

A Tensão entre Constitucionalismo e Exceção: a Ordem Estatal sobreposta aos Direitos Fundamentais

The Tension between Constitutionalism and Exception: when the State Order Prevails over Fundamental Rights

Henrique Smidt Simon*

Centro Universitário UniEURO, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução

Nos últimos tempos o fortalecimento do poder de coerção do estado tem sido bastante evidente. Sob o argumento de garantir a ordem e a proteção contra ameaças internas e externas (manifestações e terrorismo), o aparelho coercitivo do estado aumenta a repressão e sua capacidade de agir sobre a população.

Tal crescimento do poder do uso da coerção institucionalizada tem como consequência imediata a diminuição do âmbito de proteção de indivíduos ou grupos contra o estado. Em outros termos, assiste-se a um movimento de restrição (às vezes suspensão) dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos¹.

Essencialmente dois mecanismos têm sido utilizados para essa primazia do uso do poder do estado: tipificação de condutas que antes não eram legalmente previstas ou seu tratamento não era considerado duro o sufi-

* Doutor em Direito, Estado e Constituição (FD/UnB). Professor do Programa de Mestrado em Ciência Política no UniEURO (DF). Professor do IDP (DF). Professor do UniCEUB (DF). Advogado. E-mail: henrique.simon@gmail.com.

1 A referência a “direitos fundamentais constitucionalmente garantidos” pretende abarcar tanto os direitos de defesa contra o estado quanto os de prestação, conteúdos legais ou materiais expressos na constituição (portanto, exigíveis). Sobre tais funções dos direitos fundamentais, ver ALEXY, 2009. Neste artigo defende-se que a prevalência do estado sobre a constituição leva à aceitação de que direitos constitucionais expressos, independente de tipo ou função, podem ser flexibilizados, suspensos ou ineficazes. E o estado cria mecanismos para impedir sua realização ou reivindicação de acordo com sua conveniência e oportunidade. A constituição, assim, torna-se incapaz de regular plenamente o estado.

ciente; estabelecimento de situações de urgência (similares ao estado de defesa brasileiro), alegando-se a necessidade de restabelecimento da ordem e da segurança públicas.

Como o estado é o detentor do poder soberano, em situações como as referidas ele se mobiliza para criar, alterar ou afastar o direito de acordo com suas próprias necessidades, alegando, por outro lado, incapacidade de cumprimento de suas obrigações legais e constitucionais. Assim, o estado não só não realiza o que deve (liberdades fundamentais; proteção contra os abusos do poder público; direitos sociais para melhor qualidade de vida), como usa a alegada incapacidade como motivo para aumentar seus próprios direitos de uso da violência. Nessa linha, a relação entre estado e indivíduos ou população não é de direitos e obrigações, mas é via de mão única, em que o direito é concessão do estado. Na medida dos seus interesses ou necessidades ele amplia ou restringe essas “benesses”.

Esse movimento de retomada da evidência da soberania do estado fica cada vez mais claro desde os atentados terroristas de setembro de 2001 nos Estados Unidos². E o terrorismo tem sido o grande mote para a limitação ou suspensão de direitos fundamentais³. Contudo, o uso do medo e da possibilidade de descontrole como fundamentos para essas suspensões da normalidade do estado de direito tem se expandido para o próprio campo das manifestações políticas e sociais em geral, principalmente quando em oposição ao poder do estado ou de quem se encontra no controle do governo⁴.

2 O ataque ao World Trade Center em setembro de 2001 tem sido usado como marco dessa virada para a prevalência da soberania do estado sob o argumento da proteção contra o inimigo (o terrorista). Tanto Zizek (2003) quanto Agamben (2004) seguem essa linha.

3 Os atentados de Nice, ocorridos em julho de 2016, mostram esse movimento. Declarado o estado de urgência na França (figura próxima ao nosso estado de defesa), uma semana depois o parlamento francês aprovou, por lei, seu prolongamento até janeiro de 2017 (http://www.lemonde.fr/politique/article/2016/07/20/la-prolongation-de-l-etat-d-urgence-debatue-au-senat_4972466_823448.html). Acesso: 14/10/2016).

4 As referências a seguir são apenas algumas amostras aleatórias do recurso disseminado ao estado de emergência. Os deputados da direita francesa chegaram a demandar a aplicação do estado de urgência às manifestações contra a lei de reforma trabalhista que, à época, ainda estava em discussão (<http://www.huffingtonpost.fr/2016/05/19/meme-avec-la-prolongation-de-letat-durgence-interdire-les-man/>). Acesso: 14/10/2016). Nos Estados Unidos, em razão do confronto de grupos ou comunidades negras contra a polícia por causa da violência policial, houve declaração de estado de emergência para controlar o público que reagiu contra o abuso do poder de coerção, como no caso de Charlotte (<http://www.aljazeera.com/news/2016/09/state-emergency-declared-charlotte-protests-160922051221516.html>). Acesso: 14/10/2016). Na Turquia, após sofrer tentativa de golpe fracassada (tentativa essa que tem gerado muitas dúvidas sobre suas circunstâncias), também foi declarado e prorrogado o estado de emergência (<http://>

Essa percepção de que a normalidade do direito e, portanto, das proteções contra a coerção institucionalizada só podem funcionar enquanto não colocar em risco ou questão o poder soberano transforma o estado em *legibus solutus*. A normalidade do direito só funciona na normalidade do estado, sendo que ele é quem decide quando a normalidade é quebrada. Aquilo que deveria ser relação de direitos e obrigações transforma-se em concessão de direitos, que podem ser suprimidos em situações que interessam ao poder. Neste estudo essa situação será denominada “visão processualizante do direito”, porque entende que só há direito quando há a possibilidade de reivindicá-lo ao próprio aparelho público de aplicação (o poder judiciário), possibilidade que só pode ser dada pelo próprio estado, deixando os sujeitos à mercê do poder e seus abusos, porque os direitos concedidos, mesmo que por via constitucional, podem ser suspensos, relativizados ou mesmo extintos quando conveniente.

O ponto de partida da presente análise é a retomada da relação entre direito, indivíduos submetidos ao poder e ao direito e o modelo teórico do que se compreendeu como estado de direito, na sua relação com o exercício do poder instituído. Pretende-se demonstrar como o liberalismo político permite pensar o direito como sistema que demanda completude, o que se alcança com a ideia de constituição (portanto, permite entender o papel estrutural da constituição). Isso é feito justamente para garantir proteção contra o poder.

Em seguida, faz-se a crítica da redução da estrutura jurídica liberal ao “processualismo”, a ser entendido como a redução do pensamento jurídico ao modelo de aplicação do direito processual. O objetivo, nesse ponto, é demonstrar como tal forma de compreender o direito inibiu as funções e potencialidades do positivismo e tem impedido pensar o direito de forma alternativa, de modo a impedir a ampliação do potencial de racionalidade, de mediação social e política da própria constituição. O objetivo é esclarecer que esse “processualismo” permite colocar o estado fora da constituição nos momentos em que pretende agir e os direitos tornam-se barreiras, o

www.lefigaro.fr/flash-actu/2016/10/11/97001-20161011FILWWW00312-turquie-l-etat-d-urgence-a-nouveau-prolonge.php. Acesso: 14/10/2016). No Peru, o recurso ao estado de emergência foi utilizado para o combate à violência do tráfico de drogas (<http://www.actulativo.com/2016/09/12/perou-l-etat-d-urgence-a-ete-decrete-pour-combattre-la-criminalite-dans-des-zones-du-vraem/>. Acesso: 14/10/2016). Um último exemplo, para abarcar todos os continentes, na Etiópia o governo também declarou estado de urgência para lidar com manifestações que o contestam (http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/09/ethiopie-le-gouvernement-declare-l-etat-d-urgence_5010680_3212.html).

que justifica a tese de Giorgio Agamben⁵ segundo a qual o estado de exceção é a regra no direito moderno.

Por fim, procura-se indicar como o atual modelo “processualizante” do direito tende a levar à possibilidade de suspensão constante da ordem constitucional, na medida em que permite o uso de conceitos que mascaram situações de anomia, transforma-as em normais e esperadas (portanto, pretensamente jurídicas) e legitima o autoritarismo, que desdenha toda e qualquer racionalidade constitucional.

Para ilustrar essa racionalidade, propõe-se rápida apresentação de como o Brasil não escapa ao modelo predominante apontado em caráter teórico, com alguns dos problemas nacionais podendo ser usados para mostrar a concretude do paradigma da exceção no uso do direito. São tratadas, em caráter exploratório, as situações das manifestações de junho de 2013, o tratamento coercitivo dado aos “rolezinhos” e a desconsideração da humanidade daqueles sujeitos ao controle da penitenciária de Pedrinhas. Os exemplos citados mostram as estratégias do estado para colocar os indivíduos em situação de exceção, impedindo não só o direito à resistência contra a opressão, previsto no artigo II da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas também a própria reivindicação de direitos que deveriam ser reconhecidos. Servem para aproximar e tornar palpável para o leitor a discussão teórica a ser feita sobre o porquê da naturalização do poder soberano do estado e a atual facilidade de criar, senão o estado de exceção, situações de exceção em que os direitos de oposição à coerção ou ao poder instituído perdem a eficácia e o sentido⁶. Não é preciso que o direito seja suspenso aberta e declaradamente, basta tratar casos que escapam ao controle do poder do estado como situações de exceção.

Para além disso, como a mera suspensão da eficácia do direito explícita com mais facilidade a arbitrariedade, volta a ser comum a produção legislativa no interesse do próprio estado, para dar ares de legalidade e legitimidade à suspensão discricionária do direito. Assim o estado dá a impressão de ter limites e se dá a autorização formal para agir fora dos li-

5 2004.

6 As três situações empíricas são tratadas apenas como exemplos de como a lógica do estado de exceção trabalha disfarçada de normalidade. Não é objeto ou objetivo deste artigo fazer uma análise sociológica de tais fenômenos, mas apenas mostrar como o tratamento jurídico dado às três situações, que são bastante distintas entre si, permite a visualização da lógica do estado de exceção funcionando, a deixar claro que os direitos da população em geral, principalmente os constitucionais, estão sendo reduzidos com naturalidade.

mites e garantias constitucionais. No caso brasileiro, a busca da legalidade para ampliar a capacidade do uso da violência pode ter como exemplo a Portaria 3.461/2013 do Ministério da Defesa (definidora do uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem em atividades de segurança pública), do uso da Lei de Segurança Nacional no caso de manifestações e a aprovação da Lei n. 13.260/2016, que tipifica o crime de terrorismo. Essas três normas exemplificam a estratégia do estado de tornar a suspensão de direitos constitucionais como algo normal, admitida pelo próprio direito, impedindo, no modelo “processualizante” aqui criticado, reivindicações contra o estado ou a resistência contra a opressão.

A discussão ora proposta intenta trazer elementos para mostrar a necessidade de pensar as bases epistemológicas do direito com maior acuidade e apontar as distorções que se tem feito desse ramo do conhecimento, utilizando-se seus institutos fora de seus contextos e de suas gramáticas significativas. Defende-se que é preciso retornar à noção de direito como elemento limitador e condicionador do estado, determinado pela racionalidade do constitucionalismo clássico.

2. O Direito como Espelho da Sociedade ou a Sociedade como Espelho do Direito? A Compreensão da Importância do Positivismo Jurídico e do seu Esvaziamento como Ideal Político

Ao relatar a formação do direito moderno, com seu paradigma positivista-legalista, Boaventura de Sousa Santos⁷ procura mostrar quais eram as potencialidades da nova forma de ver o direito (estrutura formal fechada) como garantia da ordem e sua relação com a sociedade que surgia (cujo modelo era o da burguesia comercial-industrial). A análise de Boaventura intenta esclarecer como os anseios do direito moderno garantiam certa expectativa de liberdade e igualdade e como, em determinado momento, transforma-se em estrutura cristalizadora da sociedade. Para o teórico português, se o direito, em primeiro momento, tornou-se espelho da sociedade moderna que almejava liberdade e igualdade de tratamento, em seguida virou estátua, com a pretensão de ser o modelo a ser seguido, havendo inversão de papéis.

7 SANTOS, 2000.

Sousa Santos caracteriza a sociedade moderna como relação que busca o equilíbrio entre emancipação e regulação. Segundo ele, o primeiro momento do estado de Direito foi de emancipação, mas, com a mudança da sociedade industrial, transformou-se em estrutura prioritariamente de regulação, a impedir alternativas de sociabilidade que não seguissem o modelo da sociedade industrial. Essa transformação, suas consequências para o direito e a perda da função política inicial do positivismo jurídico do século XIX merecem breves considerações.

2.1 A Função Política do Positivismo do Século XIX

A ideia de que o direito deve ser espelho da sociedade deriva da concepção de que um modelo jurídico-político responde aos meios de reprodução social de certa época e contexto. E que a transformação das condições sociais deveria levar à mudança do modelo jurídico político. Assim é que Foucault vê nas modificações das instituições jurídicas um instrumento empírico para verificar as transformações sociais, políticas e no próprio modo do saber⁸.

Para iniciar a análise, é importante ter em mente que no direito medieval duas características eram muito importantes. A primeira delas referia-se à ausência de hierarquia de fontes do direito e, portanto, qualquer delas dava origem ao conteúdo jurídico esperado: costume, religião, razão natural, edito do rei, compromisso feudal, precedentes etc.⁹ A segunda referia-se ao fato de que o direito era pouco institucionalizado, sendo incapaz de conter as relações fáticas de poder e força que se desenvolviam na sociedade feudal. O direito era conquistado, muitas vezes, pela força e pela influência que se tinha sobre outros detentores de poder (rei e senhores feudais)¹⁰.

A ausência de fonte unificada (ou de hierarquia de fontes) do direito e a falta de autoridade central com poder de legislar não permitem a separação entre direito, costume, religião, moral e política. Isso, que seria uma confusão de conteúdos para o pensamento jurídico moderno, ocorre porque

8 FOUCAULT, 2002.

9 Veja-se Bobbio, 1995.

10 FOUCAULT, 2002. A análise de Foucault refere-se à Alta Idade Média. É interessante notar como determinados tipos de ações que surgem no *common law* do século XII têm exatamente a função de permitir ao rei que contenha esse abuso por parte dos senhores feudais (veja-se CAENAGEN, 1988).

não há a presença de núcleos institucionalizados de produção e, principalmente, criação do direito. As normas produzidas por práticas sociais, religiosas, ou de poder ganham caráter de exigibilidade e são igualmente reconhecidas como vinculadoras de condutas.

Na transição da Idade Média para a Modernidade isso significa instabilidade e incerteza sobre quem detém legitimidade para produzir normas, quais são as normas válidas e o que se pode exigir. Apesar dos regimes absolutistas terem concentrado o poder político nas mãos dos reis, eles são mais fatores políticos de equilíbrio entre os grupos sociais concorrentes do que propriamente legisladores¹¹.

Se o problema da unidade do poder se resolve com o absolutismo, o da unidade do ordenamento jurídico só é possível no século XIX, com o fenômeno da codificação¹². A partir da ideia iluminista de que a lei, como expressão da razão, pode regular todas as possibilidades de condutas, eliminam-se as incertezas sobre o direito, porque a partir de então a regra é prévia e do conhecimento de todos, fruto da razão de um órgão exclusivo: o poder legislativo, único legitimado para a criação da norma regente das condutas de todos os indivíduos de igual modo¹³.

A lógica que está por trás dessa mudança (e torna-se a lógica do positivismo liberal do século XIX) é a seguinte: a lei, sendo a única fonte do direito, confere segurança e igualdade, pois todos sabem o que podem fazer e estão sujeitos às mesmas regras. Essas regras devem ser seguidas porque provenientes do órgão legitimado pelos destinatários da norma, o parlamento, reproduzindo a vontade conjunta dos súditos. Nessa linha, o que vincula é a lei, em sentido estrito, ou seja, a que passa validamente pelo processo legislativo referendada por quem detém o poder de representar o povo.

11 Ver ELIAS, 1993. Isso porque, apesar de o rei ter reconhecido o poder soberano, no modelo de Bodin (ao afirmar que a soberania estava no poder de dizer o direito sem a anuência de mais ninguém – Bodin, 1999), ele não está acima das leis fundamentais do reino, reguladoras de sua legitimidade política – como doutrina assistemática e sem conteúdo formal identificado, as leis fundamentais do reino se apresentam com duas grandes tendências: a doutrina oficial da monarquia e as tradições feudais (MORABITO, 2008).

12 BOBBIO, 1995.

13 Na primeira metade do século XVIII os franceses já discutiam o problema do excesso de litigiosidade como algo derivado do excesso de leis e costumes contraditórios. Via-se como solução a simplificação do direito por meio da redução drástica de normas, o que deveria ser feito com base em leis gerais simples, coerentes, claras e que refletissem a razão natural (ver ROSANVALLON, 2007).

A mudança do foco do poder do rei para o Poder Legislativo é um critério claro de controle do poder político. Até o fim do Antigo Regime não havia separação institucionalizada e independência em termos de competência entre as funções executiva, legislativa e judiciária. O Executivo era a monarquia, que controlava o Judiciário, e o que veio a ser o Legislativo era a reunião de grupos que representavam os estamentos sociais. O rei tinha a última palavra, o poder de decisão, mas, naquilo que concernia ao interesse de todos, devia levar à consideração de todos, ainda dentro da lógica medieval. Essa a função do Parlamento inglês e dos Estados Gerais na França¹⁴.

Portanto, o surgimento do direito positivo moderno, que tem na lei sua fonte privilegiada, é resultado de dois fenômenos que estão interligados: a mudança do foco de legitimidade da coroa para os representantes do povo e a necessidade de controlar os focos sociais de poder, principalmente o próprio rei. Nesse sentido, a forma de pensamento que inaugura o direito moderno é a do liberalismo político. A lei controla as ações proibidas e, por oposição, permite tudo o que não é expressamente defeso. Se todos estão sujeitos às mesmas leis e podem fazer tudo o que não lhes é expressamente proibido, todos são livres e iguais. Qualquer desvio nessa forma de encarar o papel do direito leva ao arbítrio, à quebra da igualdade e, por consequência, da liberdade¹⁵.

Assim, o executivo, como poder que detém o monopólio da força e a obrigação de fazer valer o direito, só pode fazer o que é expressamente determinado pelo ordenamento, sob pena de violar a liberdade dos cidadãos. O judiciário deve apenas dizer se a lei foi ou não violada no caso concreto, sem interpretar e sem considerar outras fontes normativas¹⁶.

14 FIORAVANTI, 2001.

15 No período revolucionário francês, por exemplo, a primeira concepção que aparece a respeito do estado de direito (*rule of law* – a supremacia da lei) é exatamente a liberal, que vê na lei a garantia da liberdade e no governo pela lei a exata oposição ao governo despótico, baseado na vontade particular do soberano. A lei geral e abstrata deveria ser a expressão da razão, portanto, derivada do direito natural (ROSANVALLON, 2007).

16 MONTESQUIEU, 2002, na sua análise sobre a separação dos poderes, já havia declarado que o juiz não deveria ser mais que a boca da lei. BECCARIA, 1997, ao falar sobre os abusos no uso do que viria a ser o direito penal, seguiu a fórmula de Montesquieu e propôs que a decisão judicial não fosse mais que um silogismo, em que a lei seria a premissa maior, o fato a menor e a decisão mera conclusão. O modelo do silogismo ilustra bem como o positivismo jurídico vê o direito como limitação ao exercício do poder, pois o que caracteriza um silogismo é o fato de o juízo não acrescentar qualquer informação às premissas, o que quer dizer que a conclusão é apenas o tornar explícito o que nelas já estava presente.

E o legislativo, como representante do povo, só regula e proíbe o que é em benefício dele, sendo controlado em eleições periódicas¹⁷. A separação dos poderes é, portanto, garantia contra o abuso de poder, a impedir que quem exerça alguma função estatal possa estar acima do ordenamento para violar a igualdade e a liberdade¹⁸.

O fechamento do sistema se dá com a constituição, local em que está presente a declaração de direitos como liberdade e igualdade, bem como a contenção formal do poder legislativo, que deve estar submetido ao documento que realiza o fechamento do sistema jurídico¹⁹. A lei vincula porque é a expressão da vontade do povo confeccionada de acordo com a forma estabelecida pelo próprio povo (o poder constituinte originário).

2.2. De Espelho a Estátua – O Direito como Expressão da Vontade Estatal

Foi nessa estrutura de contenção do poder institucionalizado e na afirmação da liberdade e da igualdade individuais que Boaventura de Sousa Santos²⁰ viu o potencial emancipatório do direito moderno, ao refletir os anseios da nova sociedade que emergia. No entanto, o que teria causado sua transformação de espelho para estátua, a perda do seu potencial de liberação das subjetividades fora de suas amarras sociais e políticas para passar a exercer o controle social autoritário? Como o direito positivo passa a ser força de regulação em lugar de emancipação?

Um dos problemas, dentre aqueles que podem ser considerados centrais, é a transformação do estado moderno em nação. Tal transformação está presente já na Revolução Francesa, em que o conceito de povo, entendido como todos aqueles que não são nem nobres nem pertencem ao clero (portanto, conjunto de sujeitos concretos composto pela imensa maioria dos franceses), se confunde com a nação, conceito abstrato que remete a certa entidade abstrata cuja referência seria a totalidade idealizada dos

17 A relação entre o positivismo jurídico dos sécs. XVIII-XIX e a necessidade de controle do exercício do poder a partir do pensamento liberal poder ser encontrada em BOBBIO, 1997, e SIMON, 2006.

18 MONTESQUIEU, 2002.

19 Importante lembrar o artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que afirma que toda sociedade que não tem a garantia dos direitos naturais (liberdade, segurança, propriedade e a resistência à opressão, enunciados no artigo II) e não possui a separação dos poderes não tem sequer uma constituição. Fica evidente que a contenção do poder é pensada como a função primordial do direito constitucional. Controla-se o poder para garantir liberdade.

20 SANTOS, 2000.

franceses. Essa mudança de significação vê-se claramente naquele que é tido como inventor do conceito de “poder constituinte originário”. De fato, Sieyès²¹, ao justificar o poder constituinte originário da Assembleia Constituinte formada a partir dos representantes do estamento que compunha o terceiro estado francês, afirma que o povo não deve legislar diretamente, mas sim seus representantes, que exercem sua vontade, e o farão em nome da nação²².

Philip Bobbitt²³ vê exatamente no exemplo francês a transformação radical do estado moderno, que ele chama de nação-estado. Segundo esse autor, a nação-estado é diferente do estado-nação no sentido em que a primeira forma política diz respeito à capacidade de mobilização da nação (vista como unidade política) em favor do estado, que a incorpora, enquanto o segundo tem o estado como instrumento para beneficiar a nação que governa, o que só ocorre no momento político seguinte. Assim, a nação-estado tem no aparelho burocrático a realização do conceito abstrato de nação.

Nesse sentido, não é de forma alguma paradoxal que o estado (agora nação) que fez a revolução mais marcante da Modernidade (e a fez em nome da liberdade e da igualdade), só tenha conseguido a estabilidade político-social com Napoleão, um imperador. É Napoleão que consegue afastar o perigo externo, organizar a França e expandi-la para que o povo mantenha internamente os ideais de igualdade e liberdade²⁴.

É também com o imperador que se realiza a sistematização do direito, ao unificar o direito civil francês por meio do primeiro código (no sentido moderno) da história a virar referência mundial: o Código Civil, também conhecido como Código Napoleônico²⁵. A esperança iluminista de racionalidade do direito se realiza por meio de uma lei que tem a pretensão de completude na regulação do âmbito social a que se destina, aplicada igualmente

21 SIEYÈS, 2001.

22 Aliás, o próprio conceito de povo já havia se transformado em signo referente a uma entidade abstrata, o que foi feito pelo princípio da representação, cujo início ocorreu na Inglaterra medieval. Os representantes do povo (a Câmara dos Comuns) assumem o poder de falar em nome de todos e, em seguida, de legislar. No entanto, não se permitem ser controlados, pois eles já encarnam a expressão da vontade do povo inglês, de forma que os sujeitos concretos que compunham o povo não teriam como controlar diretamente o exercício do poder político (ver MORGAN, 2006).

23 BOBBITT, 2003.

24 BOBBITT, 2003.

25 BOBBIO, 1995.

em todo território nacional e a todos que se encontram sob o jugo do estado. Se antes a soberania era vinculada à pessoa do rei, agora ela é a forma de expressão da vontade do estado, um ente tão abstrato quanto a nação.

Ainda que não seja o caso de desenvolver essa questão aqui, é bom fazer alguns comentários ilustrativos da discussão sobre a formação da ideia de nação e sua relação com o estado após a Revolução Francesa. Como dito, a noção de povo estava vinculada ao ser parte do terceiro estamento, na estrutura social francesa. Eles não eram considerados “nação”.

Segundo Hobsbawm²⁶, o termo “nação” não designava, até o século XIX, um povo com identidade e estado próprios, mas sim uma ideia vaga de origem de grupo ou região. No contexto francês, a “nação” no *Ancien Régime* é conceito vago que não deixa clara a separação entre o corpo social e a pessoa e as atribuições do rei. Já no momento da Revolução, a “nação” se torna a fonte da legitimidade do poder. No processo constituinte e revolucionário de 1789, os representantes do povo (terceiro estado dos Estados Gerais – os outros dois são o clero, primeiro estado, e a nobreza, segundo estado) dizem falar em nome de 96% da nação, autodesignando-se, portanto, de “Assembleia Nacional”, legitimada a decidir sobre a vida política de todos os franceses²⁷.

“Nação”, assim, passa a incorporar a totalidade dos franceses. O estado, na versão de estado-nação, é a expressão da força da nação e de sua boa ordem – na linha do discutido por Bobbitt²⁸. Não pode trazer, contudo, pelo menos no caso francês, a noção de identidade e pertencimento uma origem imemorial, pois o que a Revolução pretende é justamente romper com o modelo social anterior, seus costumes, tradições e instituições²⁹.

Tal concepção de nação aparece com toda sua força na conferência dada por Ernest Renan³⁰ em 11 de março de 1882 na Sorbonne. Em um momento histórico em que as ciências sociais já estão influenciadas pelo cientificismo de caráter biológico, por condicionantes geofísicas ou históricas ou critérios culturais necessários para identificar as diferenças e as características próprias de cada povo, Renan recusa que descendência

26 HOBBSAWM, 1990.

27 ROTELLI, 1998.

28 BOBBITT, 2003.

29 ROTELLI, 1998.

30 RENAN, 2007.

histórica de certos povos, raça, geografia, língua ou religião sejam critérios de definição de uma nação. Se condicionantes externas aos indivíduos ou povos não são critérios de definição de uma nação, também não o é o acordo de interesses mútuos para obter benefícios imediatos.

O autor francês define a nação como liame espiritual voluntário, o compartilhamento de um passado de conquistas e sofrimentos conjunto e a vontade de permanecer parte da construção dessa história no futuro. Deve fazer parte da nação todo aquele que quer fazer parte desse empreendimento de conquistas conjunto, estando disposto a participar dos sacrifícios para o benefício do todo e manutenção da vida em comum. Daí a célebre frase de Renan: “a existência de uma nação é (perdoem-me esta metáfora) um plebiscito todos os dias, como a existência do indivíduo é uma afirmação perpétua de vida”³¹.

É esse compartilhamento de glórias, sofrimentos e desejo de permanecer nessa comunidade específica que forma um povo, segundo Renan³². Aqui, portanto, nação e povo se identificam. A população, segundo esse historiador francês, deve ser consultada para dizer a qual conjunto moral-espiritual quer pertencer. Ora, tal mobilização e ordenação da nação para feitos comuns só podem ser feitas pelo estado³³.

Com o povo transformado em nação e esta mobilizada para realizar a vontade do estado, a função da constituição, como documento jurídico, não é mais regular e controlar o poder, mas viabilizar o seu exercício³⁴. A constituição liberal do século XIX é documento que expressa a soberania do estado, a forma como ele se organiza, os ideais da nação, não mais documento que o subjuga, limita³⁵. O executivo busca a grandeza nacional,

31 RENAN, 2007, p. 34 – “L’existence d’une nation est (pardonnez-moi cette métaphore) un plebiscite de tous les jours, comme l’existence de l’individu est une affirmation perpétuelle de vie” – tradução livre.

32 RENAN, 2007.

33 BOBBITT, 2003.

34 A mudança de perspectiva da constituição como limitação do poder institucional para documento de organização do estado voltado à realização do ideal de poder constituinte originário do povo pode ser vista em SIMON, 2015.

35 É interessante notar que, antes de Napoleão, no ano anterior à primeira constituição francesa (de 1791), um comitê de juristas nomeados para rever a legislação afirmou, em um edito, que “as leis civis devem ser revistas e reformadas pelos legisladores e um código geral com leis claras e simples, compatíveis com a Constituição, deve ser estabelecido” (“the civil laws shall be revised and reformed by the legislators, and a general code of clear, simple laws compatible with the Constitution shall be established” – ver ROSANVALLON, 2007, p. 280, nota 30 – tradução livre, grifou-se). Há, aqui, indicativo de subordinação da lei à constituição no momento anterior à afirmação da nação-estado francesa por Napoleão.

enquanto o legislativo regula as relações sociais individuais (o judiciário permanece como mera boca da lei).

Seguindo-se a tese de Ernest Gellner³⁶, o nacionalismo surge no século XIX como corrida pelo desenvolvimento para que os estados territoriais consigam competir com a Inglaterra da Primeira Revolução Industrial. A Inglaterra tornara-se a principal potência econômica e militar e os modelos políticos e econômicos dos demais países não eram capazes de acompanhar as transformações e aquisições do concorrente anglo-saxão. Os movimentos nacionalistas são reações sociais de grupos que pretendem fazer do estado o meio para esse desenvolvimento. Nessa linha, o nacionalismo liberal identificado por Eric Hobsbawm³⁷ é aquele em que o estado busca expandir território, exército e recursos para tornar-se uma grande potência (a descrição de Hobsbawm possui bastantes semelhanças àquela feita por Bobbitt de “nação-estado”). Dessarte, esse primeiro momento do nacionalismo é o que transforma o estado na instituição que incorpora a nação, de modo que a grandeza do primeiro é equivalente à grandeza da segunda. O estado é o ente que deve necessariamente se realizar na história, aquilo a que se volta o direito público, como se vê em Hegel³⁸.

O potencial emancipatório do direito, de garantir o indivíduo contra o abuso do poder, torna-se instrumento de regulação da ordem conforme o definido por aqueles que atingem os órgãos de decisão do estado. O que era reflexo do desejo de liberação da sociedade transformou-se modelo rígido a determinar como deve ser a sociedade. Retornando-se à expressão de Boaventura de Sousa Santos³⁹, de espelho o direito passou a ser estátua.

2.3 O Esvaziamento do Conteúdo Moral do Direito Positivo e a “Processualização” do Direito

A discussão até aqui desenvolvida permite ver, ainda que apenas em suas características gerais, uma das explicações sobre a transformação do direito, como técnica de controle do estado, com o dever delimitá-lo, em instrumento de realização da soberania do estado, que fica em condições de se

36 GELLNER, 1981.

37 HOBSBAWM, 1990.

38 HEGEL, 1997.

39 SANTOS, 2000.

colocar fora da ordem jurídica quando ela vira impeditivo para a realização dos imperativos de ordem.

O estado, como entidade superior que realiza e conforma a vida civil, ganha autonomia e passa a ser o responsável por condicionar o comportamento dos seus súditos e a decidir os rumos da nação. A sociedade internacional não é mais sociedade de soberanos, mas de estados soberanos que disputam sua posição na história e no desenvolvimento econômico.

Rosanvallon⁴⁰ demonstra bem como o pensamento jurídico iluminista da transição do século XVIII para o século XIX permite essa inversão. Ao mesmo tempo em que o direito é visto como restrição ao poder, ele é percebido, outrossim, como elemento pedagógico de orientação e determinação das condutas dos membros na nação. “Legislador” torna-se, também, signo abstrato, ente racional que, por meio da razão natural, pode simplificar o direito e regular, coerentemente, todas as condutas sociais e prol da nação. Com a prevalência da nação-estado, a visão do direito como elemento de regulação da sociedade prevalece sobre sua compreensão como instrumento de controle do poder, na medida em que a ordem jurídica permite apenas a reprodução da vida burguesa como modelo, impedindo outras formas de manifestação de sociabilidade que não respondiam a tal padrão e homogeneizando os indivíduos e grupos por meio do critério do igual tratamento diante da lei (igualdade formal)⁴¹. Naturalmente, as constituições liberais do século XIX são vistas como instrumentos para a atuação e organização do estado, não como instrumentos de proteção contra ele.

Nesse contexto, Foucault⁴² mostra como, para os pensadores do século XVIII, o direito penal se transforma, na medida em que o crime deixa de ser visto em sua conexão com a moral ou a religião (pecado) e passa a ser visto como infração que prejudica toda a sociedade. O pensamento sobre o direito penal ganha, assim, caráter utilitário, no sentido de maximizar o bem de todos. Nessa linha, o criminoso torna-se inimigo da sociedade, um inimigo interno.

Entretanto, a visão utilitarista do direito penal dura pouco e sua institucionalização no século XIX leva à visão de direito que pretende modificar,

40 ROSANVALLON, 2007.

41 Vale a pena repetir a imagem de Boaventura de Sousa Santos (2000) da transformação do direito como instrumento libertador contra as amarras da sociedade pré-moderna em estátua-modelo da sociedade burguesa, o que é visível no Código Civil Napoleônico.

42 FOUCAULT, 2002.

normalizar o indivíduo, para que ele esteja adequado às expectativas de comportamento sociais. O conceito é o de periculosidade e, se o direito penal pune, agora o faz por meio da prisão, que é apenas uma das instituições sociais que se forma para controlar e disciplinar o indivíduo. A relação entre poder, saber e direito se volta para a prevenção do comportamento desviado e sua correção. Além da prisão, tem-se o surgimento da polícia, das instituições psiquiátricas, do exército, da escola e da pedagogia, entre outras, todas com função de disciplina. A sociedade e os indivíduos devem ser vigiados e disciplinados, no modelo mesmo da nova organização militar. O estado é o garante da ordem e usa o direito como instrumento de correção e vigilância da sociedade, juntamente com as outras instituições citadas⁴³.

A consequência dessa visão do estado é o esvaziamento do conteúdo do direito. Pois, se nos movimentos liberais a lei e a constituição eram concebidas idealmente como elementos normativos de proteção contra o poder para a garantia da igualdade e da liberdade, sob a égide da nação-estado tornaram-se mera técnica de controle a ser utilizada pelo estado para a garantia da ordem social.

Se, como visto acima, a perda do potencial emancipador e a prevalência do caráter regulador da legalidade ficam explícitas nos modelos da codificação civil e penal, fenômeno similar acontece com a ideia de constituição. Isso pode ser explicado pela perda do seu caráter de limitação do poder soberano.

O constitucionalismo, como movimento de proteção do indivíduo e limitação do poder soberano, é um processo de institucionalização das reivindicações contra o absolutismo, característica comum do liberalismo e do iluminismo. Assim é que se vê a documentação, na Inglaterra, da submissão da Coroa ao Parlamento no *Bill of Rights*, que elenca direitos que são vistos como parte da história institucional Inglesa⁴⁴.

43 FOUCAULT, 2002 e 1999. É importante notar que, por mais que, de acordo com Foucault, o direito não seja o único instrumento de normalização, disciplina e docilização dos corpos, já que o poder público é apenas um dos poderes a realizarem na vida coletiva a disciplina social (o conhecimento técnico-científico é um dos principais instrumentos dessa atividade), o estado é um dos meios de conformação dessa estrutura disciplinar, tendo o direito papel fundamental na modulação pública de tal racionalidade. As formas de vigilância e disciplina são inseridas e reguladas por meio do direito.

44 O texto do *Bill of Rights* pode ser acessado em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>. Para uma exposição sobre o desenvolvimento da formação constitucional inglesa, veja-se BIANCHI, 2009.

Se na Inglaterra a contenção do poder real é vista como inerente ao desenvolvimento constitucional do país, nos Estados Unidos, que querem se desvincular do seu passado colonial, a ideia de direitos naturais (direitos intrínsecos a todos os indivíduos – derivados da liberdade, igualdade e propriedade)⁴⁵ é o que prevalece, sendo assumida como o que é desejado pelo povo. Assim, a Declaração de Independência dá os motivos pelos quais as colônias querem se separar da metrópole e alegam seu direito de estabelecerem seus próprios governos para realizarem os direitos inalienáveis de todos os homens. E, se no momento da união das colônias a constituição não traz em seu texto uma carta de direitos, já em 1791 são aprovadas as dez primeiras emendas à constituição, chamadas de *Bill of Rights* americano⁴⁶.

Já na França aparece, com a Revolução, a pretensão de universalizar os ideais liberais e iluministas. Assim é que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴⁷, em 1789, afirma no artigo segundo que a função de toda união civil é a garantia dos direitos inerentes ao homem e, no artigo XVI, afirma que um estado só possui constituição se este documento garantir os direitos naturais e a separação dos poderes.

Apesar de ser evidente que a constituição fora pensada como documento jurídico a realizar a contenção do poder prevista pelo liberalismo e iluminismo, nem sempre os textos jurídicos que se pretendem intitular como tais refletem esses princípios e às vezes procuram até negá-los⁴⁸. Na própria França, enquanto as constituições de 1791, 1793 e 1795 assumem os princípios do constitucionalismo (direitos naturais e governo limitado), a constituição de 1799 coloca todo o poder na pessoa do Primeiro-Cônsul, servindo de modelo para os regimes europeus que se dão constituições, mas mantêm regimes autoritários⁴⁹.

45 Horst Dippel (2007) sustenta que a afirmação de direitos naturais inerentes a todos os homens é uma das características intrínsecas do constitucionalismo moderno.

46 Sobre o *Bill of Rights* americano, AMAR, 1998. Esse autor também defende que, na sua criação, o *Bill of Rights* apresentava preocupação estrutural de contenção do poder do Congresso americano em favor dos estados e suas populações e só depois da Guerra Civil é que se passa a ver o documento como proteção de direitos individuais contra maiorias arbitrárias.

47 O texto do documento pode ser encontrado em <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Na Declaração os direitos afirmados são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

48 Ver DIPPEL, 2007.

49 DIPPEL, 2007, p. 18. “Nenhum dos traços essenciais do constitucionalismo moderno foi nela adotado

Está-se, aqui, diante do momento de formação da nação-estado⁵⁰, em que essa forma política coloca o poder público acima da ordem jurídica, jogando os valores liberais para a legalidade da codificação e usando a constituição com documento de organização do estado e afirmação do seu poder. Se o estado é o meio por onde se afirma a grandeza e a força da nação, é ele quem deve prevalecer para as grandes realizações que trarão glória aos cidadãos.

Com a Restauração o fenômeno fica ainda mais evidente na França e se espalha por toda a Europa. As constituições não trazem a declaração dos direitos naturais nem a separação dos poderes. Ou, quando preveem a separação das funções estatais, não se preocupam com os direitos ou princípios universais do jusnaturalismo. Mesmo após as revoluções de 1848, a grande maioria das constituições não aderem a todas as características do constitucionalismo dos séculos XVII e XVIII. A principal adesão faz-se a respeito da estrutura institucional, mas em geral não afirmam os princípios universais do iluminismo nem a soberania do povo. E, das pouquíssimas exceções que o fazem, simbolicamente não inserem a cláusula do governo limitado⁵¹.

A ideia de constituição perde a sua potencialidade como carta de direitos e se transforma na autorregulação do estado para a racionalidade das suas instituições de controle. De instrumento de realização dos ideais liberais e iluministas, os textos constitucionais se reduzem à função de leis orgânicas de funcionamento do poder público. A ideia liberal de contenção do poder por meio de afirmação de direitos individuais (as declarações de direitos), base do início do constitucionalismo fica confinada à visão do estado como criador do direito para regular igualmente a ordem da vida civil. Prevalece a ideia de uma sociedade com conflitos reprimidos sobre a

e, ao ter concentrado todo o poder nas mãos do Primeiro-Cônsul, transformou-se num modelo para outros regimes autoritários e num exemplo de como se pode ocultar a concentração do poder político nas mãos de um ditador por detrás de uma fachada constitucional”.

50 Veja-se a discussão no tópico 1.2.

51 Essa discussão é desenvolvida e aprofundada em DIPPEL, 2007. Sobre a América Latina, afirma o autor alemão (DIPPEL, 2007, p. 33): “Na América Latina, contudo, uma estrutura formal de governo, baseada no exemplo fixado pelos Estados Unidos, foi preenchida com conteúdos relacionados com o passado colonial espanhol, português e francês, com as disfunções sociais originadas pela presença de uma elite governante em confronto com populações nativas privadas de seus direitos e ainda com algumas recentes influências europeias. Este conjunto particular de circunstâncias esteve e continua estar na origem de um entendimento diferente da Constituição, o qual resultou numa enorme distância entre a constituição formal e a constituição material, distância essa que só nos últimos anos parece ter diminuído.”

de uma sociedade que luta por se livrar da subjugação do poder. A constituição, pensada para proteger, agora apenas organiza o poder coercitivo centralizado. Igualdade é apenas submissão comum à lei e liberdade é fazer o que não é proibido pelo estado.

O que deveria ter sido o governo do direito (*rule of law*), torna-se o governo pelo direito conforme determinado pelo estado (*état légal*)⁵². A diferença mais evidente dessas duas formas de se encarar o direito fica marcada exatamente no direito constitucional. Enquanto na ideia de *rule of law* a constituição tem a função clara de limitar o poder, no *état légal* a constituição é fruto da vontade do estado, serve para o permitir alcançar o que entende ser os desígnios da nação⁵³. Portanto, se na ideia de *rule of law* a constituição é anterior ao estado e de fato o constitui, no *état légal* a constituição é a autolimitação do estado, que lhe é anterior e tem como função primeira ordenar e liderar a nação. Nesse segundo sentido de constituição, no conflito entre ela e o poder prevalece o último, como protetor da integridade e do bem nacionais.

Agora o direito não é mais conteúdo que define o que o estado pode ou não fazer (como idealizado nos primórdios do constitucionalismo moderno), mas é apenas receptáculo vazio, simples técnica de expressão da vontade do estado. Aqui está a virada que poderia ser chamada de processualização do direito. Ele passa a ser mero regulador do como fazer para realizar determinada vontade. O estado se dá o direito para que possa realizar algo, e determina como o particular pode alcançar o direito que o próprio estado lhe confere. O indivíduo só é sujeito de direito porque o estado (que para os liberais deveria apenas garantir e viabilizar direitos naturais que lhes eram anteriores) por deferência lhe concede direitos, que só podem ser realizados pelos procedimentos próprios que são também por ele estabelecidos. O direito processual, que deveria ter sido instrumento de proteção do indivíduo contra os abusos do judiciário, transforma-se em instrumento de controle dos particulares, que só podem reivindicar

52 Sobre a diferença entre *rule of law* e *état légal* (também chamado de “estado positivista”), veja-se ROSENFELD, 2001. Resumidamente, Rosenfeld entende por estado positivista (o qual ele dá preferência à vinculação da tradição alemã do *Rechtsstaat*, do qual o *état légal* seria o homólogo francês) o arranjo político em que direito é produto do estado, sendo um “governo do estado pelo direito”. Já o *rule of law*, pressupõe a separação entre direito e estado, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, em que o primeiro tem função clara de limitar o segundo.

53 BOBBITT, 2003.

aquilo para o que o direito diz que existe uma ação, cuja razão material será determinada por um órgão do estado. Não é à toa que se recupera o adágio romano que diz “para cada direito, uma ação”. Se não há uma ação para reivindicar algo diante do estado, o direito não existe, porque não foi concedido pelo ente soberano.

3. A Negação de Direitos aos Sujeitos: Três Exemplos de Reivindicação que o Estado Impede Sejam “Processualizadas” e o Uso da Legalidade para Negar Direitos

A análise do tópico 1 buscou mostrar como as possibilidades emancipatórias do direito positivo moderno, bem como a ideia mesma de constituição, logo se transformaram em técnica de regulação de condutas. Aquilo que deveria permitir a manifestação de distintas subjetividades tornou-se, com o surgimento da nação e a supervalorização do papel do estado, meio de normalização e homogeneização social. A consequência foi a exclusão de formas distintas de sociabilidade.

A conversão do povo em nação e a identificação desta com o estado possibilitaram outra redução: a da política ao estado. Quem faz a política não é mais a sociedade. A decisão pertence somente ao estado e o direito é o instrumento de manifestação dessa decisão. O que não está expresso pelo direito não pode ser reivindicado, apenas proposto ao estado para que ele analise a oportunidade de sua concessão⁵⁴.

Tal redução da política e do direito à vontade do estado permite que este controle a aplicabilidade do direito, de acordo com suas conveniências. O direito não é voltado para a proteção do sujeito, mas para a atuação do estado conforme suas necessidades. Esse fenômeno viabiliza que o estado decida as situações de exceção para aplicação do direito, conforme a análise de Giorgio Agamben⁵⁵. A tese de Agamben é a de que o estado de exceção se tornou o paradigma da aplicação do direito, o que é paradoxal,

54 Dirá, por exemplo, Miguel Reale (2002, p. 259) sobre o direito subjetivo: “*Direito subjetivo*, no sentido próprio e específico deste termo, só existe quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão (...), a qual pressupõe que sejam correspectivos aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o comportamento exigido de outrem haja certa proporcionalidade compatível com a regra de direito aplicável à espécie.”

55 AGAMBEN, 2004.

pois é o próprio direito a permitir a recusa momentânea de sua aplicação, suspendendo-se para garantir a atuação do estado.

A lógica do estado de exceção é a de que o direito permite que o estado o suspenda para poder agir livremente, garantindo o retorno da ordem, da *normalidade*. Assim, o que não está nos padrões determinados pela ordem do estado, conforme estabelecido pelo direito, deve sofrer a intervenção estatal. Os direitos subjetivos, públicos ou privados, só podem ser exercidos em conformidade com a expectativa de normalidade estatal, não contra essa expectativa (o que é a inversão da concepção inicial do constitucionalismo moderno). Fora desse padrão, o estado precisa agir para restabelecer a ordem e os sujeitos que a violaram não estão mais ao abrigo da lei. Como dito antes, o estado é anterior e está acima do direito (o inverso do contratualismo liberal, que deu margem aos primeiros direitos constitucionais fundamentais) e o “estado de direito” torna-se conceito que diz respeito ao estado que se autorregula de acordo com suas necessidades e não o estado limitado e submetido ao direito.

Essa condição do direito contemporâneo (que, frise-se, é contingencial, não necessária) é bem analisada por Jacques Derrida⁵⁶ quando trata da relação entre direito e justiça. Derrida mostra como concepções materiais de justiça transformam-se em direito, impedindo a manifestação de outras subjetividades. A proposta de Derrida é que a justiça deve ser considerada como vazio, porque, sempre que preenchida, gera exclusão. É necessário, dessarte, separar o direito, como garantia da ordem, da justiça, abertura de possibilidades para o outro. O problema é que a concepção de estado aqui trabalhada impede justamente essa abertura para a alteridade, portanto, para reivindicações fora do que estabelecido pelo direito concedido pelo poder estatal.

A discussão de Derrida é feita a partir da discussão elaborada por Walter Benjamin⁵⁷. Benjamin pretende traçar uma relação entre direito e violência, e busca demonstrar como o direito está relacionado à violência do estado, que procura legitimá-la exatamente a partir do aparato jurídico. O exemplo de Benjamin, recuperado por Derrida, é o do direito de greve.

O autor alemão sustenta que a greve era ato político, de resistência contra a opressão do modelo econômico do século XIX. Num primeiro

56 DERRIDA, 1992.

57 BENJAMIN, 2004.

momento, a greve era proibida, como violação da ordem jurídica estabelecida, e, como tal, repreendida pela reação violenta do estado. Como as greves passaram a ser inevitáveis, o estado mudou sua estratégia. Legalizou-a, mas dentro da normalidade por si admitida. Agora os trabalhadores podem fazer greves, mas apenas dentro dos limites estabelecidos pela ordem estatal. O que era um fenômeno político de contestação transforma-se em direito subjetivo que só pode ser reivindicado em conformidade com lei. Fora do que a lei estabelece, não há o que ser reivindicado. O estado, com sua força, normaliza a política e torna lícito só aquilo que ele mesmo estabelece pelo direito. Mais uma vez, o direito é apenas instrumento para a manifestação da vontade do estado, mero procedimento.

As reconstruções aqui feitas sobre a transformação da perspectiva do direito e da constituição como instrumentos de controle do estado para técnicas procedimentais de manifestação da sua vontade⁵⁸, bem como a descrição de como isso possibilita a naturalização da exceção como instrumento para preservar o estado⁵⁹ contra o direito e contra a violação da ordem por si mesmo estabelecida, permitem usar como exemplos os fenômenos das manifestações de julho de 2013, dos “rolezinhos” e do Complexo Penitenciário de Pedrinhas para mostrar como o que direciona a reação institucional a esses fenômenos é exatamente a concepção de direito, constituição e estado aqui criticada. Os três exemplos, por mais que sejam muito distintos e independentes, possuem liame comum: demonstram como ainda se concebe que aquilo que está fora do estabelecido como normal, jurídico, pelo estado deve sofrer a sua reação pela violência institucionalizada (única possível e legítima), ainda que para isso parcela da população, aquela que não se enquadra na normalidade, tenha de ter seus direitos fundamentais previstos na constituição suspensos, a configurar verdadeira situação de exceção.

58 Aqui a atribuição de subjetividade ao estado é figura de linguagem para indicar que quem alcança a posição de comandar o centro de decisão pode impor sua vontade aproveitando-se da visão compartilhada de que o estado é entidade personificada que busca realizar a vontade da nação ou da sua maioria. Não há que se negar que, na perspectiva jurídica, o estado é pessoa jurídica de direito público e suas decisões são percebidas como advindas de uma vontade presumida como identificável, sendo, inclusive, responsável civilmente por elas.

59 Visto como entidade individualizada responsável pela ordem social e pelo bem comum.

3.1 Manifestações de 2013, “Rolezinhos” e Complexo Penitenciário de Pedrinhas – a Exceção como Elemento Comum a Três Fenômenos Distintos

Tendo em vista que as relações teóricas e históricas acima enunciadas têm caráter muito abstrato e envolvem digressões conceituais que não são evidentes à primeira vista, além de fugirem do discurso corrente sobre o direito em geral e o constitucionalismo em particular, é possível enriquecer a discussão com situações que ajudam a tornar mais palpável a tese que aqui se sustenta: de que o direito moderno se inicia com caráter de garantia da liberdade, proteção dos sujeitos e limitação do poder, mas permite a reconfiguração do poder contra os sujeitos, limitando a liberdade de acordo com as suas necessidades e se colocando acima da ordem jurídica. Nessa linha, as três distintas situações fáticas aqui tratadas são apenas exemplos que pretendem deixar mais visíveis os movimentos que o poder realiza para manter-se acima da própria constituição e como essa lógica do estado de exceção se apresenta no caso brasileiro.

As manifestações de 2013 foram movimentos que reuniram milhares de pessoas pelas ruas de cidades por todo país. Do Rio Grande do Sul ao Nordeste pessoas uniram-se em passeatas com as mais diversas reivindicações. O estopim foi o aumento das tarifas de ônibus em várias capitais brasileiras, mas logo a insatisfação geral com o estado tornou-se patente em todas as esferas, tendo como focos principais os serviços públicos e a corrupção⁶⁰. Assim, mesmo sendo difuso o movimento, percebe-se que as reivindicações comuns se voltavam para a adequada prestação dos serviços públicos, melhor qualidade de vida e adequado tratamento e respeito com o dinheiro e a moralidade públicos.

A surpresa com relação às manifestações tem relação com alguns pontos que precisam ser mencionados. Em primeiro lugar, a espontaneidade dos movimentos. Com o recurso de redes sociais diversas, pessoas em todo país eram incitadas a participar dos protestos. A adesão se deu por grupos variados, sem distinção de sexo, cor, idade ou classe social. Assim, as passeatas eram formadas por conjuntos de pessoas bastante representativos da sociedade brasileira.

60 Há uma retrospectiva das manifestações que culminaram nos atos do mês de junho de 2013 na matéria “Resultados das manifestações de junho”, publicada no portal G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/>>. Acesso: 25/05/2015.

Outro ponto surpreendente, que, inclusive, dificultou o controle das autoridades e a análise da imprensa, foi a ausência de pauta clara de reivindicação. As pressões, os gritos de guerra, os conflitos com a polícia apresentavam grande espectro de insatisfações. Iam desde as tarifas de ônibus, passavam pela péssima qualidade na prestação dos serviços públicos e chegavam ao combate à corrupção (o julgamento do mensalão petista era o grande caso do momento). Essa característica das manifestações (a pluralidade⁶¹) trazia outra consigo: a ausência de liderança dos movimentos⁶². Diante dessa situação, os governos não podiam chamar as lideranças para sentarem à mesa de negociação, porque não havia liderança e não havia pauta a negociar. Portanto, era impossível controlar fenômeno tão espontâneo.

A falta de liderança e a generalidade e variedade das reivindicações, bem como sua espontaneidade, impedem a identificação de algum direito que possa ser traduzido em demanda judicial. Na impossibilidade de encontrar um direito “processualizável” (um direito que se possa reivindicar em juízo – a ser encarado como uma pretensão oposta a um dever – a possibilitar uma forma de contrato negociado), o estado se colocou na posição de recuperar o controle, a ordem⁶³. Quando não há pauta de reivindicação, quando o que se tem é descontentamento, não há como o estado agir de forma a negociar um direito subjetivo (um direito que está previsto em lei e que, por isso, pode ser exigido) ou de criá-lo a partir dos procedimentos por si estabelecidos. Sua reação, portanto, é a de recuperar o controle da situação por meio do uso da força institucionalizada. Como o estado possui o monopólio da força, qualquer reação agressiva contra tal uso acaba por aumentar a reação do estado, que procura manter a sua legitimidade por meio do discurso de violação do direito por parte dos que não se submetem.

A consequência foi a rotineira violação de direitos individuais por parte da polícia, exatamente o aparelho de repressão do estado. O poder público reivindicava o direito de reagir para restabelecer a normalidade da situa-

61 Ver SINGER, 2013.

62 Veja-se a descrição de SINGER, 2013, p. 25.

63 André Singer (2013, p. 24 e 25) afirma que “... as autoridades, encabeçadas pela presidente Dilma Rousseff, ativaram as alavancas de emergência...”, acrescentando que, em São Paulo, com a intensificação das participações e dos conflitos, “... inicia-se repressão violentíssima, que se espalha por ampla região da pauliceia, tendo a PM atuado sem controle por horas, atingindo transeuntes e jornalistas de maneira indiscriminada”.

ção. Sem um direito subjetivo garantido por um direito objetivo, as manifestações eram vistas como mera desordem, fora do campo do direito. Não é de se estranhar, portanto, que o estado não reconhecesse os direitos fundamentais de manifestantes, pois eles estavam em situação fora da racionalidade jurídica estatal. Por outro lado, aqueles que usam a violência contra tal atitude do estado não só violam o direito, mas a própria ordem estatal. São inimigos do modelo de sociedade previsto no ordenamento jurídico. Como inimigos, sofrem a reação das instituições que incorporam a nação e têm seus direitos constitucionais também violados (na ótica do estado, suspensos ou inaplicáveis ao caso), alvos da reação policial também fora dos limites estabelecidos pelo próprio direito. É claro, assim, que o estado só se reconhece vinculado ao seu próprio direito quando o cidadão está dentro dos parâmetros de comportamento juridicamente reconhecidos e dos padrões de ordem definidos pelo poder. Se ele viola tais parâmetros e padrões, deixa de ser sujeito de direito e não está mais protegido juridicamente, ainda que a violação seja forma de reagir contra a não realização de direitos pelo estado.

Outro fenômeno que causou problemas na aplicação do direito pelo estado e deixou clara a tendência do governo brasileiro de raciocinar com a lógica da exceção foram os movimentos de jovens que, por meio de convites em redes sociais, decidiram ocupar e passear em *shoppings centers* de alto padrão. Tal fenômeno foi bem diverso do que aconteceu nas manifestações de junho, mas levou a consequências muito semelhantes no que respeita à reação do aparelho estatal e desrespeito a direitos fundamentais. Apesar de não serem movimentos de reivindicações políticas, os chamados rolezinhos despertaram a ira de parcela da sociedade com maior potencial aquisitivo, incomodaram a imprensa e geraram reações muito próximas daquelas ocorridas durante as manifestações.

Os rolezinhos foram acontecimentos bem simples. Jovens de periferia, com poucas alternativas, mas com alguma capacidade econômica para desejarem itens de consumo de grifes e com acesso à internet e às redes sociais passaram a estimular seus encontros nos grandes centros comerciais das cidades, frequentados por pessoas de alto poder aquisitivo (principalmente se comparados a eles). O que era para ser brincadeira saiu do controle e milhares de jovens passaram a participar de tais encontros, gerando verdadeira confusão nas rotinas de compras dos clientes habituais das lojas. Os jovens, que queriam se divertir e mostrar suas presenças em

grandes locais de compras, foram imediatamente identificados como pobres e, por extensão, como marginais em potencial. O que estava envolvido, portanto, era o direito de ir e vir, igual tratamento e consideração e liberdade de direito de consumo.

A presença dessas pessoas em ambientes que não lhes pertencem originariamente criou medo e confusão. Houve verdadeira criminalização em abstrato e a diferença econômica foi o fator de transformação de tais jovens em potenciais bandidos a por em risco a segurança e a propriedade de clientes e lojas dos centros comerciais⁶⁴. Isso fez com que fossem tratados concretamente como violadores da ordem (não da lei, porque com relação a ela as violações foram esporádicas e facilmente controladas). Mais uma vez, o que estava em questão não eram os direitos, mas a capacidade de controle e de manutenção da normalidade.

Além de ser uma reação para comodidade dos clientes habituais dos locais “invadidos” pelos jovens das periferias das grandes cidades, o uso desmedido da força policial contra uma situação que não apresentava em si nenhuma violação jurídica demonstrou que o que estava em jogo era a capacidade de manter a normalidade diante de fatos não previstos juridicamente. O direito não proibia a atitude dos jovens, mas também não fora criado prevendo tal fenômeno. Daí o uso indiscriminado e indevido da força policial: suspendem-se os direitos dos participantes dos rolezinhos (dos constitucionais aos de consumidores) para que as expectativas do estado sobre a realização do direito sejam efetivadas.

Pelo simples fato de não se amoldarem à expectativa de funcionamento do direito por parte do estado e de parcela da sociedade, os jovens que participaram dos rolezinhos foram colocados em situação de exceção. Essa situação vem à tona quando se pensa na maneira como vieram as propostas de solução do problema: a necessidade de opções de lazer na periferia, para que os jovens ficassem lá e não onde não eram esperados ou desejados⁶⁵. Não eram consumidores (apesar de o Código de Defesa do Consumidor

64 Aqueles que participavam dos encontros foram tratados como se estivessem intencionados a praticar furtos, roubos e danos patrimoniais, de forma que as ações que foram tomadas tinham o caráter de prevenir crimes, inclusive com jovens sendo levados para delegacias pela polícia sem a prática de qualquer ato ilícito (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/01/conheca-historia-dos-rolezinhos-em-sao-paulo.html>).

65 “Ausência de ações culturais na periferia ajuda a entender ‘rolezinho’” – matéria publicada no Valor Econômico em 21/01/2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3401774/ausencia-de-acoes-culturais-na-periferia-ajuda-entender-rolezinho>>. Acesso: 25/05/2015.

proteger o direito de estarem lá) e seu direito ao lazer não deve ser exercido fora do local que normalmente ocupam.

O terceiro caso a ser usado como reflexão é o do Complexo Penitenciário de Pedrinhas⁶⁶. Há pouco tempo saíram em vários meios de informação e comunicação notícias sobre a situação de completo descaso pela qual passavam os condenados que lá cumpriam suas penas. No presídio, vivem em situação de total abandono, em que nenhum dos direitos afirmados pela Constituição ou pela Lei de Execução Penal lhes é garantido ou reconhecido. Não são protegidos pelo estado e estão sujeitos a todo tipo de violência, seja entre eles, seja aquela proveniente dos próprios agentes públicos.

A situação de Pedrinhas mostra o retorno à visão do criminoso como inimigo da sociedade, visão essa travestida de tentativa de ressocialização do preso, na lógica do controle sobre o corpo para a sua normalização e fim da periculosidade, tal como narrado por Foucault. No entanto, sob a desculpa de proteger a sociedade, pessoas que vivem na mesma condição da maior parte da população são tratadas como se não possuíssem direito algum, e isso sob o discurso de aplicação do próprio direito. Ou seja, o estado reivindica o poder de aplicar toda a força que ele se dá por meio do aparelho penal, mas não se vê vinculado a nenhuma realização de direito que se refira à contenção e à determinação de alguma finalidade a esse poder que não o mero controle. Pedrinhas mostra de maneira crítica aquilo por que passam todos os presidiários do país, em maior ou menor grau: a sujeição de todo indivíduo ao estado e a impossibilidade de reivindicação de suas condições de sujeitos de direitos. Têm negado o reconhecimento de suas dignidades e da integridade física e psicológica e não podem se rebelar contra o poder público, precisando contar com a benesse do estado para terem algum direito.

Os três fenômenos aqui referidos, mesmo que muito distintos entre si, mostram a mesma estratégia de ação do estado para colocar pessoas em situação de exceção, suspendendo seus direitos para garantir o exercício do seu poder de determinação da ordem, ainda que à custa do que previsto

66 Uma visão geral da situação de Pedrinhas pode ser encontrada no “Relatório de visitas ao sistema prisional do Estado do Maranhão pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP”. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relat%C3%B3rio_Maranh%C3%A3o.pdf>. Acesso: 25/05/2015. Veja-se, também, a matéria “Relatório do CNJ sobre prisões do Maranhão prevê maior cobrança às autoridades do estado”, publicada no portal do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61198-relatorio-do-cnj-sobre-prisoas-do-maranhao-preve-maior-cobranca-as-autoridades-do-estado>>. Acesso: 25/05/2015.

na Constituição e no resto de todo o ordenamento jurídico. Sempre que os limites jurídicos limitam a capacidade do estado de estabelecer a ordem eles são suspensos e a força responde apenas às suas próprias necessidades. Tal suspensão incide mesmo sobre os direitos fundamentais previstos explicitamente no texto constitucional. A racionalidade do estado é de que ele está acima e é anterior à Constituição (vinculando-se a ela apenas na medida de sua conveniência), e esta está condicionada às possibilidades de reconhecimento e aplicação dados pelo próprio estado. Não é à toa que o direito de resistência, visto por John Locke⁶⁷ como direito natural e decorrente do próprio contrato social, e depois declarado no artigo II da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, deixa de ter o caráter de exceção do contrato não cumprido, nos moldes do direito privado, e passa a ser negado veementemente, porque a ordem mantida pelo estado não pode ser colocada em risco, ainda que o estado viole os direitos que ele mesmo concedeu.

3.2. O Tênuo Limite entre Defesa da Ordem e Fuga da Ordem: a Regulação Constitucional das Situações de Emergência

O tópico anterior buscou, através do exemplo de três situações fáticas bastante distintas entre si, mostrar como o estado está em condição de facilmente violar ou ignorar a ordem jurídica que o limita para imprimir o modelo de ordem de acordo com a convicção de quem ocupa o poder. Assim, a ordem jurídica acaba por ser condicionada pelo estado, em vez de condicioná-lo. Quando isso ocorre, o indivíduo deixa de ser sujeito de direito para tornar-se apenas objeto dele, pois, quando o poder público pode se colocar fora dos limites jurídicos, não há direito objetivo que respalde uma pretensão subjetiva oposta ao poder de ação do estado.

Isso transforma a exceção em regra, pois o direito está à disposição do poder, que o utiliza de acordo com suas conveniências, a permitir que o estado de exceção surja como paradigma de ação estatal. Nessa linha, a prevalência do estado de exceção não significa que o direito está constantemente suspenso, mas que ele o pode ser a qualquer momento para que prevaleça a ordem. Quando isso ocorre, a pessoa deixa de ter proteção jurídica, sua vida está nua diante da força. É preciso notar, contudo, que

67 LOCKE, 1978.

essa condição, que Agamben apresenta como característica do próprio direito atual, não precisa ser entendida como inevitável ou natural, decorre de certa visão do direito, que não precisa ser aceita como necessária nem como correta.

Não é por outro motivo que é comum que as constituições prevejam a suspensão ou a restrição de certos direitos fundamentais. Em circunstâncias normais esses direitos deveriam limitar ou impedir a atuação do poder público, no entanto, nas circunstâncias urgentes elencadas eles abrem espaço para certas ações de caráter extraordinário do governo. Todavia, tais previsões não podem ser confundidas com autorizações para a decretação do estado de exceção (permissão para suspender toda a ordem jurídica), pois, apesar das restrições aos direitos fundamentais, devidamente reguladas, o executivo é controlado pelo legislativo e pelo judiciário.

Assim, a Constituição brasileira dotou o estado de mecanismos que regulam as situações excepcionais de garantia da ordem. Em tais casos, é o próprio ordenamento que dá ao estado a possibilidade relativizar a aplicabilidade de alguns direitos que protegem os indivíduos contra o uso da força institucionalizada. O estado está dotado do direito subjetivo de agir, dentro dos limites estabelecidos, enquanto os sujeitos veem restringidos seus direitos de oposição contra o uso da força. Esse é o caso da intervenção federal, do estado de defesa e do estado de sítio, institutos constitucionais (previstos nos artigos 34 a 36; 136 e 137 a 139, respectivamente).

A intervenção, o estado de defesa e o estado de sítio são institutos constitucionais que servem para permitir ao estado agir com menos restrições no combate a situações de crise, como aquelas que envolvem o grave comprometimento da ordem pública. No caso de aplicação, pelo Presidente da República, de algum desses institutos, desencadeia-se, juntamente com a restrição de aplicabilidade de alguns direitos fundamentais, todo um conjunto de controle para que o abuso seja evitado.

O decreto do Presidente, nos três casos, deve especificar a abrangência, o tempo de duração do ato e as medidas coercitivas a serem adotadas, sendo que, no caso de estado de defesa ou de sítio, as medidas estão determinadas pela constituição. O decreto, nas três situações, está submetido à apreciação do Congresso Nacional e pode ser rejeitado. Assim, o legislativo controla a execução dos atos, que não são de exceção, porque não há a suspensão da ordem jurídica ou de direitos, apenas a flexibilização de alguns deles.

Entretanto, a Constituição Federal também deu às forças armadas a competência de, por iniciativa dos poderes constitucionais, defender a lei e a ordem (artigo 142). Para regular essa atuação, foi editada a Lei Complementar n. 97/1999. Seu objetivo é organizar as forças armadas e o seu emprego, que, segundo o artigo 15, § 2º, inclui a atuação nos casos de esgotamento dos instrumentos policiais previstos no artigo 144 da Constituição. Todavia, não há, na lei complementar, regulação clara sobre como usar as forças armadas ou quando reconhecer tal esgotamento. Há apenas a previsão de que o reconhecimento cabe ao Presidente da República (artigo 15, § 3º). No entanto, uma vez que as forças armadas sejam acionadas pelo Presidente, a ação deve ocorrer “de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado” (§ 4º do artigo 15 da Lei Complementar n. 97/1999).

Já o Decreto 3.897/2001, que fixa as diretrizes para o emprego das forças armadas especificamente na garantia da lei e da ordem, determina que é competência exclusiva do Presidente a decisão do seu emprego. A atuação militar deve ocorrer dentro dos limites legais impostos às polícias militares. Já para o caso de intervenção, estado de defesa e estado de sítio, o presidente deve editar diretrizes específicas.

A regulação da ação das forças armadas no combate à desordem social veio com a Portaria Normativa do Ministério da Defesa n. 3.461, publicada em dezembro de 2013 (poucos meses após as manifestações que balançaram as legitimidades dos poderes públicos no Brasil nas três esferas federativas). A portaria traz como anexo espécie de manual que conceitua e regula as operações militares de garantia da lei e da ordem.

De acordo com a publicação do Ministério da Defesa, as operações de garantia da lei e da ordem devem ser realizadas quando a estrutura policial prevista pelo artigo 144 da Constituição falhar, o que, como já dito, é de competência do Presidente da República reconhecer. As ações devem acontecer de forma episódica, dentro de tempo determinado e em área previamente estabelecida (tópico 1.5 da portaria). Ademais, as operações devem seguir os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e legalidade, definidos na publicação⁶⁸. Há, também, preocupação em especificar

68 “4.1.2 A Razoabilidade será verificada de acordo com a compatibilidade entre meios e fins da medida. As ações devem ser comedidas e moderadas. 4.1.3 A Proporcionalidade é a correspondência entre a ação e a reação do oponente, de modo a não haver excesso por parte do integrante da tropa empregada na operação, a fim a ser preservada ou restabelecida a segurança local. 4.1.4 A Legalidade remete à necessidade de que as

que as forças armadas devem se pautar pelo uso progressivo da força e as ações devem ocasionar a menor intervenção possível na rotina da população (tópicos 4.2.3.2 e 4.2.3.3).

A portaria prevê, ainda, aquilo que as forças armadas podem enfrentar, sem, contudo, classificá-los como inimigos propriamente, mas como “forças oponentes”: “a) movimentos ou organizações; b) organizações criminosas, quadrilhas de traficantes de drogas, contrabandistas de armas e munições, grupos armados etc.; c) pessoas, grupos de pessoas ou organizações atuando na forma de segmentos autônomos ou infiltrados em movimentos, entidades, instituições, organizações ou em OSP, provocando ou instigando ações radicais e violentas; e d) indivíduos ou grupo que se utilizam de métodos violentos para a imposição da vontade própria em função da ausência das forças de segurança pública policial” (tópico 4.3.2).

A regulação legislativa para o uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem, conforme previsto no artigo 142 da Constituição Federal, traz reflexão interessante sobre o uso do aparelho do estado para manutenção da sua capacidade de impor a força com a suspensão da ordem jurídica. Isso porque, conquanto fale da legalidade nas ações militares, normatizando o uso da força militar apenas na inviabilidade das forças policiais, as situações que permitem o uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem são muito similares às situações de decretação de estado de defesa ou intervenção federal.

A maneira que o estado brasileiro regulou o uso militar em casos de manutenção da ordem, ao mesmo tempo em que procurou direcionar as ações ao respeito à legalidade, deu ao Presidente e aos demais poderes a capacidade de requisitar o uso da força militar fora dos limites extraordinários definidos pela constituição. No uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem não há o controle das forças armadas e do poder executivo por parte do legislativo, por exemplo.

A ação militar é realizada sob a forma de ação policial, mas com o uso do poder de combate das forças armadas, aparelhadas e treinadas principalmente para a guerra, em que há um inimigo a ser abatido. Ademais, o uso das forças armadas nos casos que deveriam ser de intervenção federal,

ações devem ser praticadas de acordo com os mandamentos da lei, não podendo se afastar da mesma, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. (“Garantia da Lei e da Ordem” – Portaria Normativa n. 3.461/MD-2013).

decretação de estado de defesa ou de sítio permite ao executivo escapar do controle e do ônus político típico de tais medidas extremadas, sob a veste da normalidade institucional. Deve-se levantar a seguinte suspeita: se essas situações são tão excepcionais a ponto de a própria constituição permitir a restrição a certos direitos fundamentais, como poderiam as forças armadas, nessas mesmas circunstâncias, agir dentro dos limites estabelecidos por esses mesmos direitos?

3.3. As Estratégias de Legalização do Estado de Exceção

Não bastasse o estado ter se dado o direito subjetivo de usar as forças armadas fora dos casos constitucionais excepcionais, procura agora se dar o direito de agir com ainda mais liberdade em situações em que se vê enfrentado pela população que exige o devido cumprimento dos direitos constitucionais. Aqui se apresenta a racionalidade política discutida no tópico 1, segundo a qual o estado é que representa o bem e a ordem da nação. Em vez da concepção do estado limitado em sua ação pelo direito (*rule of law*), para que não haja a sua sobreposição às liberdades ou a direitos concedidos constitucionalmente, reproduz-se o modelo do estado positivista, segundo o qual basta ao estado dar-se a lei para que lhe esteja autorizado o uso da força⁶⁹.

Como visto acima, quando o que está em questão é a execução, pelo estado, de direitos constitucionais, quando esses direitos não são colocados na estrutura de direito subjetivo que possa ser demandado por meio de eventual processo, o estado tende a não reconhecer a obrigação de sua realização, entendendo que a concretização do direito permanece na sua esfera de discricionariedade para agir dentro de seu critério de conveniência e oportunidade.

Então, quando tais direitos não têm mecanismos processuais de exigibilidade, as demandas passam para a esfera da política, cuja característica é o conflito⁷⁰. Nessa circunstância, os direitos da população e a observân-

69 A diferença entre *rule of law* e estado positivista segue ROSENFELD, 2001. Veja-se a nota 53.

70 Ao criticar os modelos morais de filosofia da justiça, ao estilo de John Rawls e Jürgen Habermas, Chantal MOUFFE, 2005, demonstra como a política se dá pelo conflito agonístico em sociedade, característico da relação amigo inimigo. Aquilo que não pode ser levado para a decisão racional das condições do diálogo ou cujas condições não foram devidamente institucionalizadas para permitir a reivindicação, transforma-se em conflito político e cabe às instituições públicas garantir que tal conflito não leve à eliminação do outro.

cia do estado das regras jurídicas que regulam a realização dos direitos constitucionais e a observância da moralidade pública ficam na esfera de discricionariedade do estado, que os realiza apenas dentro de limites de eficácia a serem determinados de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade do próprio estado. Assim, à população, desprovida de instrumentos jurídicos eficazes para fazer observáveis tais direitos⁷¹, resta o caminho do conflito político.

Por outro lado, quando o estado se vê limitado pelas regras a si mesmo impostas no enfrentamento de tais demandas, usa de seu poder soberano de definir o direito em seu benefício, ampliando sua capacidade de uso da força por meio da legalidade, que deveria limitá-lo. Assim, o estado não respeita os limites que o direito lhe impõe e não realiza as obrigações que lhe são determinadas⁷²; não respeita os direitos que ele mesmo cria; bloqueia para os cidadãos os meios de demanda; transforma as demandas não regulamentadas expressamente em desordem e se dá o direito subjetivo de atuar com mais força para recuperar a capacidade de controle da normalidade jurídica.

Não bastasse isso, vinculado à imagem de legalidade e uso legítimo da força, o estado reduz a legitimidade à lei e se autolegitima. É possível ver em alguns movimentos de aplicação e produção do direito a busca do desrespeito aos direitos constitucionais, principalmente os de proteção, por meio da fachada de legalidade. O estado brasileiro oferece outros exemplos

Na discussão apresentada no presente artigo, vê-se que o estado se encontra na seguinte situação: não cria os meios para realização dos direitos reivindicados e não age em conformidade às regras de direito que regulam a moralidade pública, mas se dá as condições para reagir contra tais exigências e de violar os limites legais que deveriam regular tais ações.

71 Prestação adequada de serviços públicos e qualidade de vida (como no exemplo das manifestações de junho de 2013); liberdade de ir e vir, igualdade de consideração tratamento e consumo (como no caso dos “rolezinhos”) e dignidade humana e integridade física e psicológica (mostrado no exemplo de Pedrinhas).

72 A correlação do direito subjetivo com a exigibilidade de uma obrigação afirmada em uma regra existente (direito objetivo) mostra uma característica estrutural da norma jurídica, que é a de que uma vez que um direito é reconhecido como válido, então ele é exigível. Assim, não há diferença estrutural, com relação à exigibilidade, entre direito de defesa (que impede uma interferência indevida na esfera de ação), de proteção (que exige uma ação para impedir uma intervenção indevida de terceiro), de prestação legal (criação de ato normativo ou de procedimento para o exercício de direitos) ou de prestação material (uma prestação material do estado, como no caso de direitos sociais). Uma vez que um direito é posto no ordenamento, ele é reivindicável (ver a discussão em ALEXY, 2009). A questão que se coloca é exatamente que o estado, admitido como o único ou o principal produtor das normas jurídicas (por ser a realização da vontade da nação) e, para garantir a ordem, é capaz de definir a aplicabilidade do direito sobre si, estando vinculado à legalidade apenas na medida de sua conveniência, pode transformar qualquer excepcionalidade em motivo para agir na lógica do estado de exceção. Nessas condições o direito não o limita, como exige a ideia de *rule of law* (ver nota 53), mas apenas reflete a maneira que pretende moldar a nação.

que ajudam a identificar como ocorre a estratégia de usar a lógica do estado de exceção mesmo dentro dos ditames da lei. Abusando da ideia derivada do modelo da nação-estado, segundo a qual para atingir os seus desígnios basta ao estado produzir norma que autorize sua conduta, e não satisfeito com os mecanismos de imposição da ordem que já flexibilizam limites constitucionais, agora o estado brasileiro quer ampliar sua capacidade de atuação: utiliza meios de suspensão (ou afastamento) de direitos individuais para aumentar sua capacidade de controle em nome da realização da lei e da ordem.

Um desses meios foi o recurso à Lei de Segurança Nacional para lidar com situações de desordem em manifestações. Legislação que entrou em vigor ainda na época da ditadura, a Lei n. 7.170/1983 trata como crimes atitudes que ponham em risco a integridade territorial; a soberania nacional; o regime representativo e democrático; a federação e o estado de direito (art. 1º). A peculiaridade dessa lei está em que o processo é de competência da justiça militar e a investigação é de competência da polícia federal.

Além disso, a Lei de Segurança Nacional cria tipos penais vagos de controle social como os de incitação à subversão da ordem política ou social; à animosidade entre as forças armadas ou entre elas e as classes ou instituições sociais; à luta violenta entre as classes sociais ou à prática de qualquer outro crime nela tipificado (artigo 23). Para concluir a análise daquilo que aqui importa sobre a essa lei, o artigo 33 permite a prisão para custódia por até 30 dias com a incomunicabilidade do investigado pelos cinco primeiros dias de prisão durante as investigações. Situações excepcionais que aumentam o poder de controle do estado sobre o indivíduo e de execução mais fácil do que aquelas previstas nos procedimentos criminais comuns, refletindo e dando ares de legalidade à forma de agir do governo ditatorial militar implantado no país em 1964.

O uso da Lei de Segurança Nacional nos casos de manifestações ilustra a estratégia de afastar a aplicabilidade de direitos fundamentais e demonstra a capacidade do estado de generalizar situações excepcionais, o que permite a eliminação da lógica constitucional de limitação do exercício institucional da força e privilegia a lógica da concepção de constituição como afirmação da ordem estatal concedida como benesse do soberano aos seus súditos. Quando precisa recuperar a capacidade de impor a ordem e o ordenamento jurídico, o estado busca meios de diminuir direitos que deveriam limitá-lo, ao tempo em que amplia seu próprio direito de usar a força.

A aplicação da Lei de Segurança Nacional gera, contudo, duas dificuldades. A primeira delas diz respeito a uma questão técnica: o dolo é específico, é necessário demonstrar a vontade de violar a integridade territorial, a soberania, atentar contra os chefes dos poderes da União, contra o regime representativo, a federação ou o estado de direito. Todavia, as manifestações reivindicavam exatamente o oposto, surgiram como movimentos de afirmação da democracia e do estado de direito, acusando o estado de violá-los. O enquadramento forçado da desordem e da eventual prática de crime comum leva à perda de legitimidade e de legalidade do argumento estatal de retomada da normalidade. Os desvios estão dentro das previsões abstratas do direito, aplicáveis para esses casos.

A segunda dificuldade surge da imagem pejorativa que carrega a lei: foi editada ainda durante a ditadura e seu artigo 23 não deixa dúvida da finalidade mal mascarada de conter movimentos sociais e políticos que se opusessem ao regime autocrático da época. Uma lei criada para um momento excepcional numa circunstância política de arbitrariedade institucionalizada tem o efeito reverso para o estado (que, além de tudo, fica na dependência do seu judiciário para aplicá-la): escancara o abuso e o desrespeito aos direitos constitucionais fundamentais, bem como disfarça mal sua atuação sem limites.

Com o intuito de superar tais dificuldades e de institucionalizar, por meio da lei, o abuso da força contra os “cidadãos”, entrou em voga a discussão sobre a tipificação do crime de terrorismo no Brasil. Após a sociedade civil ter enfrentado a polícia em 2013 e aproveitando suspeitas de possível atuação do Estado Islâmico no Brasil, retornou à pauta do Congresso Nacional a discussão do combate ao terrorismo, levando à aprovação da Lei n. 13.260, de 03 de março de 2016. A lei define os crimes de terrorismo.

Dois artigos da lei são importantes para pensar a questão do aumento de poder do estado para flexibilizar direitos fundamentais por meio da forma legal. O primeiro deles é o artigo segundo, que tipifica e elenca os crimes: “O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (...) Pena – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência”.

Entre os problemas que o texto apresenta, está a vagueza da expressão “terror social ou generalizado”. Não só “terror social” já é difícil de definir como o dispositivo amplia ainda mais as suas possibilidades significativas agregando “ou generalizado”. Não há que se negar que quanto mais vago um tipo penal, maior o poder de criminalização por parte do aparelho repressivo. Além disso, a cominação da pena não coloca os atos praticados com ameaça ou violência como tipos subsidiários, torna-os independentes, permitindo o concurso de crimes. Assim, tende-se a aumentar a capacidade de uso da violência institucionalizada, em lugar de reprimi-la por meio da lei, como exige o direito penal.

Importa lembrar que o § 2º do artigo citado exclui da conduta típica manifestações com caráter reivindicatório⁷³, mas, no que tange a os “movimentos sociais”, esse é outro conceito vago. Se, por um lado, como excludente o conceito deveria ser usado de modo amplo, com o intuito de aumentar a proteção contra o exercício da coerção, por outro, em tempos atuais facilmente o conceito poderia ser usado de forma restrita, a viabilizar o aumento da capacidade de persecução e punição do estado. Ademais, como o artigo 11 traz a presunção de que os atos de terrorismo são cometidos contra o interessa da União, quem pune é quem afirma a existência ou o grau da ofensa.

Ainda com relação às manifestações reivindicatórias, lido o dispositivo em conjunto com a definição de organização criminosa presente no artigo 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013⁷⁴, é plenamente possível fazer enquadrar organizações políticas e movimentos sociais na prática do terrorismo. Na ausência de definição do que são movimentos sociais, é fácil ao aparelho de persecução criminal enquadrar a organização de movimentos sociais como organizações criminosas⁷⁵. Como não apenas organizações terroristas pra-

73 “O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei”.

74 “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

75 Em situação de invasão de fazenda no Estado de Goiás, quatro integrantes do MST foram denunciados pelo Ministério Público como formadores de organização criminosa. A denúncia pode ser acessada em <<http://justificando.com/2016/08/03/errata-manifestantes-do-mst-foram-enquadrados-em-lei-de-organizacao-criminosa/>>.

ticam atos terroristas. Desqualificada a organização como “movimento social”, está livre o caminho para retirar seus atos da proteção da excludente de ilicitude. Veja-se que, sob a forma de legalidade e fingindo proteger a liberdade de oposição à ordem pública e social vigente, o que o estado fez foi dar-se a capacidade de sufocar tal liberdade.

O outro artigo da Lei Antiterrorismo que merece rápida consideração é 5º⁷⁶. Os dispositivos nele presentes permitem que o poder público trate os meros atos preparatórios, sem nem mesmo que a prática do crime comece, em conduta típica, a criminalizar o risco abstrato, sem proteger qualquer bem jurídico específico. Assim, se o terrorismo é o uso do medo, aqui é o estado que o usa contra a sociedade civil⁷⁷. A situação é interessante porque o estado, usando a seu favor o pavor causado pela ideia de terrorismo, pode prender preventivamente um suspeito e, após o julgamento, aumentar sua punição, caso culpado, ou simplesmente devolvê-lo a sociedade sem qualquer consequência, caso inocentado.

O estado consegue, portanto, proibir que a sociedade civil o enfrente e define seu aspecto soberano que surgiu com a nação-estado no século XIX: só é direito aquilo que ele concede como tal. As formas de reivindicá-los são aquelas estabelecidas pela ordem jurídica por ele criada. Quando o estado não realiza a ordem jurídica, só os meios formais institucionalizados podem ser usados como reivindicação, quando eles falham a população

76 “Art. 5º. Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena – a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I – recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II – fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.”

77 Com base na proibição de atos preparatórios alguns indivíduos foram presos preventivamente em julho de 2016 como suspeitos e alguns se encontram em presídios desde então, tendo sido denunciados por promoção de terrorismo (art. 3º da Lei 13.260/2016), na completa ausência de indícios de atos preparatórios, o que demonstra a completa liberdade que têm os órgãos de repressão para agirem sem controle (<http://www1.folha.uol.com.br/esporte/olimpiada-no-rio/2016/08/1806482-suspeitos-de-terrorismo-na-olimpiada-tem-prisao-prorrogada-pela-justica.shtml>). Chegaram, em razão de portaria do Ministério da Justiça, a ser impedidos de terem contato com advogado (<http://olimpiadas.uol.com.br/noticias/redacao/2016/07/23/advogados-sao-impedidos-de-ver-presos-suspeitos-de-preparar-atos-de-terror.htm>). Um dos presos, inclusive, morreu espancado em um dos presídios (<http://exame.abril.com.br/brasil/suspeito-de-terrorismo-na-olimpiada-e-morto-na-cadeia/>), situação que mostra a conexão entre a estratégia de se desvincular das amarras constitucionais por meio da aparência de legalidade e o poder de os indivíduos em situação de exceção, negando-lhes seus direitos constitucionais básicos.

deve se conformar. E, como a ordem é colocada acima dos direitos, o único controle que existe do poder do estado são os procedimentos que ele mesmo estabelece para sua atuação.

4. Conclusão

Diante de questões e fenômenos que desafiam a manutenção da ordem social pelo estado, tem crescido o recurso do aparelho burocrático ao uso da força, para garantir aquilo que quem está no poder entende como estabilidade social. Assim é que se vê o recurso generalizado à figura do estado de urgência, caracterizado, genericamente, como a autorização para agir com a flexibilização de direitos constitucionais que protegem o indivíduo contra o uso da força. O estado de urgência, que deveria ser situação excepcionalíssima, tem sido a forma padrão de agir de vários governos pelo mundo.

Além do uso recorrente às figuras jurídicas que permitem a restrição de direitos fundamentais, os estados têm recorrido à estratégia de tornar normal a ampliação da sua capacidade de agir fora dos limites constitucionais por meio de legislações que autorizam tais abusos. O estado legaliza e, portanto, normaliza a flexibilização dos direitos constitucionais e, com isso, se desincumbe de realizar suas obrigações, ao mesmo tempo em que aumenta sua capacidade de exigir que os indivíduos sujeitos ao seu poder cumpram as suas.

Cabe perguntar, então, se é dado ao estado agir de tal maneira e se isso está dentro dos pressupostos teóricos do direito e, com ele, do constitucionalismo modernos. Tal questionamento decorre do fato de que esses dois fenômenos têm início com o liberalismo e com o iluminismo, cujas lutas políticas relacionavam-se exatamente com a contenção do poder do estado por meio do direito, organizado num sistema com a constituição no seu auge a declarar direitos naturais individuais e a necessidade da separação de poderes para evitar abusos no exercício do poder (chegando-se, inclusive, a declarar o direito de resistência à opressão).

Apesar de os fundamentos do direito moderno serem justificados pela necessidade de contenção do poder (os limites da legalidade definem o ilícito, inclusive para o estado, e a separação dos poderes garante que quem governa e quem julga não estarão fora do controle), essa característica limitadora sofreu a concorrência do desenvolvimento da ideia de nação, conceito abstrato que considera todos os indivíduos de determinado país

unidos por laços sentimentais e de solidariedade que os direcionam para realizações e desenvolvimento comuns. E o elemento responsável pela manutenção de tais liames e pelas realizações conjuntas para a glória de todos é exatamente o estado.

Formada a nação-estado no século XIX, o estado, que deveria ser instrumento de equilíbrio social condicionado pelo direito (a ideia de *rule of law*), torna-se o elemento de realização e ordenação da vida social, agindo a partir do direito que ele mesmo impõe (característica do estado positivista). Nessa segunda caracterização, não é o direito que regula o estado. Este segue as regras jurídicas apenas dentro do que ele próprio estabelece como dentro da normalidade. O estado é figura plenamente soberana, cuja característica principal é criar a lei, não se submeter a ela.

A aceitação institucional dessa soberania estatal, que responde muito bem ao modelo da nação-estado, mas escapa aos fundamentos jurídicos que se tentou implementar com base no liberalismo político e no iluminismo, permite que o direito esteja à disposição de quem ocupa o estado. Isso leva à possibilidade de decidir quando o direito se aplica ou não e a de legalizar aquilo que antes lhe era vedado, ampliando a capacidade de uso da violência contra sujeitos que não têm recurso de proteção, estão com suas vidas simplesmente disponíveis à violência. As situações excepcionais que o direito não conseguiria regular passam a ser parte da normalidade do poder, que pode suspender o direito e afastar as limitações que lhe são impostas a qualquer momento, o que caracteriza o que foi apontado por Agamben como paradigma do estado de exceção.

Quando se encara o estado como soberano, em lugar de se entender a constituição como norma que lhe é anterior e o condiciona, permite-se que a lógica do estado de exceção se transforme na regra da vida política. E por mais que essa discussão pareça abstrata, a aceitação dessa forma de ver a relação do estado com o direito (principalmente com os direitos constitucionais) tem implicações profundas, concretas e facilmente visíveis.

O Brasil dá, hoje, mostras de que a ação política tem se realizado dentro da lógica do estado de exceção e não do *rule of law*. Dentre as circunstâncias exemplares dessa inversão da razão de ser do constitucionalismo estão o que ocorreu e o tratamento dado pelos poderes públicos nas manifestações de junho de 2013, nos “rolezinhos” e na situação da penitenciária de Pedrinhas.

Os três exemplos são ilustrativos porque, apesar de situações extremamente distintas, eles indicam a lógica comum do afastamento dos direitos

fundamentais para a manutenção da normalidade exigida pelo poder do estado. Nos acontecimentos relacionados com as manifestações de 2013, as reivindicações por melhores serviços e condições de vida, previstos constitucionalmente, não foram contempladas. Porém, o estado reagiu mostrando sua força contra qualquer tipo de desvio cometido pelos manifestantes. Parece, assim, que as obrigações constitucionais são unilaterais e as obrigações constitucionais do estado são realizadas de acordo com sua mera conveniência.

Com o fenômeno dos “rolezinhos”, os jovens de periferia que buscavam apenas se divertir tiveram violados seus direitos de consumidores e de igual respeito e tratamento. O uso da força policial, liminares de juízes impedindo os encontros e eventuais prisões sem que qualquer crime tenha sido cometido mostra a ação do estado para recuperar o que entende ser a normalidade da situação.

Já em Pedrinhas tem-se o completo descaso com determinada camada da população, já alijada de condições básicas de sobrevivência, despida de qualquer direito de proteção de suas vidas, corpos e dignidade. O descaso mostra como o estado escolhe a quem dar as proteções do direito.

Além dos três exemplos citados, que ilustram bem a facilidade com que o estado hoje é capaz de afastar a proteção dos direitos constitucionais de acordo com suas conveniências, é possível ver no caso brasileiro, também, o uso da estratégia do uso do direito para legalizar e normalizar a exceção.

Essa estratégia pode ser vista na regulação do uso das forças armadas para a manutenção da lei e da ordem, em que o aparelho de guerra é usado para fins policiais, além de se confundir as situações de seu uso com aquelas em que a constituição, exatamente por reconhecer a necessidade de flexibilizar a aplicação de certos direitos fundamentais, exige controle especial do executivo por parte do legislativo. Fica incerto em que medida as forças armadas, treinadas e equipadas para a guerra, vai manter a legalidade e como se dará o controle de suas operações, cada vez mais usuais.

Além disso, houve a tentativa, em casos de manifestação e movimentos sociais, de aplicação da Lei de Segurança Nacional, instrumento típico da ditadura militar brasileira e que tinha claramente o objetivo de impedir a liberdade de manifestação e de contestação do estado.

Diante das dificuldades em justificar a aplicação de uma lei da ditadura no contexto atual, o Brasil, seguindo a tendência mundial, criou lei tipificando o crime de terrorismo. Assim, o estado dá-se norma para legalizar

ações que escapariam os limites impostos pelo respeito aos direitos constitucionais, dando a aparência de legitimidade àquilo que lhe é proibido. E as primeiras consequências já apareceram.

Por fim, é possível mostrar que a prevalência do estado sobre o direito está fora das premissas do direito e do constitucionalismo modernos, que a lógica do direito constitucional é de contenção e subordinação do poder. Também é preciso entender que a prevalência do estado sobre o direito decorre da formação da ideia de nação do século XIX e, portanto, suas consequências podem ser vistas como desvio da razão de ser do direito constitucional, que não se confunde com a constituição dada a si mesma pelo estado, mas decorre do desenvolvimento da compreensão de que é preciso limitar o poder.

Essa mudança de perspectiva do papel da constituição (aqui tratada como desvio) tem consequências visíveis e perigosas para os indivíduos submetidos ao poder estatal. Os exemplos brasileiros ilustram bem a situação, tanto nos casos de recusa de proteção em situações que se relacionam com a ideia de boa ordem social quanto nas estratégias de dar ares de legalidade àquilo que foi chamado de lógica do estado de exceção.

É necessário retornar às ideias do liberalismo político e do iluminismo de que o direito vincula igualmente a todos (inclusive o estado) e que a constituição deve ser elemento definidor, condicionante e limitador do estado, não norma a ser usada de acordo com sua mera conveniência. Os direitos fundamentais e as ações políticas precisam ser compreendidos como formas de manifestação da liberdade moderna, liberdade que se apresenta como proteção contra todas as formas de opressão.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Traduzido por Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. In: *Legisprudence*, vol. 1, n. 3, pp. 1-17, 2009.
- AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights*. Virginia: Yale University, 1998.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Traduzido por José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BENJAMIN, Walter. Critique of violence. In: _____. *Selected Writings*.

- Edited by Marcus Bullock and Michael W. Jennings, Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- BIANCHI, Alberto B. *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2009.
- BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e de política na transformação das nações*. Traduzido por Cristiana Serra, Rio de Janeiro: Campus, 2003
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995
- _____. *Locke e o direito natural*. Traduzido por Sérgio Bath, 2.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BODIN, Jean. *On Sovereignty: four chapters from 'The Six Books of the Commonwealth'*. Edição de tradução para inglês de Julian H. Franklin, Cambridge University Press, 1999.
- CAENEGEM, R. C. van. *The birth of common law*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- DERRIDA, Jacques. *Fuerza de Ley: el fundamento místico de la autoridad*. Traducción de Adolfo Barberá y Antonio Peñalver. In: *Doxa*, vol. 11, p. 129-191, 1992.
- DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Vol. 2: Formação do Estado e civilização. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1993.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. s/l: Editorial Trotta, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Traduzido por Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Traduzido por Raquel Ramalhete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GELLNER, Ernest. *Nacionalismo e Democracia*. Traduzido por Vamireh Chacon *et alii*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Traduzido por Norberto de Paula Lima, 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997.

- HOBBSAWN, Eric J. *Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. Traduzido por Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino, 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Traduzido por Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1978.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORABITO, Marcel. *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 2008.
- MOUFFE, Chantal. *On the political*. New York: Routledge, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RENAN, Ernest. *Qu'est-ce qu'une nation?* Marseille: Le Mot et le Reste, 2007.
- ROSANVALLON, Pierre. *The demands of liberty: civil society in France since the Revolution*. Translated by Arthur Goldhammer. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. In: *Southern California Law Review*, vol. 74, p. 1307-1351, 2001.
- ROTELLI, Ettore. Ancien Régime (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco (coords.). *Dicionário de Política*. Coord. de tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4. ed. Traduzido por Norma Azevedo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SIMON, Henrique Smidt. Aborto de anencéfalo e interpretação exegética: uma discussão à luz da decisão do STJ no HC n. 32.159/RJ. *Atena: revista integrada dos cursos jurídicos IESB e Metropolitana*, v. 1, 2006.
- _____. Direito como força e direito como emancipação: considerações para uma mudança de perspectiva. In: AVILA, Carlos F. Dominguez; XAVIER, Lídia de Oliveira; FONSECA, Vicente. *Direitos Humanos, violência e cidadania no Brasil*. Vol. 3, Curitiba: CRV, 2015.

- SINGER, André. Brasil, junho de 2013: classes e ideologias cruzadas. In: *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 97, São Paulo, nov. 2013, pp. 23-40. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000300003>.
- ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

Recebido em 28 de outubro de 2015

Aprovado em 2 de setembro de 2016