

O CONTRATO SOCIAL MODERNO DURANTE E APÓS A PANDEMIA: O CONSTITUCIONALISMO E O ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE ¹

THE MODERN SOCIAL CONTRACT DURING AND AFTER THE PANDEMIC: CONSTITUTIONALISM AND THE STATE OF PERMANENT EXCEPTION

EL CONTRATO SOCIAL MODERNO DURANTE Y DESPUÉS DE LA PANDEMIA: EL CONSTITUCIONALISMO Y EL ESTADO DE EXCEPCIÓN PERMANENTE

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte



Bruno Cozza Saraiva²

<https://orcid.org/0000-0003-2382-497X>

Cleber de Deus³

<https://orcid.org/0000-0002-8793-5006>

Recebido em: 02/03/2022

Aprovado em: 27/07/2022

RESUMO

Contextualização: O Contrato Social Moderno durante e após a Pandemia da Covid-19 ainda é o marco político e jurídico para a compreensão da importância histórico-civilizacional do fenômeno constitucional, é dizer, do Constitucionalismo e da linearidade das suas transformações, estas caracterizadas, no presente estudo, por meio da transição do Estado-Constitucionalismo democrático ao Estado-Constitucionalismo da exceção, especialmente entre o período relativo aos anos de 2020 e início do ano de 2022.

Objetivos: Discorrer, com base no pensamento de Paolo Prodi, acerca do Contrato Social Moderno durante e após a *Pandemia*; analisar a concepção de Constitucionalismo enquanto fenômeno histórico de limitação do poder; efetuar uma abordagem do Estado de Exceção permanente, terminologia empregada pelo filósofo Carl Schmitt, adotando como parâmetro de observação, que levará em consideração a trajetória do Constitucionalismo Democrático ao Constitucionalismo da Exceção, o arcabouço político

¹ O presente artigo é resultado de estágio pós-doutoral, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Direitos contemporâneos, no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí – Brasil.

² Realiza estágio pós-doutoral em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí - UFPI. Doutor em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos UNISINOS. Mestre em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos UNISINOS. Professor do Mestrado Internacional em Direito Privado Europeu da Università Mediterranea di Reggio Calabria. Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: cozzaadvocacia@gmail.com.

³ Pós-Doutor em Ciência Política pelo Ibero-Amerikanisches Institut em Berlin - Alemanha - Possui Doutorado em Ciência Política (Ciência Política e Sociologia) pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Mestrado pela mesma instituição. É Professor Associado III da Universidade Federal do Piauí (UFPI). Coordenador do Núcleo de Estudos Políticos e Eleitorais (NEPE), Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito (PPGD/UFPI) e Professor da Graduação em Ciência Política/UFPI. E-mail: dideus@ufpi.edu.br.

e jurídico destinado ao enfrentamento dos efeitos da Pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2.

Metodologia: Será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica, métodos de procedimento histórico e monográfico, juntamente com a técnica de pesquisa por documentação indireta.

Resultado: Uma primeira conclusão, que sobrevêm deste trabalho, realizada na forma de questionamento, é a seguinte: o que resta do Contrato Social Moderno em face dos Decretos editados durante a *Pandemia*?

Palavras-chave: Contrato Social; Pandemia; Constitucionalismo; Estado de Exceção Permanente.

ABSTRACT

Contextualization: The Modern Social Contract during and after the Covid-19 Pandemic is still the political and legal framework for understanding the historical-civilizational importance of the constitutional phenomenon, that is, of Constitutionalism and the linearity of its transformations, which are characterized in the present study, through the transition from the democratic State-Constitutionalism to the State-Constitutionalism of the exception, especially between the period related to the years 2020 and the beginning of the year 2022.

Objectives: Discuss, based on Paolo Prodi's thinking, about the Modern Social Oath-Contract during and after the Pandemic; to analyze the conception of Constitutionalism as a historical phenomenon of power limitation; to carry out an approach to the permanent State of Exception, terminology used by philosopher Carl Schmitt, adopting as an observation parameter, which will take into account the trajectory of Democratic Constitutionalism to the Constitutionalism of Exception, the political and legal framework intended to face the effects of the Pandemic caused by the pandemic SARS-CoV-2 virus.

Methodology: A phenomenological-hermeneutic approach methodology, historical and monographic procedure methods will be used, together with the technique of indirect documentation research.

Result: A first conclusion, which comes from this work, carried out in the form of questioning, is the following: what remains of the Modern Social Contract in the face of the Decrees edited during the Pandemic?

Keywords: Social Contract; Pandemic; Constitutionalism; Permanent State of Exception.

RESUMEN

Contextualización: El Contrato Social Moderno durante y después de la Pandemia del Covid-19 sigue siendo el marco político y jurídico para comprender la trascendencia histórico-civilizatoria del fenómeno constitucional, es decir, el Constitucionalismo y la linealidad de sus transformaciones, estos caracterizados, en el presente estudio, a través de la transición del Estado-Constitucionalismo democrático al Estado-Constitucionalismo Excepcional, especialmente entre el período relativo a los años 2020 y el inicio del año 2022.

Objetivos: Discutir, a partir del pensamiento de Paolo Prodi, sobre el Contrato Social Moderno durante y después de la Pandemia; analizar la concepción del

Constitucionalismo como un fenómeno histórico de limitación del poder; realizar un acercamiento al Estado de Excepción permanente, terminología utilizada por el filósofo Carl Schmitt, adoptando como parámetro de observación, el cual tendrá en cuenta la trayectoria desde el Constitucionalismo Democrático al Constitucionalismo de Excepción, el marco político y jurídico destinado a enfrentar el efectos de la Pandemia causada por el virus SARS-CoV-2.

Metodología: Se utilizará una metodología de enfoque fenomenológico-hermenéutico, métodos de procedimiento histórico y monográfico, junto con la técnica de investigación por documentación indirecta.

Resultado: Una primera conclusión, que surge de este trabajo, realizado en forma de pregunta, es la siguiente: ¿qué queda del Contrato Social Moderno frente a los Decretos editados durante la Pandemia?

Palabras clave: Contrato Social; Pandemia; Constitucionalismo; Estado de Excepción Permanente.

INTRODUÇÃO

A discussão acerca do Contrato Social Moderno durante e após a Pandemia da Covid-19 e das medidas destinadas ao enfrentamento desta, apresenta-se como condição de possibilidade para a compreensão da importância histórico-civilizacional do fenômeno constitucional, é dizer, do Constitucionalismo, assim como da transição do Estado-Constitucionalismo democrático para o Estado-Constitucionalismo da exceção, especialmente no período traçado para este estudo, qual seja, do ano de 2020 ao início do ano de 2022.

Para a pesquisa realizada nos limites deste artigo, o estudo do Contrato Social Moderno durante e após a Pandemia, da linearidade político-jurídica ocidental, que construiu o Constitucionalismo enquanto fenômeno histórico de limitação do poder, bem como do Estado de Exceção permanente, adotando-se como objeto de análise a trajetória do Constitucionalismo Democrático ao Constitucionalismo da exceção, se insurge, neste cenário de ruptura com a ordem constitucional, como resignificação da função estatal de garantia e do Constitucionalismo como instrumento, nas palavras de Maurizio Fioravanti, “de resistência e de participação”⁴.

Assim, para que seja possível a realização do trabalho proposto, na primeira parte deste artigo discutir-se-á acerca do Contrato Social Moderno, seus direitos e garantias, durante e após a Pandemia da Covid-19, de modo a, por meio de autores clássicos como John Locke, Jean-Jacques Rousseau e, sobretudo, Thomas Hobbes se apresentar as principais ideias-concepções que forjaram a configuração político-jurídica atual, em

⁴ Antes de situar el constitucionalismo en la dimensión supranacional, y em concreto en la europa, es necesario, de manera preliminar, aclarar qué se entiende por constitucionalismo, ante todo desde el punto de vista histórico. Partamos de la historia, por lo tanto. Concretemos inmediatamente un punto: el constitucionalismo – aunque a lo largo de su desarrollo histórico abunda en referencias a problemáticas propias de la Edad Media o a modelos de la Edad Antigua – pertenece por entero a la Edad Moderna. Más en concreto, representa la segunda vertiente del Estado moderno Europeo. Si imaginamos el Estado moderno Europeo como una figura con dos vertientes, podemos colocar en la primera la tan conocida tendencia a la concentración del poder sobre el territorio, con particular referencia a los poderes de imperium, al poder de exigir tributos, de dictar justicia y de llamar a las armas, que em Europa comienzan hacia el siglo XIV; y en la segunda vertiente, la tendencia paralela, que es precisamente la del constitucionalismo, a contener esos poderes, a ofrecer y definir límites y garantías y a introducir además, dentro de este proceso histórico, el elemento de la participación y del consenso con la progresiva construcción de las asambleas representativas. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 143.

“crise”, do mundo.

Na segunda parte, que se justifica pela relevância teórica e prática do tema, tratar-se-á do Constitucionalismo enquanto fenômeno histórico, assim como da sua função de condicionar o poder a limites estabelecidos em Constituições. Isto porque a compreensão da história da existência humana torna possível constatar que, da civilização primitiva à civilização contemporânea, não há sociedade, nacional ou global, sem regras, isto é, sem limites-garantias individuais ou coletivas.

Por fim, na terceira parte discorrer-se-á sobre a passagem do Constitucionalismo Democrático ao Constitucionalismo da Exceção, demonstrando-se, com isso, o cenário de exceção causado pelas medidas políticas destinadas ao enfrentamento da Pandemia causada pelo vírus SARS-COV-2. Ademais, buscar-se-á responder, como primeira conclusão, ao seguinte questionamento: o que resta do Contrato Social Moderno em face dos decretos editados durante a Pandemia?

No intuito de se atender aos objetivos acima apresentados, será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica (pois se compreende que a determinação do direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito), métodos de procedimento histórico (uma vez que consiste na investigação dos acontecimentos, processos e instituições do passado, com o intuito de verificar a sua influência na sociedade contemporânea) e monográfico (trata-se de um tema específico e bem delimitado), aliados à técnica de pesquisa por documentação indireta.

1. O CONTRATO SOCIAL MODERNO, SEUS DIREITOS E GARANTIA, DURANTE E APÓS A PANDEMIA

A concepção moderna de Contrato Social que adveio, por assim dizer, da doutrina contratualista trouxe, consigo, além da racionalização da vida em sociedade, a edificação, mesmo que incipiente, de direitos e de garantias individuais. Dessa forma, se pode dizer que para que seja possível compreender a sociedade contemporânea, seja de uma perspectiva social, seja, também, político-jurídica, de modo a se acrescentar o período correspondente à Pandemia da Covid-19 e as suas consequências para esse modelo, torna-se imprescindível apresentar as principais ideias que forjaram esse desenho atual, em “crise⁵”, de mundo. Para isso, em um primeiro momento, a partir de autores clássicos como John Locke, Jean-Jacques Rousseau e, sobretudo, de Thomas Hobbes, buscar-se-á demonstrar os pressupostos filosóficos fundantes do contratualismo moderno.

No intuito de se introduzir a temática relativa aos precursores da doutrina contratualista e, por consequência, do próprio Contrato Social, se deve levar em consideração que as liberdades de discurso, de movimento e de contrato necessitam estar vinculadas ao fato de que “[...] todos os cidadãos têm o mesmo direito de desfrutar licitamente suas vidas, liberdades e propriedades⁶”. Com efeito, na obra “Dois tratados sobre o governo”, John Locke defendera que o homem com a liberdade perfeita seria aquele capaz de gozar, ilimitadamente, dos direitos, dispensados a ele, pela lei natural. Assim, dessa ideia inicial adviria, para o já citado teórico, a possibilidade de o indivíduo,

⁵ O conceito de crise, portanto, compreende uma unidade dos eventos e não deixa espaço para divisões dualistas que deixam um domínio extra-estatal intocado. KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. P. 145.

⁶ SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 1996. P. 29.

por sua conta, defender a sua propriedade, a sua liberdade e a sua vida.

Neste sentido, John Locke propôs, no intuito de preservar a liberdade e a propriedade, que “[...] nenhuma sociedade política pode existir, nem subsistir, sem possuir em si mesma o poder de proteger a propriedade e, tendo em vista esse fim, de punir as ofensas de qualquer um dos seus membros; nesse caso, e só nesse caso, é que existe uma sociedade política⁷”. Com isso, para a existência de uma sociedade política enquanto condição à proteção da liberdade e da propriedade seria necessária, por parte de seus membros, a ocorrência de uma renúncia no que tange às peculiaridades do cenário natural. Esta renúncia, por sua vez, acarretaria na entrega do indivíduo ao corpo social, corpo este regido-organizado por meio de regras socialmente estabelecidas.

Ainda segundo o mesmo autor, a partir destas regras, seria viável estabelecer, aos membros desta sociedade, certa imparcialidade e uniformidade com relação à aplicabilidade das regras pactuadas⁸. Isto quer dizer que, “[...] ao excluir o julgamento privado de cada um dos membros, a comunidade converte-se num árbitro, por intermédio de regras estabelecidas [...] e de homens autorizados pela comunidade a executar essas regras⁹”. Logo, a justificativa do autor se resumira em dizer que “[...] o fim da sociedade civil consiste em evitar e remediar as inconveniências do facto de cada homem ser juiz em causa própria, através do estabelecimento de uma autoridade conhecida a que todos os membros da sociedade podem recorrer [...]”¹⁰. Na construção de sua teoria política Locke buscara, também, constituir os fins operacionais para uma sociedade política e, fundamentalmente, para o seu governo.

A justificativa encontrada pelo autor referente aos fins de se constituir uma sociedade política se resumira ao fato de que, apesar da liberdade irrestrita, ao mesmo tempo em que é senhor de si e igual a todos os outros homens, os membros desta sociedade, no estado de natureza, usufruíam destes direitos de maneira incerta, pois, “[...] sendo todos tão reis quanto ele, cada um é um seu igual, e maior parte não respeita estritamente a equidade e a justiça¹¹”. Portanto, esta situação, caracterizada pela incerteza no que condiz à fruição de seus direitos, condicionaria o corpo de homens a “[...] querer abandonar o estado de natureza, o qual, por muito livre que seja, está cheio de medos e perigos contínuos¹²”. O abandono do estado de natureza e a conseqüente busca por garantias em face da liberdade, de todos, exercida de maneira irrestrita, condicionara a criação-imposição de limites.

O primeiro destes limites era o de que os legisladores deveriam governar através de leis promulgadas. O que se quer dizer com isso é que, para este contratualista, as leis não poderiam variar de acordo com casos particulares, ou seja, os legisladores deveriam garantir um mínimo de segurança jurídica¹³. Já o segundo, que as leis só poderiam “[...] ser

⁷ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. Lisboa: Edições 70, 2015. P. 289.

⁸ Deste modo, distingue-se facilmente quem vive, e quem não vive, e quem não vive, numa sociedade política. Os que estão unidos num único corpo, e que dispõem de uma lei comum estabelecida e de uma judicatura à qual apelar, com autoridade para decidir os diferendos entre eles, vivem uns com os outros numa sociedade civil. LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. P. 290.

⁹ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. P. 289.

¹⁰ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. Lisboa: Edições 70, 2015. PP. 291-292.

¹¹ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. P. 315.

¹² LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. PP. 315-316.

¹³ [...] Uma regra para os ricos e pobres, para os favoritos da corte e para o lavrador que trabalha com o arado. LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. PP. 328-329.

concebidas tendo em vista um único fim, o bem do povo¹⁴". O terceiro, diretamente vinculado à propriedade, defendera a não imposição de "[...] impostos sobre a propriedade do povo, sem o consentimento do mesmo, concedido pelo próprio ou pelos seus deputados¹⁵". O quarto e último limite era o de que o poder legislativo não deveria e, da mesma forma, não poderia "[...] transferir o poder de fazer as leis a nenhuma outra pessoa [...]"¹⁶", isto é, de que o poder do povo, exercido pelo legislativo, não poderia ser delegado à outra pessoa ou instituição.

Segundo a ordem anteriormente traçada, é dizer, aquela que informara quais seriam os contratualistas abordados no presente estudo, na obra "O Contrato Social", Jean-Jacques Rousseau, ao tratar do Pacto Social, supusera que, se "[...] os homens chegados a um ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza vencem, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado [...]"¹⁷", poder-se-ia concluir que, caso o indivíduo não abandonasse este estado primitivo, o gênero humano sucumbiria diante das adversidades não mais suportadas. Dessa maneira, é que este autor começara a fundamentar a sua teoria contratualista. Além disso, por compreender que não havia possibilidade de que os homens, isoladamente, destinassem as suas forças para a consecução de um fim coletivo, passara a afirmar que, este fim, somente poderia ser alcançado caso os indivíduos unissem forças, assim como se agregassem em prol de um acordo comum.

Neste contexto, no intuito de garantir a liberdade e os demais direitos convencionados, as cláusulas do contrato social reduzir-se-iam todas a uma só: "a alienação total de cada associado, com todos os seus bens, à comunidade inteira. Em primeiro lugar, como cada um se dá por inteiro, a condição é igual para todos e, sendo igual a condição para todos, ninguém tem interesse em torná-la onerosa aos outros¹⁸". Com isso, a partir desta cláusula geral convencionada no pacto, todas as pessoas transfeririam todos os seus poderes sobre si, juntamente com os seus direitos, para que todos eles fossem dirigidos pela vontade geral¹⁹. Dessa forma, a vontade geral, ao substituir a pessoa particular, acabaria por formular "[...] um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantas forem as vozes da assembleia, corpo que recebe por esse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade²⁰".

Ademais, por meio da constituição, ao menos no plano teórico, da ideia de Estado, no que diz respeito à denominação dos associados, todos eles, compreendidos de maneira coletiva, passariam a ser chamados de povo, enquanto que, quando abrangidos individualmente, seriam denominados de cidadãos. Com a passagem do estado de natureza para o estado civil, a conduta do homem, referente à moralidade e à justiça, sofrera uma considerável transformação. Ocorre que no estado de natureza não havia, para a atuação dos indivíduos, limites racionalmente estabelecidos. Assim, a principal transformação no comportamento dos cidadãos fora no sentido de que, para que fosse

¹⁴ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. P. 329.

¹⁵ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. P. 329.

¹⁶ LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. P. 329.

¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2019. P. 34.

¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. P. 35.

¹⁹ Portanto, se afastarmos do pacto o que não é de sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos. *Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo*. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. P. 36.

²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2019. P. 36.

possível viver em sociedade, aqueles deveriam, para isso, consultar a razão para se relacionarem com os demais membros.

Constituído o Estado como poder soberano, tornar-se-ia necessário, para Rousseau, impor limites a este poder, pois, ao apresentar-se como representante da vontade geral, não poderia atentar contra os valores lançados para a sua edificação. Por outras palavras, tratar-se-ia de “[...] distinguir claramente os direitos respectivos dos Cidadãos e do Soberano, bem como distinguir os deveres que os primeiros devem cumprir na qualidade de súditos do direito natural do que eles devem usufruir na qualidade de homens²¹”. Todavia, em razão da importância das leis e do legislador, Rousseau advertira para a seguinte questão: “[...] quem comanda os homens não deve comandar as leis, quem comanda as leis não deve tampouco comandar os homens; caso contrário, suas leis, ministros de suas paixões, não fariam senão perpetuar muitas vezes suas injustiças²²”. Com efeito, para Rousseau o Estado não poderia ser “[...] nem grande demais para poder ser bem governado, nem pequeno demais para poder manter-se a si mesmo. Há em todo corpo político um *máximo* de força que ele não poderia ultrapassar e do qual frequentemente se afasta por excesso de crescimento²³”.

Após a análise das principais teses rousseauianas acerca da formação político-jurídica da modernidade, passar-se-á, no intuito de se atingir o fim inicialmente proposto, ao estudo das ideias-chave de Thomas Hobbes, na obra “Leviatã”. Assim, ao adentrar na discussão sobre a condição natural do gênero humano no que concerne à sua felicidade e à sua desgraça, o autor sintetizara esta condição a partir da seguinte formatação: “A NATUREZA criou os homens tão iguais nas faculdades do corpo e do espírito que se um homem, às vezes, é visivelmente mais forte de corpo ou mais sagaz que outro, quando se considera em conjunto, a diferença entre um homem e outro não é tão importante [...]”²⁴.

Logo, em consequência dessa igualdade, considerada tanto individualmente quanto, com maior ênfase, coletivamente, é que Hobbes buscara, por meio de sua teoria contratualista, justificar a construção moderna do Estado. Ademais, se os homens possuem as mesmas faculdades, pode-se dizer, também, que eles desejam as mesmas coisas. E, por isso, se eles não podem desfrutar, por igual, destas coisas, “[...] tornam-se inimigos e, no caminho que conduz ao Fim (que é, principalmente, sua sobrevivência e, algumas vezes, apenas seu prazer) tratam de eliminar ou subjugar uns aos outros²⁵”.

Em decorrência deste cenário caracterizado, sobretudo, pela ausência de segurança, levando-se em consideração que os desejos individuais impulsionariam, de acordo com Hobbes, a desconfiança de todos contra todos, tornar-se-ia permitido ao homem “[...] aumentar seu domínio sobre seus semelhantes, uma vez que isso é necessário à sua sobrevivência. Além disso, os homens não sentem nenhum prazer (ao contrário, um grande desgosto) reunindo-se quando não há um poder que se imponha a eles²⁶”. Para desenvolver a sua concepção de Estado, este contratualista considerou a existência de três causas para a discórdia humana, quais sejam: a competência, a desconfiança e a glória.

²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. P. 48.

²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. P. 58.

²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. P. 63.

²⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Ícone, 2014. P. 94.

²⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. P. 95.

²⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. P. 95.

A partir disso, ou seja, por compreender que a construção de um poder comum giraria em torno de uma concepção de liberdade racionalmente estabelecida por lei, Hobbes tratara de realizar a distinção entre Direito e Lei, de modo que a noção de liberdade, especificamente moderna, dependeria do resultado desta relação distintiva. Entretanto, “apesar da confusão feita entre Jus e Lex, o Direito e a Lei, pelos que trataram desse assunto é preciso fazer distinção entre esses enunciados. Assim, o DIREITO é a liberdade de agir ou de omitir, enquanto a Lei obriga a agir ou omitir²⁷”. De fato, diante da ausência de limites ou, melhor dizendo, da liberdade de todos perante todas as coisas, a teoria hobbesiana, para estabelecer um pacto-contrato entre todos os homens, partira de uma norma ou regra geral da razão.

Para isso, desta norma-regra geral da razão, ao passo que representaria a Lei Fundamental da Natureza, se pode extrair, por assim dizer, o dever geral de procurar e garantir a paz. Deste dever de procurar e de garantir a paz, é que Hobbes formulara uma segunda lei. Nesta, os homens deveriam concordar “[...] com a renúncia de seus direitos a todas as coisas, contentando-se com a mesma Liberdade que permite aos demais, à medida em que considere a decisão necessária à manutenção da Paz e em sua própria defesa²⁸”. Para que haja esta renúncia, os indivíduos levariam em consideração os direitos que lhes seriam reciprocamente transferidos. Por outras palavras, este ato, o qual poderá ser denominado de transferência ou renúncia, se tratará de “[...] um ato voluntário e todo homem pratica um ato voluntário esperando alcançar algum benefício [...]”²⁹.

Dessa forma, a unidade real de todos, é dizer, “[...] a Multidão assim unida numa só Pessoa passa a chamar-se *Estado*, em latim CIVITAS. Esta a geração do grande LEVIATÃ, ou antes (para usarmos termos mais reverentes) daquele *Deus Mortal* a quem devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa³⁰”. O Estado, enquanto autoridade constituída através da vontade de cada indivíduo, receberia, por delegação, o poder e a força para garantir a paz interna e a proteção contra os estrangeiros, concentrando, todo este poder e força delegados pelos súditos, no titular do poder soberano, é dizer, no Soberano.

Além dos direitos, das faculdades e dos deveres gerais do Soberano, Hobbes, em seu “Leviatã”, discutira, também, sobre a liberdade dos Súditos. Com efeito, em decorrência da criação do Estado, surgiriam leis civis e cárceres, de modo que, por meio destas leis, os homens passariam a se encontrar vinculados – presos – a Assembleia a qual delegaram o Poder Soberano. Apresentadas, assim, as noções gerais acerca da Liberdade dos Súditos, na teoria em análise torna-se possível verificar que, para ela, a liberdade não consistiria, unicamente, na obediência aos ditames da Assembleia e do Representante Soberano. Logo, a verdadeira Liberdade dos Súditos possibilitaria, aos indivíduos, recusar-se a fazer as coisas que, embora determinadas pelo Soberano, pudessem violar princípios basilares instituídos no momento em que fora criado o Estado.

Portanto, após a exposição das principais características das teorias de Locke, Rousseau e Hobbes, teorias estas que consubstanciaram o pensamento destinado à formação do Estado Moderno e, sobretudo, do Direito destinado a condicioná-lo, se pode perceber que as ideias de propriedade, compreendidas como conjunto de bens, de constituição de uma comunidade, ou seja, de Pacto-Contrato, juntamente com uma Lei destinada a limitar o Soberano e a garantir a liberdade dos Súditos, se mantiveram,

²⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Ícone, 2014. P. 99.

²⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. P. 100.

²⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. P. 101.

³⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. P. 126.

guardadas as devidas proporções, até a contemporaneidade. Dito de outra forma, “el Estado moderno há nacido como unidad de asociación organizada conforme a una Constitución, gracias a haber dominado el doble dualismo que forman rey y pueblo y el poder espiritual y temporal³¹”.

A fórmula do Estado Moderno, enquanto produto de constantes transformações, que, no entanto, mantém o seu núcleo básico de direitos e de garantias fundamentais delimitados por uma Constituição, marcara a sua posição incipiente, no tempo e no espaço, a partir da “[...] instauración de la unidad del Estado dominando la contienda entre sus partes³²”. Com o seu desenvolvimento e com o aumento, cronológico, da sua densidade de competências e atribuições, estas até a contemporaneidade, o Estado passara a reunir “[...] en sí todos los poderes públicos y todos los derechos, no es sino el resultado de una evolución lenta y de un proceso continuo que ha tendido a superar las divisiones profundas³³”.

Para a pesquisa desenvolvida nos limites deste artigo, determinar-se-á, como marco de desconstituição do Estado Moderno e de seus direitos e garantias postos por uma Constituição, o período entre o início e o fim da Pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2. Isto porque a razão de ser, ou seja, de existir do Estado fora inaugurada a partir da premissa de que ele deveria garantir, ao homem e antes de qualquer outro direito, a fruição de uma vida social e política com liberdade. No entanto, as medidas adotadas, em nome da ciência e sem a comprovação da mesma, para combater ou frear a propagação desse vírus, reduziram a vida “[...] a uma condição puramente biológica [...]”³⁴, o que pode ser traduzido como a perda de “[...] toda dimensão não apenas social e política, mas até mesmo humana e afetiva. Uma sociedade que vive em um estado de emergência perene não pode ser uma sociedade livre³⁵”.

Neste sentido, as respostas governamentais sistêmicas destinadas ao enfrentamento da Covid-19, e o consequente estado perene de crise causado por elas, ao se levar em consideração os pressupostos-pilares fundantes do Contrato Social Moderno, fragilizaram, de acordo com o Giorgio Agamben, os valores, deste Contrato, “[...] éticos e políticos³⁶”. Ainda, para este autor³⁷, em decorrência do cenário desenhado, uma vez que a exceção, traduzida como a limitação permanente da liberdade, fora normalizada, o estado constitucional de coisas, caracterizado pela liberdade na sua mais ampla contextualização, não “[...] poderá jamais voltar ao estado normal³⁸”.

Dessa forma, como consequência das respostas governamentais, impostas sob o manto da ciência, destinadas ao enfrentamento da Covid-19, bem como através do dispositivo chamado de “distanciamento social”, este responsável pela efetivação de

³¹ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: FCE, 2000. PP. 311-312.

³² JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: FCE, 2000. P. 312.

³³ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. P. 314.

³⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: UFSC, 2014. P. 20.

³⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. P. 20.

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. P. 30.

³⁷ O que me preocupa não é apenas o presente, mas o que virá depois. Assim como as guerras nos deixaram como herança uma série de tecnologias nefastas, é mais que provável que, depois do fim da emergência sanitária, se buscará continuar os experimentos que os governos não tinham ainda conseguido realizar: as universidades serão fechadas para os estudantes e os cursos serão feitos online, deixarão de se reunir para falarem juntos de questões políticas ou culturais e, onde quer que seja possível, os dispositivos digitais substituirão todo contato – todo contágio – entre os seres humanos. AGAMBEN, Giorgio. Em que ponto estamos: a epidemia como política. São Paulo: n-1 edições, 2021. P. 30.

³⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: UFSC, 2014. P. 20.

toda e qualquer limitação ou eliminação dos direitos e garantias erigidos a partir da concepção do Contrato Social, em especial da liberdade, se deve realizar o seguinte questionamento: “ainda que o termo tenha sido provavelmente produzido como um eufemismo perante a crueza do termo ‘confinamento’ usado até agora, devemos nos perguntar o que poderia ser um ordenamento³⁹ político fundado sobre ele⁴⁰”. Com efeito, a utilização da terminologia “*ordenamento político*”, propositalmente adotada por Giorgio Agamben, esclarecera, objetivamente, que, o resultado das políticas-medidas espedidas para o combate da *Pandemia* e, entre elas, principalmente, a do distanciamento social, desconstituíram, estruturalmente, o Estado Moderno, Contrato Social, enquanto espécie de ordenamento político.

Nestas circunstâncias, adotando-se o que já havia sido apresentado, muito antes da *Pandemia* da Covid-19, pelo historiador italiano Paolo Prodi, o combate ao vírus SARS-CoV-2 e a política adotada durante e após as medidas impostas pelos governantes, reafirmaram aquilo que Prodi escrevera na obra “*Il sacramento del potere: il giuramento politico nella storia costituzionale dell’Occidente*”, é dizer: que hoje as novas gerações são as primeiras que, não obstante a presença de algumas formas “[...] e liturgie del passato (variante dal folklore militare delle reclute al cerimoniale burocratico delle alte cariche dello Stato), vivono la propria vita collettiva senza il giuramento come vincolo solenne e totale, sacralmente ancorato, di appartenenza ad un corpo politico⁴¹”. Considerando-se o cenário redesenhado através da exceção, que é a característica principal do conjunto de medidas, inconstitucionais, impostas aos cidadãos durante e após a *Pandemia*, pode-se dizer que, guardadas as devidas proporções, ocorreria a fragilização, suspensão, do Contrato Social Moderno.

2. O CONSTITUCIONALISMO ENQUANTO FENÔMENO HISTÓRICO: A LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL

Uma análise histórica acerca da existência humana possibilita, em um primeiro momento, para verificar a construção e, ao mesmo tempo, as sucessivas transformações do Constitucionalismo, compreender que, da civilização primitiva à civilização contemporânea, não há, historicamente falando, sociedade-comunidade destituída de regras. Esta breve, porém importante, afirmação-constatação é condição de possibilidade para que seja permitido explicitar, tanto no civil law quanto no common law, que o direito e, posteriormente, o Constitucionalismo, desenvolveram-se e desenvolvem-se à medida em que as relações sociais – de ordem cultural, política e econômica – modificam-se, seja em razão das influências do espaço (geografia) e do tempo (velocidade) das instituições sociais, seja, também, em razão do alcance – incidência – da existência humana.

Por isso, para uma análise mais adequada, isto é, para uma análise mais verossímil e, principalmente, desapaixonada sobre este fenômeno, que é o Constitucionalismo, ao

³⁹ Neste trabalho, não se valerá, em razão da preservação do rigor historiográfico e da diferença histórico-estrutural entre Ordenamento Político e Estado, da expressão Estado para designar, também, as civilizações Grega e Romana, pois, “nem a pólis grega, nem o império romano, nem os domínios senhoriais da Idade Média constituíram, nesse sentido, um Estado”. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *História da filosofia do direito e do estado*: antiguidade e idade média. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 21. Assentada esta premissa, qual seja, de que ordenamento político é gênero e, por consequência, o Estado é uma de suas variáveis, torna-se possível estabelecer uma linha temporal que relaciona Ordenamento Político, como gênero, às civilizações Grega e Romana, e, Estado, enquanto conceito não universal, à Baixa Idade Média e início da Idade Moderna.

⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Pilatos e Jesus*. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: UFSC, 2014. P. 33.

⁴¹ PRODI, Paolo. *Il sacramento del potere: il giuramento politico nella storia costituzionale dell’Occidente*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1992. P. 11.

optar-se pela verificação histórica dos acontecimentos, ao invés da verificação – não menos importante – estritamente classista-marxista, se preferiu compreender o Movimento Constitucional a partir da linearidade característica da matriz historicista⁴². Dessa forma, por se tratar de uma relação umbilical entre Estado e Constituição, o Constitucionalismo, enquanto construção da história-existência humana, será relacionado com as transformações surgidas através do desenvolvimento do Estado Moderno⁴³. Com isso, para se discorrer acerca do Movimento Constitucional, eleger-se-á três categorias específicas que tratarão de demonstrar, cronologicamente, a inter-relação deste fenômeno com as transformações do Estado, transformações estas capitaneadas pelo desenvolvimento civilizacional ou, melhor dizendo, pela complexidade advinda da existência humana.

Assim, para esta finalidade, o Constitucionalismo Primitivo, o Constitucionalismo das Revoluções e o Constitucionalismo da Época Liberal, todas estas três categorias verificadas por meio da compreensão teórica e histórica de Maurizio Fioravanti e outros, proporcionarão uma breve demonstração sobre as experiências que acarretaram nas concepções constitucionais e estatais contemporâneas. A linearidade do Movimento Constitucional, isto é, do Constitucionalismo propriamente dito, primitivamente falando, iniciou-se, sobretudo, a partir de “una constitución que sostener y que defender, pero esta no presupone un poder soberano que represente en conjunto a la comunidad política a la que se refiere la constitución, ni está destinada a garantizar los derechos individuales conforme al principio de igualdad⁴⁴”.

Diferentemente deste contexto, o substantivo constituição, no que diz respeito a sua etimologia, significa ou, até mesmo, expressa – objetivamente – uma ideia de conjunto, de algo que está para ser ou que já esteja constituído. É por isso que deste conceito se extrai, por assim dizer, duas das principais características do Constitucionalismo, quais sejam: resistência⁴⁵ e participação⁴⁶. No entanto, estas características, que podem ser traduzidas, para a construção que se propõe, em soberania, liberdade e igualdade, são desconhecidas “[...] para la realidad política y social en la que adquiere firmeza el constitucionalismo primigenio. Pero entonces ¿cómo se puede representar la constitución de este periodo histórico, esto es, de los primeros siglos de la Edad Moderna, los anteriores a las revoluciones [...]?”⁴⁷

Dessa maneira, nesta conjuntura histórica, em que a Constituição não representava

⁴² En estos últimos años, las cuestiones sobre historia del constitucionalismo se han entrelazado cada vez más con los problemas actuales, con las dificultades y las perspectivas del constitucionalismo de hoy. [...] Ha nacido de una circunstancia particular en la que el historiador del constitucionalismo venía obligado a situarse, desde diversos ángulos, en este entrecruzamiento entre historia e teoría, entre pasado y presente, requerido, según las circunstancias, por los filósofos del derecho o de la política, por los constitucionalistas y por los historiadores del derecho, de las doctrinas o de las instituciones políticas. Se ha podido comprobar de este modo cómo ha ido transformándose un debate que tiene en realidad para todos, con independencia de las disciplinas, un único centro: la propia *constitución*, su historia y su teoría. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. PP. 13-14.

⁴³ Tutto il diritto pubblico viene fondato sul dogma della personalità giurídica dello Stato, per cui la costituzione è semplicemente una norma dello Stato ed esiste perché esiste lo Stato: tutt'al più abbiamo una *Konstitutionnelle Verfassung*. MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato Moderno**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1997. P. 129.

⁴⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 20.

⁴⁵ La constitución no es una norma que se aplique a la comunidad por la voluntad de un poder definido, porque no es substancialmente más que la propia comunidad en su aspecto más básico y característico. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 27.

⁴⁶ [...] y en la segunda vertiente, la tendencia paralela, que es precisamente la del constitucionalismo, a contener esos poderes, a ofrecer y definir límites y garantías y a introducir además, dentro de este proceso histórico, el elemento de la participación y del consenso con la progresiva construcción de las asambleas representativas. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 143.

⁴⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. PP. 20-21.

uma dada comunidade assim como também não garantia direitos e liberdades, ela representava, levando-se em consideração as jurisdições superpostas⁴⁸, as concepções políticas, sejam de ordem feudal, sejam de ordem corporativa, anteriores à formação dos Estados. Assim, a Constituição se apresentava, neste espaço político e territorial, “[...] conforme a reglas consuetudinarias, pero también escritas, acordadas generalmente con el señor o con aquel que ocupa una posición preeminente en esse preciso territorio, en el espacio de esa ciudad concreta⁴⁹”. Estas regras, não somente consuetudinárias, mas também teológicas, delimitavam, assim, a disputa – por hegemonia – entre o Império e a Igreja, convivendo ambas ainda com as jurisdições feudais. Portanto, para que seja possível compreender os limites do Constitucionalismo Primitivo, se torna fundamental, no espaço deste trabalho, discorrer acerca da Soberania, dos direitos e das liberdades em um contexto, segundo a terminologia utilizada por Maurizio Fioravanti, primitivo.

Deste modo, no que condiz, em um primeiro momento, a não territorialidade da soberania, se pode dizer que, a inexistência de centralização do poder ou, quer dizer, a ausência de uma instituição hegemônica-centralizadora, possibilitou que a Soberania – de fato – estivesse restrita apenas ao âmbito de incidência do Império, da Igreja e dos Feudos. Dito de outra maneira, cada uma destas Instituições possuía a sua soberania – de fato – interna, restrita aos limites espaciais de atuação das mesmas. Neste período transitório e, por assim dizer, multifacetado, o Império e a Igreja buscavam desenvolver teorias próprias acerca da Soberania, pois, em um conflito pelo poder, ambos almejavam a edificação bem como também a centralização de um modelo de autoridade máxima. Este conflito, genericamente falando, precedeu ao nascimento do Estado na sua vertente – basilar – soberana e territorializada, já que, nesta ocasião, a autoridade “[...] tampoco se constituía mediante un sistema abstracto de gobierno mediado por el derecho formal. En realidad, se basaba en un sistema de vínculos jerárquicos que no estaban claramente definidos⁵⁰”. Justamente por isso, isto é, pela inexistência de um direito formal, os direitos e, as obrigações advindas destes, dependiam dos vínculos pessoais⁵¹.

Com isso, a partir deste cenário, em que a autoridade política e jurídica se encontrava individualmente distribuída entre as instituições que consubstanciaram este período histórico, se torna possível dizer, no que se refere, especificamente, aos direitos e liberdades, que, “[...] tanto los más antiguos, de cuño medieval, existentes en la realidad como privilegios locales o estamentales, como los nuevos que bullen en el seno de la cultura comunal – son la materia de la que se ocupa el constitucionalismo primigenio⁵²”. Em consequência disso, a ocupação relativa à formação de uma unidade, seja ela

⁴⁸ Así, los actores sociales y políticos más importantes controlaban determinados espacios geográficos, como los feudos y la ecclesia, lo que nos permite describir el panorama medieval como un paisaje marcado por la dispersión de pequeñas soberanías de facto em un amplio sistema de jurisdicciones inconexas y, muchas veces, superpuestas. No obstante, aunque los señores feudales tenían jurisdicción sobre las fincas y las tierras que se les otorgaban, carecían de autoridad territorial exclusiva. SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos:** de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2012. P. 60.

⁴⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo:** experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 21.

⁵⁰ SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos:** de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2012. P. 62.

⁵¹ Los derecho y las obligaciones específicas de los grupos y personas dependían de su posición en un sistema de vínculos personales, no de la ubicación en un territorio determinado, aunque a veces dichos vínculos se concentraron en algún territorio. Incluso en los casos en que aparece cierta forma de soberanía que podían afectar a cada zona. Además, esta economía también se constituía en gran medida a partir de las relaciones personales entre el gran señor y los señores. En términos generales, este sistema de derecho y obligaciones es tanto un resultado como una causa de las configuraciones económicas y militares específicas que posibilitaron la existencia de ciertas fuentes de legitimación particulares. A su vez, esto implica que los señores feudales podían convertirse en enemigos de las autoridades centralizadas, como la Iglesia y el Imperio. SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos:** de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2012. P. 63.

⁵² FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo:** experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 21.

política, seja, também, jurídica ou, até mesmo, territorial, se iniciara, de maneira multifacetada, por meio da unificação do território e, ao mesmo tempo, pela adoção de uma forma moderada e equilibrada de governo que, substancialmente, estaria pautada no cultivo de uma cultura – comum – política e jurídica. O que se quer dizer a partir da análise das premissas fundacionais do Constitucionalismo é que, para que fosse viabilizada a construção de toda uma autoridade comum consubstanciada, sobretudo, em direitos e liberdades não mais vinculados a determinada classe social, tornar-se-ia necessário que o Constitucionalismo se apresentasse como condição de possibilidade para a ruptura dos traços medievais que, de maneira multifacetada, caracterizaram, até o século XVIII, todo um imaginário político, jurídico e social.

Assim, em decorrência do desenvolvimento das premissas basilares que deram início ao Movimento Constitucional, “[...] casi hacia finales del siglo XVIII y a un passo de las revoluciones, el constitucionalismo, emancipado ya del viejo panorama medieval de cuerpos y estamentos, y encauzado en la moderna tutela de los derechos individuales, permanece firmemente vinculado a los modelos del constitucionalismo primigenio⁵³”. Todavia, mesmo emancipado das características do antigo contexto histórico, o Constitucionalismo, apesar das peculiaridades advindas desta emancipação, ainda se manteve desvinculado da soberania popular ou, melhor, da sua radicalização promovida no período das Revoluções que, por assim dizer, buscara fomentar, à contramarcha da própria concepção de moderação e equilíbrio, a democracia.

É neste cenário, capitaneado por transformações, sejam elas políticas, jurídicas e sociais, que o Constitucionalismo das Revoluções buscara refundar a ordem política, e com ela a Constituição. “[...] Pero para ello não había de partir de nuevo de la realidad concreta de los sujetos políticos, de los estamentos, de las ciudades e de los territorios, porque estos sujetos habrían vuelto a instaurar, sin duda, lá lógica del pacto que Hobbes considerava destructiva⁵⁴”. Por isso, esta contraposição à realidade concreta, como justificativa para uma igualdade em abstrato, em que os indivíduos, enquanto membros de uma comunidade, deveriam possuir iguais direitos, surgira, fundamentalmente, para combater a atribuição de direitos apenas a determinadas classes que compunham o imaginário social anterior às Revoluções. Isto porque a igualdade estabelecida neste período não considerava os indivíduos em abstrato, pois a vigência de uma Soberania de fato e condizente a cada Instituição, levando-se em consideração a coexistência de Instituições e forças, contribuíra, em absoluto, para a formação e para a manutenção, em um mesmo território, de grupos com ordens jurídicas autônomas.

Entretanto, a busca pela igualdade abstrata, que se inspirou, nesta época revolucionária, na igualdade advinda de um suposto Estado de Natureza, suscitara, historicamente falando, restrições no que condiz à concepção de moderação e equilíbrio cultivada pelo Constitucionalismo Primitivo, de modo que “[...] la igualdad, en el estado de naturaleza, no es sino la pretensión de cada cuál, y por lo tanto de todos, de tener acceso a todo. Es, pues, una vía que lleva de nuevo a la guerra civil y a perder la perspectiva del orden político⁵⁵”. Dessa forma, a ficção representada pelo fim ou, até mesmo, pela saída-abandono do Estado de Natureza possibilitara, fundamentalmente, a edificação de uma ordem política comum que, através do reconhecimento de um soberano, condicionara a construção do Estado Moderno.

⁵³ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 30.

⁵⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 31.

⁵⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 31.

Com a edificação desta ordem política, e com as consequências dela advindas, se pode dizer que, “a partir de ese momento, através del gran artificio de la representación, ya no son una multitud de individuos, sino una realidad por fin ordenada, es decir, un pueblo⁵⁶”. Neste estágio civilizacional, em comparação com o de outrora, que era composto por sujeitos, em um mesmo território, distribuídos em diversas classes desiguais entre si, todos os sujeitos, representados por uma unidade denominada de povo, passaram a se submeter a uma mesma autoridade e, por conta disso, por meio de uma igualdade que se aproximava da originária, passaram a compor o “núcleo da Constituição⁵⁷”. Todavia, apesar das características próprias deste Constitucionalismo, tais como o equilíbrio entre os poderes, assim como o direito de resistência em face do soberano, o surgimento de um outro Constitucionalismo ou, ao menos, de outras características, estas relativas às bases teóricas, buscara em Hobbes e em Rousseau as condições necessárias para uma compreensão política e jurídica acerca das revoluções do final do século XVIII.

Com isso, na Revolução Francesa, que culminara na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no que condiz, especificamente, à igualdade, se pode afirmar que, em razão deste acontecimento, se passara a consolidar tanto a igualdade de nascimento, ou seja, a natural, quanto a igualdade proveniente da força da lei. De fato, a partir destas características ocorreria uma transformação relativa à Soberania, pois, ao invés das soberanias particulares, conforme já fora demonstrada, fora desenvolvida, gradualmente, a “[...] soberanía de la nación. Los propios derechos individuales, proclamados primero en la Declaración como previos a la autoridad política, resultan luego posible y concretos tan solo en cuanto estén previstos en la ley⁵⁸”. Parece, assim, que a *Vontade Geral*, representada pelas concepções teóricas de Rousseau, em seu Contrato Social, influenciara, de maneira preponderante, todo este acontecimento histórico.

Ademais, nesta mesma conjuntura, “[...] ni la asamblea soberana de los representantes de la nación ni el pueblo soberano de Rousseau aceptaban de buen grado mantener el equilibrio con los otros poderes o estar limitados por una ley fundamental, por una constitución⁵⁹”. Logo, as Revoluções, abordada, neste trabalho, como contributo ao Movimento Constitucional, somente e brevemente a Revolução Francesa, produziram o Constitucionalismo da *Vontade Geral*, porquanto que características como igualdade, legitimação dos poderes e universalidade-generalidade da lei, todas estas de matriz hobbesiana e rousseauiana, juntamente com os limites ao poder do povo e do soberano, heranças americanas, consubstanciaram todo este cenário que culminara em um entrelaçamento de condições advindas da Revolução Francesa, da Revolução Americana e, também, de outras revoluções.

Após este desenho acerca da história do Constitucionalismo, ou seja, após estes apontamos sobre o Constitucionalismo Primitivo, bem como sobre o Constitucionalismo das Revoluções, abordar-se-á, nos mesmos moldes, o Constitucionalismo da Época Liberal. Desse modo, o Constitucionalismo desta época, para Maurizio Fioravanti, buscara, como finalidade precípua, em face daquilo que este constitucionalista denominara de “fábrica

⁵⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 31.

⁵⁷ Este último es mucho más que el poder principal, el núcleo de la constitución, como lo era en definitiva para Bodino: ahora es más bien la premisa necesaria para la existencia misma de la constitución porque sin el reconocimiento del soberano no existirá orden político alguno y, por lo tanto, ninguna atribución de derechos individuales, en definitiva, no existiría constitución. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 31.

⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 32.

⁵⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 33.

de constituciones⁶⁰", demonstrar o que esta característica representara, em termos de integridade e de consolidação, para o Constitucionalismo enquanto movimento histórico. Com isso, por meio desta outra fase do Constitucionalismo, em oposição ao radicalismo da fase anterior, que pensava estar a Constituição a reboque de um determinado momento político capitaneado por um povo soberano, a fase liberal, com base no Constitucionalismo Inglês, reconheceria, na Revolução Francesa, especificamente no poder constituinte, "[...] una nueva forma de auténtico despotismo, entendido como la pretensión de ampliar hasta el infinito su poder normativo en todo el ámbito de las relaciones civiles. Frente a ello se recuerda una vez más el valor positivo del ordenamento inglés en el que la autoridad legislativa⁶¹" encontrava, como limite, a segurança e a propriedade dos membros da sociedade.

Estas limitações como garantias contra as maiorias ou, até mesmo, contra o arbítrio do legislador proporcionaram, à estrutura constitucional da época, a construção de uma tradição jurídica que, ao contrário do período anterior, passara a atribuir estabilidade e equilíbrio às relações civis e políticas. Neste sentido, "[...] el modelo constitucional inglés, a través de Burke, se propone representar no solo el modelo preferible, com mucha diferencia, para la garantía de los derechos, sino el modelo en el cuál se tutelaba con más fuerza el valor de la obligación política y su estabilidad [...]"⁶²". Entretanto, mesmo que estas características tenham se consubstanciado em parâmetros fundamentais para este modelo-fase do Constitucionalismo, a crítica de "Burke era especialmente inflexible y, desde luego, no representaba todo el panorama liberal. Pero respondia a una necesidad extendida y sincera de estabilidad y de construir soluciones políticas y constitucionales moderadas y, sobre todo, limitadas [...]"⁶³".

Além disso, não somente na Inglaterra surgiram críticas ao modelo revolucionário francês. Também, na própria França, berço do Constitucionalismo Revolucionário, através de Benjamin Constant, em sua obra principal, qual seja, "*Os Princípios de Política*", datada de 1815, se passara a construir "[...] la perspectiva de la soberanía limitada partiendo de una auténtica reelaboración del concepto de soberanía popular. Esta es aún admisible, pero solo como fundamento de la supremacia de la ley sobre las voluntades particulares [...]"⁶⁴". Por outras palavras, a limitação da Soberania, para Benjamin Constant, vinculando-a a limites jurídicos, é dizer, aos direitos individuais, possibilitaria, como identidade vinculante do Constitucionalismo Liberal, a construção e a manutenção de garantias concretas oponíveis aos poderes constituídos.

De acordo com Constant, esta matéria, relacionada à Soberania, apesar de se tratar de matéria estritamente constitucional, sendo a Constituição a norma suprema por excelência, neste período ela ainda se apresentava como uma norma política⁶⁵. Como

⁶⁰ En efecto, esta época adquiere concreción, incluso en el terreno de la historia constitucional, a través de la cerrada crítica a la revolución y, en particular, precisamente al carácter de la revolución como *fábrica de constituciones*, como un incesante proceso constituyente que, al producir una constitución dentro de la otra, acababa, paradójicamente, por destruir precisamente la *constitución* para convertirla en la solución política del momento, válida mientras se mantuviera el particular equilibrio político del que traía su origen. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 43.

⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 44.

⁶² FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 45.

⁶³ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 45.

⁶⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 61.

⁶⁵ Para Constant la constitución es desde luego la norma suprema, pero es una norma de naturaleza esencialmente política en la que se expresa el gran pacto entre la monarquía y la nación y de cuya estabilidad depende todo, incluida la garantía de los derechos. Por este motivo, los liberales como Constant se dedicaron ante todo a perfeccionar a máquina política y la forma de gobierno, a las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo, y a la invención de mecanismos institucionales aptos para evitar y prevenir los conflictos

consequência disso, os liberais passaram a associar, linearmente, a Constituição aos direitos e as liberdades, porém, “[...] en el terreno del programa político, de la maduración de la sociedad y de la opinión pública y no en el terreno normativo de la posibilidad de oponer la constitución como norma de garantía a la propia ley precisamente en el nombre de los derechos violados⁶⁶”. Ademais, na Europa, especificamente no século XIX, o Constitucionalismo, a partir de concepções liberais, buscara encontrar um meio termo⁶⁷ entre o conservadorismo e o racionalismo revolucionário. Com isso, este meio termo ou, nas palavras de Maurizio Fioravanti, *tercera vía*, conforme referida acima, por um lado, não poderia aceitar o historicismo conservador, pois, caso assim procedesse, estaria renunciando aos princípios basilares da Revolução Francesa e, por outro, não poderia renunciar ao historicismo conservador, uma vez que, dessa forma, estaria renunciando aos limites advindos desta concepção de Constitucionalismo.

3. DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO AO CONSTITUCIONALISMO DA EXCEÇÃO: O CENÁRIO DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL CAUSADO PELAS MEDIDAS POLÍTICAS DESTINADAS AO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA CAUSADA PELO VÍRUS SARS-COV-2

O século XX, ou seja, o século deixado para trás, “é stato un secolo terribile: il secolo dei totalitarismi e degli imperialismi, segnato da quel male assoluto, senza precedenti né confronti nella storia, che è stato l'olocausto ad opera dei nazisti; il secolo di ben due guerre mondiali [...]”⁶⁸. No entanto, diante de todas estas ameaças que, não raro, foram concretizadas, de modo a impingir ao mundo, em particular aos Estados nacionais, um sentimento de impotência generalizada, o século XX se caracterizara, também, como o período “[...] della nascita della democrazia politica e dell'afermarsi, nel senso comune, dei valori della pace, dell'uguaglianza e dei diritti umani: valori, non va dimenticato [...]. È stato inoltre il secolo della rifondazione della democrazia costituzionale [...]”⁶⁹ na maioria dos países do Ocidente.

Assim, em decorrência desta refundação, ocorreria a institucionalização de direitos e garantias introduzidos “[...] dalle nuove Costituzioni rigide dopo da caduta di regimi totalitari o autoritari” [...]”⁷⁰. Além disso, no plano internacional, fora concretizado o nascimento da Organização das Nações Unidas⁷¹, juntamente com diversas outras declarações, que tratam de temas referentes aos direitos humanos. De fato, toda a estrutura política e jurídica surgida pós-metade do século XX diz respeito, sobretudo, aos horrores não somente das guerras, mas também às raízes plantadas pelas ideologias nazista e comunista no mundo. É, neste sentido, que as Constituições⁷², capitaneadas por uma nova fase do Movimento Constitucional, qual seja, a democrática, buscaram, e ainda

constitucionales. En este sentido, es célebre la búsqueda por parte de Constant de um poder mediador neutro, depositado en el próprio rey a partir de 1814. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 46.

⁶⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014. P. 46.

⁶⁷ Si dirigimos ahora la vista a toda Europa, nos damos cuenta de que el constitucionalismo del siglo XIX, con formas y soluciones diferentes, busca en todas partes una especie de *tercera vía* entre el historicismo conservador y el racionalismo revolucionario. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. P. 48.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. Modena: Mucchi, 2017. P. 07.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 07.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. Modena: Mucchi, 2017. P. 07.

⁷¹ Infine è stato il secolo della rifondazione del diritto internazionale, grazie alla nascita dell'Onu e alle tante dichiarazioni e convenzioni internazionali e regionali sui diritti umani. FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. PP. 07.

⁷² C'è infatti un nesso che lega tra loro le ombre e le luci, gli orrori e le conquiste di questo nostro recente passato. Le luci e le conquiste, quindi, ottenute a costo delle terribili sofferenze che con esse si è voluto condannare e bandire dal futuro. FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 08.

buscam, apesar das limitações impostas pela metamorfose do mundo, e para este estudo, das limitações causadas pela supressão da liberdade individual em decorrência do combate, em tese, à Pandemia da Covid-19, tutelar direitos e garantias, individuais e coletivos, em um cenário transnacional.

Com efeito, a refundação do Constitucionalismo sob a égide da democracia “[...] ha investito, sul piano giuridico, sia le forme delle relazioni tra Stati che le strutture democratiche degli Stati nazionali. Così è stato per il divieto della guerra e per il rispetto dei diritti umani proclamati dalla Carta dell’Onu⁷³”. Neste contexto, o Constitucionalismo democrático representara, através das Constituições, pós-Segunda Guerra, de boa parte dos Estados, a juridicização de um projeto “[...] della pace e dei diritti umani, inclusi quei diritti alla sopravvivenza che sono i diritti sociali⁷⁴”. Ademais, estas Constituições trouxeram, consigo, diversos princípios que passaram a limitar a atuação de todos os poderes, de modo a impedir a produção de leis, de decisões judiciais e políticas, em conflito, com os textos normativos⁷⁵, é dizer, de toda e qualquer manifestação do Estado que possa violar a liberdade dos indivíduos e da coletividade.

Esta mudança ocorrera, inicialmente, “[...] in quella straordinaria stagione costituente che fu il quinquennio 1945-1949, allorquando furono emanate le nuove Carte costituzionali e internazionali: [...] la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, la Costituzione giapponese del 1946 [...]”⁷⁶ a Constituição Italiana de 1948 e a Lei Fundamental de Bonn em 1949. Ainda de acordo com Ferrajoli, a constitucionalização destes direitos como desdobramento de mais uma fase do Movimento Constitucional influenciara, também, tanto na soberania⁷⁷ interna do Estados quanto na externa, uma vez que a democracia havia se tornado condição de possibilidade para este novo cenário mundial, este marcado, fundamentalmente, pela concepção, inerente ao Constitucionalismo, de liberdade.

Como característica deste Constitucionalismo, a rigidez das constituições possibilitara uma transformação nos direitos, ou seja, “le condizioni di validità delle leggi sono non più solo formali ma anche sostanziali, consistendo non più nel solo rispetto delle norme procedurali e di competenza sulla formazione delle decisioni, ma anche in un duplice vincolo di contenuto [...]”⁷⁸. A primeira restrição se refere, por assim dizer, à proibição de produzir normas contrárias aos princípios constitucionais. Já a segunda, diz respeito à integridade do sistema regulatório, bem como à obrigação de introduzir garantias jurídicas através de leis⁷⁹.

Dessa forma, o Constitucionalismo do século XX, representado pelas Constituições democráticas, passara a consistir não somente no poder das maiorias, porquanto que

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 08.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 09.

⁷⁵ Il diritto espresso dai principi costituzionali è venuto così a configurarsi come un progetto normativo consistente in un sistema di limiti e vincoli a tutti i poteri, ai quali preclude la produzione di leggi con esso in contrasto e impone la produzione delle sue leggi di attuazione e delle sue tecniche di garanzia. FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 09.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 11.

⁷⁷ Fu allora che nacque l'odierno paradigma della democrazia costituzionale. Si è trattato di un mutamento profondo, che ha investito sia la sovranità interna che la sovranità esterna degli Stati e ha cambiato sia la natura del diritto che quella della democrazia. FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 11.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 13.

⁷⁹ [...] In primo luogo nelle coerenza delle norme prodotto con i principi costituzionali, e perciò nel divieto di produrre norme con essi in contrasto; in secondo luogo nella completezza del sistema normativo, e perciò nell'obbligo di introdurre le garanzie dei diritti tramite idonee leggi di attuazione. FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 13.

impôs limites e garantias para a tutela dos direitos fundamentais de todos, seja maioria, seja, também, minoria. Neste contexto, é que à dimensão formal das Constituições fora acrescentada a dimensão substancial, esta consistente “[...] nelle garanzie dei diritti stabiliti costituzionalmente: in primo luogo nelle loro garanzie primarie [...]; in secondo luogo nelle loro garanzie secondarie o giurisdizionali [...]”⁸⁰. Assim, por um lado, as garantias primárias, nas Constituições democráticas e no cenário pós-nazifascismo e comunismo, passaram a representar a defesa e a garantia dos direitos de liberdade, assim como dos direitos sociais. Por outro lado, como autoproteção deste sistema, as garantias secundárias apresentaram mecanismos de invalidação de leis e de decisões que pudessem violar as garantias primárias.

Assim, se pode dizer, com relação a todos os poderes, no âmbito dos territórios estatais, sejam eles políticos e jurídicos, sejam, principalmente, econômicos, que eles deveriam estar subordinados aos “[...] diritti fondamentali e al governo pubblico dell'economia, stipulati nelle Costituzioni quali condizioni della pacifica e democratica convivenza”⁸¹. Mesmo diante dos limites impostos pela geografia estatal e constitucional moderna, o Constitucionalismo democrático colocou-se como “[...] el lugar em el que vive el pluralismo social y político que caracteriza em lo más profundo el siglo XX, pero es también el lugar en el que se actúa continuamente para su renovación, para la reproducción de una forma política capaz de contenerlo y representarlo de modo unitario”⁸². O que se quer dizer com isso é que as diferentes fases do Constitucionalismo, além de terem correspondido às transformações do Estado, corresponderam, ao mesmo tempo, às necessidades advindas do nível de complexidade social, esta condizente com a necessidade, cada vez maior, de garantia, via Constitucionalismo, da liberdade individual e coletiva. Neste contexto, compreende-se que o Constitucionalismo democrático, e as Constituições produzidas devido a sua influência, é fruto de um passado recente.

Na passagem de uma era para a outra, ou seja, do século XX para o século XXI, do Constitucionalismo democrático para o Constitucionalismo da exceção (durante e após a Pandemia da Covid-19), pode-se perceber que a política entrara “[...] numa peculiar zona crepuscular, a zona crepuscular da dupla contingência: nada permanece fixo, nem as velhas instituições e os sistemas básicos de regras, nem as formas e os papéis organizados dos atores”⁸³. Ademais, não se verificara que estas mudanças ocorreram, unicamente, nas instituições e nos sistemas, locais, normativos. A condição humana, que na contemporaneidade concerne à humanidade, “[...] passou a ser um fato global com o qual são obrigados a conviver as culturas e as religiões universais, não apenas a civilização ocidental”⁸⁴. É o caso, portanto, das restrições à liberdade individual e coletiva, causadas pelas medidas destinadas, tanto no âmbito nacional quanto global, e de maneira não coordenada, ao enfrentamento da Pandemia da Covid-19.

Neste sentido, a “crise”, que não é passageira, “[...] se separa de seu ‘dia decisivo’ e se transforma numa condição permanente”⁸⁵. Por conseguinte, a “crise”, no que diz respeito às limitações, inconstitucionais, à liberdade, é uma condição permanente ou, nas

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 14.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 14.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. P. 57.

⁸³ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. P. 197.

⁸⁴ ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P. 81.

⁸⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: UFSC, 2014. P. 76.

palavras de Giorgio Agamben, constitui um Constitucionalismo, e também Estado, de exceção⁸⁶. Por isso, ao invés de se falar em “crise”, pois, conforme demonstrado, não se trata disso, se optou, por se considerar mais adequado, que a concepção de liberdade trazida pelo Movimento Constitucional e, sobretudo, pelo Constitucionalismo democrático, fora substituída, no cenário pandêmico e pós-pandêmico, pela de liberdade enquanto exceção e não a regra, uma vez que capitaneada pela vertente contemporânea, apresentada neste estudo, de Constitucionalismo da exceção.

Para Giorgio Agamben, o contexto atual de mundo, tanto nacional quanto global, torna possível e necessária a realização do seguinte questionamento-afirmação: “creio que devemos hoje nos perguntar seriamente se certas palavras que continuam a ser usadas – como democracia, poder legislativo, eleições, constituição – não perderam, há muito tempo, o seu significado originário⁸⁷”. De acordo com este filósofo, a primeira característica das medidas (decretos e outras similares) destinadas ao enfrentamento da Pandemia fora a supressão, sem nenhuma certeza científica acerca da eficácia, “[...] das garantias constitucionais⁸⁸”. Esta situação marcada, sobretudo, por medidas que institucionalizaram, através do terror sanitário, um Constitucionalismo da exceção, pode ser considerada, inserida na narrativa temporal do Constitucionalismo democrático, ou seja, do fenômeno constitucional responsável pela construção das Constituições democráticas, pós-Segunda Guerra Mundial, como o período de maior suspensão da legalidade na história recente do mundo ocidental.

O distanciamento social, como nova estrutura definidora das relações sociais pós-surgimento da Pandemia, fora apresentado como produto da ciência enquanto dispositivo religioso, de salvação do mundo. Isto porque, se o produto jurídico-político de toda essa transformação ou, melhor dizendo, do fim do Contrato-Pacto Social, é o Estado e o Constitucionalismo da exceção, “[...] e seu dispositivo religioso, a ciência, no plano das relações sociais, confiou sua eficácia à tecnologia digital, que, como é hoje evidente, faz sistema com o ‘distanciamento social’ que define a nova estrutura das relações entre os homens⁸⁹”. Esta transformação, do Estado-Constitucionalismo democrático ao Estado-Constitucionalismo da exceção, será, uma vez que para Agamben⁹⁰ se trata de uma suspensão permanente, a exceção, à legalidade e pós-2ª Guerra Mundial, mais longa do Ocidente democrático.

Levando-se em consideração que o presente estudo não tem, como objetivo, questionar a existência ou não da Pandemia da Covid-19, e sim discorrer acerca da fragilização dos pilares do Estado e do Constitucionalismo democráticos, sendo essa fragilização decorrente das medidas, inconstitucionais, adotadas pelo Executivo, assim como pelo Judiciário, o que o move não é apenas a preocupação com o presente, pois

⁸⁶ E é provável que os primeiros a se darem conta disso sejam precisamente os poderes dominantes, que, se não presentissem estar em perigo, certamente não teriam recorrido a dispositivos tão extremos e desumanos. AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. São Paulo: n-1 edições, 2021. P. 10.

⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. São Paulo: n-1 edições, 2021. P. 66.

⁸⁸ Nisso, ela apresenta pontos de contato com o que aconteceu na Alemanha em 1933, quando o novo chanceler Adolf Hitler, sem abolir formalmente a constituição de Weimar, declarou um estado de exceção que durou doze anos e que, de fato, anulou as prescrições constitucionais mantidas aparentemente em vigor. Enquanto na Alemanha nazista foi necessário, para esse fim, a formação de um aparato ideológico explicitamente totalitário, a transformação da qual somos testemunhas opera por meio da instauração de um puro e simples terror sanitário e de uma espécie de religião da saúde. AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. P. 08.

⁸⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. São Paulo: n-1 edições, 2021. P. 09.

⁹⁰ O estado de exceção, que foi prolongado até janeiro de 2021, será recordado como a mais longe suspensão da legalidade na história do país, implementada sem que nem os cidadãos nem, sobretudo, as instituições parlamentares tenham tido nada a objetar. AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. P. 09.

“[...] assim como as guerras deixaram como herança à paz uma série de tecnologias nefastas, do arame farpado às centrais nucleares, do mesmo modo é muito provável que se buscará continuar, mesmo depois da emergência sanitária, os experimentos que os governos [...]”⁹¹ não haviam logrado êxito em efetivá-los.

Dito de outra forma, a herança, em termos políticos e jurídicos, deixada pelo conjunto de medidas destinado ao enfrentamento da Pandemia da Covid-19, colocara em questão “[...] nada menos que a pura e simples abolição de todo espaço público”⁹². Isto porque a abolição, já assimilada pelos homens, do espaço público, este enquanto locus da liberdade lato sensu, se tornara a condição normal-permanente de procedibilidade da vida em sociedade. Pode-se dizer, diante dessa condição, que uma sociedade “[...] que vive em um estado de emergência permanente não pode ser uma sociedade livre”⁹³, porquanto que sacrificara a liberdade oportunizada pelo espaço público, isto é, a democracia nos mais diversos aspectos da vida, para, através das “razões de segurança”⁹⁴, se condenar “[...] a viver em um estado de medo e de insegurança permanente”⁹⁵.

Logo, esse Estado-Constitucionalismo da exceção, a partir da concepção desenvolvida por Carl Schmitt, pode ser considerado, analogicamente, corroborando com a tese proposta, e com o cenário apresentado, no presente estudo, como um lugar de ninguém “[...] entre a ordem jurídica e o fato político e entre a lei e sua suspensão”⁹⁶. Com efeito, para construir a ideia de que o estado de exceção não figura como uma concepção de normalidade, Schmitt⁹⁷ iniciara a construção de sua tese por meio da analogia entre este “estado” e o significado de milagre para a teologia, uma vez que ambos, tanto o “estado de exceção” schmittiano quanto o milagre da teologia, rompem com a normalidade, pois, para o autor, “la idea del moderno Estado de derecho se afirmó a la par que el deísmo, con una teología y una metafísica que destierran del mundo el milagro y no admitem la violación con carácter excepcional de las leyes naturales implícita en el concepto del milagro [...]”⁹⁸, de modo a também não admitir a intervenção do soberano na ordem jurídica constituída.

Em decorrência do cenário político e jurídico desenhado pelas medidas adotadas para o enfrentamento da Pandemia da Covid-19, é dizer, do cenário projetado pelo Estado-Constitucionalismo da exceção, pode-se considerar que a sociedade, mundo ocidental, se encontra diante do fim do Contrato Social Moderno, de seus direitos e garantias, bem como do Constitucionalismo enquanto fenômeno histórico que buscara, permanentemente, limitar o poder estatal. Não obstante a esta realidade, Giorgio Agamben apresentara, em sua obra “Em que ponto estamos? A epidemia como política”, o seguinte questionamento: “por quanto tempo ainda, e segundo quais modalidades,

⁹¹ AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. P. 20.

⁹² AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. P. 21.

⁹³ AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. P. 29.

⁹⁴ Nós vivemos hoje em uma sociedade que sacrificou a sua liberdade pelas assim consideradas ‘razões de segurança’ e desse modo se condenou a viver em um estado de medo e de insegurança. AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. São Paulo: n-1 edições, 2021. P. 21.

⁹⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. P. 29.

⁹⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos**: a epidemia como política. P. 85.

⁹⁷ El estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro en la teología. Sólo teniendo conciencia de esa analogía se llega a conocer la evolución de las ideas filosófico-políticas en los últimos siglos. SCHMITT, Carl. Teología política. Madrid: Trotta, 2009. P. 37.

⁹⁸ SCHMITT, Carl. **Teología política**. P. 37.

poderá ser prolongado o atual estado de exceção?⁹⁹".

Como sugestão ao enfrentamento deste problema permanente, Agamben, rememorando a sua obra publicada em 1990, qual seja, "La comunità che viene", sustentara que novas formas de resistência serão necessárias, "[...] com as quais deverão se comprometer sem reservas aqueles que não renunciam a pensar uma política por vir, que não terá nem forma obsoleta das democracias burguesas nem aquela do dispositivo tecnológico-sanitário que as está substituindo¹⁰⁰". Todavia, para este trabalho, estas novas formas de resistência continuarão adotando, a partir do desenvolvimento da vida social, o Constitucionalismo como referência e projeto, democrático, de sociedade, isto porque, para Augusto Barbera, ao adotar os valores apresentados pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa de 1789, isto é, os valores do liberalismo ou da liberal democracia, "[...] ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione¹⁰¹".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que se esteja longe de qualquer conclusão acerca dos efeitos concretos, do enfrentamento à Pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, no Contrato Social Moderno, bem como na capacidade do Constitucionalismo, neste cenário, de limitar o poder constituído, neste estudo, de maneira sucinta, se buscara demonstrar, em três momentos, a formação histórica das ideias contratualistas que construíram o Pacto Social Moderno, juntamente com a possibilidade, a partir das medidas adotadas para o combate à Covid-19, do vir a ser do Estado e do Constitucionalismo de exceção.

No primeiro momento, se atentara para a consolidação de uma resposta ao objetivo traçado inicialmente, qual seja, discorrer, com base no pensamento de Paolo Prodi, acerca do Contrato Social Moderno durante e após a Pandemia. Percebera-se, no decorrer da investigação, que as medidas governamentais e judiciais adotadas no período entre o início e o fim da Pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 desconstituíram o Estado Moderno e os seus direitos e garantias postos por uma Constituição.

Isto porque, levando-se em consideração que a finalidade precípua do Estado subsiste na premissa de que ele deveria garantir, ao homem e antes de qualquer outro direito, a fruição de uma vida social e política com liberdade, e que, sobretudo a partir da Pandemia da Covid-19 e das medidas adotadas para o seu enfrentamento, em nome da ciência e sem a comprovação da mesma, a vida fora reduzida a uma condição puramente biológica (Agamben), se pode defender, através das concepções discutidas no artigo, que não mais se vive em uma sociedade livre.

No segundo, se buscando, também, responder ao objetivo seguinte, este referente à análise do Constitucionalismo enquanto fenômeno histórico de limitação de poder, se constatara que a sua construção, através de uma observação linear, se encontra voltada para a imposição de limites jurídicos ao poder, ou seja, para o estabelecimento e a manutenção de garantias concretas oponíveis aos poderes constituídos.

Dito de outra forma, adotando-se o diagnóstico do constitucionalista Maurizio Fioravanti, pois este sustenta a *tercera vía* como condição de possibilidade para este fenômeno, o Constitucionalismo se apresentara como um misto entre os princípios basilares

⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos:** a epidemia como política. São Paulo: n-1 edições, 2021. P. 10.

¹⁰⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos:** a epidemia como política. P. 10.

¹⁰¹ BARBERA, Augusto. **Le basi filosofiche del costituzionalismo.** Roma: Laterza, 2020. P. 05.

da Revolução Francesa e o historicismo conservador, conforme demonstrado no segundo capítulo.

No terceiro momento, no qual se discutira a transição do Constitucionalismo Democrático ao Constitucionalismo da Exceção, assim como o cenário de exceção constitucional causado pelas medidas políticas destinadas ao enfrentamento da Pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, se constatara que, em decorrência do cenário projetado pelo Estado-Constitucionalismo da exceção, a sociedade, mundo ocidental, experimenta o fim, em termos políticos e jurídicos, do Contrato Social Moderno, de seus direitos e garantias, ou seja, do Constitucionalismo enquanto fenômeno histórico de limitação do poder estatal e de referência para a manutenção e o desenvolvimento das Constituições democráticas.

Como resposta ou, melhor, como sugestão de enfrentamento ao problema da exceção, se defende, no presente estudo, conforme preceituado por Giorgio Agamben, a manutenção dos pilares de sustentação do Estado Moderno e do Constitucionalismo, para isso relembrando-se da concepção fioravantiana de Constitucionalismo como “resistência e participação”, de modo a se sustentar novas formas de resistência por meio do comprometimento com a conservação da democracia, esta enquanto fenômeno do porvir.

Portanto, o binômio “resistência e participação” estará associado, pois preenche o seu núcleo histórico, com o Constitucionalismo como referência e projeto, democrático, de sociedade, porquanto que, conforme defendera Augusto Barbera, em uma sociedade onde os direitos e as garantias não são assegurados, bem como a separação dos poderes, não há, em sentido moderno, Estado e Constitucionalismo, é dizer, não há Contrato Social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: UFSC, 2014.
- AGAMBEN, Giorgio. **Em que ponto estamos: a epidemia como política**. São Paulo: n-1 edições, 2021.
- BARBERA, Augusto. **Le basi filosofiche del costituzionalismo**. Roma: Laterza, 2020.
- BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **História da filosofia do direito e do estado: antiguidade e idade média**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Costituzionalismo oltre lo Stato**. Modena: Mucchi, 2017.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2014.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: FCE, 2000.
- KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- LOCKE, John. **Dois tratados do governo civil**. Lisboa: Edições 70, 2015.
- MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato Moderno**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1997.

PRODI, Paolo. **Il sacramento del potere**: il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2019.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teología política**. Madrid: Trotta, 2009.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 1996.

ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.