

ESTADO DE DIREITO E SUJEITOS DE (NÃO) DIREITOS. A VIOLÊNCIA DA EXCLUSÃO¹

José Ricardo Cunha (Faculdade de Direito da UERJ)

¹ - II ENADIR – GT 7 Antropologia, alteridade, autoridade e constituição de sujeitos.

RESUMO

O artigo trata das origens históricas dos Direitos Humanos e de sua relação com o Estado de Direito. Afirma que a idéia do Estado de Direito culmina com a proposta de um Estado de Direito universal por meio dos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos – Direito Internacional dos Direitos Humanos. Contudo aponta o problema da exclusão social como um obstáculo efetivo para a realização do Estado de Direito. O fenômeno da exclusão social é considerado tanto em relação àqueles que só possuem deveres e não direitos - empobrecidos - como em relação àqueles que só possuem direitos e não deveres - poderosos.

Palavras-chaves: Direitos Humanos - Estado de Direito – exclusão social.

ABSTRACT

This paper is about the historical origin of Human Rights and their relation with Rule of Law. It affirms that the idea of Rule of Law reaches its top point by the idea of an universal Rule of Law made by international system of Human Rights – International Law of Human Rights. However, the paper asserts the problem of social exclusion as a serious obstacle against the Rule of Law. The exclusion social phenomenon is considered about who only have duties and don't have rights – like poor people – and about who only have rights and don't have duties – like mighty powerful people.

Keywords: Human Rights – Rule of Law – social exclusion.

ESTADO DE DIREITO E SUJEITOS DE (NÃO) DIREITOS. A VIOLÊNCIA DA EXCLUSÃO

José Ricardo Cunha (UERJ)

A garantia dos direitos humanos no Brasil e no continente latino-americano como um todo é uma realidade ainda recente, pelo menos no que concerne a dois aspectos importantes: 1) incorporação normativa ao direito interno dos tratados e pactos do Direito Internacional dos Direitos Humanos; 2) constituição de uma cultura de utilização de tais normativas tanto por parte das instituições de defesa dos direitos humanos como, principalmente, do Poder Judiciário brasileiro. Para entender o quão difícil é a garantia desses direitos, principalmente para aqueles que de fato não os possuem, é necessário que se tenha em mente um panorama histórico do processo de afirmação dos direitos humanos. A idéia aqui é buscar uma reflexão crítica sobre os obstáculos que circundam essa temática desde as primeiras declarações de direitos. Isso, por si só, já demonstra tal dificuldade, embora não justifique as falências de realização dessas garantias em um Estado que se pretenda de Direito.

Diga-se logo que a hipótese em curso é que a não garantia dos direitos humanos historicamente consagrados e a inexistência ou existência ineficaz de um sistema de proteção dos direitos humanos fere de morte qualquer pretensão político-jurídica de constituição de um *Estado de Direito*. Isso significa que de acordo com a tradição jurídica e moral das sociedades ocidentais, um estado que possa ser considerado de direito não se realiza apenas pela existência de um sistema formal de regras jurídicas e pela substituição da discricionariedade da vontade do soberano pela discricionariedade da vontade do legislador. Além disso, é preciso que existam, ao menos, outros dois elementos fundamentais, quais sejam: 1) um conjunto de normas garantidoras de direitos fundamentais de natureza civil, política, econômica e social; 2) um sistema efetivo de promoção e garantia desses direitos que alcance toda a população. Portanto, um Estado de Direito apenas se realiza quando é capaz de proteger os direitos humanos e concretizá-los nas diversas realidades particulares de um país ou nação. Essa realização é, de efeito, incompatível com qualquer forma de exclusão civil, política, econômica e social. Um Estado de Direito deve ser para todos ou não será um Estado de Direito, mas sim apenas um arremedo que pretende sustentar o que apenas pode ser

tolerado por aqueles que não são vitimados pelas diversas formas de violência que resultam da violação de direitos fundamentais.

Das primeiras garantias dos direitos humanos até um Estado de Direito universal.

O que chamamos hoje de Estado de Direito e que nos é tão caro na cultura política e jurídica mundial não é uma invenção milagrosa do mundo hodierno, mas o resultado de sucessivas conquistas históricas que afirmaram a importância e o valor dos direitos humanos. Contudo, muitos desses direitos, como veremos, surgiram para proteger apenas grupos específicos e só posteriormente alcançaram (pretenderam alcançar) a característica de universalidade ao definirem, por exemplo, que **todos** teriam os direitos iguais, ainda que vivessem em um sistema desigual de classes sociais.

Um dos expoentes modernos mais relevantes, seguramente, é a Declaração de Virgínia, proclamada em 1776, nos Estados Unidos, seguida das declarações francesas do período das revoluções, em especial, as “*déclaration des droits de l’homme et du citoyen*”, em 1789, e a “*déclaration des droits de l’homme*”, em 1795. Esses documentos, em maior ou menor escala, são os alicerces de uma concepção moral e jurídica dos direitos humanos preservados nos mais diversos tratados e pactos internacionais sobre essa temática.

Dentre esses estudos sobre o “histórico dos direitos humanos”, há uma tendência em afirmar que a consciência clara e universal de tais direitos é própria dos tempos modernos.² Seguramente, a Revolução Francesa trouxe à tona essa discussão, mas no campo jurídico-positivo a história constitucional da Inglaterra sugere alguns instrumentos claramente vinculados à história de formação do Estado de Direito. Esse debate de cunho constitucionalista não será tratado aqui, mas para demonstrar a longevidade da discussão dos direitos humanos, pode-se aludir à *Magna Carta* de 1215, conhecida como a Carta de João Sem-Terra. Uma de suas cláusulas previa que os homens livres devem ser julgados por seus pares, conforme a lei da terra. Esse dispositivo, em sua essência, pode ser considerado como a semente do devido processo legal, o qual também está expresso na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, LIV: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido*

² - SERRA, Antonio Truyol y. *Los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1977.

processo legal”. Segundo Fábio Konder Comparato, a *Magna Carta*, na Inglaterra, pode sim ser considerada como o embrião dos direitos humanos pelo fato de buscar o valor da liberdade. Para o autor, não se tratava de uma liberdade em benefício de todos, sem distinções de condição social, pois esses direitos só seriam declarados no final do século XVIII – no período das revoluções –, mas de liberdades específicas.³ Importante lembrar que a *Magna Carta* foi uma declaração solene em que o rei João da Inglaterra logrou deixar implícito, pela primeira vez na história política medieval, a possibilidade de o rei submeter-se às suas leis. Além disso, inaugurou a existência de direitos próprios, na linha dos atuais direitos subjetivos, permitindo aos nobres e à Igreja alguns direitos, que além de não dependerem do consentimento do rei, também não poderiam ser modificados por ele.

Dentre outros documentos e declarações históricas incipientes dos direitos humanos, destacam-se também a Lei de *Habeas Corpus* de 1679, seguida dez anos depois por outra Declaração de Direitos – *Bill of Rights* –, em 1689, ambas promulgadas na Inglaterra. Essas cartas também não eram voltadas igualmente para todos os súditos. Obviamente priorizavam e elencavam benefícios e direitos do clero e da nobreza. O que difere essas declarações da carta de João Sem-Terra, datada de 1215, são os pontos referentes às garantias das liberdades individuais. Isso, em certa medida, contribuiu para firmar o “*novo estatuto das liberdades civis e políticas*”.⁴ A Lei de 1679 teve uma grande importância enquanto matriz histórica de garantia judicial voltada para proteger o direito de ir e vir. Sobretudo, no que concerne à possibilidade de utilizá-lo em caso de prisão efetiva e garantir ao paciente o direito de impetrar um “*writ*” – *habeas corpus* – contra a autoridade coatora. Já a *Bill of Rights* era um documento que previa, dentre outras normas, a participação do Parlamento na condição de órgão competente para legislar e instituir impostos. Essa Carta, além de fortalecer a instituição do júri, lançou as bases de direitos fundamentais atuais que estão expressos nas constituições modernas como, por exemplo, o direito de peticionar e a proibição de penas cruéis e degradantes.⁵

Nesse cenário, mesmo sendo otimistas, não deve nos faltar discernimento para perceber que os direitos oponíveis ao Estado, no caso da *Bill of Rights*, eram direitos de alguns

³ - Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

⁴ - COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.*, p. 49.

⁵ - COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.*, p. 96.

homens, não de todos. Por isso, o domínio formal da lei, muitas vezes, pode mascarar o domínio de uma classe. Sendo assim, é necessário que os direitos humanos transcendam as desigualdades do poder de classe e sirvam para todas as pessoas (sejam inclusivos), sob pena de perpetuarem a violência que mantém jugos e nega tanto a liberdade como a igualdade. O *Rule of Law* dos ingleses não foi um estado de plena liberdade para todos, mas um processo histórico onde o direito se afirmou como um conjunto de normas, valores e procedimentos para legitimar o poder das classes dominantes. Por outro lado, é forçoso reconhecer que esse mesmo direito elevado à condição de regra máxima da sociedade ganhou autonomia suficiente para prestar-se também ao papel de salvaguarda da cidadania impondo limites ao poder destas mesmas classes dominantes. Como afirma Emilio Santoro com base nos estudos de Edward Thompson, “*para poder desempenhar uma função legitimadora, o direito, entendido como normas, proceduras e estruturas, deveria estar isento da manipulação grosseira, deveria parecer substancialmente justo*”.⁶ Ora, estamos claramente diante de um processo dialético onde o direito moderno se apresenta como resultado de um movimento concomitante de legitimação e limitação do poder das classes e grupos dominantes. Exatamente por isso, e na outra ponta desse movimento dialético, o direito atuou também tanto para acomodar como para emancipar as classes e grupos dominados. Como dito anteriormente, o Estado de Direito não nasceu pronto e acabado, mas foi sendo paulatinamente construído como o resultado das lutas concretas tanto pela liberdade e igualdade como pela efetivação dessa liberdade e igualdade para todos e não apenas para alguns.⁷

Veja-se agora outro instrumento que, seguramente, é mais um dos alicerces históricos dos direitos humanos: a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 4 de julho de 1776. Para Comparato, sua principal característica foi ser o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos na história da política moderna. Além disso, reconheceu a legitimidade da soberania popular e a existência de direitos inerentes a todos os seres humanos, independente de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Juntamente com esses ideais de igualdade e legitimidade democrática, nascia, em 1776, a sociedade mais individualista que o mundo já conheceu e, seguramente, as declarações norte-americanas eram o paraíso dos direitos individuais, o que, por si só, pode explicar

⁶ - SANTORO, Emilio. *Rule of Law e a “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 209.

⁷ - Veja-se a interessante reflexão sobre o papel dialético da lei e do direito em THOMPSON, Edward. *Senhores & Caçadores*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, pp. 331-361.

o fato de até hoje não haver muita aproximação – em alguns casos conceitual e em outros casos prática – com os direitos sociais e, menos ainda, com o direito internacional dos direitos humanos. Os Estados Unidos – ainda vale lembrar – foram pioneiros nas declarações de direitos individuais e, conforme já aludimos, isso não deve causar estranhamento. Os norte-americanos ao promulgarem a Declaração de Virgínia, em 1776, foram, de certa forma, os responsáveis pelo enraizamento da constituição moderna como ato supremo da vontade política de um povo – *We the People*. A Declaração de Virgínia diferenciava-se da *Bill of Rights* inglesa de 1689 e, segundo Comparato, deu o tom de todas as declarações de direitos humanos do futuro, particularmente, a francesa, de 1789, e a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, de 1948, por assegurar que todos os seres humanos são livres e independentes.

Com diferente coloração ideológica, a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos surgiu na França em 1789 alicerçada sobre ideais de igualdade, liberdade e fraternidade e, nesse sentido, o âmago desta Declaração possui caráter mais social – relacional – do que individual. Em outras palavras, diferentemente da Declaração de Virgínia, não eram as liberdades individuais, mas, sobretudo, a eliminação das desigualdades entre os estamentos a questão de fundo central.

A partir do século XIX, as transformações sociais no campo econômico, sobretudo, acarretaram uma ampliação na gramática dos direitos humanos, de forma que os direitos de igualdade foram incorporados à idéia de Estado de Direito. Alguns interpretam essa mudança como a passagem do paradigma do Estado de Direito para o paradigma do Estado Democrático de Direito, sendo este uma concepção ampliada tanto pela idéia dos direitos econômicos e sociais como pela idéia do alargamento das formas de participação política. Nessa esteira estão a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919. No Brasil, a Constituição de 1934 é um bom exemplo desse movimento; embora curta sua vigência ela expressou de forma eloquente importantes direitos econômicos e sociais.

Mas esse novo ideário de Estado de Direito coerente com essa ampliação da gramática dos direitos humanos não se deixou revelar apenas por meio de constituições nacionais. Também na esfera internacional houve sua consagração por intermédio de importantes

documentos tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, os Pactos Internacionais dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos de 1981 e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998. Todas essas normativas, das mais antigas às mais recentes, além de outras não citadas, serviram de base para consolidar o que se chama hoje de Direito Internacional dos Direitos Humanos, datado do último período pós-guerra. Com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o ideal do Estado de Direito foi elevado ao plano internacional, transformando o cidadão nacional em cidadão do mundo. As exigências morais e jurídicas decorrentes do reconhecimento da dignidade intrínseca dos sujeitos passaram a incorporar um acervo moral e jurídico de todo o planeta. Prova isso o fato de que, em que pesem as diversidades culturais, nenhuma pessoa razoável cogite a possibilidade de que alguém se pronuncie em uma assembléia das Nações Unidas defendendo algo como a restituição da escravidão. Da mesma forma não vingaria um discurso insensível à fome e à miséria que assola centenas de milhões de pessoas no mundo inteiro. Ainda que de fato a ordem política e econômica internacional não tenha revertido vários processos de dominação e espoliação, o paradigma da hierarquização biológica da humanidade foi oficialmente superado, dando espaço ao reconhecimento de amplos direitos morais e jurídicos.

De forma historicamente inédita, a pessoa humana passou a ser protagonista e sujeito de direitos mesmo na esfera internacional, sendo-lhe conferida a capacidade de denunciar as violações de direitos humanos nos sistemas internacionais de proteção.⁸ Com isso, o Estado de Direito alcança a máxima pretensão inclusiva, isto é, reconhece e assume que somente se realizará na medida em que incluir toda e qualquer pessoa sob sua esfera de proteção, tanto na ordem nacional como na ordem internacional. Trata-se, com efeito, de uma reação a distintas maneiras de violência que vão desde a fome até a apatridia. O que era direito de alguns, passa agora a ser proclamado como direito de todos. Como os direitos em geral se realizam por meio do cumprimento de obrigações por outrem, é possível também dizer que agora, de outro lado, o que era obrigação apenas de alguns passa a ser obrigação de todos. Em outras palavras, pessoas, grupos, instituições,

⁸ - Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo; *et al.* *Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, p. 336.

estados nacionais e organismos internacionais também passam a ser enredados nos deveres e obrigações relativos à proteção e garantia dos direitos humanos. Tudo isso em tese, claro.

Concepções de Estado de Direito e mais ou menos direitos humanos.

O cenário histórico apresentado buscou uma correlação entre a paulatina afirmação dos direitos humanos e a progressiva realização do ideário de Estado de Direito. Todavia, é possível, também, se fazer o caminho inverso, isto é, apresentar o processo histórico de concretização do Estado de Direito e sua relação com a afirmação dos direitos humanos.⁹

O direito pré-moderno, como se sabe, estava baseado num conjunto de costumes e tradições transferidas oralmente de geração em geração e sempre compatível com uma estrutura estratificada de sociedade. A *lei da terra* embora conhecida por todos não se aplicava a todos da mesma maneira. Oferecia, assim, suporte para a imposição de encargos desiguais e para a garantia de privilégios e imunidades. Da mesma forma, o direito pré-moderno não possuía um critério objetivo e público quanto ao reconhecimento da validade de uma norma jurídica. Por isso, a incorporação de uma norma ao repertório jurídico consuetudinário dava-se, basicamente, em função da força ou do poder de determinado grupo ou estrato social em relação aos demais. Para se preservar a unidade de identidade, cada grupo social procurava manter sua ordem jurídica tanto quanto possível isolada dos demais grupos, de forma a preservar sua própria estrutura de poder e costumes. Existia, portanto, uma pluralidade de ordens jurídicas. O fundamento de legitimidade dessas ordens jurídicas era assente em categorias metafísicas como a natureza das coisas ou a vontade divina.

Nessa perspectiva, o direito pré-moderno era ao mesmo tempo causa e consequência da imposição da força e do arbítrio dos mais fortes sobre os mais fracos. Claro que se poderia invocar seus próprios fundamentos para que houvesse a proteção desses indivíduos ou grupos mais fracos, ou seja, invocar direitos naturais a favor dos mais fracos. Porém, essa pretensão certamente seria facilmente destroçada diante do poder

⁹ - Aqui não será considerado o processo histórico antigo de reformas políticas na Grécia que poderiam ser apontadas como base ou até mesmo exemplos de arranjos próximos ao que chamamos hoje Estado de Direito como, por exemplo, as reformas introduzidas por Sólon, Péricles e Clístenes.

concreto dos grupos dominantes, tais como reis, senhores feudais e clérigos. Como visto anteriormente, ao se falar sobre a *Magna Carta*, foi em uma disputa entre poderosos – reis e barões da terra – que surgiu um primeiro conjunto de normas tendo em vista estabelecer direitos para os mais fracos dentre os mais fortes. Contudo, esse movimento foi importante para lançar os primeiros fundamentos para o ideal de regulamentação pública e objetiva do poder dominante ou, ao menos, de parte dele.

Foi mesmo com o estado moderno que surgiu o Estado de Direito como um “estado legal”, isto é, com a afirmação do princípio da legalidade como fonte exclusiva do direito válido. Nessa concepção de validade as normas jurídicas são dissociadas formalmente das tradições e de seus conceitos de verdade e justiça. A norma vale porque produzida pela autoridade competente. O poder legiferante representa o clímax desse estado legal de direito ou estado legislativo de direito.¹⁰ O direito é tomado como uma questão de autoridade por oposição à arbitrariedade. Todos os poderes públicos devem ser exercidos em nome da lei. Böckenförde, ao estudar a origem e evolução do conceito de Estado de Direito explica que a concepção formal deste se conecta com a necessidade de adequação de procedimentos especialmente em relação à administração pública, isto é, como um tipo de estado administrativo de direito a vincular não só o administrado mas, principalmente, a própria administração.¹¹ Essa restrição formal ao arbítrio do governante, típica desse *estado legislativo de direito*, por certo que representa uma importante conquista para os direitos humanos, como visto ao se comentar o *Rule of Law* dos ingleses. A mera contenção do arbítrio do soberano já é em si uma forma de proteção dos mais fracos. Além disso, a substituição do “viva o rei” pelo “viva a lei” ou pelo “viva a república”, é uma forma de transferência simbólica do próprio poder, ou, ao menos, do sentimento de onde nasce o poder. Claro que essa transferência simbólica não é em si suficiente para romper com a ideologia do poder dominante e suas manifestações concretas, mas é mais uma ferramenta que se agrega ao trabalho de resistência dos oprimidos.

Há nesse estado legislativo de direito uma espécie de autonomização do próprio conceito de direito que se separa de outras esferas morais para buscar em si mesmo sua

¹⁰ - Cf. FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o Passado e o Futuro*. In COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 419-424.

¹¹ - BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 25.

fonte de legitimidade. A linguagem e os procedimentos jurídicos são reconduzidos à sua própria técnica de maneira isolada e independente em relação a outras formas de saber. Aqui o estado de direito é sinônimo do direito do estado, afirmando o monismo jurídico em detrimento das práticas consuetudinárias. Para os países da *common law* a conciliação entre o direito costumeiro e o direito estatal veio por meio das cortes de justiça. Coube ao Poder Judiciário redizer o direito aceito como válido, travestindo-lhe da necessária autoridade e, portanto, legitimidade. Dessa idéia aparente de imparcialidade do estado legislativo de direito resulta o direito humano às diversas liberdades que são próprias da vida civil e política. Por exemplo, as liberdades de consciência, crença e culto; ou as liberdades de pensamento, expressão e imprensa; ou, ainda, as liberdades de reunião, associação e voto. Direitos estes que podem ser exercidos contra o próprio estado caso este exceda seus novos e claros limites.

Contudo, o processo desencadeado na Segunda Guerra mundial colocou em crise esse modelo de Estado de Direito centrado na vontade do legislador. Seria necessário a subordinação do próprio legislador e mesmo da lei à uma lei superior: a constituição. Para os que imaginam ser óbvio esse raciocínio, é importante ter em conta que no modelo do estado legislativo de direito a constituição, embora existente, ocupava papel meramente ilustrativo. Ferrajoli lembra que “*até cinquenta anos atrás, não existia, no senso comum dos juristas, a idéia de uma lei sobre as leis e de um direito sobre o direito*”.¹² O Brasil é um caso emblemático dessa afirmação, na medida em que a jurisprudência de nossas cortes, até o início da década de noventa, sempre esteve baseada na legislação infraconstitucional até mesmo quando essa conflitava com a constituição em vigor.

Com essa mudança entra em cena um novo modelo de Estado de Direito que pode ser chamado de *estado constitucional de direito*. De acordo com esse modelo, não é a vontade do legislador que deve prevalecer para conter o arbítrio do governante, mas sim a vontade da Constituição que deve se impor tanto para o governante como para o legislador. Isso vale não apenas no sentido formal, mas, também, no sentido material. De efeito, mesmo que uma norma seja formalmente válida, ela ainda assim será inválida caso substancialmente viole diretriz, princípio ou regra constitucional. Aqui a constituição não se restringe a fixar os parâmetros da organização do Estado ou os

¹² - FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 435.

limites da formação pública de vontades, mas confere poder normativo efetivo aos valores que estruturam a ordem social.¹³ Isso implica significativa mudança nas esferas política e jurídica da sociedade. Do ponto de vista político, a legitimidade não se reduz mais ao cálculo das maiorias, mas decorre também da consonância do discurso e da prática com os valores e princípios constitucionais. O estatuto do jogo político não pode mais desconsiderar a gramática constitucional e, por conseguinte, dos direitos humanos que ela preconiza. Do ponto de vista jurídico, a autonomia técnica do direito precisa igualmente se render aos valores e princípios constitucionais de sorte que passa a ser inaceitável o raciocínio jurídico que embora aparente ser tecnicamente adequado não se conforme à axiologia constitucional. Esse impacto pode ser mais claramente percebido no papel da jurisdição que passa a transcender a mera relação juiz e legislação infraconstitucional.¹⁴

O estado constitucional de direito se configura como um sistema jurídico complexo. Lacunas e antinomias não são negadas nem vistas como defeitos necessariamente, mas como a inevitável decorrência da interconexão dinâmica de diversas normas e fontes normativas. Isso coloca como tarefa permanente para o próprio Estado de Direito, seja por meio de executivo, legislativo ou judiciário, equacionar as antinomias e integrar as lacunas a partir da constituição, isto é, de seus fins, valores e princípios, como uma forma de corrigir-se a si mesmo. Nesse sentido, o Estado de Direito não é um dado pronto e acabado, mas um projeto em permanente construção. No que diz respeito à articulação desse raciocínio com os direitos humanos, Ferrajoli afirma ser tarefa da ciência do direito *“examinar as antinomias geradas pela presença de normas que violam os direitos de liberdade, como as lacunas geradas pela ausência de normas que satisfaçam os direitos sociais e, por outro lado, solicitar a anulação das primeiras porque inválidas e a introdução das segundas porque devidas”*.¹⁵

Assim, em síntese, é possível falar em dois modelos de Estado de Direito: antes e depois da Segunda Guerra. No primeiro modelo – anterior à Segunda Guerra – prepondera o princípio da mera legalidade onde os poderes públicos são exercidos conforme a lei e existe, portanto, uma limitação formal aos poderes de estado. Já no segundo modelo – posterior à Segunda Guerra – os poderes de Estado estão vinculados a princípios

¹³ - BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁴ - FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 425.

¹⁵ - FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 436.

jurídicos e morais substantivos reconhecidos na forma de direitos humanos inscritos na constituição, sendo esta constituição reconhecida como um direito para o próprio direito.¹⁶ Vale frisar que poderia ser analiticamente frágil o raciocínio que partisse de imediato para a compreensão direta e isolada do segundo modelo de Estado de Direito na medida em que este surge num processo de superação dialética em relação ao primeiro modelo.¹⁷

Não obstante o processo histórico de concretização do Estado de Direito, com ênfase no estado constitucional de direito, e sua relação com a afirmação dos direitos humanos, é imprescindível que seja levado em conta o problema da **exclusão** de pessoas e grupos sociais da égide do Estado de Direito. É importante que se diga que tal exclusão não se apresenta como um defeito aparente do Estado de Direito, isto é, não parece ser um problema interno, mas externo. Por que tantas pessoas admitem viver e conviver tranqüilamente numa sociedade na qual a organização das instituições não é capaz de alcançar a plenitude das pessoas? Reformulando e simplificando a pergunta: por que tantas pessoas convivem tranqüilamente com uma ordem excludente? Bem, indubitavelmente são muitas as respostas possíveis. Certamente a primeira e mais óbvia é: porque não são elas as excluídas. Quando se está minimamente confortável numa situação, há mais tolerância para os problemas que se apresentam. Mas o ponto aqui é que parece haver certa resiliência com o processo de exclusão na medida em que ele não é identificado como um problema intrínseco do sistema, mas como uma questão de alcance. Por essa lógica, caso o sistema fosse estendido até os excluídos tudo estaria resolvido. Visto dessa maneira tudo parece ser uma questão de paciência, ou seja, dar tempo ao tempo para que, aos poucos, o Estado de Direito seja paulatinamente ampliado até que alcance todas as pessoas. Contudo, o problema maior é que na medida em que estamos falando do próprio Estado de Direito, o fato de haver pessoas e grupos que se excluem ou são excluídos dele representa uma falha estrutural e não uma limitação do seu alcance. Essa idéia de exclusão do Estado de Direito como uma falha estrutural do mesmo será vista em dois aspectos: 1) dos que estão acima do Estado de Direito; 2) dos que estão abaixo do Estado de Direito.

¹⁶ - FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 417.

¹⁷ - Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 17-45.

O fenômeno da exclusão e a (não) vigência do Estado de Direito.

Em geral, quando se pensa nos limites do Estado de Direito imagina-se a situação dos menos favorecidos. Contudo, uma das graves falhas do Estado de Direito é a situação de muitas pessoas dentre os mais favorecidos. Tais pessoas, por razões econômicas, políticas, culturais, corporativas ou burocráticas, são colocadas “acima da lei” ou “acima da constituição”. Para elas não vale nem o princípio da mera legalidade, muito menos a vigência do estado constitucional de direito. Elas são detentoras de imunidades e privilégios que protegem a elas mesmas e aos seus respectivos sistemas de vantagens. A ordem das coisas parece voltar-se para tais pessoas de modo a sempre preservar seus interesses. Mas ainda que essa ordem institucional não lhes assegure seus lucros materiais e imateriais e queira enquadrar suas pretensões, essas pessoas conseguem driblar ou corromper a própria institucionalidade para assegurar suas vantagens. O que há de curioso e mais perverso nesse movimento é que ele é conhecido e sabido por todos na sociedade e a reação primeira que muitas vezes desperta no senso comum não é a de indignação, mas de inveja. Para alguns estar “acima da lei” é a maior conquista social que se pode almejar e ter. Há uma certa passividade diante de tal situação como se ela fosse inevitável. Algo que o senso comum exprime por frases como “rico não vai para a cadeia” ou “político sempre mente”. É quase como que uma integração cultural dessas perniciosas contradições à vida social e ao cotidiano. Aliás, diga-se que é exatamente dessa integração cultural que surgem bravatas do tipo “você sabe com quem está falando?”. Esta ameaçadora pergunta se sustenta sobre a existência cínica de um grupo de imunes ou privilegiados que não encontram limites para o seu sistema de vantagens e são, por isso mesmo, efetivamente capazes de se imporem sobre os demais. Em 1976, no Brasil, ficou famosa uma campanha publicitária do cigarro Vila Rica estrelada por Gerson, jogador de futebol tricampeão do mundo, onde este dizia “*gosto de levar vantagem em tudo, leve vantagem você também...*”. Essa afirmação ficou conhecida durante muito tempo como “lei de Gerson”, isto é, levar vantagem em tudo. Os que estão acima do Estado de Direito são exatamente esses que conseguiram realizar e levar às últimas consequências essa máxima de levar vantagem em tudo. Para esses há apenas vantagens e não deveres. Eles estão acima do artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que preconiza no item um que *todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível*.

A situação de ricos e poderosos que se situam acima da lei e da constituição é, como já dito, uma forma de exclusão que acontece dentro do Estado de Direito. Pode ser chamada de uma *exclusão para cima*. Esse tipo de exclusão pode ser percebido de diferentes maneiras, mas, não há dúvida, que o sentimento de impunidade é a ponta mais visível desse processo. O cidadão médio é constantemente assoberbado de informações que dão conta da dificuldade e, no mais das vezes, da inviabilidade do sistema repressivo do estado atuar eficazmente contra esses que são mais favorecidos. Ao mesmo tempo em que todos sabem dos indícios cristalinos, e algumas vezes de provas concretas, que pesam sobre os poderosos, não é comum que alguém alimente a convicção de que tais poderosos serão efetivamente punidos. Quase ninguém espera seguramente que banqueiros, empreiteiros, grandes empresários, políticos do alto escalão, desembargadores, juizes, artistas famosos e outras celebridades sejam mesmo punidos por seus crimes. É bem verdade que existe uma espécie de “sentimento de revanche” do cidadão médio em relação a esses mais favorecidos que faz com que as ações investigativas da polícia federal e as eventuais condenações pelo Poder Judiciário sejam recebidas com entusiasmo. Mas o sentimento predominante quando acontece ocasional punição dos poderosos é de “exceção que confirma a regra”. A regra se mantém como a existência de um grupo de pessoas que sempre leva vantagem nas suas relações, inclusive nas relações ilícitas, estando, por isso, acima da lei. Há uma frase muito conhecida no folclore nacional, ora atribuída a Getulio Vargas ora atribuída a Pinheiro Machado, que expressa eloquentemente a relação entre aparato institucional e privilégios e imunidades: “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”.

Se o fenômeno da exclusão no Estado de Direito já se evidencia por meio da situação dos que estão acima da lei e da constituição, ele também se manifesta de forma igualmente ou mais perversa na situação dos que estão abaixo da lei e da constituição. Se aquela é uma exclusão para cima, essa é uma *exclusão para baixo*. O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos assevera: *Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle*. Em contraste com esta norma, dados do Programa das Nações

Unidas para o Desenvolvimento – PNUD – dão conta de cerca de um bilhão de pessoas no mundo sem a nutrição adequada e sem acesso à água potável.¹⁸ Ainda segundo o PNUD, o Brasil ocupava em 2008 a 70ª colocação no relatório de Desenvolvimento Humano, numa lista com 179 países.¹⁹ É bem verdade que a política econômica, a política de seguridade social e as políticas de transferência de renda têm levado a uma consistente redução das taxas de pobreza no Brasil, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2007.²⁰ O chamado Índice de Gini, que mede a desigualdade na concentração de renda, vem mostrando algumas melhoras progressivas passando de 0,593 em 2001 para 0,552 em 2007, correspondendo, portanto, a uma taxa de redução média anual de 1,2 %.²¹ Contudo, ainda há uma pobreza estrutural e sistêmica que assola o Brasil e o mundo gerando uma desigualdade radical e níveis intoleráveis de vida. Alguns aspectos dramáticos desse quadro de desigualdade radical podem ser sintetizados da seguinte forma: 1) é praticamente impossível para quem está em estado de pobreza absoluta mudar sua própria situação por vias lícitas; 2) a maior parte das pessoas que está em situação melhor de vida não consegue se colocar na situação daquelas que estão em piores condições e não possuem a mínima idéia do que é viver de forma totalmente degradante; 3) essa desigualdade radical não diz respeito apenas à renda e consumo, mas a todos os aspectos da vida social como acesso às belezas naturais ou produções culturais e artísticas; 4) a desigualdade radical acarreta diferentes formas de violência que se manifestam difusamente na sociedade, mas atingem com mais crueldade exatamente os mais empobrecidos que são duplamente penalizados.²²

É importante que se diga que o próprio conceito de pobreza é em si mesmo complexo, admitindo uma significativa gama de interpretações. Possivelmente os professores indianos Armatya Sen e Arjun Sengupta estejam entre os principais estudiosos da

¹⁸ - Cf. <http://hdr.undp.org/en/statistics/> Acessado em abril de 2009.

¹⁹ - Cf. http://hdrstats.undp.org/es/2008/countries/country_fact_sheets/cty_fs_BRA.html Acessado em abril de 2009.

²⁰ - Cf.

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2007/comentarios2007.pdf> Acessado em abril de 2009.

²¹ - Cf. IPEA. *PNAD 2007: Primeiras Análises*. Pobreza e Mudança Social. Volume 1. Brasília, 2008, p. 4. Cabe esclarecer que quanto mais próximo de zero estiver o índice de Gini (ou coeficiente de Gini) menor será a desigualdade de renda.

²² - Parte dessa lista pode ser encontrada em POGGE, Thomas. *Para Erradicar a Pobreza Sistêmica: em defesa de um dividendo dos recursos globais*. SUR: **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, nº 6, ano 4, 2007, pp. 145-146.

matéria.²³ Com base em algumas reflexões desenvolvidas por esses autores, é possível falar-se em pobreza em pelo menos três perspectivas: 1) pobreza com base na renda; 2) pobreza como privação de capacidades; e 3) pobreza como exclusão social.²⁴

O conceito de pobreza com *base na renda* é bastante utilizado por órgãos e organismos oficiais nacionais e internacionais por permitir mensurações objetivas das condições de vida das pessoas. Dentro desse conceito, é comum se falar em pobreza extrema e pobreza moderada. Para as Nações Unidas, por exemplo o PNUD, considera-se pobreza extrema a situação daquela pessoa que ganha menos de um dólar PPC por dia, onde PPC significa dólar por *paridade de poder de compra*, isto é, aquele que elimina a diferença de custo de vida entre os países, permitindo, assim, uma análise global. Já o IBGE considera estar em pobreza extrema aquele indivíduo que possui renda mensal inferior a um quarto do salário mínimo. No mais das vezes, políticas econômicas e políticas distributivas são pensadas tendo em vista esse conceito de pobreza.

Já o conceito de pobreza entendido como *privação de capacidades* leva em consideração o quadro mais amplo de bem-estar da pessoa. Nessa linha, pobres seriam as pessoas privadas de suas capacidades, ou seja, privadas das liberdades básicas que se pode (e precisa) desfrutar para uma vida digna. Aqui a liberdade não deve ser encarada como valor individualístico e nem reduzida apenas à vida civil ou política. Entenda-se, por exemplo, liberdade para obter uma nutrição saudável, para acessar um bom sistema de ensino e saúde, para ler e escrever e conhecer lugares novos. O pleno exercício de liberdades plenas é o que coloca o sujeito em condição de exercer uma vida com qualidade. Já a limitação dessas liberdades impede que o sujeito exerça suas capacidades e possa desfrutar com autonomia sua própria vida. A pobreza aqui não é uma questão meramente quantitativa, mas qualitativa. Leva em consideração as condições de vida da pessoa e as possibilidades efetivas que ela tem de acessar e desfrutar tanto do mercado como das próprias políticas de bem-estar.

²³ - Cf. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000. SEN, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001. SEN, Amartya. *Collective Choice and Social Welfare*. San Francisco: Holden-Day, 1970. SENGUPTA, Arjun. *Poverty Eradication and human Rights*. In POGGE, Thomas. *Freedom From Poverty as a Human Right: who owes what to the very poor?* Oxford: Oxford University Press, 2007.

²⁴ - Cf. COSTA, Fernanda Doz. *Pobreza e Direitos Humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas - um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais*. SUR: **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, nº 9, ano 5, 2008, pp. 91-92.

Por fim, o conceito de pobreza como *exclusão social* leva em consideração não apenas os números da renda e as condições particulares do sujeito para o exercício das suas capacidades, mas, também, o lugar social da pessoa e a maior ou menor vulnerabilidade que essa pode ocupar no momento de se relacionar com grupos sociais e com a sociedade como um todo. Os excluídos são aqueles que por diversas razões são impedidos de participar da sociedade em geral, ou, ao menos, têm bastante dificultada essa participação. A exclusão pode resultar de razões econômicas, como tradicionalmente acontece, ou por outros fatores que transcendem o aspecto meramente monetário. Esse é o quadro de determinados grupos que são socialmente marginalizados, tais como mulheres, crianças, deficientes, negros, índios e homossexuais. Se, por um lado, é bem verdade que muitas vezes a privação dos recursos financeiros gera a exclusão social, é igualmente verdade, por outro lado, que muitas vezes é a exclusão social que gera privação de recursos financeiros.

Em qualquer uma das três definições de pobreza, é possível falar que existe uma visceral ligação entre a pobreza mesma e a violação de direitos humanos. A pobreza pode ser considerada, ao mesmo tempo, como causa e consequência da violação de direitos humanos na medida em que é razoável presumir que caso tais direitos fossem assegurados, as pessoas teriam acesso a uma renda adequada, poderiam exercer suas capacidades e seriam socialmente incluídas. Há, também, os que afirmam que ser livre da pobreza seria em si mesmo um direito humano.²⁵ De certa forma isso está presente na orientação de organismos internacionais, como o PNUD e seu conceito de *desenvolvimento humano*²⁶, e na orientação dada pela própria constituição brasileira ao elencar não apenas direitos civis, políticos, econômicos e sociais, mas ao estabelecer como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e como objetivo fundamental erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Esse arcabouço moral e jurídico não deve ser entendido apenas como uma promessa hipócrita, mas como o fundamento do Estado de Direito na maneira pela qual ele foi historicamente construído na realidade brasileira. Por isso, a *exclusão para baixo* consubstanciada na pobreza é incompatível e contraditória com o Estado de Direito que é tanto um sistema jurídico político como um ideal regulador ético-moral. Aqui reencontramos-nos com o aspecto principal de nossa reflexão que é, também, a hipótese

²⁵ - Cf. COSTA, Fernanda Doz. *Op. Cit.*, pp. 95-104.

²⁶ - Cf. <http://hdr.undp.org/en/humandev/> Acessado em abril de 2009.

sustentada: a não garantia dos direitos humanos historicamente consagrados e a inexistência ou existência ineficaz de um sistema de proteção dos direitos humanos fere de morte qualquer pretensão político-jurídica de constituição do *Estado de Direito*.

Uma visão semelhante do que estamos chamando de *exclusão do estado de direito* é apresentada Marcelo Neves, em sua obra *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O contexto para a reflexão desenvolvida pelo autor é o de total assimetria no sistema de direitos e deveres uma vez que esses não são partilhados reciprocamente na sociedade. Nessa assimétrica relação, para alguns sobram direitos e faltam deveres, enquanto para outros sobram deveres e faltam direitos. Ao interior desse sistema, os que têm mais tendem a ter cada vez mais e os que têm menos tendem a ter cada vez menos. Como parte desse cenário estão os “subcidadãos” referidos por Neves. Essas pessoas não estão completamente excluídas, uma vez que não estão livres das imposições, leiam-se deveres e responsabilidades, impostas pelo Estado. Para os “subintegrados” a totalidade dos direitos fundamentais só lhes afeta em relação ao efeito restritivo da liberdade e, por isso, são integrados ao sistema jurídico como “*devedores, indiciados, denunciados, condenados, etc., não como detentores de direitos, credores ou autores*”.²⁷ Como existem os subintegrados, existem também os sobreintegrados, mas para Neves, a subintegração é o que sustenta a sobreintegração e, por isso, são os sobreintegrados os reais titulares de direitos, mas sem qualquer subordinação à “*atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades*”.²⁸ No mesmo sentido em que foi falado aqui de exclusão, Marcelo Neves lembra que não apenas o subintegrado estaria “excluído”, mas também o sobreintegrado: este estaria “acima” do direito, aquele, “abaixo”.²⁹

Para além da infinidade de idéias e exemplos que povoam nossos pensamentos quando se fala em garantia dos direitos humanos, certamente, alguns acontecimentos mais significativos em nosso país também nos instigam a refletir sobre o significado dessa exclusão. Veja-se apenas dois exemplos que corroboram com essa assertiva: 1) o tratamento dispensado a milhares de famílias que estão acampadas à beira das estradas

²⁷ - NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.248.

²⁸ - NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 250.

²⁹ - Idem, *ibidem*.

esperando que lhes seja garantido o direito à terra, à moradia, à educação e à saúde;³⁰ 2) a decisão, em 6 de maio de 2008, do júri popular que absolveu o fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura. Ele era um dos acusados da morte da missionária Dorothy Stang, que foi assassinada em 12 de fevereiro de 2005, no estado do Pará. É sabido e notório que, até os anos dois mil, centenas de trabalhadores rurais foram assassinados no Pará e até a absolvição de Bida, como é conhecido o fazendeiro, ele era o único mandante que estava preso. Esta decisão não será discutida aqui, mas, certamente, aponta para o fato de que o instituto da federalização dos crimes contra os direitos humanos³¹ é um instrumento que pode e deve ser seriamente considerado como forma de se combater a exclusão no Estado de Direito.

O grave problema da exclusão conduz a uma corrosão paulatina do Estado de Direito. A democracia que é seu principal pilar fica atingida na medida em que a população sente comprimida entre os excluídos para cima e os excluídos para baixo. O cidadão médio é tomado, muitas vezes, por um sentimento de ameaça pela possibilidade de ser confrontado pelos interesses e sistema de vantagens de alguém que esteja acima da lei e da constituição e, assim, seja violado nos seus direitos e achacado nos seus planos pessoais. Como se não bastasse, o sentimento de ameaça também ocorre em função da possibilidade de encontro desse cidadão médio com alguém que esteja abaixo da lei e da constituição e que, não tendo mais nada a perder, comporte-se para com ele de forma agressiva ou lesiva. Tudo isso conduz a um individualismo crescente e a um movimento de fechamento social como forma de autoproteção. Nesse compasso a intolerância tende a crescer e o medo, que é sempre o pior conselheiro, passa a ditar as regras no convívio social. Como efeito assistimos a um duplo movimento: a) de um lado, o ceticismo que renuncia a qualquer esperança de que os mais favorecidos sejam, um dia, enquadrados pelo sistema jurídico e moral; b) de outro lado, a insensibilidade que torna invisível os menos favorecidos com suas respectivas dores e clamores. Tanto o ceticismo como a insensibilidade, inviabilizam qualquer tipo de reação moral e política da sociedade que

³⁰ - O Ministério Público do Rio Grande do Sul determinou em 2008 o fechamento das escolas itinerantes em acampamentos do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Em que pese qualquer boa intenção dos promotores de justiça, deve-se considerar aqui uma dupla punição às crianças e aos familiares. É preciso ter sensibilidade para perceber que estas famílias estão num grande processo social de resistência à pobreza e por estarem acampadas, isto é, em situação provisória, as crianças não podem frequentar escolas regulares. Determinar a matrícula em escolas regulares significa, na melhor das hipóteses, de duas uma: negar o direito à educação ou negar o direito à convivência familiar e comunitária.

³¹ - Cf. JUSTIÇA GLOBAL. *Violação dos Direitos Humanos na Amazônia: conflito e violência na fronteira paraense*. 2005. Disponível em <http://www.global.org.br> Acessado em fevereiro de 2009.

vai, lentamente, se acostumando com essa situação e fazendo com que cada pessoa crie seus mecanismos próprios de sobrevivência.³²

Esse quadro geral só parece ser alterado quando agudizado diante das situações mais drásticas de conflito, especialmente quando elas acontecem entre os excluídos para cima e os excluídos para baixo, embora isso seja muito raro. Nessas circunstâncias, em geral violentas e sangrentas, a corda tende a arrebentar, obviamente, para o lado mais fraco. Assim, os empobrecidos e socialmente excluídos são estigmatizados e rotulados como obstáculos à ordem e à convivência. Oscar Vilhena sugere a expressão *demonização* para aludir a tal circunstância, explicando que se trata do “*processo pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sobre o domínio do Direito.*”³³ A partir daí os demonizados passam a ser execrados social e juridicamente. Por isso mesmo a sociedade, de maneira geral, não opõe resistência àqueles que queiram eliminar os demonizados. Na verdade, isso é de alguma forma estimulado seja pelo incentivo retórico, seja pela certeza da imunidade jurídica a ser dada a quem eliminá-los. Os inúmeros casos de extermínio são provas desse fenômeno.

Para esses que são demonizados, o Estado de Direito não fracassa apenas, ele se converte perversamente em estado de não-direito³⁴ e a soberania da lei atua desaplicando-se a si, *abandonado* por completo os demonizados. Estes são convertidos em *bando* da lei. Nesse sentido, Giorgio Agamben cita as reflexões de Jean-Luc Nancy sobre a lei:

Abandonar é remeter, confiar ou entregar a um poder soberano, e remeter, confiar ou entregar ao seu bando, isto é, à sua proclamação, à sua convocação e à sua sentença. Abandona-se sempre a uma lei. A privação do ser abandonado mede-se com o rigor sem limites da lei à qual se encontra exposto. O abandono não constitui uma intimação a comparecer sob esta ou aquela imputação da lei. É constrangimento a comparecer absolutamente diante da lei, diante da lei como tal na sua totalidade. Do mesmo modo, ser banido não significa estar submetido à uma certa disposição da lei, mas estar submetido à lei como um todo.

³² - Cf. VILHENA, Oscar. *A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito*. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, nº 6, ano 4, 2007, pp. 42-43.

³³ - VILHENA, Oscar. *Op. Cit.*, p. 44.

³⁴ - Quanto a esse processo Giorgio Agamben defende a tese do *Estado de Exceção* como aquele onde a força de lei transcende a própria lei para repousar na autoridade decisional daquele que aplica (ou não) a lei. Trata-se, assim, de uma força de lei sem necessariamente lei, isto é, de um espaço aparentemente legal mas verdadeiramente anômico. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

*Entregue ao absoluto da lei, o banido é também abandonado fora de qualquer jurisdição...*³⁵

O abandono diante da lei é, por assim dizer, o abandono diante do poder de uma lei que não prescreve nada além de si mesma, além de sua própria vigência vazia e sem sentido. O abandono remete, portanto, ao poder da soberania acima da lei, isto é, ao poder político que atua por meio da lei aplicando e desaplicando a lei conforme a conveniência. É uma espécie de lei sem lei – ou sem jurisdição, como afirmou Nancy – que submete aqueles que a ela foram abandonados, ou seja, aqueles que não têm mais a quem ou a que recorrer. Estes formam o *bando* da lei. O bando é a consequência imediata do ato de *bandir*, isto é, de banir quem não pertence àquela facção. Esses que foram *abandonados*, *banidos*, são sempre vistos com maus olhos, são chamados de *bandoleiros* por que pertencem ao *bando* da lei. São considerados *bandidos* por que seu próprio abandono diante da lei é visto como um crime em si mesmo. Como bandidos, são culpados e, de efeito, tornam-se vidas matáveis. Esses são os que Giorgio Agamben chama de *homo sacer*.³⁶

A classificação como *homo sacer* remete a uma situação pior do que aquela sugerida pela classificação como *demonizado*. Isto porque se o demonizado estava, segundo afirmou Oscar Vilhena, excluído do domínio do Direito,³⁷ o *homo sacer* está abandonado ao domínio de uma legalidade que vige apenas para reproduzir-se e perpetuar-se a si mesma como forma de exercício de seu próprio poder. Ao demonizado resta sempre a esperança de ser incluído no sistema, mas ao *homo sacer* nem isso resta, pois ele já está incluído no sistema, ainda que na forma de uma exceção, isto é, por meio de uma exclusão inclusiva. Para Giorgio Agamben, o elemento chave de compreensão do *homo sacer* é a estrutura da *sacratio* conforme estabelecida no direito romano. Esta era constituída por dois elementos: o veto do sacrifício e a impunidade de sua morte. O *homo sacer* era aquela pessoa condenada pelo cometimento de determinado delito que por sua natureza o transformava em pessoa impura ou ser pertencente aos deuses. A curiosa contradição é essa que fazia da pessoa ao mesmo tempo impura e ser dos deuses, algo como maldito e anjo ao mesmo tempo. Por ser anjo – santificado,

³⁵ - NANCY, Jean-Luc. *L'impératif catégorique*. APUD AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2004, p. 66.

³⁶ - AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2004, pp. 79-117.

³⁷ - VILHENA, Oscar. *Op. Cit.*, p. 44.

sacralizado – ou pertencente aos deuses, ele não podia ser sacrificado ou executado, mas por ser impuro ou maldito ele era abandonado à própria sorte e qualquer do povo que o sacrificasse não estaria cometendo um delito, não poderia ser punido. O *homo sacer* quebra o princípio da não contradição e se apresenta a um só tempo como puro e impuro, como fasto e nefasto. Pelo crime cometido o *homo sacer* é abandonado pela lei, sendo exilado do humano sem, contudo, passar ao divino. Portanto, apesar de puro ele é não purificado, não há como expiar a culpa, por isso ele entra na comunidade humana pela sua desumanização, pela sua própria matabilidade. Afirma Agamben:

*Aquilo que define a condição de homo sacer, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio.*³⁸

O *homo sacer* representa, portanto, o processo mais radical de exclusão do Estado de Direito, não porque ele esteja circunstancialmente fora de sua égide, mas porque para ele o Estado de Direito é apenas um estado formal de direito que se apresenta como abandono da lei diante da violência de uma lei que se aplica ao não aplicar-se. Esse paradoxo, definido por Agamben como paradoxo da soberania, coloca a cru o aspecto mais cruel do fenômeno da exclusão: colocar em questão qual vida vale ser vivida. Nesse nível admite-se que podem existir vidas que chegaram ao ponto de perder a qualidade de bem jurídico e moral e, assim, já perderam totalmente o valor tanto para seu próprio portador como para a sociedade. Como vida, permanece insacrificável pelo estado, mas como vida sem valor fica sujeita à matança impune. De um ponto de vista mais pessoal e particular, esse debate nos remete para problemas como o da eutanásia, mas de um ponto de vista mais social e geral esse debate nos remete para as diferentes formas de exclusão que recaem sobre distintos grupos sociais como, por exemplo, crianças em situação de rua ou homossexuais. Quando esses são convertidos em *homo sacer* a sociedade acaba por decidir sobre o valor de suas vidas e se elas valem ou não ser vividas. É o mais absoluto abandono que se dá sob o manto da lei que assegura a ordem para a impunidade.

São vários os exemplos que comprovam esse processo. De tempos em tempos vem à tona casos de brutalidade cometidos e justificados sobre o biopoder, isto é, o poder da

³⁸ - AGAMBEN, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 90.

vida sobre a vida. No Rio de Janeiro crianças foram assassinadas enquanto dormiam na porta de uma Igreja e o senso comum achou aceitável por se tratarem “apenas” de “menores de rua”... Em Brasília jovens atearam fogo em um índio que dormia no ponto de ônibus e justificaram dizendo não saber se tratar de um índio, acharam que era “apenas” um mendigo... Em São Paulo rapazes que andavam pelo parque de mãos dadas foram espancados até que um deles foi morto; os autores explicaram que o fizeram porque eles eram gays... No Rio de Janeiro dois jovens espancaram uma empregada doméstica e justificaram dizendo que só o fizeram porque pensaram ser “apenas” uma prostituta... Aqui o advérbio “apenas” representa a vida do *homo sacer*, a vida sem valor: apenas crianças, apenas mulheres, apenas negros, apenas favelados, apenas mendigos, apenas doentes, apenas loucos etc... Do ponto de vista da ordem jurídico-política, o mais inquietante é que é possível dizer que, de certa forma, o Estado de Direito funciona sim para o *homo sacer*, funciona como uma espécie de estado de não-direito; funciona porque não funciona, pois, afinal, o que foi feito para não funcionar e não funciona, então funciona...

Buscando algumas conclusões.

Como vimos, a luta pela afirmação dos direitos humanos não se iniciou nos nossos dias, mas já vem de séculos atrás por meio de movimentos que buscaram estabelecer parâmetros de coexistência baseados na liberdade, na limitação do poder, na igualdade democrática e na convivência solidária. Nessa exata medida, foram sendo construídos tanto o ideário como o aparato institucional do que chamamos Estado de Direito. Contudo, nem sempre esse processo logrou estabelecer-se para todas as pessoas, permanecendo algumas excluídas da sua órbita jurídica e política. Tal exclusão opera tanto em relação aos que possuem privilégios e imunidades para a proteção de suas vantagens, isentando-os, portanto, da responsabilidade pelos seus deveres, como em relação aos que são abandonados da proteção pública, impedindo-os, portanto, de acessar direitos fundamentais sem, contudo, isentá-los de seus deveres. Os primeiros foram chamados de *excluídos para cima* enquanto os segundos de *excluídos para baixo*. A palavra “*excluídos*” foi utilizada pela força simbólica de sua carga semântica já que, a rigor, o primeiro grupo não é excluído em relação aos direitos e o segundo não o é em relação aos deveres.

Embora o Estado de Direito seja comumente pensado em relação à questão da previsibilidade e da segurança jurídica,³⁹ aqui a vinculação estabelecida transcende esse aspecto e recai sobre os direitos humanos como um todo, especialmente no que esses se articulam com desenvolvimento e democracia. A hipótese sustentada por esse raciocínio é de que um Estado que não assegura a todas as pessoas tais direitos não pode ser considerado um Estado de Direito, por isso o fenômeno da exclusão, nas suas diferentes facetas deve ser permanentemente combatido em nome da própria tradição moral e jurídica que sustenta tanto os direitos humanos como o Estado de Direito.

Nesse processo, é imprescindível considerar algumas importantes transformações históricas e conceituais em torno da concepção de Estado de Direito. É possível, ao menos, se falar em três aspectos: 1) um Estado de Direito sem constituição e que prioriza as idéias de liberdade e propriedade por intermédio da ação do poder legislativo contendo o arbítrio da administração pública e lhe oferecendo seus limites;⁴⁰ 2) um Estado de Direito com Constituição que visa à realização dos direitos também em sentido material, preocupado não apenas com os limites da administração pública mas, também, com a realização da justiça social;⁴¹ e 3) um Estado de Direito com constituição e amparado por um sistema supranacional de garantia dos direitos humanos.⁴² Essa terceira concepção não é excludente em relação às anteriores; ao contrário, pretende lhes aumentar o potencial de sua própria realização. Por isso mesmo ela foi identificada e priorizada estrategicamente como forma de combate à exclusão e de inclusão dos excluídos. Trata-se de uma maneira de se buscar a paz e a estabilidade ancoradas sobre a justiça social, de modo que essa sim seja considerada uma situação de normalidade que sustente a validade das normas.⁴³

Estamos diante de um cenário ainda recente. O sistema global – sistema ONU – ainda é pouco utilizado e carece de maior apoio, embora já esteja em funcionamento. O sistema africano está paulatinamente sendo implantado e o sistema asiático está amadurecendo ao seu tempo. Os sistemas europeu e interamericano estão mais consolidados, mas este

³⁹ - Cf. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 21-23.

⁴⁰ - Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estúdios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 29.

⁴¹ - BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 40.

⁴² - FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 460.

⁴³ - BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Op. Cit.*, pp. 44-45.

último ainda está muito distante do cidadão comum dos países das Américas. De qualquer maneira há importantes institutos nesses sistemas e que são historicamente recentes, tal como o reconhecimento da condição de sujeito de direito do indivíduo na esfera internacional e a possibilidade de responsabilização internacional do Estado por violações cometidas em função de sua ação ou omissão. Trata-se do direito internacional dos direitos humanos que busca aproximar cada vez mais pessoas e povos, respeitando as diversidades culturais, mas estruturando uma comunidade humana global, até porque muitas das violações de direitos possuem causas também globais. Cidadãos e Estados aproximam-se numa relação cada vez mais imbricada. Conforme Rojas, “*podemos afirmar que existe una relación triangular, donde se relacionan el Estado obligado, los súbditos y todos los demás Estados como garantes del respeto a los derechos humanos*”.⁴⁴ Por tudo isso, a não realização dos direitos humanos é um problema não apenas moral e político, mas também jurídico uma vez que pode ensejar uma denúncia em um tribunal internacional abrindo um caso contra o Estado. Para o Estado que não cumpra as determinações das comissões e cortes, pode haver desde o constrangimento moral – *power of embarrassment* – até a imposição de sanções na ordem econômica. Claro que essas possibilidades ainda estão sujeitas às correlações de força na ordem internacional. Essa ferramenta poderia ser mais um instrumento para frear aquilo que Agamben denominou de “*autorização social e política da matança*”⁴⁵, o que significa decidir qual vida pode ser morta sem que se cometa homicídio. Dessa forma, o indivíduo ou grupo quem não tenha acesso à jurisdição seja nacional ou internacional, acaba sendo separado e excepcionado do ordenamento estatal e dos próprios direitos humanos. Contudo ao mesmo tempo em que não se deve ser ingênuo a ponto de ignorar as assimetrias entre países, igualmente não se deve ser cético a ponto de desprezar o sistema de garantia de direitos como estratégia de luta democrática.

Vale ponderar que a idéia de um Estado de Direito supranacional pode ser estratégica não apenas para incluir os excluídos nas esferas nacionais mas, também, como meio de se buscar combater as disparidades e exclusões na relação entre os Estados que se dá na esfera internacional. Nesse diapasão, todos devemos estar atentos quando nos deparamos com as denúncias sobre violações de direitos humanos em países periféricos, uma vez que isso, necessariamente, não significa que estas ocorram com mais

⁴⁴ - ROJAS, Cláudio Nash. “*Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Universidad de Chile: Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2006, p. 11.

⁴⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Op. Cit.*

incidência do que em países centrais do sistema econômico mundial. Basta se lembrar que Estados Unidos e Canadá, até 2009, não reconheceram a jurisdição da Corte Interamericana e não há sinais de que pretendam fazê-lo.

Por fim, o aspecto mais importante dessas reflexões é a compreensão do fenômeno da exclusão e de como tal fenômeno inviabiliza, na essência, a realização do Estado de Direito. Numa importante pesquisa, Giorgio Agamben conclui que o exercício da soberania moderna faz com que o paradigma do exercício de governo para algumas pessoas seja o *estado de exceção* e não o Estado de Direito.⁴⁶ Agamben está certo, mas o aspecto mais drástico desse processo é que para os *excluídos para baixo* e os oprimidos em geral o *estado de exceção* não é uma exceção, mas sim a regra de um estado de não-direito que oprime pela sua violência formal e pelo abandono em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2004.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos como Tema Global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Perspectiva, 2005.

ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, instrumento de poder*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BORGES, Nadine. *Em defesa da política e da humanidade: contribuições de Karl Marx para as reflexões jurídicas contemporâneas acerca dos direitos humanos*. Revista Sociologia Jurídica, v.4, p.n.4, 2007.

⁴⁶ - Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Fernanda Doz. *Pobreza e Direitos Humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas - um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais*. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, nº 9, ano 5, 2008.

COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (ORGs). *Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CUNHA, José Ricardo. MELO, Carolina Campos. SPIELER, Paula. *Material Didático de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2004.

IPEA. *PNAD 2007: Primeiras Análises*. Pobreza e Mudança Social. Volume 1. Brasília, 2008.

JUSTIÇA GLOBAL. *Violação dos Direitos Humanos na Amazônia: conflito e violência na fronteira paraense*. 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In Os Pensadores. Textos Selecionados. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PINHEIRO, Paulo Sergio. *Os Sessenta Anos da Declaração Universal: atravessando um mar de contradições*. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, nº 9, ano 5, 2008.

POGGE, Thomas. *Para Erradicar a Pobreza Sistêmica: em defesa de um dividendo dos recursos globais*. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, nº 6, ano 4, 2007.

ROJAS, Cláudio Nash. “*Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Universidad de Chile: Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2006.

SEN, Amartya. *Collective Choice and Social Welfare*. San Francisco: Holden-Day, 1970.

SEN, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SENGUPTA, Arjun. *Poverty Eradication and human Rights*. In POGGE, Thomas. *Freedom From Poverty as a Human Right: who owes what to the very poor?* Oxford: Oxford University Press, 2007.

SERRA, Antonio Truyol y. *Los Derechos Humanos*. 2ª. Edição. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1977.

THOMPSON, Edward. *Senhores & Caçadores*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

VILHENA, Oscar. *A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito*. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, nº 6, ano 4, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.