

# Estado de Direito, Difusão e Diferenciação:

## A Tentativa de uma Teoria Geral

### Rechtsstaat, diffusion and differentiation: attempting a general theory

Leonardo Antonacci Barone Santos<sup>1</sup>

Ingrid Oliveira de Almeida<sup>2</sup>

#### Resumo:

O presente artigo visa recuperar o sentido dos princípios da difusão e da diferenciação dentro de uma teoria para o Estado de Direito empreendida por Danilo Zolo. Nesse sentido, evidencia o embasamento jusfilosófico e histórico do princípio da difusão e quais são os institutos normativos pelos quais o princípio se concretiza. Quanto ao princípio da diferenciação, esboça a teoria dos sistemas com a qual Zolo usará para explicar a diferenciação do poder e, em seguida, mostra-a no funcionamento de um Estado de Direito.

#### Palavras-chave:

Estado de Direito. Direitos Fundamentais. Separação de Poderes. Teoria dos Sistemas. Danilo Zolo.

#### Abstract:

This essay aims to recover the meaning of the principles of distribution and differentiation inside a theory for the State of Law made by Danilo Zolo. Therefore, shows the philosophical and historical foundations of the principle of distribution and the normative institutions whereby its is achieved. Regarding the principle of differentiation, it outlines the systems theory by which Zolo uses to explain the differentiation of Power, and later, demonstrates off its behavior inside a Rule of Law.

#### Key-words:

State of Law. Fundamental Rights. Separation of Powers. Systems Theory. Danilo Zolo.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. É monitor voluntário da disciplina Teoria do Estado I, vinculado ao Departamento de Direito Público da Faculdade. E-mail: leonardoantonacci@hotmail.com

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: Ingrid\_o\_a@hotmail.com

## 1- Introdução: o debate do Estado de Direito

O final do século XX concentra fatos de extrema relevância para a política mundial, para o Direito e, em especial, para o Estado de Direito. É o período em que se marca a transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito e se aquecem as discussões sobre uma teoria do Estado de Direito frente a esses novos fatos.

O ano de 1989 é emblemático para criar esse contexto: cai o Muro de Berlim para se confirmar a desconstrução do Estado socialista, o fracasso do socialismo real, e se afirmar a construção de um modelo ocidental baseado no capitalismo e na democracia liberal. Esses eixos são tidos, então, como o cume da evolução da civilização Ocidental, ao ponto de se afirmar o fim da história:

A vitória do Ocidente é cantada como o fim da história: “Dissolvido o socialismo do partido único e da ditadura, decretou-se, por igual, o fim da economia dirigida assim como o termo das ideologias que lhe serviam de sustentação. Nunca se louvou tanto a economia de mercado do capitalismo quanto agora, apregoando-se virtudes que lhes seriam ínsitas” (HORTA, 2011, p. 171)

É sob as forças adquiridas pelos mercados econômicos dentro das redes da globalização que passa a se criticar os poderes de soberania do Estado Nacional como o rosto de um pensamento antiestatalista (HORTA, 2011, p. 177). Chega-se a negar o atributo de soberania para os Estados, que passam a ceder aos mandos das Nações Unidas.

Soma-se a isso perspectivas teóricas de quarta e quinta gerações de direitos e a pretensões universalizantes de direitos fundamentais no esteio do Estado Democrático de Direito. É levando em consideração a inflação das declarações de direitos e a impossibilidade material de universalizá-los completamente que Danilo Zolo conclui pela “efetividade decrescente da proteção dos direitos”: “a garantia dos direitos tornou-se sempre mais seletiva, juridicamente imperfeita e politicamente reversível. Pode-se falar, em suma, em uma espécie de ‘lei de efetividade decrescente’ das garantias dos direitos subjetivos” (ZOLO, 2006, p. 76).

É, pois, na segunda década do século XXI, mister retomar o debate acerca do Estado de Direito para que possamos devolver-lhe a importância que tem para os direitos fundamentais, conquistados em continuas lutas há mais de 200 anos.

Deve vir em primeiro lugar a certeza de que Estado de Direito não se limita a Estado Legal. Este seria unicamente aquela formulação de Estado que se expressa por

meio do Direito e atua dentro dos limites do Direito. Muito além disso, o Estado de Direito é aquele que “confere aos direitos fundamentais primazia axiológica: não há norma mais importante que aquelas que consagrem direitos, tornam-se nucleares a todo ordenamento jurídico.” (ZOLO, 2006, p. 36). Ele assume, para além da expressão jurídica formal, um determinado conteúdo, que não pode ser outro senão a garantia de direitos fundamentais e é justamente esse o fim ético do Estado de Direito.

Então, a partir da definição deste fim ético que o Estado de Direito vai buscar as maneiras de melhor realizá-lo. É o Direito que aparece como melhor caminho para a consecução desse fim. Criam-se estruturas jurídicas-políticas aptas para garantir direitos fundamentais e é aqui que Zolo enxerga os princípios da difusão e da diferenciação como basilares ao Estado de Direito, ao ponto de se incluírem na sua definição:

O Estado de Direito pode ser definido como a versão do Estado Moderno europeu que, com base em uma filosofia individualista [...] e através de processos de difusão e diferenciação do poder, atribui ao ordenamento jurídico a função primária de tutelar os direitos civis e políticos (ZOLO, 2006, p. 48)

A tentativa daqui em diante é de retomar a discussão sobre o Estado de Direito feita por Zolo e demonstrar como esses dois princípios são basilares à essa forma política. Faz-se isso numa tentativa de captar as referências axiológicas, históricas, as modalidades normativas e as formas institucionais advindas das diversas experiências do Estado de Direito (*Rechtstaat, Etát de Droit, Rule of Law* inglês e americano, para citar os clássicos) para se construir uma interpretação central, ou uma Teoria Geral para o Estado de Direito.

## 2- O Princípio da Difusão

Diante do contexto pelo qual surgiu o Estado de Direito, devemos ter como ponto de partida a separação empreendida pela doutrina liberal entre sociedade e Estado. Esta dicotomia é consequentemente operada pelas separações entre Moral-Estado e Economia-Estado e aloca em cada um de seus pólos determinados elementos. Na sociedade civil, vigoravam as autonomias morais e econômicas dos indivíduos; via-se nela uma racionalidade que a conduziria ao progresso econômico, moral e intelectual pela simples competição entre as autonomias dos entes particulares que a compunham. Era na sociedade que os homens agiam livre e igualmente, interligando-se e progredindo, exercendo sua autonomia sem interferências externas. Ao Estado, à comunidade política,

restava estabelecer limites à sua atuação de forma que não interferisse na sociedade civil, garantindo o progresso por sua abstenção. O Estado abdicaria, em nome dos interesses individuais, de qualquer pretensão de promover um bem comum e se vincularia à figura do “Estado Guarda-Noturno” (*Nachtwachterstaat*, para usar o termo de Lassalle).

É figurativa, então, a teoria política de Wilhelm Von Humboldt, que vê na ação positiva do Estado - isto é, a busca de *bem-estar positivo* - um vício, e submete a intervenção do Estado a limites rigorosos de forma que “não desenvolva outra ação que a estritamente necessária para garantir a segurança interna e externa” (HUMBOLDT *in* NOVAIS, 2006, p. 72). É contra o Poder, sem dúvida, que se levanta a separação Estado-sociedade, as Revoluções Burguesas e toda a teoria do Estado de Direito.

O impulso pelo aparte entre sociedade e Estado é tão forte que tem reflexos, inclusive, nas declarações de direitos. Não é por menos que a declaração de 1789 separa os direitos entre os do *homem* e os do *cidadão*. O homem enquanto indivíduo na sociedade civil e o homem enquanto cidadão na sociedade política. Naqueles, imperam as *liberdades* - o poder de agir e não agir - sem interferências. São as liberdades dos modernos<sup>3</sup>; Enquanto que nesses, são os *poderes* (FERREIRA FILHO, 2005); A correspondência moderna das liberdades dos antigos. São as formas de participação no poder político.

Sendo assim, a dicotomia teria de compatibilizar dois aspectos aparentemente contraditórios: “construir um Estado separado do corpo social, mas ao mesmo tempo subordiná-lo ao seu controle e adaptá-lo a suas exigências.” (NOVAIS, 2006, p. 74). Em uma análise do “jovem Marx”<sup>4</sup>, “Os ‘direitos do cidadão’ passaram, então, a servir de meios de proteção aos ‘direitos do homem’, e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil”. Eis então que, por mais que fossem separados, era a sociedade civil que deveria tomar as rédeas do Estado e controlá-lo.

Acompanhando a separação Estado-sociedade, ocorre também uma virada paradigmática com a qual aquela guarda relações de estreita necessidade, a saber, uma nova visão do sujeito e dos direitos; a inversão na relação entre o homem e o Estado. Se, em um primeiro momento, o homem se restringiu a ser súdito do Estado, do qual obtinha deveres e no qual se integrava sem perspectiva de cindir, noutro ele era cidadão, portador de direitos perante o soberano, atribuindo-lhe o dever de reconhecê-los e tutelá-los

---

<sup>3</sup> Com referência a clássica categorização empreendida por Benjamin Constant no ensaio “Da Liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos”

<sup>4</sup> Período em que prevaleceram os escritos mais voltados para a política e a filosofia pura.

juridicamente. “É abandonada, assim, uma concepção organicista de vida social, que faz da integração do indivíduo a condição mesma da sua humanidade e racionalidade.” (ZOLO, 2006, p. 33). O indivíduo é extraído da lógica dos pertencimentos a corpos coletivos que lhe realizavam a essência, e passa a ser entendido como um sujeito unitário de interesses e direitos.

É dessa nova perspectiva antropológico-filosófica - em que o homem é titular de direitos, é cidadão - somada à tomada liberal-burguesa do poder, que vão surgir os caminhos para uma primeira geração de direitos fundamentais. São liberdades inerentes ao homem e que cabe ao Estado reconhecê-las e tutelá-las. São limites à atuação do Poder. Vejamos como Bonavides coloca:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2011, pp. 263-264).

Os direitos de primeira geração têm como centro gravitacional a liberdade individual; concebe-se uma esfera de individualidade, de subjetividade, na qual é obstada a intrusão estatal e o próprio homem goza do direito de impedir essa intrusão. Eles dão à luz as liberdades de consciência, de associação, de expressão, de imprensa, de reunião, de locomoção; do direito à vida, à integridade, à propriedade privada, direito à segurança. Vê-se também as garantias processuais de habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, devido processo legal. Esses direitos têm cunho evidentemente liberal e individualistas, que procuram garantir a esfera individual de liberdade, livre competição e livre discussão. São também pertinentes à primeira geração os direitos políticos, ou *poderes*, como aqui já foram chamados.

A fundamentação filosófica desses direitos do indivíduo segue o influxo racionalista que fluía a época. Fica a cargo do contratualismo que age para afirmar a origem natural e pré-estatal desses direitos. São direitos inerentes ao homem e que não podem ser negados. Há clara a existência, nessa corrente, de direitos no estado de natureza e que não dependem de uma positivação pelo Estado. Locke, por exemplo, assevera que estado de natureza não se confunde com licenciosidade, mas que o homem dispõe da liberdade de tratar de sua propriedade. A passagem ao Estado Civil não se dá por outros motivos, senão de preservação dessas liberdades. É esse o *télos* do Estado (HORTA, 2004). É nesse sentido que assevera Carl Schmitt, que, por seu caráter inato, esses *basic*

*rights* não são titulações legais (*legal entitlements*), mas sim esferas de liberdade em que os direitos defensivos se enraízam (SCHMITT, 2007, p. 202). E continua o prussiano, para quem os direitos de liberdade:

existem antes do Estado e não recebem seu conteúdo de um estatuto, nem de acordo com as balizas de um estatuto, sequer dentro das limitações de um estatuto. Pelo contrário, eles são a livre articulação da liberdade individual que, a princípio, é desregulada. O Estado facilita sua proteção e nela encontra sua justificativa de existência (SCHMITT, 2007, p. 202).

Resta claro que, nessa concepção jusracionalista, o Estado não atribui os direitos do homem, ele os reconhece, garantindo uma esfera de liberdade ao indivíduo. Eles não dependem de uma lei, um decreto, nem sequer da própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão para que existam. Esses diplomas servem para lembrar os homens de seus direitos e para reafirmá-los. E é da tutela de direitos que o Estado de Direito retira sua *raison d'être* e sua legitimação.

É nesse caldo filosófico-político que o Estado de Direito se estrutura com o princípio da difusão. É com reconhecimento de direitos anteriores ao Estado que a difusão atua como “critério geral de atribuição de faculdades e poderes, juridicamente reconhecidos e sancionados, aos sujeitos individuais” (ZOLO, 2006, p. 36). Atribui-se (ou melhor, nas linhas aqui expostas, reconhece-se) os direitos ao homem para garantir a esfera de não-interferência do Estado, de forma que esses direitos possam ser exercidos contra os órgãos do governo, exigindo juridicamente o afastamento do Poder.

Desse modo, as titularidades de faculdades e poderes que o Absolutismo tinha concentrado nas instâncias do Poder passam a ser distribuídas e pulverizadas na sociedade civil. Confirma-se assim, em sede do Estado de Direito, a posição do homem como cidadão, um titular de direitos juridicamente reconhecidos que, em princípio, são de exercício ilimitado, enquanto que a atuação do Poder Político é limitada (SCHMITT, 2007, p. 170). O princípio da difusão também contribui para a dicotomia sociedade-Estado, porque garante à sociedade uma área de liberdade e dá salva-guardas à intromissão estatal. Faz crescer o poder do indivíduo e da sociedade civil contra o Estado, no sentido de que os primeiros controlem este.

É sob a luz das considerações de Danilo Zolo que vemos na composição e concretização do princípio da difusão três institutos normativos<sup>5</sup>, a saber, (2.1) *Igualdade jurídica dos sujeitos individuais*, (2.2) *Certeza de Direito* e (2.3) *A constitucionalização dos direitos subjetivos*. Exploraremos estes institutos a partir de então.

## 2.1 - Igualdade jurídica dos sujeitos individuais

O princípio da difusão, observando os direitos inatos do homem exaltados pelo jusnaturalismo, age com critérios de igualdade e isonomia para a atribuição de faculdades e direitos subjetivos aos sujeitos individuais. É claro que esses critérios não se dão em um *vacuum* histórico-filosófico e, nesse sentido, como nos mostra Salgado, a igualdade sempre foi um critério de justiça, desde os gregos, perpassando pelos estoicos até se juntar, modernamente, à liberdade (SALGADO, 1996: 31-32).

Não é só em elucubrações teóricas, mas também na realidade, que o Estado de Direito se instrumentaliza do caráter abstrato e geral da norma para concretizar suas pretensões isonômicas. A lei geral, em sua fase de aplicação, abarca todas as situações fáticas abstratamente previstas e trata-as de forma igual, lhes dando as mesmas conseqüências, também abstratamente estabelecidas. Só um instrumento normativo geral e abstrato pode oferecer uma impessoalidade e um tratamento igual para todos os fatos que a ele se subsumem. Logo, atos iguais terão conseqüências iguais. Com esse conceito de Lei, impede-se que hajam distorções na aplicação de princípios normativos que venham a privilegiar este ou aquele indivíduo em razão de uma ascendência familiar ou de um título. Essa isonomia, então, é a supressão de privilégios, enquanto discriminação normativa entre cidadãos que se encontrem em situações jurídicas equivalentes (ZOLO, 2006, p. 39). Obviamente, entretanto, diferem-se os vários status jurídicos, isto é, diferencia-se o proprietário do locatário; o estrangeiro do cidadão; o maior de idade do menor etc., de forma que “o requisito da igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer pessoa” (ROSS, 2000, p. 315).

Não obstante, a questão da igualdade assume um pano de fundo filosófico muito mais sutil, dizendo que a generalidade da Lei não se dá só pelo formalismo na subsunção.

---

<sup>5</sup> Danilo Zolo versa sobre quatro institutos. Adiciona considerações sobre “Unicidade e individualidade do sujeito jurídico” (ZOLO, 2006, p. 37). Ao nosso ver, esse tema já foi trabalhado ao tratar dos pressupostos filosóficos para o Princípio da Difusão.

Pela lição de Salgado, aprendemos que, em um ambiente democrático, a Lei goza de uma *ratio*, uma universalidade de conteúdo. E a *ratio* em obediência ao *ius* (direito), que aqui pensamos só poder ser o direito natural moderno, formula a regra de conduta. A *voluntas*, não arbitrária, mas fundada numa razão de ser (*ius*) é que positiva a Lei (SALGADO, 2007, pp. 102-103).

A lei não é, portanto, uma simples expressão de vontade do soberano (*voluntas*), mas sim uma norma elaborada de acordo com um bem jurídico (*ius*) de importância, o qual é tratado pela *ratio*, de forma que esta entregue razoabilidade a Lei, garantindo-lhe legitimidade. É nesse sentido que a Lei trabalha para implementar o *ius* - que é universal - , isto é, aqueles direitos inalienáveis do homem.

Não é ao léu que Schmitt assevera que “igualdade perante a lei é imanente ao conceito de lei do Estado de Direito”. Postula pela intrínseca relação entre uma e outra, de maneira que a lei contenha, intrinsecamente, a igualdade dentro dos limites possíveis. E continua o raciocínio no que tange a normas particulares:

Não há igualdade no comando individual porque seu conteúdo é inteiramente determinado pelas circunstâncias individuais do caso em questão, enquanto que a lei, no sentido do Estado de Direito, significa uma regulação normativa permeada pela ideia de justiça e esta significa igualdade. (SCHMITT, 2007, p. 194)

É válido anotar que nessa concepção de Schmitt, o *ius* é a igualdade, que se faz presente na lei (obra da *voluntas*) por meio da ação da *ratio*. Logo, a Lei, no Estado de Direito, em observância às teorias contratualistas, deve obedecer ao *ius*.

Considerações tecidas até então são referentes à igualdade formal, ou isonomia, dentro do Estado de Direito. Os teóricos se dividem para responder sobre inclusão da igualdade substancial em uma teoria do Estado de Direito, um imperativo ao final do século XIX e XX com o afloramento do Estado Social (de Direito).

É marcante na obra de Danilo Zolo a noção de que o Estado de Direito se remete unicamente à igualdade formal, e que ignora as desigualdades substanciais, não sendo de sua alçada atenuá-las e removê-las. É nesse sentido, aponta, que Albert Veen Dicey se empenha contra as reformas empreendidas pelo novo modelo de Estado, criticando-o por violar o Estado de Direito com tendências coletivistas e igualitárias (ZOLO, 2006, p. 39). Para esses autores o Estado de Direito se limita a sua roupagem liberal, de garantia de direitos e de abstenção de intervenção na esfera privada.



Do outro lado do muro, há a tese de que a igualdade substancial é sim matéria de respeito ao Estado de Direito. Borges Horta, quando discorrendo sobre os fundamentos axiológicos do Estado Social de Direito, leciona: “Em verdade, no entanto, as aspirações igualitárias jamais foram incompatíveis com o Estado de Direito, e antes já faziam, de algum modo (e até no lema revolucionário francês), parte do Estado Liberal” (HORTA, 2011, p. 129). Se tomarmos, antes de tudo, a concepção basilar de que o Estado de Direito chama para si o dever de proteger direitos, essa igualdade material e, arrisco dizer, a segunda geração de direitos, são acréscimos aos direitos fundamentais que o Estado se incumbem de garantir. É como se Zolo e autores coligados tivessem estacionados no tempo e não tivessem acompanhado as evoluções do Estado de Direito.

## 2.2- Certeza de Direito

Sendo um instituto do princípio da difusão, a certeza do direito, ou segurança jurídica, aparece como um objetivo do Estado de Direito de garantir ao cidadão a capacidade de antever as conseqüências jurídicas de seus comportamentos. Isso se passa, desde saber, com segurança, os meios de se exigir o cumprimento de um contrato, quanto no Direito Penal, em que se assume como o princípio do *nullum crimen sine lege*. A segurança jurídica é um bem social difuso (ZOLO, 2006, p. 39) que contribui para o fortalecimento das expectativas individuais e colabora para o aumento das interações sociais, visto que ocorrerão dentro de parâmetros conhecidos e confiáveis por parte dos indivíduos.

A segurança jurídica é essencial para o princípio da difusão, afinal, de nada seriam úteis os direitos se não pudessem ser exigidos com um mínimo de certeza, individualmente, contra o Poder Político e contra os outros indivíduos com quem se relaciona. Se não houvesse confiança na aplicação do Direito e na oposição de direitos, não haveria sequer um Estado de Direito e voltaríamos ao exercício arbitrário do Poder, justamente pela inépcia da aplicação do princípio da difusão ou diferenciação.

A certeza de direito necessita, para sua própria efetivação, que a lei seja aberta, que não seja restrita a uma elite capaz de achá-la e traduzi-la. É necessário que ela possua enunciados normativos claros que mostrem a quem incidem e quais são as suas conseqüências. Por detrás da identificação do direito vigente, há uma necessidade de organização no sistema normativo de forma que o Legislativo não exacerbe de seu poder

legiferante e venha a gerar antinomias; e, no extremo oposto, não deixe lacunas legislativas, para que o cidadão não seja obrigado a ignorar o ordenamento jurídico ao agir. Quanto ao Poder Judiciário, é necessário que seja respeitado o princípio do juiz natural e que os magistrados não atuem no sentido de criar regras que não são positivadas pelo Legislativo nem produzam decisões *contra legem* ou, de toda sorte, que não caiam em um ativismo judicial sistêmico.

### 2.3- A constitucionalização dos direitos subjetivos

É sempre útil lembrar que o Estado de Direito tem como epicentro a declaração e consolidação de direitos fundamentais e é nesse sentido que se inclui o princípio da difusão e sua ação para atribuir direitos subjetivos aos cidadãos. Trazer os direitos ao nível constitucional é mais uma tentativa do princípio de garanti-los. Essa tentativa ocorre independentemente do modo de proteção ou implementação constitucional que variam no perpassar de todos os modelos e experiências históricas do Estado de Direito: seja com uma constituição analítica, que fixa em seu corpo todo o rol de direitos fundamentais, ou com uma constituição mais sintética que os deixa implícitos; ou seja com um sistema de *Judicial Review*<sup>6</sup>, onde os Estados Unidos são exemplo, ou com o Controle Abstrato de Constitucionalidade. Ainda, frise-se, mesmo em um sistema jurídico em que sequer há Constituição escrita, como o do *Rule of Law* inglês, onde são frutos de tradições jurídicas e já estão consolidados (ZOLO, 2006), vigora a idéia de que os direitos estão alçados a um patamar de importância e devem ser observados.

Os subsídios teóricos para a constitucionalização dos direitos fundamentais vêm, em primeira mão, de Carré de Malberg (1985) e depois com Hans Kelsen vê-se um contributo da Teoria do Direito para esse movimento. Tem-se como panorama político da constitucionalização de direitos um medo dos liberais de que maiorias parlamentares abusassem da soberania popular e da supremacia do parlamento, isto é, usassem do Poder soberano e ilimitado para promulgar leis que firam liberdades e direitos. É tentando responder a isso que o francês recupera a crítica revolucionária da concentração do poder em um só órgão. Ora, se não pode-se concentrá-lo no monarca, tão pouco pode fazê-lo

---

<sup>6</sup> Quanto a tradição do *Judicial Review*, ver o caso *Marbury v. Madison*, julgado na Suprema Corte Americana.

no órgão singular que é o Parlamento. Eis então que Malberg ergue, contra o poder “ilimitado” do Parlamento, uma Constituição:

a realização ‘natural’ do Estado de Direito é então o delineamento de uma ‘constituição’ capaz de garantir “aos cidadãos aqueles direitos individuais que nenhuma lei tem o poder de ferir.” “O regime do Estado de Direito é um sistema de limitação, não apenas das autoridades administrativas, mas também do corpo legislativo” (COSTA, 2006, p. 153).

O que se opera, portanto, é uma nítida distinção entre lei ordinária, provinda do Parlamento (poder constituído), e Constituição, provinda de poderes constituintes; lhe supra-ordenando hierarquicamente. Nesse sentido, a primeira é submetida a ditames formais e, principalmente, materiais estabelecidos na última. Ainda que haja uma lei que ouse discordar da Constituição haverá uma tutela jurisdicional que dê a possibilidade do cidadão de resguardar suas liberdades contra a ação do legislador.

Hans Kelsen, em momento posterior, talvez não tão embebido de opções ideológicas, retoma a idéia de distinção entre lei e constituição, contribuindo com uma visão sistêmica. O que o positivista quer é organizar todo o ordenamento jurídico de forma hierarquizada, tendo como topo a Constituição. Todas as outras normas jurídicas devem ser estatuídas de acordo com os parâmetros previstos na norma imediatamente acima até que, inevitavelmente, se chegue à Constituição e tudo no ordenamento seja feito sob sua observância. A lei perde sua posição “absoluta” no ordenamento para se tornar um degrau intermediário, que se configura como aplicação de uma norma superior e, logo, os atos legislativos parecem também suscetíveis de controle (COSTA, 2006, p. 159). Kelsen, embora não construa sua teoria objetivando politicamente uma maior segurança para os direitos, de fato colabora para a idéia de supremacia da Constituição e para o estabelecimento de Tribunais Constitucionais.

Do ponto de vista do princípio da difusão, o movimento de constitucionalização de direitos fundamentais, aportado de todas as teorias, tem sempre como objetivo oferecer maior segurança e força jurídica para os direitos subjetivos. Constitucionalizados, eles passam a ser imperativos e garantias a serem remetidos a todo o ordenamento, reforçados, ainda, pelo mecanismo de controle de constitucionalidade. Ademais, os direitos constitucionais, principalmente em uma constituição rígida, requerem maiores trâmites para serem alterados (maiores quóruns, maior número de turnos, maior tempo etc); é centro disso a ideia de proteger os direitos contra ímpetos de uma maioria temporária que,

tendo controle do Parlamento, possa se atirar contra os direitos fundamentais estabelecidos.

### 3- Algumas considerações acerca da Teoria dos Sistemas

Para explicar o princípio de diferenciação do poder, Zolo se apropria de alguns termos da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que apresenta a sociedade como um sistema que está sempre se tornando mais complexo, ao se diferenciar do seu ambiente. E, ao operar, gera diversas possibilidades de resultados contingentes, que se tornam pontos de partida para outras operações, acrescentando a complexidade. Desse processo, dá-se o surgimento do que Luhmann denomina “subsistemas sociais”. Eles não são nada mais do que produtos da diferenciação funcional do sistema e sua conseqüente especificidade interna.

O Direito, por exemplo, é um subsistema social que se diferencia exteriormente dos outros subsistemas com diferentes funções, como exemplo a Matemática, a Filosofia e demais. Diferencia-se, também, internamente, especificando, por exemplo, os ramos do direito público e privado; depois, o direito constitucional, civil, penal, comercial, internacional etc. A diferenciação funcional (exterior) determina o fechamento operacional de cada subsistema, ou seja, a sua estruturação peculiar. A diferenciação interior (especialização), por sua vez, determina a sua autodiferenciação ou autopoiese (termo emprestado da biologia, que representa a faculdade do ser vivo produzir a si próprio) (KUNZLER, 2004, p. 125). Ambas produzem especificações.

Segundo Miguel Reale, na obra Lições Preliminares de Direito, “não vivemos o mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. [...] Viver é, por conseguinte, uma realização de fins” (REALE, 2002, p. 26). Os produtos das diferenciações são como os valores: alguns são selecionados e promovem fins que servirão como princípios de novas escolhas, ou de novas complexidades. O fechamento operacional e a autodiferenciação são, inclusive, aspectos essenciais para a caracterização do Estado de Direito, segundo Zolo (ZOLO, 2006, p. 43). O que será demonstrado a seguir.

### 2- Sobre o princípio de diferenciação do poder

#### 4.1 - Principais características do princípio da diferenciação como elemento do Estado de Direito

Zolo considera que o princípio de diferenciação do poder político seja um elemento característico do Estado de Direito e que são dois os aspectos essenciais que corroboram para este fim.

O primeiro aspecto diz respeito à autodiferenciação funcional do subsistema político jurídico, o que leva ao seu fechamento operacional. Essa especificação se dá sobre as formas políticas que precederam o Estado de Direito, ou seja, os subsistemas ético, religioso e econômico. Sua capacidade de funcionar autônomo a estes componentes do modelo organicístico torna-o capaz de dar definições jurídicas às capacidades, vontades e poderes dos indivíduos singulares, ao invés de defini-las de formas ético-religiosas.

Para o autor, a especificação é uma conquista evolutiva. É a causa do Estado de Direito ser um modelo tão marcado pelo individualismo, em contraposição ao organicismo que o precedeu. É, ainda, motivo para que ele tenha como pressuposto fundamental o processo geral de “positivação do direito”, mesmo nas suas versões jusnaturalistas (que fundamentam o valor da norma na concordância dos membros do grupo, ou no “contrato social”). O processo de positivação pode ser especificamente observado no *common law* inglês e na filosofia liberal alemã que marcou o *Rechtsstaat* (ZOLO, 2006: 11-22)<sup>7</sup>. Cabe, aqui, uma colocação de autoria de José Reinaldo de Lima Lopes, em sua obra *O Direito na História*, sobre o jusnaturalismo:

“Como dito, o jusnaturalismo floresce também num meio *individualista*. Há uma nova antropologia em gestação: opondo-se o homem animal político da tradição aristotélica, e ao conceito organicista de sociedade da civilização corporativa da Baixa Idade Média, o individualismo impõe-se a pouco e pouco. A sociedade passa gradativamente a ser encarada como soma de indivíduos isolados, que se organizam por formas de contrato social. O novo direito será, pois, *contratualista*. [...] Assim, a nova ética cada vez mais abandona a pesquisa de fins substantivos gerais, comuns e universais: de uma ética das

---

<sup>7</sup> Sobre o *Rechtsstaat*: “Na Alemanha, o *Rechtsstaat* não teria sido senão o ‘direito do Estado’ (*Staatsrecht*), caracterizado por um conceito de lei puramente técnico-formal (a generalidade e abstração das normas). [...] A proteção da liberdade e da propriedade, para além de qualquer formalismo legal e de qualquer ‘religião da lei’, era, na realidade, o ‘conteúdo material’ – político e ideológico – do Estado de Direito alemão” (ZOLO, 2006, p. 14).

virtudes (clássica) progressivamente se muda para uma ética dos deveres, do cumprimento de regras, de obediência a procedimentos” (LOPES, 2008: 162).

Outro trunfo da autonomia do ordenamento jurídico é o estabelecimento, no Estado de Direito, do princípio da “igualdade perante a lei” dos sujeitos, não mais considerados dentro de seus respectivos estratos sociais e familiares, já que estas são características contingentes.

Apesar das vantagens evolutivas, o formalismo conseqüente serviu como subsídio para a crítica marxiana<sup>8</sup> (MARX in ZOLO, 2006, p. 44), acerca da igualdade de direitos problematizada à luz das liberdades burguesas. O individualismo, associado à igualdade jurídica, foi base para o desenvolvimento da economia de mercado, igualmente alheia aos pressupostos organicistas. No entanto, esses aspectos não cabem, senão como contraponto, na presente análise e, por isso, volta-se às características essenciais do princípio da diferenciação como componente do Estado de Direito.

O segundo aspecto, afinal, refere-se à diferenciação interna do subsistema político, geradora de uma complexidade que se especializa e permite pluralidade estrutural e eficiência pela diversificação de modalidades no exercício do poder.

Vulgarmente interpretado como a “divisão dos poderes”, atribuída a Montesquieu – e responsável pelo devido equilíbrio entre os principais órgãos estatais a fim de evitar abusos de poder que firam aos direitos subjetivos – esse aspecto tem a complexidade demonstrada ao seccionar formalmente o Estado de Direito em duas partes distintas: 1ª) a conquista e gestão do poder político, ambos delegados à organização própria dos partidos e ao instituto eleitoral; e 2ª) “a atividade administrativa, unificada pela função de emanar decisões vinculantes por meio de procedimentos burocráticos” (LUHMANN in ZOLO, 2006, p. 45). Sobre elas, Zolo coloca:

“No Estado de Direito, diferentemente dos regimes despóticos, os partidos (como os sindicatos) não são órgãos da burocracia estatal e não têm o poder de emanar decisões vinculantes *erga omnes* [com relação a todos]. Por sua vez, a atividade administrativa articula-se segundo duas funções que, em linha de princípio, tendem a ser desenvolvidas em âmbitos institucionais diversos e com procedimentos distintos: de um lado, a atividade legislativa, atribuída principalmente a Parlamentos eletivos, que têm o poder de emanar normas gerais e abstratas; de outro, confiada essencialmente à administração propriamente dita, a atividade de aplicação das normas gerais, ou melhor, de emanação de decisões vinculantes para cada caso concreto.” (ZOLO, 2006, p. 45).

---

<sup>8</sup> Relativa ao período do “Jovem Marx”.

Sobre esse aspecto, Zolo conclui afirmando que dentro da própria administração ocorreu um processo de diferenciação funcional, na qual os magistrados se distanciaram do executivo, rompendo com a dependência burocrática. Assim, passaram a tomar decisões colocando-se como uma classe imparcial e politicamente autônoma – pressuposto problemático, segundo o autor – fato atualmente bastante discutido no meio jurídico brasileiro sob a alcunha de ativismo judicial, que, todavia, não será pormenorizado no presente artigo.

Afinal, pretende-se apresentar esquematicamente, tal qual o referido autor, as expressões do princípio da diferenciação do poder dentre as experiências históricas do Estado de Direito:

#### 4.1.1- Os limites funcionais do exercício do poder e da aplicação do direito

Se, por um lado, a autodiferenciação do subsistema político produz um distanciamento da política e do direito em relação aos subsistemas ético-religioso e econômico, em função deles serem característicos de um organicismo que não se enquadra no individualismo pujante do Estado de Direito – símbolo da mais alta evolução desse subsistema; por outro lado, ela define claramente os limites funcionais do subsistema jurídico-político, na medida em que produz uma autolimitação da soberania interna desse Estado. Afinal, ela deixa clara a cisão entre as esferas pública e privada.

Nesse sentido, a sociedade civil é isolada da competência do direito e da política, já que está relacionada, segundo Zolo, de um lado, à privacidade – religião, família, sexualidade, comunicação pessoal, criatividade etc; de outro, a autonomia dos negócios, das empresas e demais atividades patrimoniais. Ou seja, ela representa o âmbito do indivíduo. Ora, as instituições sociais só fazem sentido dentro de uma realidade histórica, pois, se tomadas por uma ótica abstrata, lhe serão subtraídos os seus valores intrínsecos. Assim, excluir a sociedade civil da competência do direito e da política é admitir que ela se diferencia do Estado e, ao mesmo tempo, que essas competências pertinentes a ele (o direito e a política) são partes indissolúveis de um sistema (político-jurídico) que não é um instrumento do indivíduo, mas, antes, seu fim último. Ou seja, apesar de diferentes, são inseparáveis. Segundo Fábio Konder Comparato, lecionando sobre a ética hegeliana:

‘Quando se confunde o Estado com a sociedade civil’, adverte Hegel, ‘e quando se lhe dá por objetivo zelar pela segurança e proteger a propriedade

privada e a liberdade pessoal, então o interesse dos indivíduos, enquanto tais, é a finalidade última em função da qual eles se reúnem [num Estado], ficando destarte cada qual livre de decidir se se torna ou não membro do Estado. Mas o Estado mantém uma relação muito diferente com o indivíduo, pois ele é o espírito objetivo, de tal modo que o indivíduo só adquire objetividade, verdade e eticidade (*Sittlichkeit*) quando é membro do Estado' (HEGEL in COMPARATO, 2008, p. 315).

O indivíduo, portanto, só se realiza como tal quando se liga ao Estado, pois é este quem dá legitimidade para tal categorização. Ao mesmo tempo, o fim ético deste é garantir os direitos fundamentais daquele. A limitação, que se corrobora com a cisão entre público e privado, torna-se uma característica da legitimação do Estado de Direito, no sentido em que, como ensina Joaquim Calos Salgado:

A origem legítima do poder não está em um ser transcendente ao homem, mas nele mesmo, na vontade do povo, pelo seu consentimento, pela técnica com que o poder se exerce segundo procedimentos pré-estabelecidos, com o voto popular, as regras de decisão da maioria e de respeito à minoria, e pela finalidade, que volta a ser ética: a declaração e realização dos direitos fundamentais. A finalidade do poder é realizar o direito no seu todo e a partir do momento da constituição e estruturação do poder, pela declaração e realização dos direitos fundamentais. Estado de Direito não é apenas o que garante a aplicação do direito privado, como no Estado romano, mas o que declara os direitos dos indivíduos e estabelece a forma do exercício do poder pelo povo, reconhecido como seu único detentor, de tal forma que a estrutura de poder traçada pela Constituição do Estado é montada tendo em vista essa declaração e garantia, como ocorre com a divisão da competência para o exercício do poder do Estado (SALGADO, 1998, p. 7).

#### 4.1.2- A divisão institucional entre quem faz e quem aplica as leis, o primado do legislativo, o princípio da legalidade e a reserva de legislação

O Estado de Direito separa as instituições legislativas das administrativas. Cabe aos Parlamentares a criação das leis gerais e abstratas, e, enquanto ao executivo e ao judiciário, o encargo de resolver os conflitos, definir as sentenças e promover a aplicação nos casos concretos. Paulo Bonavides, ao explicar a divisão dos poderes sobre a perspectiva de Montesquieu, afirma que haverá liberdade sempre que houver um governo que não compartilhe temores recíprocos com seus cidadãos, na medida em que o ordenamento jurídico seja garantido por esse governo, pois, assim, o sentimento de segurança prevalecerá. Ele, ainda, ensina que a liberdade política se extingue quando há apenas um titular de poderes, pois o temor da tirania prevalece. Escreve:



Se se trata do poder judiciário, duas conseqüências deriva o mesmo pensador da nociva conjugação dos poderes numa só pessoa ou órgão. Ambas as conseqüências importam na destruição da liberdade política. O poder judiciário mais o poder legislativo são iguais ao arbítrio, porque tal soma de poderes faz do juiz legislador, emprestando-lhe poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. O poder judiciário ao lado do poder legislativo, em mãos de um titular exclusivo, confere ao juiz a força de um opressor. A opressão se manifesta pela ausência ou privação da liberdade política (BONAVIDES, 2011, p. 150).

Os órgãos legislativos possuem um primado funcional em relação aos demais órgãos, já que são fortalecidos pelo sentido formal das leis que emanam. No entanto, isso depende da subordinação do poder legislativo aos princípios constitucionais e do controle de constitucionalidade feito pelo judiciário. Sobre isto, segundo Nuno Piçarra, “é neste contexto que se coloca o problema do controlo jurídico da legislação enquanto manifestação política, para cuja solução o princípio da separação dos poderes é chamado a contribuir” (PIÇARRA, 1989, p. 258). O “princípio da legalidade”, segundo Zolo, coloca que os atos administrativos (do Executivo ou do Judiciário) devam se subordinar a uma norma anterior; já, a “reserva de legislação”, dá ao legislativo o primado na elaboração de leis no sentido formal.

Destarte, vale acrescentar as palavras de Paulo Bonavides sobre o primeiro princípio:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* [livre de ataduras legais] e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas (BONAVIDES, 2011, p. 121).

#### 4.1.3- A que se subordinam o Poder Legislativo e o Poder Judiciário

Dentre as mais diversas experiências históricas do Estado de Direito, o Poder Legislativo se subordina à Constituição, porque seus limites estão em respeitar os direitos subjetivos que ela reconhece. Ao passo que, o Poder Judiciário (a parte da magistratura judicante, pois, para Zolo seria necessária uma exposição mais complexa para se falar da magistratura de investigação) se subordina, exclusivamente, à lei.

Destarte, na atividade administrativa, o Judiciário se separa do executivo na medida em que se coloca como um poder “neutro”, distante da realidade política e dito indiferente aos interesses políticos e sociais dessa conjuntura. Isso é usado para justificar

a atuação do juiz, que opera sem dependências hierárquicas; diferentemente do Executivo que, para fazer cumprir a lei, tenderia às suas preferências políticas, em razão dessa ser a sua natureza.

### 3- Conclusão

Zolo aparentemente empreendeu esforços para, na sua tese, construir uma Teoria Geral do Estado de Direito. A tentativa é deveras interessante, tendo em vista os aspectos comuns que as especificidades dos princípios da difusão e da diferenciação do poder alcançam dentre as várias experiências históricas do Estado de Direito.

É inegável a atribuição da importância dos direitos fundamentais como alicerce principal de todas as diversas formações do fenômeno. Tendo em vista que tais direitos constituem um verdadeiro divisor de águas na modernidade, já que antes havia a centralização autocrática do poder, na esfera do organicismo pujante e, no entanto, eles inauguraram a faceta democrática desse mesmo poder político, a fim de que ele se encarnasse nas liberdades do cidadão e na autonomia dos entes da sociedade civil, subsidiando o primado do modelo individualista.

É igualmente inegável a comum relação dessas experiências com os demais princípios: da igualdade formal, da segurança jurídica, da divisão dos poderes a fim de evitar abusos que firam aos direitos subjetivos, da legalidade e reserva de legislação; e também: a legitimação do Estado empreendida pela cisão entre público e privado e o primado dos direitos subjetivos assegurados constitucionalmente.

No entanto, dar à luz uma Teoria geral do Estado de Direito é como falar em uma Teoria Geral do Estado: não há por que generalizar já que o Estado e o Direito estão em constante transformação. A realidade que engloba esses termos é histórica, é dialética, e suas representações se dão de formas diversas em diferentes determinações do tempo e do espaço. Sobre a complexidade dos fenômenos sociais e políticos, Paulo Bonavides ensina que estão sempre a cargo de variações em um ou outro país, mesmo na prática de um regime de mesmo tipo; ou de variações de um ou outro século e até mesmo entre uma e outra geração, pois as instituições estão sempre sendo alteradas, ainda que muitas vezes carreguem o mesmo nome.

Afinal, a consciência do observador tende a se ligar ao fenômeno, na medida em que se conecta a determinado Estado, em que possui ideologias próprias e carrega os

aprendizados relativos à vivência do seu tempo. Psicologicamente, também, a variação de instituições nas quais ele se insere - seja ela religiosa, sindical e até mesmo civil, familiar ou educacional – lhe imprime uma unidade irreduzível, que indistintamente adere ao processo as características relativas às suas peculiaridades, sejam elas naturais ou adquiridas.

Bonavides também explicita, sobre a influência dos valores individuais, o entrave decorrente da incapacidade do observador de se manter neutro no evento em que se insere, a fim de, dessa forma, ater-se às conclusões imparciais e objetivas, e não às que são frutos da emoção ou dos juízos enraizados em sua mente (BONAVIDES, 2011: 39).

Por fim, o idealismo de Hegel nos transmite que o observador nunca está livre dos valores do seu povo nem dos valores do seu tempo, porque o espírito do povo (*Volkgeist*) e o espírito do tempo (*Zeitgeist*) estão sempre pairando na construção da sua identidade, ainda que ela exista munida da liberdade de transcender e alcançar o seu autoconhecimento alicerçado no espírito do mundo (*Weltgeist*), tal qual ensina José Luiz Borges Horta (HORTA, 02.06.2014: Notas de entrevista).

O autor, ao admitir a garantia dos direitos fundamentais como o fim último do Estado de Direito, busca nas estruturas jurídicas e políticas a consecução desse objetivo através dos processos de difusão e diferenciação, atribuindo, ao ordenamento jurídico, função defensora da autonomia civil.

Sendo assim, os esforços empreendidos geraram uma Teoria Comparada do Estado de Direito, afinal, a alcunha de Teoria Geral tende a almejar a determinação de padrões que não cabem em eventos distintos e frutos de uma dialética entre o tempo passado e o tempo presente, entre as facetas continentais de Estado, a sua forma inglesa ou norte-americana, realidades distintas de representações espaciais igualmente variadas dentre povos diversos. O fenômeno do Estado pode ser único na teoria, em essência; no entanto, a sua aplicação se dá em contextos contingentes que, mesmo inteligíveis sob ótica agregadora, merecem conceituações próprias. Vale, no entanto, a tentativa de ir além dessas pontuações para entender os fenômenos afins, posto que compreendam, ainda, a admirável ocorrência do que se denomina Estado de Direito e que, em outras conjunturas, não prevalece.

## Referências Bibliográficas

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

- . *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- . *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica.” In: *Estado de Direito: teoria, história e crítica*, por Pietro Costa Danilo Zolo, tradução: Carlos Alberto Dastoli, 95-198. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.
- . Notas de entrevista: 02.06.2014.
- . “Uma breve introdução à Filosofia de Estado de John Locke.” *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Julho-Dezembro de 2004: 239-260.
- KUNZLER, Carolina de Moraes. *A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. Araraquara: Revista Estudos de Sociologia, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado e do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, L. DA, 1989.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como um maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- . “Os Direitos Fundamentais.” *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (UFMG), jan. 1996: 15-69.
- . “O Estado Ético e o Estado Poiético.” *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, abr./jun. de 1998: 37-68.

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Tradução: Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2007.

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

Data de Submissão: 4 de junho de 2014

Data de Aceite: 4 de setembro de 2014

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

