

# O ESTADO DE DIREITO – LIBERDADE ATRAVÉS DO DIREITO<sup>1</sup>

**Markus Kotzur**

Professor Catedrático de Direito Público, Direito Europeu e Direito Internacional Público na Universidade de Hamburgo, Alemanha.

---

**Resumo:** Este artigo ilumina a importância do conceito de “Estado de direito” (*Rechtsstaat*) para qualquer forma de comunidade política ou sociedade livre. Partindo do conceito constitucional de “Estado de direito” – primordialmente na ótica do direito constitucional alemão –, ele visa ilustrar várias noções e distinções do Estado de direito traçando os contornos das facetas essenciais desse termo. Tendo como pano de fundo a globalização e o pluralismo, o artigo pretende ainda contextualizar a compreensão desse conceito à luz das mudanças constantes e dos desafios e ameaças sempre novos nos campos da economia e da política. Sua quintessência é: não há liberdade sem o Estado de direito.

**Palavras-chave:** Estado de direito. Liberdade mediante o direito. Legitimação, limitação e controle do Poder Público.

**Sumário:** **1** O caráter imprescindível da ideia de Estado de direito para a organização liberal do exercício de poder – **2** Dimensões do primado do Estado de direito – **3** Contornos do primado do Estado de direito – **4** O primado do Estado de direito nos contextos de seu mundo da vida – **5** O primado do Estado de direito como imperativo para a liberdade – Referências

---

## 1 O caráter imprescindível da ideia de Estado de direito para a organização liberal do exercício de poder

Expressar a ideia de Estado de direito, ainda mais com informações da história de seu desenvolvimento e com consciência do contexto,<sup>2</sup> em uma fórmula de fácil manejo, é um empreendimento simplesmente impossível. As culturas jurídicas que se dedicaram ao domínio do direito sob condições gerais de caráter histórico, social,

---

<sup>1</sup> Agradece-se ao CDEA – Centro de Estudos Europeus e Alemães, Porto Alegre (PUCRS e UFRGS), pelo aporte dos recursos para a tradução do presente texto. O presente texto, sua tradução e publicação também integram as atividades do Projeto CAPES Print “Tecnologia e Sociedade num mundo globalizado e em crise”, PUCRS.

<sup>2</sup> Chama-se já atenção para a importância do contexto na orientação da compreensão em HÄBERLE, Peter. *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 44 ss.

político e econômico bem distintas são demasiado heterogêneas.<sup>3</sup> Só a literatura sobre a delimitação dos termos “Estado de direito” em alemão (*Rechtsstaat*) em inglês (*rule of law*) encheria algumas estantes de bibliotecas.<sup>4</sup> Demasiado variados são, porém, igualmente os elementos parciais dos quais a ideia abrangente de Estado de direito é formada, e graças aos quais se podem, afinal, obter concretizações normativas do Estado de direito.<sup>5</sup> A literatura até se queixa de que a diferenciação hipertrófica de facetas sempre novas desnatura o princípio do Estado de direito, transformando-o em uma fórmula vazia, ou então o carrega com todo e qualquer tipo de conteúdo, tirando proveito das zonas cinzentas entre o direito constitucional “duro” e a programática política “branda”.<sup>6</sup> Isto para não falar das variantes terminológicas e conceituais que, por sua vez, estão repletas de pressupostos: Estado de direito (*Rechtsstaat*), primado do Estado de direito (*Rechtsstaatlichkeit*), ideia do Estado de direito (*Rechtsstaatsidee*), princípio do Estado de direito (*Rechtstaatsprinzip*) e, sem referência ao Estado, mas, em compensação, com um impulso particularmente programático, “domínio do direito” (*Herrschaft des Rechts*). O Art. 2º do Tratado da União Europeia postula, inclusive, o Estado de direito como fundamento axiológico da União.<sup>7</sup>

Portanto, se o Estado de direito não fosse mais do que um conceito coletivo<sup>8</sup> condicionado por sua historicidade e sobrecarregado em sua pretensão de

<sup>3</sup> Quanto à relevância dos respectivos contextos da história dos dogmas e pré-compreensões da respectiva teoria do Estado, cf. SOMMERMANN, K.-P. In: MANGOLDT, H. von; KLEIN, F.; STARCK, C. (Ed.). *Kommentar zum Grundgesetz*. 7. ed., 2018, v. 2, Art. 20, nº 229; SCHULZE-FIELITZ, H. Zur Geltung des Rechtsstaats: Zwischen Kulturangemessenheit und universellem Anspruch. *Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft*, v. 5, p. 1 ss., 2011; veja também STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed., 1984. p. 764 ss. Segundo GRIMM, D. Stufen der Rechtsstaatlichkeit. *JZ*, p. 596 ss., 2009, uma possibilidade para a estruturação – também em termos da história de seu desenvolvimento – consiste em concebê-lo em diversos níveis.

<sup>4</sup> *Rechtsstaat* é, com certeza, um termo cunhado especificamente na Alemanha; veja STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed., 1984 (nota 3), p. 764, remetendo a MICHAELIS, K. *Die Deutschen und ihr Rechtsstaat*, 1980, p. 5; da mesma forma KNAUFF, M. *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, 2012. A ideia, implícita nesse termo, de vinculação abrangente de todo poder público ao direito também encontra, porém, uma contrapartida terminológica na figura do “domínio do Direito”, que permeia de modo influente o termo em inglês (*rule of law*) ou francês (*prééminence de droit*); veja quanto a isso BOGDANDY, A. von. Grundprinzipien. In: BOGDANDY, A. von.; BAST, J. (Ed.). *Europäisches Verfassungsrecht*. 2. ed., 2009, p. 13 ss., 36; GERKRATH, J. *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe: Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des communautés et de l'union européenne*, 1997, p. 347; cf. também RÖBEN, V. *Außenverfassungsrecht: Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates*, 2007, p. 34.

<sup>5</sup> Essas concretizações são tratadas na interação entre imperativo do Estado de direito e imperativo da democracia por BREUER, R. Konkretisierungen des Rechtsstaats- und des Demokratiegebots. In: *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, p. 223 ss.

<sup>6</sup> Referências em VON MÜNCH; KUNIG, Art. 20, nº 32.

<sup>7</sup> ULLERICH, R. *Rechtsstaat und Rechtsgemeinschaft und Rechtsgemeinschaft im Europarecht*, 2011; BIEBER, R.; EPINEY, A.; HAAG, M.; KOTZUR, M. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*. 13. ed., 2019, §3, nº 13, com mais referências bibliográficas.

<sup>8</sup> HOFMANN, H. Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats. *Der Staat*, v. 34, p. 1 ss., 1995.

universalidade, seu abandono ofereceria um remédio radical. Livre do fardo de sua terminologia carregada de história das ideias, mas com frequência banalizada na retórica política do cotidiano, o olhar ficaria livre para os elementos parciais anteriormente mencionados, muitas vezes predelineados no direito constitucional positivo. Afinal, o “recurso afirmativo” ao primado do Estado de direito<sup>9</sup> (*Ph. Kunig*) não representa outra coisa do que a soma deles: desde a separação dos poderes,<sup>10</sup> passando pela proteção da confiança<sup>11</sup> até a proteção jurídica efetiva,<sup>12</sup> da reserva legal<sup>13</sup> até a responsabilidade por injustiça pela qual o Estado responda –<sup>14</sup> e, por último, mas não menos importante, até um outro grande tema, o da segurança jurídica.<sup>15</sup> Por que falar abstratamente de Estado de direito se não há um modelo abstrato e universal de Estado de direito e tampouco uma constante supratemporal de primado do Estado de direito? Só porque isso corresponde ao costume e vive do fôlego longo da tradição? A Lei Fundamental fez bem em abrir mão – ao menos expressamente – do conceito de Estado de direito no Art. 20 e também no restante de seu texto? Existe, contudo, uma razão muito convincente para se ater ao Estado de direito – justamente concebido a partir das ameaças sempre novas contra ele.<sup>16</sup> Ele é um código para a organização liberal do Poder Público. Por trás da ideia de Estado de direito – e o termo “ideia” é usado muito deliberadamente agora – se oculta a pretensão da teoria constitucional de não orientar o poder político e social na coletividade por pontos de vista de oportunidade ou do simples “consequir”, e sim segundo o critério do direito e da justiça.<sup>17</sup>

<sup>9</sup> Esses elementos são desdobrados de forma marcante por KUNIG, P. *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1986; além disso, BUCHWALD, D. *Prinzipien des Rechtsstaats*, 1996; SARČEVIĆ, E. *Der Rechtsstaat*, 1996; SOBOTA, K. *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, 1997; CALLIESS, C. *Rechtsstaat und Umweltrechtsstaat*, 2001; SCHMIDT-ABMANN, E. *Der Rechtsstaat. HStR*, 3. ed., 2005. v. 3, §26; ARNAULD, A. von. *Rechtsstaat. In: DEPENHEUER, O.; GRABENWARTER, C. (Ed.). Verfassungstheorie*, 2010, §21.

<sup>10</sup> ARNAULD, A. von. *Gewaltenteilung jenseits der Gewaltentrennung: Das gewaltenteilige System in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. ZParl.*, v. 32, p. 678 ss., 2001; DI FABIO, U. *Gewaltenteilung. In: HStR*. 3. ed., 2005. v. 3, §27; MÖLLERS, C. *Die drei Gewalten*, 2008; CORNILS, M. *Gewaltenteilung. In: DEPENHEUER, O.; GRABENWARTER, C. (Ed.). Verfassungstheorie*, 2010, §20.

<sup>11</sup> BLANKE, H.-J. *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2010.

<sup>12</sup> MAURER, H. *Rechtsstaatliches Prozessrecht. In: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. 2001. v. 2, p. 467 ss.

<sup>13</sup> LERCHE, P. *Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie. In: MERTEN, D.; PAPIER, H.-J. (Ed.). Handbuch der Grundrechte*, 2009. v. III, §62.

<sup>14</sup> Por exemplo, WINDHORST, K. *Staatshaftungsrecht*. 2. ed., 2019.

<sup>15</sup> ARNAULD, A. von. *Rechtssicherheit*, 2006.

<sup>16</sup> DENNINGER, E. *Grenzen und Gefährdungen des Rechtsstaats. Rechtstheorie*, v. 24, p. 7 ss., 1993.

<sup>17</sup> HESSE, K. *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes (1962). In: FORSTHOFF, E. (Ed.). Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968, p. 557 ss., 560 ss.; nos mesmos moldes, SCHULZE-FIELITZ, H. *In: DREIER, H. GG-Kommentar*. 3. ed. v. 2, 2018, Art. 20 (Estado de direito), fazendo referência à abordagem de Hesse e à bibliografia posterior.

Nessa perspectiva dupla que, seguindo tradições do direito natural, compromete o conjunto da ação estatal com o objetivo da justiça material<sup>18</sup> e, segundo uma fórmula corrente, deseja um domínio exigente do direito – e não apenas um simples exercício do domínio mediante o direito – o primado do direito representa a ideia de liberdade<sup>19</sup> que é constitutiva tanto para o Estado constitucional moderno quanto para uma ordem liberal do mundo.

Justamente porque tal ideia de liberdade assentada em uma vinculação jurídica tem sido reiteradamente desafiada ao longo do tempo – basta pensar, atualmente, na Hungria e Polônia, mas também na ignorância mais ou menos grande do governo Trump em relação a um ordenamento jurídico internacional baseado em regras – é preciso se ater enfaticamente a ela. A *atribuição* do primado do Estado de direito atua como definição identitária para toda forma liberal de exercício de poder, seja ela constituída como Estado ou se estenda ao espaço além do Estado. Nas palavras de A. von Arnould:

pode parecer paradoxal que o Estado de direito não dependa do Estado. Diferentemente do princípio da democracia, o princípio nomocrático não está vinculado a categorias supostamente (?) ontológicas como o “povo” (ou mesmo o “Estado”), mas se conecta unicamente com a existência de poder institucionalizado.<sup>20</sup>

Justamente por isso, sem a *narrativa* do primado do Estado de direito, dificilmente podem ser concebidos discursos que levem a avanços sobre a formação de uma ordem política baseada em regras e instituições – chegando até o discurso sobre um *international rule of law*<sup>21</sup> e “diálogos de Estados de direito” tentados

<sup>18</sup> Mais uma vez SCHULZE-FIELITZ, H. In: DREIER, H. *GG-Kommentar*. 3. ed. v. 2, 2018, Art. 20 (Estado de direito), nº 50. No Art. 20 (3), em todo caso, a Lei Fundamental pensa deliberadamente, com sua vinculação a “lei e direito”, para além do direito positivo; cf. quanto a isso HOFFMANN, B. *Das Verhältnis von Gesetz und Recht*, 2003.

<sup>19</sup> VIROLI, M. *Die Idee der republikanischen Freiheit: Von Machiavelli bis heute*, 2002.

<sup>20</sup> Arnould, A. von. Rechtsstaat. In: DEPENHEUER, O.; GRABENWARTER, C. (Ed.). *Verfassungstheorie*, 2010, §21, nº 13, nº 58 ss., com referências adicionais.

<sup>21</sup> Sobre isso se encontra, entretantes, um amplo discurso do direito internacional; entre a literatura veja, por exemplo, CARTER, J. The Rule of Law and the State of Human Rights. *Harvard Human Rights Law Journal*, v. 4, p. 1 ss., 1991; WATTS, A. The International Rule of Law. *German Yearbook of International Law*, v. 36, p. 15 ss., 1993; THÜRER, D. Internationales “Rule of Law” – innerstaatliche Demokratie. *SZIER*, v. 5, p. 455 ss., 1995; BROWNLIE, I. *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, 1998; HAFNER, G. The Rule of Law and International Organizations. In: *Liber Amicorum J. Delbrück*, 2005, p. 307 ss.; WITTIGER, M. Das Rechtsstaatsprinzip – vom nationalen Verfassungsprinzip zum Rechtsprinzip der europäischen und der internationalen Gemeinschaft? *JöR*, v. 57, p. 427 ss., 2009; CHESTERMAN, S. Rule of Law. *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2012 (online version: www.mpepil.com); NIJMAN, J. E. *Non-state Actors and the International Rule of Law*.

com maior ou menor grau de êxito.<sup>22</sup> Por fim, é justamente por isso que o *paradigma* do primado do Estado de direito não é tanto uma realidade prévia à formação da unidade política, e sim uma incumbência dada a ela: a vinculação do poder público no interesse da liberdade individual.<sup>23</sup>

## 2 Dimensões do primado do Estado de direito

Atribuição, narrativa, paradigma, diretriz da organização liberal do poder público – como se aproximar de seus traços que vão mudando com o passar do tempo?<sup>24</sup> Como, muitas vezes, as ideias nascem menos do céu de ideias platônico e reagem mais a dados da realidade, o que se oferece é uma construção a partir das necessidades existenciais e experiências existenciais de injustiça por parte das pessoas que pretendem formar uma comunidade política e precisam viver em comunidade política, isto é, os indivíduos. Entre suas mais existenciais experiências de injustiça se encontra, decerto, a de estar à mercê da arbitrariedade.<sup>25</sup> Ela surge em toda parte onde o exercício de poder não precisa – ao menos em termos intramundanos – se legitimar, não conhece limites e se subtrai a qualquer controle. A referência à realidade ainda tem um outro lado: as ideias pretendem direcionar e mudar a realidade. Essa pretensão de conformação dirige o foco para as funções. Por isso, a *fundamentação*, a *limitação* e o *controle* do poder público por meio do direito e em processos juridicamente ordenados constituem o núcleo do primado do Estado de direito e, ao mesmo tempo, sua *tríade de funções centrais*.<sup>26</sup> O “domínio do direito” também significa sempre “domínio por meio do direito” e significa sempre mais do que mero “domínio por meio do direito”. O direito, neste sentido, atua ao mesmo tempo como instrumento de exercício de poder e constitui o critério de legitimação do exercício de poder. Neste contexto, o aspecto da fundamentação do domínio necessita, por sua vez,

Amsterdam Center for International Law. Research Paper Series. p. 7. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1522520>. Acesso em: 14 maio 2019.

<sup>22</sup> Pense-se, por exemplo, no diálogo teuto-chinês sobre o direito público; veja quanto a isso o Ministério Federal de Justiça e Proteção do Consumidor em [www.bmjv.de/DE/Themen/EuropaUndInternationaleZusammenarbeit/DeutschChinesischerRechtsstaatsdialog/DeutschChinesischerRechtsstaatsdialog\\_node.html](http://www.bmjv.de/DE/Themen/EuropaUndInternationaleZusammenarbeit/DeutschChinesischerRechtsstaatsdialog/DeutschChinesischerRechtsstaatsdialog_node.html) (Acesso em: 14 maio 2019).

<sup>23</sup> VÖBKUHLE, A. Rechtsstaat unter Druck. *Die Zeit*, 27.09.2018, p. 6.

<sup>24</sup> SCHEUNER, U. In: *Festschrift 100 Jahre DJT*. v. II, 1960, p. 229, 234.

<sup>25</sup> Dentre a bibliografia, cf. SCHAPP, J. *Freiheit, Moral und Recht*. 2. ed., 2017.

<sup>26</sup> Trata-se de uma tríade que corresponde às funções da Constituição como tais; cf. EHMKE, H. *Grenzen der Verfassungsänderung*. 1953, p. 53 s.; ID. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*. *VVDStRL*, v. 20, p. 61 ss., 1963; BRUNKHORST, H. *Einführung in die politische Ideengeschichte*. 2000, p. 253 ss.; KOTZUR, M. Die Thematik des Verfassungsgesetzes. In: *HStR*, 3. ed., 2016. v. 12, §216, n° 2, com referências adicionais.

de fundamentação, pois essa função é atribuída primordialmente à democracia.<sup>27</sup> O soberano democrático, porém, realiza sua reivindicação de autodeterminação mediante o estabelecimento do direito, sobretudo do direito constitucional, e tem ciência de que, nessa sua reivindicação de estabelecimento, está juridicamente limitado, por exemplo pelos direitos humanos universais.<sup>28</sup> Como toda forma de soberania, também a soberania do povo só é tolerável porque, em última análise, é juridicamente delimitada.<sup>29</sup>

A segunda dimensão ou função central do primado do Estado de direito é a do reconhecimento.<sup>30</sup> De início, isso pode parecer surpreendente, já que o reconhecimento é primordialmente um conceito básico da filosofia social, e não um conceito jurídico.<sup>31</sup> Mas a tentativa de construção aqui apresentada é, como se esboçou acima, uma tentativa orientada pela realidade e, por conseguinte, não pode deixar de perceber que a liberdade política e social só pode ser concebida dentro de uma situação de reconhecimento razoável. A pessoa como indivíduo depende, em seu uso da liberdade e em sua reivindicação de reconhecimento social, do reconhecimento recíproco por parte das outras pessoas.<sup>32</sup> Um dos achados das ciências sociais da atualidade é que as pessoas que foram “deixadas socialmente de lado”, por não se sentirem mais, no tocante a seus temores e necessidades, levadas a sério, respeitadas e reconhecidas pelo universo da política, se radicalizam e se tornam propensas a populismos de toda proveniência.<sup>33</sup> Certamente esse reconhecimento só pode ser exigido normativamente em grau limitado, mas o Estado de direito pretende estabelecer o marco normativo determinante para isso. O Art. 1º (1, 1) da Lei Fundamental faz isso colocando o Estado a serviço do ser humano e assegura a cada indivíduo dotado de dignidade seu inelutável reconhecimento por parte do poder público. E o Art. 1º (1, 2) e o Art. 1 (2) da Lei Fundamental fazem isso impondo ao Estado deveres de proteção baseados nos

<sup>27</sup> Assim, p. ex., C. Starck contrasta a ideia de liberdade relacionada aos direitos fundamentais e a democrática (STARCK, C. Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee. In: *HStR*. 3. ed., 2005. v. III, §33, especialmente nº 29 ss.). Em contraposição a isso, P. Häberle compreende a democracia pluralista deliberadamente como consequência organizacional da dignidade humana (HÄBERLE, P. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: *HStR*. 3. ed., 2004. v. 2, §22, nº 61 ss.).

<sup>28</sup> Veja quanto a isso KOTZUR, M. Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht. In: DETHLOFF, N.; NOLTE, G.; REINISCH, A. (Ed.). *Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht: Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick/Migrationsbewegungen*. v. 49, 2018, p. 295 ss., p. 300 ss.

<sup>29</sup> Isso é explicitado pela Lei Fundamental com sua cláusula pétrea do Art. 79 (3).

<sup>30</sup> Neste sentido, é fundamental a obra de HONNETH, A. *Anerkennung: Eine europäische Ideengeschichte*, 2018.

<sup>31</sup> Concretamente, p. ex., em SCHMETKAMP, S. *Respekt und Anerkennung*, 2012.

<sup>32</sup> Veja mais uma vez HONNETH, A. *Anerkennung: Eine europäische Ideengeschichte*, 2018 (nota 30).

<sup>33</sup> Veja nesse contexto KOTZUR, M. (Ed.). *Wenn Argumente Scheitern: Aufklärung in Zeiten des Populismus*, 2018.

direitos fundamentais,<sup>34</sup> tornando estes últimos fundamento de toda comunidade humana e, assim – a palavra-chave aqui é efeito horizontal –,<sup>35</sup> preconizam um ordenamento social em que um indivíduo não possa negar ao outro um grau mínimo de reconhecimento. A consequência específica disso para o Estado de direito é a seguinte: por um lado, todo indivíduo tem direito a direitos;<sup>36</sup> por outro lado, um direito à garantia das bases mínimas da existência humana<sup>37</sup> sem as quais o uso efetivo da liberdade (incluindo o exercício dos direitos necessários para isso) nem seria possível. O Estado de direito orientado para o reconhecimento sempre é também um Estado de direito social.<sup>38</sup>

Passemos, por fim, à terceira dimensão central do primado do Estado de direito, que também pode ser exposta como consequência das duas primeiras dimensões: a conciliação pacífica e a resolução de litígios baseada no direito ou em normas.<sup>39</sup> Isso implica bem mais do que a proteção jurídica efetiva por meio de tribunais. Só quem pode ter certeza da efetivação de seus direitos (e igualmente de infraestruturas procedimentais resistentes) e, por isso, confiar nas instâncias de administração do direito se submete ao Poder Público. Portanto, a proteção jurídica e mecanismos de resolução de litígios constituem um pressuposto de legitimação da autoridade pública.<sup>40</sup> Justamente por meio da proteção dos direitos fundamentais, eles estabelecem limites concretos para esse poder e possibilitam seu controle. Por isso, o Estado constitucional liberal do atual estágio de desenvolvimento se

<sup>34</sup> Quanto aos direitos fundamentais como (também) “elementos da ordem objetiva”, veja HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., 1995 (reimpressão em 1999), p. 137 ss.; quanto aos “deveres de proteção” desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional Federal, ID., *ibid.*, p. 166 s., bem como JAECKEL, L. *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2001; SZCZEKALLA, P. *Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2002; STACHEL, C. *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten des EG-Vertrags unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft*, 2006.

<sup>35</sup> Veja quanto a isso DÜRIG, G. Grundrechte- und Zivilrechtsprechung. In: *Festschrift Nawiasky*, 1956, p. 157 ss., e BVerfGE 7, 198, ständige Rechtsprechung; com vistas a fenômenos bem atuais da digitalização, veja SCHLIESKY, U. *Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet: Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter*, 2014.

<sup>36</sup> Essa é a concepção de dignidade humana de ENDERS, C. *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997, p. 504 s.; veja também HÄBERLE, P. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: *HStR*. 3. ed., 2004, v. II, §22.

<sup>37</sup> MEROLD, A. *Freiheit durch den Staat – Eine Auseinandersetzung mit der Reichweite und den Grenzen des verfassungsrechtlichen Existenzminimums*, 2016.

<sup>38</sup> BENDA, E. Der soziale Rechtsstaat. In: BENDA, E.; MAIHOFER, W.; VOGEL, H.-J. (Ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed., 1994, §17.

<sup>39</sup> Observe-se, apenas a título de complementação, quão fortemente a dimensão social está presente aqui, ao menos de modo indireto, já que todos os mecanismos de resolução de litígios também se baseiam no potencial de desescalção da estabilidade social. Quanto ao aspecto da resolução de conflitos na perspectiva do Estado de direito, veja especialmente UHLE, A. Rechtsstaatliche Prozessgrundrechte und -grundsätze. In: MERTEN; D.; PAPIER, H.-J. (Ed.). *Handbuch der Grundrechte*. 2013, v. V, §129.

<sup>40</sup> A palavra-chave aqui é proteção jurídica efetiva!

entende sobretudo como “Estado de direitos fundamentais”,<sup>41</sup> e para a Europa do Conselho Europeu “domínio do direito” significa primordialmente “domínio dos direitos fundamentais”.<sup>42</sup> Quem, no “Estado dos direitos fundamentais”, pode exigir seus direitos é, ao mesmo tempo, reconhecido em suas reivindicações jurídicas e *reconhecido* como ator influente da sociedade aberta.<sup>43</sup> Em outras palavras: a *resolução de litígios baseada em regras* possibilita a *interação baseada em reconhecimento* dentro de uma comunidade social.

Com isso chegamos a uma conclusão intermediária: por um lado, o Estado de direito se encontra a serviço da fundamentação, da limitação e do controle do poder público.<sup>44</sup> Por outro lado, está a serviço da reivindicação de reconhecimento do indivíduo.<sup>45</sup> Ele realiza ambas as coisas principalmente através de processos (participativos) da conciliação pacífica de litígios e de sua resolução baseada em regras.<sup>46</sup> As dimensões ou funções abrangentes remetem, ao mesmo tempo, ao lado formal e material, procedimental e substancial, institucional e individual – esta última no tocante aos direitos fundamentais – do Estado de direito.<sup>47</sup> Assim como estruturas binárias com frequência não são suficientemente complexas, seria equivocado conceber esses lados como estando separados uns dos outros, ou até nos moldes de pares antitéticos. Pelo contrário: eles se condicionam e complementam mutuamente. O lado formal da organização do poder público ficaria privada de sentido se não estivesse a serviço de reivindicações materiais em relação ao exercício desse poder. Os processos não constituem fins em si mesmos, os direitos fundamentais podem ser interpretados como instituições e as instituições, por sua vez, estão a serviço da liberdade baseada nos direitos fundamentais.<sup>48</sup>

<sup>41</sup> HÄBERLE, P. Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen. In: MERTEN, D.; PAPIER, H.-J. (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. 2004, v. 1, §7, nº 31; HÄBERLE, P. *Europäische Verfassungslehre*. 5. ed., 2008, p. 330 ss.; HÄBERLE, P. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. ed., 1998, p. 715 ss.; MERTEN, D. Das Prinzip der Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen. In: MERTEN, D.; PAPIER, H.-J. (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. 2006, v. 2, §27, nº 5 ss.; A obra de HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., 1995 (reimpressão em 1999) (nota 34), nº 125 ss., ainda é marcante para o Estado constitucional da Lei Fundamental alemã

<sup>42</sup> LIMBACH, J. Die Kooperation der Gerichte in der künftigen europäischen Grundrechtsarchitektur: Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BVerfG, EuGH und EGMR. *EuGRZ*, 2000, p. 417; veja também KUGELMANN, D. *Grundrechte in Europa*, 1997.

<sup>43</sup> Neste sentido, é fundamental a obra de HÄBERLE, P. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975/78). In: ID. *Verfassung als öffentlicher Prozess*. 3. ed., 1998, p. 155 ss., 160 s.; com enfoque mais estreito, MÜLLER-FRANKEN, S. Demokratie als Wettbewerbsordnung, *DVBl.*, p. 1072 ss., 1073, 2009.

<sup>44</sup> Veja *supra* nota 26.

<sup>45</sup> Veja *supra* nota 30.

<sup>46</sup> Veja *supra* notas 41 a 45.

<sup>47</sup> Veja quanto a essas diversas dimensões, sobretudo quanto à diferenciação de Estado de direito formal e material, a mesma postura em SCHULZE-FIELITZ, H. In: DREIER, H. *GG-Kommentar*. 3. ed., v. 2, Art. 20 (*Rechtsstaat*), nº 46 ss.

<sup>48</sup> Quanto a essa multidimensionalidade e ao aspecto institucional, veja a obra atualmente já clássica de HÄBERLE, P. *Grundrechte im Leistungsstaat*. *VVDStRL*, v. 30, p. 43 ss., 1972.

### 3 Contornos do primado do Estado de direito

Os princípios específicos, entre os quais o Estado de direito se apresenta, têm, por sua vez, perspectivas formais e materiais, procedimentais e substanciais, institucionais e de direitos humanos e individuais. Eles podem – mesmo que não sem sobreposições – ser ordenados com referência às três dimensões abrangentes. Isto será indicado apenas concisamente no que se segue.

A fundamentação, a limitação e o controle do poder público servem, inicialmente, à sua vinculação abrangente aos direitos fundamentais e à Constituição. A Lei Fundamental os explicitou no Art. 1º (3) e no Art. 20 (3). A isso se acrescenta a vinculação do Executivo e do Judiciário à lei e ao direito. O princípio da clareza ou especificidade, as exigências concretas quanto à autorização para decretos ou portarias, o princípio da proporcionalidade,<sup>49</sup> a proibição de efeito retroativo e a proteção da confiança legítima formulam critérios qualitativos tanto para a vinculação à lei e ao direito quanto para a vinculação abrangente de todos os três poderes do Estado aos direitos fundamentais. A separação dos poderes<sup>50</sup> é a condição funcional central para a limitação e controle do poder público. Também o perfil dos papéis do funcionalismo público se situa neste âmbito.<sup>51</sup> A responsabilidade do Estado,<sup>52</sup> principalmente, constitui uma defesa contra os perigos do exercício de poder ilimitado ao não dispensar os portadores do poder público da responsabilidade pela injustiça. A questão de até que ponto se pode exigir consistência (no sentido de ausência de contradição) do ordenamento jurídico,<sup>53</sup> porque as funções de fundamentação, limitação e controle implicam um grau mínimo de coerência, permanece controversa, até por razões práticas.

A dimensão do reconhecimento é representada, em primeiro lugar, pela garantia da dignidade humana,<sup>54</sup> da qual, em última análise, é derivada a assecuração dos direitos fundamentais do indivíduo. A dimensão da conciliação de litígios baseada em regras é concretizada pela garantia de proteção jurídica efetiva, garantia de acesso à Justiça, independência dos tribunais, o direito ao juiz legal ou o direito a ser ouvido diante do tribunal. Esta listagem não pode pretender ser

<sup>49</sup> Um clássico antigo é a obra de LERCHE, P. *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961 (2. ed., 1999).

<sup>50</sup> HORN, H.-D. *Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung*. *AöR*, v. 127, p. 427 ss., 2002.

<sup>51</sup> WEIDEN, K. von der. *Das deutsche Berufsbeamtentum – ein alter Zopf oder wertvoller denn je?* *Thüringer VBl.*, p. 121 ss., 2018; WERRES, S. *Der Funktionsvorbehalt für das Berufsbeamtentum: Deutungen und Entwicklungen des Art. 33 Absatz 4 GG*. *Zeitschrift für Beamtenrecht*, p. 109 ss., 2017.

<sup>52</sup> Veja *supra* nota 14.

<sup>53</sup> Veja quanto a isso, p. ex., a monografia de DIETRICH, P. *Systemgerechtigkeit und Kohärenz: Legislative Einheit und Vielheit durch Verfassungs- und Unionsrecht*, 2014.

<sup>54</sup> HÄBERLE, P. *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*. In: *HStR*. 3. ed., 2004. v. 2 (nota 27).

completa, até porque as concretizações do primado do Estado de direito são historicamente contingentes e novos desafios da liberdade exigem novas respostas em termos de asseguarção da liberdade baseada em regras. Formulando incisivamente, pode-se dizer que o princípio do primado do Estado de direito está assentado – por causa da lógica de sua função – em elementos centrais imprescindíveis e, neste sentido, supratemporais, mas precisa permanecer um princípio aberto. Ele precisa se manter aberto para reagir adequadamente a novas experiências de injustiça. Em face dessa dinâmica, uma fuga precipitada para o estado de exceção certamente não oferece uma solução adequada.<sup>55</sup> A *autoafirmação* do Estado de direito<sup>56</sup> seguramente não será bem-sucedida se abrindo mão de suas premissas.

#### 4 O primado do Estado de direito nos contextos de seu mundo da vida

Essa abertura remete aos contextos do mundo da vida do primado do Estado de direito. Neste sentido, a mais forte pressão para transformação surge em função da globalização e do pluralismo de atores poderosos que ela acarreta.<sup>57</sup> Se o poder público, que antigamente se radicava somente no Estado, é atualmente exercido tanto em conexões supraestatais de cooperação quanto por atores não estatais, também a fundamentação, a limitação e o controle do poder público não permanecem limitados ao Estado.<sup>58</sup> Quem quer que exerça poder público ou um poder afim a ele necessita de uma delimitação jurídica nesse exercício de poder: a União Europeia supranacional tanto quanto uma organização internacional clássica, uma empresa transnacional tanto quanto as alianças interestatais. As perdas de funções e de controles do Estado nacional causadas por processos de entrelaçamento e expansão factuais exigem uma ordem de compensação supranacional

<sup>55</sup> Quanto a isso, veja a obra clássica de SCHMITT, C. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922 (3. ed., 1979); em confrontação clássica com ela, SMEND, R. *Verfassung und Verfassungsrecht*. In: ID. *Staatsrechtliche Abhandlungen*. 2. ed., 1958, p. 119 ss., 194; SCHNEIDER, P. *Ausnahmezustand und Norm*, 1957; HESSE, K. *Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes*. *JZ*, p. 105 ss.; 1960; atualmente AGAMBEN, G. *L'Etat d'exception*, 2003; HARMS, K. *Verfassungsrecht in Umbruchsituationen*, 1999, p. 125 ss.; GARCÍA-SALMONES, M. *The Ethos of the Rule of Law in International Legal Discourse: Portrait of an Outsider*. *International Community Law Review*, v. 10, p. 29 ss., 33, 2008; numerosas referências entre a imensa bibliografia encontram-se em KOTZUR, M. *Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand*. *AVR*, v. 42, p. 353 ss., 356 ss., 2004.

<sup>56</sup> Alusão a DEPENHEUER, O. *Die Selbstbehauptung des Rechtsstaats*, 2007.

<sup>57</sup> Quanto aos processos de mudança causados pela globalização, veja BOGDANDY, A. von. *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme*. *ZaöRV*, v. 63, p. 853 ss., 2003.

<sup>58</sup> Principalmente o debate sobre a globalização do ponto de vista do direito internacional procura dar uma resposta adequada a isso; cf., entre a extensa bibliografia, apenas KLEINLEIN, T. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, 2012.

baseada em regras.<sup>59</sup> As funções do Estado de direito devem ser internacionalizadas.<sup>60</sup> Isso se aplica ainda mais quando novas situações de perigo típicas da globalização, como o terrorismo internacional, produzem, tanto no direito estatal quanto supranacional, algumas mudanças de paradigma e tornam a prevenção de risco o *leitmotiv* marcante da formação da ordem política.<sup>61</sup> Isso é acompanhado por um renascimento precário da figura legitimadora do *state of emergency* desde Carl Schmitt até Giorgio Agamben.<sup>62</sup> Deve-se diferenciar cuidadosamente entre regras de estado de emergência contidas pelo direito e um estado de exceção liberticida proveniente do pensamento de Schmitt.<sup>63</sup> Medidas pontuais de estado de emergência podem estar em consonância com a vinculação de todo poder público aos direitos fundamentais e humanos e, assim, com as exigências mínimas do *rule of law*, mas um estado de exceção perpétuo seria o fim da liberdade.<sup>64</sup>

Em estreita conexão com o contexto de globalização há uma progressiva diferenciação, e até fragmentação e hibridização do direito. Não se pode negar inteiramente que exista um perigo de uma amalgamação difusa dos padrões jurídicos em uma indiferença avessa à hierarquia e uma arbitrariedade do pluralismo jurídico.<sup>65</sup> Para mencionar apenas dois exemplos: como se pode interpretar o *soft law* em termos de direito público se seu estabelecimento desconhece justamente os procedimentos formais típicos do Estado de direito?<sup>66</sup> Como se pode absorver o direito religioso onde ele justamente não se encontra sob qualquer pressão de legitimação intramundana?<sup>67</sup> Ainda assim, seria ingênuo negar a pluralidade de sistemas de controle normativo e tomar como ponto de partida um monopólio estatal de estabelecimento do direito que hoje em dia não existe mais dessa forma. O que se coloca é, pelo contrário, a dupla pergunta de quanto pluralismo jurídico

<sup>59</sup> Veja uma proposta de teoria que é também um empréstimo do debate sobre a constitucionalização na perspectiva do direito internacional em PETERS, A. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579 ss., 2006; KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G. (Ed.). *The Constitutionalization of International Law*, 2009.

<sup>60</sup> Já se falou de um *global rule of law*; veja mais uma vez CHESTERMAN, S. Rule of Law. *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2012 (online version: www.mpepil.com) (nota 21).

<sup>61</sup> Veja quanto a esse debate, que é travado intensivamente tanto no direito nacional quanto europeu, KOTZUR, M. Grundfragen einer europäischen Sicherheitspolitik. *Europarecht (EuR)*, suplemento 3, p. 7 ss., 2009.

<sup>62</sup> MIETHKE, I. *Giorgio Agambens Homo-Sacer-Projekt im Völkerrechtsschrifttum: Eine völkerrechtsphilosophische Untersuchung, nach rezeptionstheoretischen Grundlagen abgehandelt*, 2017.

<sup>63</sup> Cf. quanto a isso KOTZUR, M. Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand? *AVR*, v. 42, p. 353 ss., 2004.

<sup>64</sup> Cf., quanto a isso a nota de rodapé *supra* 55.

<sup>65</sup> Veja, p. ex., JESTAEDT, M. Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation. In: *Gedenkschrift W. Blomeyer*, 2004, p. 637 ss.

<sup>66</sup> KNAUFF, M. *Der Regelverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, 2010.

<sup>67</sup> Apenas um exemplo: KADIVAR, M. *Gottes Recht und Menschenrechte: Eine Kritik am historischen Islam*, 2017.

o Estado de direito pode admitir e como o primado do Estado de direito pode, na execução juridicamente pluralista de sua tríade funcional de fundamentação, limitação e controle, fazer jus ao poder público.<sup>68</sup>

Com isso se aborda, ao mesmo tempo, um terceiro contexto: as condições cambiantes da realidade da organização democrática do exercício do poder, que pessoas gostam de expressar com bordões como “pós-democracia”<sup>69</sup> ou “pós-parlamentarismo”.<sup>70</sup> O termo foi cunhado especialmente pelo cientista político britânico C. Crouch, que teme a chegada de tempos “pós-democráticos”, em que as instituições democráticas ainda estão formalmente intactas, mas, por causa de graves perdas de funções e deslocamento de poder para os órgãos executivos (transnacionais), às vezes até para atores privados, elas não passam de cascas mais ou menos vazias.<sup>71</sup> Essa preocupação com um “poder autonomizado do Poder Executivo” – uma formulação que, aliás, K. Marx utilizou certa vez se referindo ao bonapartismo –<sup>72</sup> tem um lado claramente relacionado ao Estado de direito, pois ela se refere não só à erosão da vinculação à democracia, mas também à limitação por parte do Estado de direito. O Tribunal Constitucional Federal alemão formula esse nexos de efeitos acertadamente com a figura da reserva do Parlamento, na qual o “pré”-legitimador do legislador democraticamente eleito e a prioridade da lei convergem. Portanto, a pluralização estruturalmente adequada de instrumentos de legitimação faz parte das tarefas futuras substanciais do Estado de direito, assim como a asseguuração de possibilidades de participação efetiva em estruturas poliárquicas de ordenamento.<sup>73</sup>

Entretanto, os três campos de referência da globalização, da hibridização do direito e das condições cambiantes da realidade da organização democrática do exercício do poder constituem apenas um recorte. Muitos outros contextos deveriam ser acrescentados: pense-se apenas nos princípios estruturais do Estado nos quais o Art. 20 da Lei Fundamental enquadra o Estado de direito, ainda que

<sup>68</sup> TEUBNER, G. *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, 1996, p. 4 ss. (Basler Schriften zur Europäischen Integration, 21); veja também WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism. *MLR*, v. 65, p. 317 ss., 2002; MADURO, M. Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. In: WALKER, N. (Ed.). *Sovereignty in Transition*, 2001, p. 21 ss.

<sup>69</sup> CROUCH, C. *Postdemokratie*, 2008.

<sup>70</sup> ANDERSEN, S. S.; BURNS, T. The European Union and the Erosion of Parliamentary Democracy: A Study of post-Parliamentary Governance. In: ANDERSEN, S. S.; ELIASSEN, K. A. (Ed.). *The European Union: How Democratic Is It?* 1996, p. 227 ss.

<sup>71</sup> CROUCH, C. *Postdemokratie*, 2008 (nota 68); cf. quanto a isso, p. ex., PÜNDER, H. Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie. *VVDStRL*, v. 72, p. 191 ss., 193, 2013; KAJEWSKI, M.-C. *Wahrheit und Demokratie: Eine Zeitdiagnose der Postdemokratie*, 2014.

<sup>72</sup> Veja quanto a isso WINKLER, H. A. *Geschichte des Westens: Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert*. 2. ed., 2010, p. 644.

<sup>73</sup> DAHL, R. A. *On Democracy*, 1998, p. 93 ss.; NOLTE, P. Von der repräsentativen zur multiplen Demokratie. *Aus Parlament und Zeitgeschichte*, n. 1-2, p. 5 ss., 2011.

este não seja nomeado explicitamente desta forma. Pense-se nos vastos campos da economia e da política<sup>74</sup> e pense-se principalmente nas camadas culturais profundas que nenhuma teoria da Constituição sensibilizada pela ciência da cultura pode ignorar.<sup>75</sup> Restrinjamo-nos, contudo, a esses três contextos selecionados a título de exemplo, porque descrevem as tarefas futuras do Estado democrático de direito em suas facetas essenciais, incluem implicitamente muitos dos outros contextos, mas, sobretudo, explicitam o que há muito já ressoou como *cantus firmus* desta contribuição: as raízes comuns, o entrelaçamento e a dependência mútua da liberdade do Estado de direito e da liberdade democrática.<sup>76</sup>

## 5 O primado do Estado de direito como imperativo para a liberdade

Isso nos leva à quintessência da conclusão. O Estado de direito é, sem dúvida, um conceito coletivo aberto, porém é, mais ainda, um *conceito agrupador* que vincula todos os seus elementos parciais e princípios parciais relevantes à ideia da liberdade mediante a organização do poder público baseada em regras e apoiada no direito. Ele visa a uma recusa inequívoca do poder absoluto;<sup>77</sup> sabe, inspirado pelo pensamento de seus pioneiros clássicos como Immanuel Kant, Robert von Mohl e Johann Christoph Freiherr von Aretin,<sup>78</sup> que a vinculação abrangente de todo poder público ao direito é uma condição de vida ou, em outras palavras, uma “necessidade antropológica”<sup>79</sup> de uma sociedade liberal e de uma comunidade política organizada em liberdade. Por isso, em uma época de proliferação de populismos e de crescente atração dos elementos autoritários, o primado do Estado de direito não é apenas um tema, mas sim um imperativo para o presente. Tanto para o Estado de direito quanto para todas as pessoas que têm responsabilidade pelo domínio do direito, aplica-se de igual modo o seguinte ditado: para quem não impede os inícios, seu fim já começou.

<sup>74</sup> Veja uma visão de conjunto em SOMMERMANN, K.-P. *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997.

<sup>75</sup> HÄBERLE, P. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. ed., 1998; HÄBERLE, P.; KOTZUR, M. *Europäische Verfassungslehre*, 8. ed., 2016; MANKOWSKI, P. *Rechtskultur*, 2016.

<sup>76</sup> Cf. *supra* nota 27.

<sup>77</sup> STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed., 1984 (nota 3), p. 765.

<sup>78</sup> Uma confrontação com esses clássicos visando classificá-los se encontra em STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed., 1984 (nota 77), p. 769 ss.; de modo geral sobre o significado de textos de clássicos cf. HÄBERLE, P. *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981; KOTZUR, M. *Die Wirkungsweise von Klassikertexten im Völkerrecht*. *JöR*, v. 49, p. 329 ss., 2001.

<sup>79</sup> RYFFEL, H. *Grundprobleme der Staats- und Rechtsphilosophie*, 1969, p. 416.

### The Rule of Law – Freedom through Law

**Abstract:** This essay illuminates the significance of the concept of the 'Rechtsstaat' for any form of a free political community respectively society. Setting out from the constitutional concept of the 'Rechtsstaat' – primarily through a German constitutional law lens –, this essay aims at illustrating various notions and distinctions of the 'Rechtsstaat' by contouring the essential facets to this term. Against the backdrop of globalization and pluralization, the essay further intends to contextualize the understanding of this concept in the light of constant change and ever-new challenges and threats in the fields of economics and politics. Its quintessence: No freedom without the rule of law.

**Keywords:** Rechtsstaat. Rule of Law. Freedom through law. Legitimizing, Limiting, and Controlling public power.

**Summary:** **1** The indispensable character of the rule of law idea to the liberal organization of the exercise of power – **2** Dimensions of the rule of law's primacy – **3** Outlines of the rule of law's primacy – **4** The rule of law's primacy in its lifeworld contexts – **5** The rule of law as an imperative for freedom – Bibliographic references

---

## Referências

AGAMBEN, G. *L'Etat d'exception*, 2003.

ANDERSEN, S. S.; BURNS, T. The European Union and the erosion of parliamentary democracy: a study of post-parliamentary governance. In: ANDERSEN, S. S.; ELIASSEN, K. A. (Ed.). *The European Union: how democratic is it?* 1996.

ARNAULD, A. von Gewaltenteilung jenseits der Gewaltentrennung: Das gewaltenteilige System in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. *ZParl.*, v. 32, 2001.

ARNAULD, A. von. *Rechtssicherheit*, 2006.

ARNAULD, A. von. Rechtsstaat. In: DEPENHEUER, O.; GRABENWARTER, C. (Ed.). *Verfassungstheorie*, 2010.

BENDA, E. Der soziale Rechtsstaat. In: BENDA, E.; MAIHOFER, W.; VOGEL, H.-J. (Ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed., 1994.

BIEBER, R.; EPINEY, A.; HAAG, M.; KOTZUR, M. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*. 13. ed., 2019.

BLANKE, H.-J. *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2010.

BOGDANDY, A. von. Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme. *ZaöRV*, v. 63, 2003.

BOGDANDY, A. von. Grundprinzipien. In: BOGDANDY, A. von.; BAST, J. (Ed.). *Europäisches Verfassungsrecht*. 2. ed., 2009.

BREUER, R. Konkretisierungen des Rechtsstaats- und des Demokratiegebots. *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003.

BROWNLIE, I. *The Rule of Law in International Affairs: International Law*.

BRUNKHORST, H. *Einführung in die politische Ideengeschichte*, 2000.

BUCHWALD, D. *Prinzipien des Rechtsstaats*, 1996.

- CALLIESS, C. *Rechtsstaat und Umweltrechtsstaat*, 2001.
- CARTER, J. The Rule of Law and the State of Human Rights. *Harvard Human Rights Law Journal*, v. 4, 1991.
- CHESTERMAN, S. Rule of Law. *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2012.
- CORNILS, M. Gewaltenteilung. In: DEPENHEUER, O.; GRABENWARTER, C. (Ed.). *Verfassungstheorie*, 2010.
- CROUCH, C. *Postdemokratie*, 2008.
- DAHL, R. A. *On Democracy*, 1998.
- DENNINGER, E. Grenzen und Gefährdungen des Rechtsstaats. *Rechtstheorie*, v. 24, 1993.
- DEPENHEUER, O. *Die Selbstbehauptung des Rechtsstaats*, 2007.
- DI FABIO, U. Gewaltenteilung. In: *HStR*. 3. ed., 2005.
- DIETRICH, P. *Systemgerechtigkeit und Kohärenz: Legislative Einheit und Vielheit durch Verfassungs- und Unionsrecht*, 2014.
- DÜRIG, G. Grundrechte- und Zivilrechtsprechung. In: *Festschrift Nawiasky*, 1956.
- GARCÍA-SALMONES, M. The Ethos of the Rule of Law in International Legal Discourse: Portrait of an Outsider. *International Community Law Review*, v. 10, 2008.
- GERKRATH, J. *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe: Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des communautés et de l'union européenne*, 1997.
- GRIMM, D. Stufen der Rechtsstaatlichkeit. *JZ*, 2009.
- HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: *HStR*. 3. ed., 2004.
- HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975/78). In: ID. *Verfassung als öffentlicher Prozess*. 3. ed., 1998.
- HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. *VVDStRL*, v. 30, 1972.
- HÄBERLE, Peter. *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.
- HÄBERLE, Peter. *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979.
- HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. ed., 1998.
- HÄBERLE, Peter. Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen. In: MERTEN, D.; PAPIER, H.-J. (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, 2004. v. 1.
- HÄBERLE, Peter; KOTZUR, M. *Europäische Verfassungslehre*. 8. ed., 2016.
- HAFNER, G. The Rule of Law and International Organizations. In: *Liber Amicorum J. Delbrück*, 2005.
- HARMS, K. *Verfassungsrecht in Umbruchsituationen*, 1999.
- HESSE, K. Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes (1962). In: FORSTHOFF, E. (Ed.). *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968.
- HESSE, K. Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes. *JZ*, 1960.
- HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., 1995 (reimpr. 1999).
- HOFFMANN, B. *Das Verhältnis von Gesetz und Recht*, 2003.
- HOFMANN, H. Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats. *Der Staat*, v. 34, 1995.
- HONNETH, A. *Anerkennung: Eine europäische Ideengeschichte*, 2018.

- JAECKEL, L. *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2001.
- JESTAEDT, M. Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation. In: *Gedenkschrift W. Blomeyer*, 2004.
- KADIVAR, M. *Gottes Recht und Menschenrechte: Eine Kritik am historischen Islam*, 2017.
- KAJEWSKI, M.-C. *Wahrheit und Demokratie: Eine Zeitdiagnose der Postdemokratie*, 2014.
- KLABBERS, J.; PETERS, A.; ULFSTEIN, G. (Ed.). *The Constitutionalization of International Law*, 2009.
- KLEINLEIN, T. *Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, 2012.
- KNAUFF, M. *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, 2012.
- KOTZUR, M. (Ed.). *Wenn Argumente Scheitern: Aufklärung in Zeiten des Populismus*, 2018.
- KOTZUR, M. Die Thematik des Verfassungsgesetzes. In: *HStR*. 3. ed., 2016
- KOTZUR, M. Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand. *AVR*, v. 42, 2004.
- KOTZUR, M. Die Wirkungsweise von Klassikertexten im Völkerrecht. *JöR*, v. 49, 2001.
- KOTZUR, M. *Europäische Verfassungslehre*. 8. ed., 2016.
- KOTZUR, M. Grundfragen einer europäischen Sicherheitspolitik. *Europarecht (EuR)*, suplemento 3, 2009.
- KOTZUR, M. Migrationsbewegungen als Herausforderung für das Völkerrecht. In: DETHLOFF, N.; NOLTE; G.; REINISCH, A. (Ed.). *Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht: Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick/Migrationsbewegungen*, 2018. v. 49.
- KUGELMANN, D. *Grundrechte in Europa*, 1997.
- KUNIG, P. *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1986.
- LERCHE, P. Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie. In: MERTEN, D.; PAPIER, H.-J. (Ed.). *Handbuch der Grundrechte*, 2013. v. V.
- LIMBACH, J. Die Kooperation der Gerichte in der künftigen europäischen Grundrechtsarchitektur: Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von BVerfG, EuGH und EGMR. *EuGRZ*, 2000.
- MADURO, M. Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. In: WALKER, N. (Ed.). *Sovereignty in Transition*, 2001.
- MANKOWSKI, P. *Rechtskultur*, 2016.
- MAURER, H. Rechtsstaatliches Prozessrecht. In: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001. v. 2.
- MEROLD, A. *Freiheit durch den Staat – Eine Auseinandersetzung mit der Reichweite und den Grenzen des verfassungsrechtlichen Existenzminimums*, 2016.
- MERTEN, D. Das Prinzip der Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen. In: MERTEN, D; PAPIER, H.-J. (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, 2006.
- MIETHKE, I. *Giorgio Agambens Homo-Sacer-Projekt im Völkerrechtsschrifttum: Eine völkerrechtsphilosophische Untersuchung, nach rezeptionstheoretischen Grundlagen abgehandelt*, 2017.
- MÖLLERS, C. *Die drei Gewalten*, 2008.
- MÜLLER-FRANKEN, S. Demokratie als Wettbewerbsordnung. *DVBl*, 1073, 2009.

- NIJMAN, J. E. *Non-state Actors and the International Rule of Law*. Amsterdam Center for International Law. Research Paper Series.
- NOLTE, P. Von der repräsentativen zur multiplen Demokratie. *Aus Parlament und Zeitgeschichte*, n. 1-2, 2011.
- PAPIER, H.-J. (Ed.). *Handbuch der Grundrechte*, 2009. v. III.
- PETERS, A. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, 2006.
- PÜNDER, H. Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie. *VVDStRL*, v. 72, 193, 2013.
- RÖBEN, V. *Außenverfassungsrecht: Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates*, 2007.
- RYFFEL, H. *Grundprobleme der Staats- und Rechtsphilosophie*, 1969.
- SARČEVIĆ, E. *Der Rechtsstaat*, 1996.
- SCHEUNER, U. *In: Festschrift 100 Jahre DJT*, v. II, 1960.
- SCHLIESKY, U. *Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet: Das Grundgesetz im digitalen Zeitalter*, 2014.
- SCHMETKAMP, S. *Respekt und Anerkennung*, 2012.
- SCHMIDT-ABMANN, E. Der Rechtsstaat. *In: HStR*. 3. ed., 2005. v. 3.
- SCHMITT, C. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922 (3. ed., 1979).
- SCHNEIDER, P. *Ausnahmestand und Norm*, 1957.
- SCHULZE-FIELITZ, H. *In: DREIER, H. GG-Kommentar*. 3. ed., 2018. v. 2.
- SCHULZE-FIELITZ, H. Zur Geltung des Rechtsstaats: Zwischen Kulturangemessenheit und universellem Anspruch. *Zeitschrift für vergleichende Politikwissenschaft*, v. 5, 2011.
- SOBOTA, K. *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, 1997.
- SOMMERMANN, K.-P. *In: MANGOLDT, H. von; KLEIN, F.; STARCK, C. (Ed.). Kommentar zum Grundgesetz*. 7. ed., 2018. v. 2.
- SOMMERMANN, K.-P. *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997.
- STACHEL, C. *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten des EG-Vertrags unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft*, 2006.
- STARCK, C. Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee. *In: HStR*. 3. ed., 2005.
- STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed., 1984.
- SZCZEKALLA, P. *Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2002.
- TEUBNER, G. *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, 1996.
- THÜRER, D. Internationales "Rule of Law" – innerstaatliche Demokratie. *SZIER*, v. 5, 1995.
- UHLE, A. Rechtsstaatliche Prozessgrundrechte und -grundsätze. *In: MERTEN; D.; PAPIER, H.-J. (Ed.). Handbuch der Grundrechte*, 2013. v. V.
- ULLERICH, R. *Rechtsstaat und Rechtsgemeinschaft und Rechtsgemeinschaft im Europarecht*, 2011.
- VIROLI, M. *Die Idee der republikanischen Freiheit: Von Machiavelli bis heute*, 2002.
- VOßKUHLE, A. Rechtsstaat unter Druck. *Die Zeit*, 27.09.2018.

WALKER, N. The Idea of Constitutional Pluralism. *MLR*, v. 65, 2002.

WATTS, A. The International Rule of Law. *German Yearbook of International Law*, v. 36, 1993.

WINDHORST, K. *Staatshaftungsrecht*. 2. ed., 2019.

WINKLER, H. A. *Geschichte des Westens: Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert*. 2. ed., 2010.

WITTIGER, M. Das Rechtsstaatsprinzip – vom nationalen Verfassungsprinzip zum Rechtsprinzip der europäischen und der internationalen Gemeinschaft? *JöR*, v. 57, 2009.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

KOTZUR, Markus. O Estado de direito – Liberdade através do direito. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 45-62, jul./dez. 2021.

---

Recebido em: 13.10.2021

Aprovado em: 13.10.2021

Cota convite