237).

As limitações entre as instituições não decorrem de características formais, mas antes do engenho aplicado à práxis. O Parlamento não encontra nenhum constrangimento que lhe tolha a soberania e emana a lei como deseja; por seu turno, o Judiciário não pode se escusar a aplicar a lei, nem declará-la nula. Todavia, as Cortes se comprometem a inseri-la dentro da tradição jurídica do *common law*;¹⁰ é esse o brilhantismo do *Rule of Law* e da tese de Dicey.

Nesse cenário, o juiz seria o grande responsável pela adequação da produção legislativa ao *common law*, que é o real substrato do direito e dos direitos fundamentais. Nesse exercício, interpretaria a lei sob os auspícios da tradição jurídica para que sua aplicação coadune

⁹ Por exemplo, o poder do *Long Parliament*, a restauração de Carlos II, à ascensão de Guilherme estabelecida pelo *Bill of Rights*. (COSTA, 2006, p. 237)

¹⁰ A ideia de inserção da lei parlamentar dentro da *common law* tem origens que remontam a Edward Coke. (STRECK, 2004; VERDÚ, 1975, p. 26)

os com direitos fundamentais. Ao contrário do que ocorreu na França, a Inglaterra “desenvolveu uma atitude positiva com o poder judicial, o que permitiu elencar o juiz como protetor dos cidadãos ao invés de inimigo do povo” (ROSENFELD, 2001, p. 1334).

Isto é, a lei, por simples promulgação do Parlamento, não se torna automaticamente Direito, mas depende de um processo no qual é moldada à *common law*: “Em certo sentido, a soberania do parlamento implica não o poder de *produzir* direito, mas o de *propor* direito, com a ressalva de que agora as propostas têm validade jurídica, validade essa que pode porém, ser efêmera” (SANTORO, 2006, p. 244).

As leis que porventura infringissem direitos e se apresentassem contra a tradição do *common law* seriam interpretadas como “ato normativo isolado, como um distúrbio momentâneo sobre a superfície do direito que não deixa vestígios profundos” (SANTORO, 2006, p. 244). Ocorre, portanto, um exame de conteúdo que visa avaliar a lei pelos parâmetros da *common law*, em provimento dos direitos tradicionalmente consagrados.

Nesse quadro delineado, podemos retomar a crítica da redução do *rule of law* à estrita legalidade. De fato, isso ocorre, mas sem prejuízos aos direitos e liberdades. Ao invés de a lei ser aplicada por ter sido emanada do Parlamento, ela agora deve passar sob o crivo das cortes. É isso que permite a conciliação entre soberania parlamentar e *rule of law*, tomado substancialmente como proteção aos direitos fundamentais (SANTORO, 2006, p. 246).

Emblemática é a proteção oferecida pelas Cortes em tempos de turbulência política e militar. Quando a liberação de presos parecia um perigo para o Governo, o Parlamento aprovou leis de *Habeas Corpus Suspensions Acts*. Em geral, elas proibiam a liberação de pessoas ou o julgamento de acusados de alta traição. Argumenta Dicey que não se trata de um “Estado de Sítio”, nem que fosse a total suspensão do *habeas corpus*. As cortes impediriam esse avanço arbitrário e mais: dariam validade anual a essas suspensões. De ano em ano as cortes revalidariam ou não os *Acts*, o que, no máximo, adiava o exame dos casos pelos juízes. Não era, portanto, a legalização de prisões arbitrárias. O Judiciário agia como baluarte na defesa das liberdades. Em outro momento, por consequência das duas guerras mundiais, o Parlamento aprovou leis que permitiam prisões consideradas arbitrárias. Ainda que sob protesto de alguns juízes, as leis foram mantidas aplicadas. Essas medidas consideradas excepcionais foram retiradas no mesmo dia da vitória em 1945 (DAVID, 2006, p. 81).

A proteção dos direitos fundamentais, para além dos tribunais, parece instalada na cultura política do país. Não depende de tantas arquiteturas formais para que o poder se regule e os indivíduos fruam de seus direitos. Nesse sentido, é como se aquele controle político de que

fala Dicey fosse tão forte ao ponto de não ceder sequer em momentos de crise.

A história constitucional inglesa deixou heranças para os colonos americanos que, apesar de todo movimento insurrecional, lograram conviver com o melhor espírito do *Rule of Law*.

O movimento constitucional dos Estados Unidos da América é referência no constitucionalismo moderno. Não só porque antecedeu a Revolução Francesa, mas porque reinterpretou problemas e ofereceu respostas que seriam replicadas ao longo da modernidade e impactariam outros movimentos constitucionais.

Desde meados do século XVIII, os colonos americanos vinham se indignando com decisões arbitrárias por parte da metrópole inglesa que, *e.g.*, estipulou o imposto sobre selos em toda sorte de publicação, sejam cartas náuticas, notícias, apólices de seguro ou cartas de jogos (CAENEGEM, 2009). A fundo, a indignação não era contra a relação de subordinação, mas contra as decisões inglesas das quais não participavam os americanos: o famoso *no taxation without representation*. Isto é, havia outro caminho que não significasse a independência total e, nesse sentido, foi inclusive proposta a representação colonial no Parlamento de Westminster, mas que não logrou sucesso devido à radicalização do conflito após consecutivas arbitrariedades (CAENEGEM, 2009). A situação se agravou em 1773 com o *Tea Party* e culminou, três anos depois, na Declaração de Independência.

A Constituição Americana de 1787, ao mesmo tempo em que é produto da independência, também é o grande elemento da *revolução*. Por debaixo do nível dos fatos, ocorria a mudança de pensamento constitucional que colocava em xeque o “próprio fundamento da autoridade e do poder” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 97). A Constituição rejeitava as instituições e a legitimidade típicas do Antigo Regime para adotar ordem política republicana e baseada no “governo da lei”. Os anos seguintes mostrariam como que essa estrutura de pensamento seria reclamada pelas Revoluções Liberais.

Toda essa revolução carece de um entendimento favorável ao constitucionalismo. Em suma, “o domínio do pai tirânico e infiel seria substituído pelo domínio do direito, no qual se podia confiar, não arbitrário, posto por escrito e que a todos obrigava, sobretudo àqueles que tinham funções de autoridade” (CAENEGEM, 2009, p. 194).

Esse domínio do direito seria alicerçado na Constituição, entendida como um *instrument of government* que possibilitaria garantir os direitos dos cidadãos e limitar o governo com segurança. A sua legitimidade derivaria não mais do apelo divino, mas de sua “racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade” (CANOTILHO, 2007, p. 59) nela transportada.

Por esse mesmo motivo, ela estaria fora da vontade das maiorias.

Em última instância, a legitimidade do poder político repousaria na própria fundação da república, diferentemente do que fizeram os franceses que apostaram numa teoria do poder constituinte embasada no ente incorpóreo da “nação”, sem nenhum contato com a realidade. Na América, “bastou descer até os mais simplórios e pequenos corpos político formados pela força do compromisso mútuo e reconstruir, a partir deles, a origem de todo poder” (ARENDDT apud CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 110). Nesse contexto, anota Canotilho, a constituição é um “acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um ‘governo’ vinculado à lei fundamental” (CANOTILHO, 2007, p. 59).

Todavia, a revolução e a guerra de independência eram um movimento só e uma não podia querer retomar frutos daquilo que a outra queria expurgar. Os revolucionários teriam de reconstruir a ordem política sem se remeterem ao direito e às instituições inglesas, muito embora bebessem em suas fontes. Os americanos se inspiravam em juristas ingleses (Locke, Coke e Blackstone) e viviam a Retórica Whig, com suas limitações ao poder e sua defesa das liberdades (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012).

Um primeiro ponto de diferenciação do Constitucionalismo americano é a separação de poderes. Instituto esse que, embora existente na Inglaterra, foi totalmente revisto e tomou novas feições nos Estados Unidos, especialmente sobre o relacionamento Executivo-Legislativo.

A separação de poderes age para destrinchar o poder na *horizontal* garantindo a existência de três poderes que tem a faculdade de estatuir seus próprios atos e de indeferir (*faculté d’empêcher*, em Montesquieu) atos de outros dentro de um sistema de *checks and balances*.

Essa separação horizontal do Poder também sofrera reflexos da Guerra de Independência. Ela teria de ser estruturada de forma a combater o Parlamento, o inimigo britânico culpado pelas inúmeras arbitrariedades, e, por isso, resultou em uma divisão de poderes mais acentuada e com menor interferência entre um e outro, como era visto na Inglaterra (BIELSCHOWSKY, 2012). Contudo, não se pode falar em isolamento entre os poderes, que se relacionam por institutos como o Impeachment, o veto presidencial e a aprovação, pelo Senado, de juízes da Suprema Corte.

Contudo, a separação de poderes na América só pode ser bem analisada quando se contempla a feição do controle de constitucionalidade. Em 1803, a decisão do juiz Marshall, que originou o *judicial review*, estava envolta do contexto político dos três anos que a precederam. Em suma, o juiz teve em mãos um “mandado de segurança”, impetrado contra

James Madison, secretário de estado, em que Marbury exigia ser diplomado juiz de paz, por seu nome já ter sido devidamente aceito.

A decisão de Marshall não tocou no mérito do caso, mas na competência da Suprema Corte de julgá-lo. A decisão sustentava que era inconstitucional um artigo da Lei Judiciária de 1789 que outorgava uma nova hipótese de competência da Corte para além das que constava na lista constitucional. Assim, o juiz declinou de sua competência para aquela ação por julgar inconstitucional o ato normativo que lhe imputava a jurisdição.

Entretanto, não havia sequer uma disposição na Constituição que previsse o controle de constitucionalidade e seria emblemática, portanto, a argumentação de John Marshall para a história constitucional, mesmo que o *Chief Justice* não objetivasse instituir o *judicial review* (TRIBE, 2000). Ele aduziu os fundamentos do controle de constitucionalidade moderno.

A argumentação seguia três pontos. (1) Uma vez estabelecida a *supremacia da constituição*, (2) qualquer lei que a contraria é *nulo* (an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void), (3) de tal forma que seria atribuição do Judiciário dar a última interpretação constitucional, bem como dizer o que é o direito: “If then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which the both apply” (TRIBE, 2000, p. 2010).

O que o *judicial review* faz é distinguir entre Poder Constituinte e Poder Constituído. Nesse sentido, a lei, enquanto expressão da soberania popular, deve estar limitada por aqueles direitos inalienáveis que representam uma “reserva de potência” (CASALINI, 2006) da própria soberania popular, resguardada pela Constituição.

Essa dualidade entre Constituinte-Constituído, no fundo, retirava o direito constitucional da esfera dos humores políticos (como já se comentou sobre a Inglaterra). Ela representa a resposta federalista contra a “revolução permanente” dos jeffersonianos, dizendo que existem princípios permanentes que guiam o Direito e que não estão na seara da negociação política e por isso, o Legislativo deveria ser limitado.

Alguns constitucionalistas usam a metáfora em que Ulisses, em *Odisséia*, pede a seus companheiros que seja amarrado no mastro do navio e tenha os ouvidos tapados com cera para que ele não seja seduzido pelos cantos das sereias donas dos mares que navegavam. A existência de limitações constitucionais à legislação e à reforma constitucional é, justamente, a corda que impediria que os legisladores navegantes deixem-se seduzir pelas tentações que as paixões

políticas têm.

A comparação com o *Rule of Law* inglês salta aos olhos. Na Inglaterra, na linha do que já se aduziu, não houve clara diferenciação entre Constituição e lei ordinária, assim como não houve clara limitação do poder legiferante, embasado no princípio da soberania do parlamento. Não ocorreu, portanto, a dita restrição sobre o que a política pode tocar, deixando à vontade das majorias volúveis os direitos inalienáveis. Ao tempo em que os Estados Unidos empreenderam todas as diferenciações acima, limitando o Legislativo no compasso da Constituição para preservar os direitos contra a ação de grupos políticos que porventura controlem o Congresso e queiram usar o poder para abater direitos individuais.

O juiz John Marshall, por fim, deu caminho para que essas idéias tomassem forma dentro do direito e da jurisdição:

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham (BARROSO, 2012, p. 26).

Acontece que essa estrutura de controle de constitucionalidade pelo Judiciário deriva, em boa medida, da crença de que os juízes são imunes às disputas políticas e que julgarão a constitucionalidade à luz da razão e dos melhores critérios técnicos (CASALINI, 2006).

Contudo,

Não pode pretender-se que o sistema de fiscalização tenha funcionado sempre como sistema neutro, não comprometido com nenhuma finalidade política e social, e não sujeito a conflitos ou a inflexões. Mas seria errôneo pensar que tudo se tem passado como se a Suprema Corte e os outros tribunais americanos não fizessem senão reflectir em cada época imperativos vindos de fora (MIRANDA, 2002, p. 135).

Corroborando nesse sentido, vê-se que sequer a interpretação constitucional é imutável, mas que também atende a influxos de seu tempo e de seu intérprete. As mudanças são tão claras que são alocadas em modelos, intrinsecamente conectados com os acontecimentos políticos (TRIBE, 2000). É evidente que a neutralidade do judiciário é no mínimo questionável, posto que ela se firma, em última instância, na estabilidade da Carta Política.

Entretanto ocorrem, no seio americano, verdadeiras *mutações constitucionais*, isto é, modificações informais na constituição que consistem na alteração do significado de uma

norma constitucional sem que haja substituição de seu texto.¹¹ Qualifica-se a Constituição quanto à sua *plasticidade* para quanto maiores as mutações constitucionais.

A Constituição Americana, por essa construção, é rígida ao mesmo tempo em que é plástica. Ainda que isso pareça contraditório, é perfeitamente possível. Rígida por apresentar métodos de revisão diferentes e mais qualificados que os das leis ordinárias, os quais seguem o artigo 5º com aprovação no Congresso e em ¾ dos Estados Membros. Não por menos, a Constituição permanece há mais de 200 anos e sofreu apenas 27 emendas. Contudo, também é plástica, nos termos das mutações constitucionais hora em comento.

Essas mudanças de paradigmas de interpretação constitucional demonstram que a mutação constitucional decorre da variação da realidade, dos direitos e dos valores de uma sociedade (BARROSO, 2011). Nesse sentido, retomando o que disse Jorge Miranda, os juízes fazem refletir no Direito esses imperativos vindos de fora, traduzindo-os, aplicando-os e, em boa medida, selecionando-os. De certo, também, que o sistema de *common law* oferece aos juízes maior discricionariedade e espaço para criação, o que potencializou as influências no Direito e as mutações constitucionais.

Essa observação levanta questões que ultrapassam as pretensões deste estudo, mas que devem ser realçadas: em que grau o poder jurisdicional pode abalar o *Rule of Law*?

O reconhecimento de um ineliminável elemento de discricionariedade interpretativa por parte do juiz e o ativismo da Corte Suprema obrigaram a repensar o papel da interpretação judiciária da Constituição, bem como o significado, as virtudes e os limites próprios do *rule of law* (CASALINI, 2006, p. 283).

O *Rule of Law* que, com foi exposto, se baseava “sobre a autoridade de um direito aparentemente neutro e apolítico” (CASALINI, 2006, p. 283) e daí extraia sua legitimidade, agora teria de rever seu futuro frente a um judiciário ativista que aplica o direito também de acordo com ponderações políticas e éticas.¹²

À guisa de conclusão, vemos que o constitucionalismo americano abandonou antigas instituições européias, mas também renovou algumas delas. Recusou a monarquia hereditária, a sociedade estamental, o unitarismo e separou o Estado das confissões religiosas. Na outra

¹¹ À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. (BARROSO, 2011, p. 148-9)

¹² Brunella Casalini explora essa questão em um denso artigo com anotações sobre Antonin Scalia, Dworkin, Ackerman e Sustain. (CASALINI, 2006, p. 264 e *et seq*)

mão, deu continuidade à elementos que já se observavam principalmente na Inglaterra, como o respeito aos direitos civis pela limitação do Estado, a separação de poderes e a adesão ao sistema de *common law*.

A matriz constitucional americana, alicerçada sobre o federalismo, o *judicial review*, e o presidencialismo, tem sido parcialmente transplantada para uma série de países, e dentre eles o Brasil após a Proclamação da República (MIRANDA, 2002). Contudo, “a extraordinária experiência constitucional americana deve ser vista como um caso especial, e não como um modelo universal ou um paradigma” (BARROSO, 2011, p. 44). Isso porque as instituições jurídico-constitucionais foram resignificadas e modeladas pela história e cultura americana, se tornando um genuíno produto de seus acontecimentos.¹³ Se transferidas para outros países, essas instituições certamente derivariam em frutos diversos, ao sabor da história e de suas surpresas.

3. ESTADO DE DIREITO: ALEMANHA E FRANÇA

A experiência político-jurídica alemã liderou toda a doutrina do Estado de Direito na Europa Continental, marcadamente no século XIX. O Rechtsstaat é a grande leitura político-constitucional que se contrastará com o Rule of Law.

A doutrina do Rechtsstaat tomou formas diferentes no tempo e evoluiu no passo dos acontecimentos históricos. Na primeira metade do século XIX, a teoria, ainda jovem, dizia ser um “Estado racional que englobasse a proteção universal de direitos formais para todos os indivíduos dentro do ordenamento jurídico” (ROSENFELD, 2001, p. 1319). Esta doutrina liberal adotava um viés jusnaturalista, que previa a superioridade da Constituição e a pré-estatalidade dos direitos individuais. É um conceito, em alguma medida, de um Estado racional, neutro e imparcial frente às concepções de Bem.

Nesse passo, também se embasava nos pilares filosofia de Kant, a qual considerava ser o princípio fundante do governo a liberdade de cada homem, a sua igualdade perante outros e a independência de cada membro da sociedade enquanto cidadão (GROTE, 2014). Realizar-se-ia a autodeterminação dos cidadãos, na medida em que criariam para si próprios (diretamente ou por meio de representantes) as regras de direito às quais obedeceriam. A construção kantiana

¹³ Anota Luis Roberto Barroso, sobre a ideia de adotar um modelo constitucional americano no Brasil: “a ideia é ótima, e não é nova: tem mais de 210 anos, se tomarmos como marco a Convenção de Filadélfia de 1787. Sua importação para o Brasil é uma tentação contínua. Naturalmente, para que pudesse dar certo, precisaríamos também importar os puritanos ingleses que colonizaram os Estados Unidos, assim como a tradição do *common law* e a declaração de Virginia. Ajudaria, também, se permutássemos D. Pedro I por George Washington e José Bonifácio por James Madison. Ruy Barbosa ficaria. Ah, sim: sem uma guerra civil sangrenta e quinhentos mil mortos, a importação também seria um fiasco” (BARROSO, 2011, p. 44).

do Rechtsstaat, para além da estrita legalidade, requereria, também, a isonomia, a proteção formal de liberdades negativas e os direitos de propriedade (ROSENFELD, 2001).

Na perspectiva de Kant, o indivíduo é o centro da vida jurídica, em acordo com seu sistema filosófico. Nesse sentido, a lei “não é uma limitação que o Estado impõe aos indivíduos, mas é antes uma limitação que os indivíduos se impõem reciprocamente para a concordância das autonomias respectivas”. Não há espaço para se falar, portanto, em lei injusta, na medida em que ela é expressão formal da vontade de todos: ela vale por si mesma (REALE, 2000).

As Revoluções 1848 representam, justamente, o cume das movimentações políticas que endossavam a concepção liberal. As classes médias burguesas pleiteavam, além da Unificação Alemã, a aplicação da doutrina liberal do Rechtsstaat, com a domesticação dos poderes do monarca e a limitação da atuação do Estado, em favor das liberdades individuais e da propriedade privada. Rechtsstaat teria se tornado um atalho para o programa de reformas da monarquia (GROTE, 2014). Todavia, as expectativas liberais soçobraram quando as forças conservadoras, lideradas pela Prússia e Áustria, retomaram o Poder.

Ainda que esmagada, as Revoluções deixaram alguns textos constitucionais que determinantes para o Rechtsstaat (CAENEGEM, 2009). A derrota liberal em 1849 impediu que se afirmasse completamente a sua construção ideológica, e os liberais acabaram por aceitar um acordo com os conservadores que influenciaria a construção do Estado de Direito dali em diante (CHEVALLIER, 2013). Aceitava-se, de um lado, o princípio monárquico enquanto cedia-se, de outro, a salvaguarda dos direitos individuais (GOZZI, 2006, p. 324). Procedeu-se a uma constituição monárquica, com pouco espaço para o Parlamento e com um conteúdo de direitos exíguo, porém existente (MIRANDA, 2002).

O ilustre J.J. Canotilho anota que o constitucionalismo alemão adotou a “via especial” entre as propostas de “constitucionalismo da restauração”, que tem como princípio estruturante a monarquia e o “constitucionalismo da revolução”, estruturado na soberania popular (CANOTILHO, 2002, p. 96).

A orientação doutrinária desta nova fase do Rechtsstaat pós-revoluções ficaria a cargo do positivismo jurídico. Em atenção ao acordo firmado entre os conservadores e os liberais, a concepção dos direitos individuais se alteraria e não poderia ser jusnatural: seria agora uma doutrina estatalista. Nesse momento, “a interpretação dos direitos, assim como a interpretação do Direito em geral, veio a ser dominada por Paul Laband e seu positivismo” (CALDWELL,

1997, p. 30):

The rights of the individual, he argued, could never be considered “subjective”. They were instead “objective” reflections of the legal order or state organism within which all subjects operated. Rights of the adult male to own property or to express his opinion, for example, were simply negative limits to the state’s activity that were posited by the state itself.

A doutrina que agora se empreendia não era mais a dos direitos intrínsecos ao homem e oponíveis ao Estado, eram nada além de concessões que o Estado fazia a seus subordinados. A origem dos direitos se fazia, portanto, no mero ato legislativo que expressava a vontade estatal, sem que houvesse pertinência o questionamento da existência dos direitos na própria natureza humana.

Rejeita-se nesta tese qualquer ideia que proponha a universalidade dos direitos ou ainda sua existência pré-política. Supera-se, assim, o contratualismo e toda sorte de justificação metajurídica dos direitos “pois era a ordem jurídica positiva que os reconhecia como fundamentais” (SAMPAIO, 2005, p. 134-5). Os direitos existem nas formas e nos limites reconhecidos pelo ordenamento e, em última análise, em razão deste. “Um ser vivo é elevado à condição de *pessoa*, de *sujeito de direito*, antes de tudo, pelo fato do Estado lhe atribuir, de maneira eficaz, a tutela jurídica estatal. Em suma, *é o Estado que confere personalidade*” (REALE, 2000, p. 252).

Os direitos eram simples reflexos da ordem jurídica que indicavam, somente, onde o Estado necessitava de expressão legal para a sua intervenção, sem representarem verdadeiros óbices à ação estatal (CALDWELL, 1997). Não poderia, portanto, o indivíduo postar um direito contra o Estado já que este poderia, a qualquer tempo, suspender ou limitar esses direitos. Em outro momento, os direitos foram vistos como princípios legitimantes do Estado e orientavam toda sua atividade, contudo, agora, eram considerados declarações juridicamente supérfluas, cujo propósito tinha sido preenchido pela lei (GROTE, 2014).

A construção germânica de direitos, ora em comento, parece abalar as bases sobre as quais se suportam as outras experiências históricas em estudo. Quando se confronta o continente com a ilha, percebe-se claramente que caso os direitos dos ingleses fossem meramente legislativos não haveria razão de existir qualquer controle ou ponderação, por parte dos juízes ou da *common law*, sobre os atos emanados do Parlamento. Isto é, os ingleses creem em algo além de uma concepção estatalista de direitos, cujas diretrizes aviltar-nos-iam. Já o *Rule of Law* estadunidense, ancorado na Declaração de Independência, prevê que “todos os homens são

criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis”, e do mesmo modo não poderia fazer inteligível que qualquer legislação subvertesse esses direitos; legislação essa, ainda por cima, proveniente de um governo instituído entre os homens para assegurá-los. De toda sorte, essa concepção estatista parece ser rejeitada em outras experiências que optam por privilegiar os direitos frente ao Poder, e justamente não fazer do Poder a fonte dos direitos.

Havendo o Direito origem no Estado, não será aquele uma força externa ou limite alheio à vontade deste e, assim, o Estado é que opta por limitar-se nos contornos do Direito. Sustenta - se assim a tese da autolimitação, marca do *Rechtsstaat*. Nela,

Essas regras não impõem a ele senão pela sua própria vontade: isto não significa que o poder do Estado é ilimitado, mas que ele tem o privilégio de fixar para si mesmo as regras que enquadram o exercício de seus poderes e, eventualmente, modificá-las (CHEVALLIER, 2013, p. 21).

Vale anotar que o Estado é, nesta linha, uma pessoa jurídica, capaz de realizar atos jurídicos, dotada de soberania que é aquela qualidade do poder estatal de criar livremente o direito positivo (REALE, 2000). Pessoa que não pertence nem à nação nem aos governantes: mas ao Estado.

Jellinek, ao seu turno, empreende algumas inovações na doutrina dos direitos, entretanto, sem se distanciar do positivismo jurídico imperante. Contra Laband, Jellinek asseverava que os direitos individuais não eram meros reflexos da ordem jurídica, mas sim verdadeiros direitos públicos subjetivos. Ao atribuir a personalidade a cada homem, o Estado também lhe atribuía a capacidade de opor sua subjetividade contra o Estado e demandar dele alguma tutela (SAMPAIO, 2005). Essa demanda colocaria as normas jurídicas em movimento em direção ao provimento estatal necessário para o suprimento do direito. Nesse passo, Jellinek ampliava a doutrina para abarcar os novos sujeitos do Estado de Direito: as corporações públicas, grupos sociais e agências administrativas (CALDWELL, 1997).

Ao final deste sobrevôo na teoria germânica, observa-se o *Rechtsstaat* como a racionalização do Estado, imperando pelas suas operações por meio do direito e em suas modalidades. O Estado de Direito seria o mero respeito, por parte da Administração, das formalidades jurídicas; ou aquele Estado que não se expressaria de outra sorte senão pelo Direito. Parece se confundir com o singelo respeito à “legalidade formal” (CHEVALLIER, 2013).

O *Rechtsstaat* não é nada além de um *StaatRecht* (direito do estado):

Se o Estado de Direito é só um modo de exercer o poder, o direito não

constituirá um verdadeiro e eficaz limite a tal poder, mas será apenas o modo dele se externar, podendo-se chegar assim, sem paradoxos, a uma forma de despotismo jurídico (CHEVALLIER, 2013, p. 17).

O *Rechtsstaat* parece esvaziado de qualquer significado filosófico, ético ou político, não havendo esteio para a justiça do direito criado. Não haveria, assim, qualquer garantia da real fruição de direitos individuais, nem de quais seriam esses direitos. A concepção é puramente formal, assegurando unicamente a ação do Estado nos conformes do Direito, sem qualquer lastro. Não se conjecturava qualquer abuso do Poder Legislativo, que só estaria vinculado a procedimentos legais. Assim, legalidade e legitimidade moral se coadunavam mutuamente (COSTA, 2006).

Nesse sentido, diz Rosenfeld:

In the end, the Kantian ideal of autonomy falls short both from a formal and from a substantive viewpoint. From a formal standpoint, it remains too abstract and from a substantive standpoint, consistent with the Weimar experience, it is insufficiently universal. Positivist rule through law, on the other hand, makes for increased predictability, which is particularly important as social and legal relationships become more complex but provides no assurances that laws will be fair (ROSENFELD, 2001, p. 1328).

Esta concepção do *Rechtsstaat* continuou vigente até o início do século XX quando a primeira guerra mundial o pôs a prova, e resultou, em 1919, na proclamação da República de Weimar. Carl Schmitt analisa que a Constituição de Weimar é na verdade uma obra póstuma que satisfaz programas pelezados nas Revoluções de 1848 (JACOBSON, 2011). Seria realizada aquela concepção dos direitos inerentes aos homens e reconhecidos por uma ordem jurídica destinada a concretizá-los, bem como realizada a separação dos poderes e a sua limitação. Contudo, anote-se, a experiência weimariana aduz inovações na direção do paradigma social do Estado de Direito, efetivando a intervenção estatal nas relações econômicas e sociais e pugnando pela igualdade e liberdade material.

A República de Weimar mal ultrapassou a infância e foi solapada pelo totalitarismo nazista. Sabotou-se, a um só tempo, o Constitucionalismo Social, a república, a democracia e o *Rechtsstaat*. O que aconteceu na Alemanha desde a ascensão de Hitler até o fim da Segunda Guerra não pode de maneira alguma ser apelidado de Estado de Direito, sob pena de se macular toda teoria que se tem trabalhado até então (HORTA, 2011). O horror nazista só pode servir à História como negação (Hegel), e que de certo testemunhou vultosas reações no Estado de

Direito alemão.

A Constituição Alemã encabeçou a proposta de um Estado de Direito cujo conteúdo é de primeira relevância ao lado da forma. Amplo, que aliasse a legalidade própria do Rechtsstaat com os novos imperativos da Dignidade da Pessoa Humana (GROTE, 2014). O Estado estará novamente conectado a referências éticas e políticas para seu funcionamento, que não será ademais “através do direito”.

Nesses novos tempos merecem uma nova concepção dos direitos, radicalmente distinta daquela meramente reflexiva. Os direitos agora significam limites e parâmetros objetivos para toda a ação estatal, bem como para a sua atividade legislativa e não mais singelas limitações e concessões do Estado soberano:

In remarkable departure from the prevailing fundamental rights conceptions in the Weimar Republic and the Empire, the Basic Law stress the legally binding and enforceable nature of the constitutionally guaranteed rights. Art. 1, para. 3, provides that the fundamental rights guaranteed in the following articles shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly enforceable law (GROTE, 2014, p. 198).

Em razão dos direitos terem sido alçados à escala constitucional, fazem jus de um institucionalizado Controle de Constitucionalidade. Esse controle, que parecia improvável noutra concepção de *Rechtsstaat* agora é elemento essencial do Estado de Direito, para que o Estado não somente se expresse pelo direito, mas também que o direito esteja harmonizado com a Constituição, que reflete princípios e valores morais e políticos daquela comunidade (CALDWELL, 1997).

Com razão tem-se dito que o *Rechtsstaat* foi absorvido pelo *Verfassungstaat*, isto é, o Estado de Direito pelo Estado Constitucional. Isso se dá em virtude do suntuoso enfoque que hodiernamente tem a Constituição, tanto do ponto de vista *formal* enquanto ápice da ordem jurídica e estabelecadora das qualidades e procedimentos da lei; quanto do ponto de vista *material*, em que ela determina os limites da legislação, estabelece parâmetros para seu conteúdo e assegura, em última instância, todos os direitos de maior importância política-jurídica.

Vemos, aqui, que o Estado de Direito se reencontrou com sua finalidade ética da consagração de direitos fundamentais, realmente certo de si.

Neste momento, um olhar para trás, para as origens do *Rechtsstaat* se faz necessário. Caiu, nos termos do já exposto, aquela concepção estatalista de direitos que não reconhecia

verdadeiramente a indivíduo enquanto portador natural de direitos, e pretendia-os frutos de concessões do soberano. A autolimitação do Estado, portanto, para oferecer direitos também haveria de encontrar declínio e restaria renovada a teoria dos direitos:

the theory of “autolimitation” which had dominated previous debates on the foundations of the Rechtsstaat had assumed, has lost its relevance under the Basic Law. Art. 1, para. 2 acknowledges inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and justice in the world, thereby recognizing the universal and extralegal character of those rights which exist prior to, and irrespective of, their official recognition by the state (GROTE, 2014, p. 197).

Já em uma perspectiva comparativa, a original construção germânica do Estado de Direito parece abalar as bases sobre as quais se suportam as outras experiências históricas em estudo. Quando se confronta o continente com a ilha, percebe-se claramente que caso os direitos dos ingleses fossem meramente legislativos não haveria razão de existir qualquer controle ou ponderação, por parte dos juízes ou da *common law*, sobre os atos emanados do Parlamento. Isto é, os ingleses crêem em algo além de uma concepção estatalista de direitos, cujas diretrizes aviltar-lhes-iam. Já o *Rule of Law* estadunidense, ancorado na Declaração de Independência, prevê que “todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis”, e do mesmo modo não poderia fazer inteligível que qualquer legislação subvertesse esses direitos; legislação essa, ainda por cima, proveniente de um governo instituído entre os homens para assegurá-los. De toda sorte, essa concepção estatalista parece ser rejeitada em outras experiências que optam por privilegiar os direitos frente ao Poder, e justamente não fazer do Poder a fonte dos direitos.

A doutrina alemã do *Rechtsstaat* é a cabeça de todo Estado de Direito que se construiu com base na *Civil Law* e, destacadamente, nas Nações da Europa Continental. É o maior exemplo é a influência direito público francês, cujas lições advindas da Alemanha ficam a cargo de Carré de Malberg e sua escola.

A teoria alemã teria, ainda, o condão de influenciar o direito público francês. Se no primeiro momento, a teoria francesa nasceu como uma apropriação e tradução literal do alemão *Rechtsstaat*, isso não significa que os franceses não tenham lhe dado um desenvolvimento peculiar.

Do outro lado do Reno, em Estrasburgo, Carré de Malberg prepararia seus escritos sobre o *Etat de Droit*. Jacques Chevallier (2013), em consagrada obra sobre o Estado de Direito, via na teoria francesa em duas funções. Uma *função cognitiva*, que permitia melhor

compreender aquilo que caracterizava o regime público francês e uma *função crítica* fornecendo argumentos teóricos de apoio à crítica das instituições da Terceira República.

Essa duplicidade se caracterizava, novamente, em uma dicotomia, na qual o francês diferenciava o *État Legal* do *État de Droit*. O primeiro conceito marcaria uma leitura (ainda que ácida) da teoria constitucional da virada do século XIX para o XX, ao passo que o segundo seria uma crítica proposição de mudanças no direito público francês.

O *État Legal* é fruto de uma concepção constitucional segundo a qual “a autoridade administrativa deve, em todos os casos e em todas as matérias, estar subordinada ao órgão legislativo, no sentido de que ela não poderá agir senão em execução ou concessão de uma lei” (LAQUIÈZE, 2007, p. 345). Significava a constrição do Executivo em face ao Legislativo, só permitindo a ação administrativa que estivesse coberta pela lei. A fórmula constitucional se reduzia, portanto, ao princípio da legalidade *stricto sensu*. Era a efetivação da tese da autolimitação do Estado que, enquanto Legislativo, emanava ordens para sua própria observância, enquanto Executivo.

O segundo conceito – *État de Droit* – se referia ao Estado que age unicamente no interesse dos cidadãos na salvaguarda de seus direitos fundamentais. (LAQUIÈZE, 2007; CHEVALLIER, 2013). Nesse sentido, as instituições constitucionais deveriam ser arquitetadas de forma a coibir a expansão do poder e permitir mecanismos de proteção contra o Estado. Não seria suficiente submeter a Administração ao limite da lei, mas também seria necessário submeter o próprio legislador a limites.

A concepção do *État Legal* faz retornar, nesse ponto, a um problema presente na teoria constitucional alemã sobre a ausência de limites à própria modificação dos limites. Isto é, não há retaguarda contra imposições legislativas que atentassem aos direitos individuais que o Estado de Direito pretendia ali resguardar. Afinal, como sintetizou Duguit, “um limite que pode ser criado, modificado ou suprimido segundo a vontade daquele ao qual é posto, não é, de modo algum, um limite” (LAQUIÈZE, 2007, p. 346).

A problemática alemã, que não pode ser solucionada em função da positivista impossibilidade de limitação externa ao Estado tomaria, porém, contornos (e soluções) diferentes em razão da história político-constitucional francesa desde a Revolução.

A teoria da constituição desenvolvida em 1789 procurou refundar o Estado, recriando completamente a ordem política. Para tanto, firmou que a soberania não repousava no monarca,

mas na *Nação*:

A solução encontrada na Europa para o problema do absoluto e do círculo vicioso em que se perdia todo novo início foi a Teoria do Poder Constituinte, elaborada por Emmanuel Sieyès. Seguindo a tradição absolutista, o que Sieyès fez foi simplesmente substituir o monarca absoluto por um outro ente dotado de igual caráter: a Nação entendida como um ente macrosujeito, formado pela multidão do povo, desprovido de qualquer organização legal e acima de qualquer lei (CATTONI DE OLIVEIRA, p. 107).

O Estado, a seu tempo, só poderia encontrar sua fonte legitimadora na própria Nação. Todo o exercício do poder deveria ser originário da própria soberania nacional. Significa dizer que “a soberania do Estado e a soberania da Nação são uma só e a mesma coisa” (REDOR, 1992, p.54), de forma que a diferenciação dos dois conceitos é mera questão de ponto de vista: juridicamente, o Estado; politicamente, a Nação. O *État Legal* resulta, então, na corporificação do *État-Nation* (PEREIRA, 2010).

Levou-se, nesse passo, ao entendimento do Poder Legislativo como a própria emanção da vontade geral. Embebida das leituras rousseauianas, as teorias constitucionais creditavam à lei a plena supremacia, este instrumento infalível de expressão da *volonté generale*, com toda a força possível dentro da ordem política (CHEVALLIER, 1986). Qualquer constrangimento ou inobservância da vontade legislativa importaria na restrição à soberania da Nação, o que era inconcebível na tradição política francesa. O Legislativo era visto, portanto, como o *locus* jurídico da expressão da nação e decodificador da vontade popular (PEREIRA, 2010).

Nesse sentido, não seria possível crer que pudesse surgir uma lei contrária aos direitos ou interesses dos cidadãos, porque eles mesmos, constituídos na forma de Nação e sintetizados no Estado, haviam emanado aquela lei. Em última análise, a argumentação recai na clássica ideia do republicanismo segundo a qual o corpo não pode ferir a si mesmo, isto é, o povo soberano, composto por cada um dos cidadãos, não pode ser injusto consigo mesmo (CHEVALLIER, 1986).

Vimos, portanto, que o princípio da soberania nacional, somado ao postulado da perfectibilidade da lei culminaram em uma estrutura constitucional que atribuía soberania ao parlamento. Conceito este que não pode ser identificado com o fenômeno parlamentar na Inglaterra, porque não derivam das mesmas razões, nem levam às mesmas consequências, especialmente quando cotejamos a percepção do Poder Judiciário na ilha e no continente.

Na França, os tribunais não alcançaram o papel de instituições protetoras dos direitos

individuais – como na Inglaterra –, nem de aferidoras da constitucionalidade do sistema jurídico – como nos Estados Unidos. Restou ao Judiciário o lugar da subordinação institucional aos outros poderes (PEREIRA, 2010). No tocante ao Legislativo, a subordinação só reforça a tese da perfectibilidade da lei e obsta qualquer controle jurisdicional da legislação.

Quanto a relação Judiciário-Executivo, a subordinação evidencia-se pela impossibilidade de os tribunais avaliarem a regularidade dos atos administrativos e pela existência de todo um sistema interno ao Poder Executivo que fosse exclusivamente competente para o questionamento de questões administrativas (BARROSO). Observa-se mais um ponto de contato e incongruência com o *Rule of Law*. Retornando ao que foi exposto acima, Dicey elencava três princípios basilares do direito constitucional inglês, dentre os quais a *unicidade de jurisdição*. Por esse princípio, dizia-se que todos os homens seriam julgados pelas mesmas cortes comuns, não havendo possibilidade de privilégios. Contudo, na França, isso não foi aceito, fazendo prevalecer a concepção de que o próprio Executivo deveria avaliar as questões de sua seara.

Enfim, o *État Legal*, pelo exposto, pode ser sumarizado em três questões direcionais: postulado da perfectibilidade da lei, supremacia do legislativo – com decorrência lógica –, e subordinação institucional do Judiciário (PEREIRA, 2010).

Nas palavras de ROSENFELD (2001), o *État Legal* é entendido como “democratic state rule through law”. Estado cuja soberania reside na Nação e tem sua expressão no Legislativo, de quem emanam as leis para vincularem o exercício do Executivo.

Esse panorama geral, somado, impedia que houvesse um efetivo controle de constitucionalidade das leis, especialmente jurisdicional. Não que faltasse uma constituição rígida – aliás, foram muitas –, ou a concepção de sua superioridade (CHEVALLIER, 2013).

Acontece que a ideia de anulação, pelo Judiciário, de uma lei em face da Constituição importava em dizer que a vontade geral estava errada ou, então, que o juiz compreenderia a vontade geral melhor do que a própria nação. Ainda, significaria dizer que a nação não era soberana porque havia alguns temas por ela intocáveis. Não existiam, assim, quaisquer métodos ou recurso contra o abuso de poder do parlamento (LAQUIÈZE, 2006, p. 345).

É nesta aporia – entre a garantia de direitos e a supremacia da lei – que se encontra a proposta de Malberg. Para ele, não era suficiente submeter a administração a Lei. O catedrático de Estrasburgo queria a limitação dos poderes do parlamento e, portanto, de seu direito, sem que isso redundasse em limitações extrajurídicas ou externas ao Estado, de forma a manter a

tese positivista da autolimitação do Estado. Seria necessário:

sumettre l'État au droit, c'est donc imposer aux gouvernants, à tous le gouvernants, législateur compris, le respect d'une norme qui soit supérieure à la loi et qui paraisse incontestable. Et pourtant, la loi fait elle même parti de ce droit qui s'impose à l'État (REDOR, 1992, p. 294).

Nessa sintonia, Malberg sustentava a necessidade de submeter a própria lei a uma hierarquia legal superior, na qual restariam os direitos e garantias fundamentais. A dogmática francesa tinha consciência da supremacia constitucional, mas não dispunha de um mecanismo efetivo de recurso contra as leis e, sem este, a França “não [estaria] elevada até a perfeição do Estado de Direito” (CHEVALLIER, 2013, p. 28).

O controle de constitucionalidade, portanto, recolocaria as instituições da Terceira República nos eixos corretos. Disporia os direitos na constituição estável e permanente e, por isso, retirá-los-ia do alvedrio do legislador ordinário, recolocando-o na posição de *poder constituído*, logo, limitado.

O debate sobre o controle de constitucionalidade envolveu a publicística francesa. A discussão envolveu o questionamento sobre o valor jurídico da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, apesar de não ser mencionado na constituição.

De um lado, León Duguit e Maurice Hauriou sustentavam a validade da Declaração tanto em face da lei quanto da constituição, reconhecendo-a com valor supraconstitucional, em perspectiva bastante jusnaturalista. Para esses autores, afirmar a juridicidade da Declaração equivalia a vencer a tese da autolimitação – afinal, existem direitos externos ao Estado – e não obstante, serviria para abrir caminho para o controle de constitucionalidade da lei (LAQUIÈZE, 2006, p. 348-9).

Por outro lado, os positivistas Malberg e Esmein entendiam que a falta de inserção da Declaração na constituição e no ordenamento obstava o seu valor jurídico. Para que o documento fosse de observância obrigatória, seria necessária uma reforma constitucional que o incluísse. A posição é de total consonância com a teoria da autolimitação do Estado, porque, ao final, veríamos o Estado optando por elaborar um determinado conteúdo que limitasse seus próprios órgãos.

Como se vê, a publicística já encontrava convergência sobre a necessidade de estabelecer um mecanismo jurídico que colocasse os direitos individuais ao abrigo do legislador. No entanto, a conclusão deste problema só se deu na Quinta República, quando o Conselho Constitucional, em 1971, entendeu como inconstitucional a exigência de prévia autorização para a criação de uma associação civil, através da idéia do “bloco de

constitucionalidade” que valorou juridicamente a Declaração de 1789 (BARROSO, 2011, p. 54).

À guisa de conclusão, vemos que o modelo francês, embora tenha origens no Rechtsstaat, não se desenvolveu em plena identidade. Os franceses tiveram de lidar com a tradição herdada da Revolução ao mesmo tempo em que planejavam novas instituições constitucionais. O Estado de Direito, por certo, supassumiu o *Etat Legal*, dando-lhe uma formatação mais consistente e segura contra a natural expansão do poder, especialmente através da constitucionalização dos direitos fundamentais.

4. CONCLUSÃO: TRIDIMENSIONALIDADE DO ESTADO

Expomos até aqui a relação dialética entre a idealidade e a realidade presente no Estado, entre o que se imagina que ele deva ser e o que ele é *in concreto*. O Estado é, justamente, a síntese dialética possível entre as aspirações da ideia e as possibilidades do real. Não é, portanto, somente a experiência tátil e observável, mas também é o que diz e o que se projeta para ele.

Nessa sintonia, devemos apreender o Estado (e o Direito) como eterno devir histórico, continuamente construído e, assim, fruto da cultura. A apropriada epistemologia do Estado só pode ser aquela que leva em conta com essas considerações jusfilosóficas, de forma que seremos melhor assistidos pela teoria tridimensional do Estado.

As teorias positivistas do Estado (ou técnico-formais como fala Reale) entendem que deve se dissociar completamente o Direito da Sociologia e da Filosofia. O Estado, por esse caminho de análise, se transmuda num conglomerado de normas que existem porque formalmente aceitas, sem qualquer tipo de orientação finalística ou percepção do que concretizam essas normas nos fatos. Todavia, isso ignora, *e.g.*, como as alterações dos valores fazem mudar as normas – e, assim, os fatos – sem que haja, propriamente, uma mudança jurídica.

De outro lado, existem as doutrinas sociológicas do Estado que veem ali somente a realidade subjetiva. A corrente, exposta por Duguit no debate francês, entende o Estado como fato social, e as normas só existem função da realidade de sua observância. Não existiria, assim, qualquer idealidade ou projeto de Estado, nada construído ou a ser construído.

A nossa posição não é de excluir qualquer desses elementos, sequer aparta-los como

realidades sem contato. É, antes, de *distinguir sem separar*, para usar as letras de Reale. Assim,

Na concepção tridimensional, específica e dinâmica, [...] os aspectos, ou melhor, os momentos sociológico, jurídico e político do Estado poderão ser vistos em sua integração dialética, cada elemento se tornando compreensível pela luz que dos outros recebe e todos recebendo sentido pleno na unidade concreta da experiência histórica (REALE, 2000, p. 33).

Por isso, o Estado resulta como uma realidade historicamente construída em razão da natureza social do homem, bem como pelas vontades e visões conscientes dos homens que se empenharam em construí-lo.

O Estado de Direito, como o vemos, não foi uma forma política desenhada a priori como queria o gênio dedutivista do Iluminismo. Foi, na verdade, um empreendimento histórico que tomou forma em razão da dialética entre os fatos e os valores que, resultando nas normas, sofreram dela a influência reversa.

Isso explica como cada experiência histórica tomou rumos tão distintos. As formas de cada Estado estavam contingenciadas pelas razões fáticas, filosóficas ou jurídicas de seu tempo e espaço.

O *Rule of Law* se torna quase uma metonímia para essa concepção culturalista e histórica do Estado. Como esperamos ter demonstrado, os ingleses não planejaram de antemão o seu sistema constitucional: ele foi sendo construído e reconstruído a cada precedente, interpretação constitucional ou enredo político.

Ainda que se possam levantar alguns *encontros* entre as diferentes experiências constitucionais, essas congruências nunca são perfeitas e completas, mas obedecem cada uma delas a razões e histórias diferentes. Deparamo-nos com a soberania parlamentar tanto no direito constitucional inglês quanto no francês, mas por razões plenamente distintas. No primeiro caso, a soberania surgiu como uma necessidade política de afirmação após a revolução gloriosa, a partir de onde se remontou às justificações filosóficas e à arquitetura de uma dogmática jurídica correspondente. Na França, a seu turno, depositou no mito rousseauiano da perfectibilidade da lei e na soberania nacional a fundamentação axiológica para a soberania parlamentar. Ainda que a importância do parlamento e da legalidade estejam presentes nas duas (ou nas quatro) experiências, isto se dá por razões incomparáveis.

As diferenças axiológicas e políticas entre esses países fica ainda mais evidente no que concerne o lugar do Poder Judiciário. Nas linhas da doutrina de Dicey aqui exposta, vê-se o Judiciário com papel fundamental dentro do *Rule of Law*, como promotor de direitos. É ele o

responsável por conduzir o sistema jurídico reconstruindo sempre no sentido dos direitos fundamentais. Já na concepção continental de Estado de Direito, o Judiciário perde prevalência em função da importância que se dá ao direito legislado, dentro de um viés positivista.

Isso fica muito evidente quando se averigua as possibilidades de controle de constitucionalidade em cada uma das experiências. No continente europeu, o controle jurisdicional só chegou na segunda metade do século XX e, especificamente para a França, só em 2008 com o desenvolvimento da *Question Prioritaire de Constitutionnalité* que possibilitou o controle repressivo antes completamente preventivo. Na Inglaterra, igualmente não houve institucionalização do controle até a década de 1990 com o *Humans Rights Act* e a *Declaration of Incompatibility*, ainda que as cortes inglesas já efetuassem um controle substancial da lei através da *Common Law*.¹⁴ Nos Estados Unidos, ainda, vê-se que o controle só foi possibilitado em razão da concepção de supremacia constitucional e da existência de direitos supralegais, algo inexistente ou não inteiramente formulado nas outras experiências.

A maior dificuldade, então, é de tentar estabelecer uma teoria geral que englobe o Estado de Direito alemão e francês ao *Rule of Law* Anglo-americano. Cada qual, inclusive dentro de cada categoria, possui nítidas diferenças que cremos ter demonstrado. Os enredos políticos e filosóficos que constituem esses dois gêneros geraram modelos constitucionais frutos de suas dialéticas entre fato-valor-norma.

Cada um desses grupos tem uma orientação diferente, justamente pelo fato de carregarem, em sua essência, um conceito particular sobre o Estado (LOUGHLIN, 2010, p. 313).

Como já trouxemos no texto, o *Rule of Law* está conectado ao conteúdo que se dá ao Direito e à ação do Estado, sendo a *common law* a maior representação desse teor. É, portanto, uma concepção *substancial*, material. O *Rule of Law* não se alicerça em estruturas jurídicas que, por si, fazem fluir os direitos, ao revés são as estruturas e se mexem para readequar a melhor acomodação para os direitos fundamentais. É exatamente neste sentido que se adéqua o *rule of law* e a soberania parlamentar: este foi necessário para garantir o arrefecimento do Absolutismo, e aquele para impedir que vigorasse a ditadura parlamentar, depositando a garantia dos direitos nas Cortes e, conseqüentemente, na *common law*, retornando, portanto, à própria origem dos direitos. Assim, a garantia da limitação dos poderes estatais se daria exatamente pela *common*

¹⁴ Para o desenvolvimento deste argumento, cf.: ANTONACCI, Leonardo. A singular constituição inglesa: estudos em homenagem aos 800 anos da Magna Carta. In: *Revive - Revista de Ciências do Estado*, v1, n.2, 2016, p. 151-186.

law garantida pelas cortes.

A razão assiste à VERDÚ (1975, p. 28): “tem de se ter em conta que não é correto interpretar as instituições britânicas com o espírito geométrico continental [...] O *Rule of Law* foi mais resultado do bom senso e do compromisso do que de uma rígida teoria política”. Completamente distinta é a razão geométrica presente nas concepções do Estado de Direito. Ele se apoia muito mais em engenhos constitucionais e desenhos jurídicos para que se firme e, em boa medida, subestima a capacidade da cultura de garanti-lo.

Especialmente no *Rechtsstaat*, as doutrinas positivistas estiveram no centro das discussões constitucionais. Não sendo admissível qualquer direito anterior ou superior ao Estado (e que guiasse a sua construção), os positivistas deram-no prevalência. Ai, na necessidade de se explicar a instituição de direitos fundamentais, retornam a ele – Estado – para desenvolverem uma teoria da autolimitação do Estado,¹⁵ na qual o Poder é o único competente para definir suas competências e ele escolher limitar-se para que existam os direitos, fazendo destes meros reflexos da ordem jurídica. (CHEVALLIER, 2013; LOUGHLING, 2010). O Estado de Direito, formal, coloca o Estado à frente do Direito, em que pese o jogo de palavras.

No continente, portanto, é simbiótica a relação entre o Direito e o Estado (ROSENFELD, 2001). Em sentido diverso é a experiência inglesa, que coloca primazia no Direito (e nos *direitos*), emparelhando-os, curiosamente, com o direito natural (VERDÚ, 1975); de forma que a ordem jurídica serve de freio aos poderes do Governo.¹⁶

Apesar de todo caminho até aqui trabalhado no sentido da análise e distinção, talvez devêssemos, também, tatear algum caminho para a síntese, dentro dos limites pensados para este estudo. Assim, subjacente aos fatos e normas especialíssimos de cada experiência – inclusive, ao lado de outros valores – cremos que se faz presente em todas as ocasiões o valor da *Liberdade*, cujo conteúdo também será endereçado em cada experiência.

Nessa razão, vemos que a Liberdade pairava sobre cada um desses Estados, se concretizando em cada norma ao gosto do tempo, do lugar; da história e da cultura.

A busca, portanto, de uma “teoria geral do Estado de Direito”, ou, ainda, de um “quadro unitário e global”¹⁷ sobre essa forma política não pode se dar pela dogmática jurídica.

Na verdade, a busca pertence à Filosofia do Estado porque responsável pela busca da

¹⁵ Em que pesem as doutrinas jusracionalistas dos direitos fundamentais, a doutrina do *Rechtsstaat* desenvolveu-se fruto das concepções positivistas, e.g., de Paul Laband e Georg Jellinek.

¹⁶ BOBBIO (2010, p.252) assevera que a cultura jurídica inglesa desconhece o conceito de “Estado” e usa antes a idéia de “Governo”.

¹⁷ Em referência ao que defendeu ZOLO (2006).

unidade, do universal e do totalizante.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGNEW, Jean-Christophe; ROSENZWEIG, Roy (Ed.). *A Companion to Post-1945 America*. John Wiley & Sons, 2008.

ANTONACCI, Leonardo. A singular constituição inglesa: estudos em homenagem aos 800 anos da Magna Carta. In: *Revista de Ciências do Estado*, v1, n.2, 2016, p. 151-186.

ANTONACCI, Leonardo; ALMEIDA, I.O. Estado de direito, difusão e diferenciação: a tentativa de uma teoria geral. *Alethes*, Juiz de Fora, n. 04, v. 01, pp. 181-202, jan./jun. 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Justiça Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 453-493.

BARENDT, Eric. *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BARROS, Alberto de. “Revolução Inglesa e constitucionalismo”. In: *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

———. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

———. O poder judiciário na doutrina da separação dos poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 195, pp. 269-290, jul./set. 2012.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: PC Editorial Ltda., 2011.

CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Lisboa:

Fundação CalousteGulbenkian, 2009.

CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law: theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2007.

———. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Vol. 1. Teoria do Estado e da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CASALINI, Brunella. Soberania Popular, governo da lei e governo dos juizes nos Estados Unidos da América. In: *Estado de Direito: história, teoria e crítica*, por Pietro Costa Danilo Zolo, tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 264-307.

CASTRO, José Augusto Dias de. A separação de poderes e o exercício da função política no Brasil. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Notas de aula – Curso de Teoria da Constituição. Universidade Federal de Minas Gerais. Abril de 2015.

———. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Rio de Janeiro: Agir, 1986.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica.” In: *Estado de Direito: história, teoria e crítica*, por Pietro Costa Danilo Zolo, tradução: Carlo Alberto Dastoli, 3-95. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Curitiba: Editora

UFPR, 2012.

DAHL, Robert Alan. *The democracy sourcebook*. Mit Press, 2003.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DICEY, Albert V. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 8. ed., Indianápolis: Liberty Fund, 1982.

GALINDO, Bruno. “A teoria da Constituição no common law”. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 164, p. 303-316, out./dez. 2004.

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/177>>

GOZZI, Gustavo. Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: *Estado de Direito: história, teoria e crítica*, por Pietro Costa Danilo Zolo, tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 308-338.

GROTE, Rainer. The German Rechtsstaat in a Comparative Perspective. In: *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, por Peter D. Barenboim, James E. Hickey Jr. e James R. Silkenat. New York: Springer, 2014.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalista papers*. The Floating Press, 2011.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

———. “Uma breve introdução à Filosofia de Estado de John Locke.” *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Julho-Dezembro de 2004: 239-260.

———. Notas de aula de Tópicos em Filosofia do Estado. Universidade Federal de Minas Gerais. Março de 2015.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. *Weimar a Jurisprudence of a Crisis*. 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAQUIÈZE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. In: *Estado de Direito: história, teoria e crítica*, por Pietro Costa Danilo Zolo, tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 338-378.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOUGHLING, Martin. *Foundations of the Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

———. *The British Constitution: a Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, Meritum – Belo Horizonte – v. 14 – n. 2 – p. 139-171 – Jul./Dez. 2019

2013.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. São Paulo: Bushatsky, 1980.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Jurisdição Constitucional do Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundamentais e garantidores da constitucionalidade*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

REDOR, Marie-Joëlle. *De l'état legal a l'état de droit: L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*. Paris: Economica, 1992.

ROSENFELD, Michael. "The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy". *Southern California Law Review*. Vol. 74. 2001.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poiético. *Revista do tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTORO, Emilio. "Rule of Law e "liberdade dos ingleses": a interpretação de Albert Venn Dicey". In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Fábio. "Comentários ao artigo 2º". In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários*

à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 264-273.

TORRES, João Camillo de Oliveira. *Cartilha do Parlamentarismo*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1962.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Lucha por El Estado de Derecho*. Bolonia: Real Colegio de España, 1975.

YARDLEU, D.C.M. *Introduction to British Constitutional Law*. Londres: Butterworths, 1974.

ZOLO, Danilo. “Teoria e crítica do Estado de Direito.” In: *Estado de Direito: história, teoria e crítica*, por Pietro Costa Danilo Zolo, tradução: Carlo Alberto Dastoli, 3-95. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Encaminhado em 28/01/19

Aprovado em 04/11/19