

## UMA IDÉIA, UM RUMO: PARA ONDE VAI O ESTADO DE DIREITO?

Antonio Celso BAETA MINHOTO

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Estado de Direito: surgimento e consolidação*. III. *A lei e o princípio da legalidade*. IV. *Estado de Direito e limitação do poder*. V. *Estado Social de Direito*. VI. *Estado Democrático de Direito*. VII. *Para onde vai o Estado de Direito?*

### I. INTRODUÇÃO

No campo de estudo do Direito, ainda que tal aspecto não lhe seja nota exclusiva em comparação a outros campos de atividade humana, há idéias que se transformaram em máximas cujo questionamento se mostra muitas vezes difícil ou custoso.

O tema do presente estudo é um bom exemplo disso.

De fato, seja por suas próprias características e vantagens, reais ou não, seja pelo que alguns chamam de falta de opções melhores e viáveis, o modelo de estado contemporâneo é praticamente todo ele —excepcionando-se, talvez, os regimes autoritários de alguns países africanos e outros mais específicos como Coréia do Norte e Cuba— oriundo, inspirado e baseado numa concepção de sociedade, de governo, de direito e de estado toda ela advinda do estado de direito.

Sem embargo desta inegável relevância de tal modelo estatal, não se pode deixar de notar que desde seu surgimento até os dias atuais, sofreu o homem, o mundo e a sociedade tal sorte de transformações que se afigura impossível não terem estas gerados efeitos marcantes sobre a própria idéia do Estado de Direito, tal como concebida no passado, originalmente.

Sabemos, até mesmo de modo intuitivo, que não há mais como se pretender a vivência de uma sociedade, a atuação de um governo, a organização de um Estado, adotando-se puramente o modelo ortodoxo e original de Estado de Direito. Esclareça-se, contudo, que a questão não é de se invocar aqui, já neste ponto, a não aplicação ou mesmo a colocação em dúvida sobre a viabilidade desta concepção de Estado. Realmente, não se trata disso.

O que ocorre é que este modelo foi se alterando ao longo do tempo e hoje, provavelmente mais do que em qualquer outra época, a demanda por mudanças atinge níveis inéditos; a demanda pela adaptação das estruturas e modelos tradicionais ao cenário atual é constante, é profunda, é de difícil antecipação sobre seu desenlace ou mesmo seu desenvolvimento e potencial finalização.

Assim, as mudanças estão em curso e os questionamentos, sempre novos e sempre mais e mais desafiadores, se colocam no caminho do homem, o que, claro, atinge também uma estrutura como o Estado de Direito. Destarte, a problemática atualmente postada diante de nós em face do tema deste trabalho é justamente a indagação a encimar este mesmo estudo: para onde vai o Estado de Direito?

É esta questão que buscaremos, senão responder de modo objetivo, ao menos sugerir, ainda que de modo especulativo, caminhos possíveis e viáveis, como se verá em tópico específico mais à frente.

## II. ESTADO DE DIREITO: SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO

Nos afastaremos das indagações doutrinárias havidas especialmente num passado mediano, relevantes por sinal, acerca do surgimento do Estado em si.

Tal discussão era dividida basicamente entre os que defendiam a existência de Estado inerente ao homem, uma espécie de princípio constituinte do próprio ser humano;<sup>1</sup> entre os que acreditavam num

<sup>1</sup> O mais destacado representante dessa linha de pensamento, minoritário referentemente à concepção sobre o surgimento do Estado foi certamente Edward Meyer. Meyer afirma que "el Estado debe ser concebido no como algo que nace con el hombre, sino incluso como aquel grupo social que corresponde a la horda animal y que, por su origen, es más antiguo que el género humano, cuyo desarrollo cabalmente sólo se hace posible en él y por él", Edward MEYER, *Gesch. D. Altertums*, I, 4, 1925, *Sobre los Estados de Animales*,

Estado surgido no Mundo Antigo, notadamente Grécia e Roma<sup>2</sup> e, por fim, aqueles que vêem no Estado uma criação eminentemente moderna.<sup>3</sup>

Como nosso estudo é sobre o Estado de Direito, adotaremos esta última vertente para nossas observações, ou seja, a de que o Estado é uma criação da idade moderna até porque é fora de questão que o Estado de Direito surgiu na Idade Moderna e é uma clara evolução do Estado Moderno.

Convém comentar algo sobre o Estado Moderno.

Objetivamente, adotaremos como marco histórico do surgimento do Estado Moderno o final da chamada *Guerra dos Trinta Anos* (1618-1648), com a assinatura da *Paz de Westphalia*, conflito que envolveu praticamente toda a Europa (exceção apenas da Rússia) e trouxe inovações importantes como a introdução clara de uma idéia de tolerância e liberdade religiosa (notadamente para as correntes então vigentes: calvinismo, luteranismo e catolicismo) e, principalmente, trouxe consigo a concepção de uma visão do Estado como uma entidade dissociada da religião e detentora de razões próprias, as chamadas Razões de Estado.

Este Estado Moderno, ainda mais, trará consigo alguns itens básicos importantes para o próprio Direito: Território rigidamente definido; População identificada com esse território; Exército Próprio<sup>4</sup> —e não

pp. 6-7, *apud* HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, p. 141, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

<sup>2</sup> Para se ter uma idéia ao mesmo tempo profunda e de fácil acesso à formação e desenvolvimento das civilizações grega e romana e, via de consequência, de sua organização social e estatal, ver COULANGES, Fustel de, *A cidade antiga*, Martins Fontes, São Paulo, 1987. De fato, se adotarmos a idéia de que o Estado *es una comunidade de comunidades, un núcleo consciente de sentimientos comunes y de representaciones que la naturaleza y el instinto humano han hecho hormiguar en torno a un determinado número de cosas físicas, históricas y sociales*, cf. MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Guillermo Kraft: Buenos Aires, 1952, p. 19, seremos quase que forçados a admitir que pelo menos Roma e Grécia conheceram e viveram submetidas a um poder estatal razoavelmente semelhante ao modelo concebido na idade moderna.

<sup>3</sup> Como os que defendem esta concepção são a grande maioria dos estudiosos, pesquisadores e doutrinadores, citá-los aqui seria contraproducente. Assim, mencionamos e indicamos apenas uma obra que defende o surgimento do Estado na idade moderna e que, dada sua extensão, contempla de modo exaustivo a questão: HELLER, Hermann, *op. cit.*

<sup>4</sup> Hegel pontua a questão do exército próprio ao discorrer sobre a necessidade do Estado Moderno estar preparado para a guerra e nela ver algo que lhe é contingente, inerente. "A força armada do Estado torna-se um exército permanente, e a vocação para a defesa vem

mais legiões mercenárias tão comuns ao período feudal— e; Soberania, marcando esta a nota distintiva maior do Estado em sua face Moderna, em que este não conhecerá, dentro de seu próprio território, poder algum que possa sequer ombreá-lo, menos ainda submetê-lo.<sup>5</sup>

O poder e seu exercício na sociedade passa a ser muito mais racionalizado, sistematizado e formalizado com a inserção do Estado Moderno segundo as características que acima mencionamos como elemento novo na estrutura social. O Estado passa a ser o único detentor e legítimo possuidor do *poder político*, com este se identificando de modo umbilical.

O poder qualificado como político deve ser entendido, aqui, como aquele que permite ao seu detentor o uso da força, se necessário for, para alcançar seus desideratos e fazer valer a prevalência de suas vontades e disposições.

O Estado Moderno, que já era, em si mesmo, fruto de pressões históricas que acabaram por dar ensejo ao seu surgimento com as características vistas acima —pressões estas advindas, como um veio principal, das profundas mudanças observadas no modo de produção da sociedade de então, ou seja, a conhecida transição do feudalismo para o capitalismo— passou, ao longo de largo período de tempo, a sofrer outras tantas pressões no sentido de que certos valores fossem adotados, aprofundados e tantos outros abolidos ou mitigados.

---

*a constituer une classe permanente par la même nécessité pour que les autres éléments, intérêts et professions particulières constituent une solidarité: la classe industrielle, commerciale ou politique*”, HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 299. Interessante notar, ainda sobre o tema em questão, que há Estados sem exército. O próprio Vaticano é efetivamente um Estado e não possui exército. A Alemanha, após a II Guerra Mundial, mantém uma força de segurança mínima e constitucionalmente veda a utilização dessas forças em conflitos internacionais. Todavia, é importante destacar esta característica que, a uma, caracterizou, à ocasião, a feição moderna do Estado e, a duas, mostrou-se e ainda se mostra como característica encontrada na imensa maioria das nações, mesmo contemporaneamente.

<sup>5</sup> O tema é de larga análise e suscita discussões profundas sobre o papel da Soberania no próprio Estado e também no Direito, tema que gera bastante controvérsia, também, quanto à titularidade da Soberania. Já há bastante tempo, Jaques MARITAIN afirmava: “*Em face de uma sã filosofia política não existe Soberania, isto é, não existe nenhum direito natural e inalienável a um supremo poder transcendente ou separado na sociedade política. Nem o Príncipe, nem o Rei, nem o Imperador eram realmente soberanos, embora detivessem a espada e os atributos da soberania. Assim também não é soberano o Estado como não o é o próprio povo. Só Deus é soberano (...)*”, *op. cit.*, p. 45.

De modo sutil, insidioso e constante, foi se formando todo um ideário, todo um corpo de idéias cujo objetivo principal era conceder uma feição ideológica ao sistema produtivo que nascia e então se desenvolvia, o capitalismo, a fim de que houvesse um fechamento lógico entre dois aspectos, o aspecto produtivo e o aspecto político, formando um todo coeso e único.

Nesse ambiente, surgiu o liberalismo.

Os objetivos desse trabalho não contemplam uma análise exaustiva do liberalismo, tema rico e naturalmente envolto num desenvolvimento que se alongou por vários anos —na verdade pelo menos dois séculos—, satisfazendo-nos a simples menção de que foi ele tomando suficiente corpo no seio da sociedade ocidental européia, até que, em 1688, com o advento da chamada *Revolução Gloriosa* na Inglaterra, adotou-se naquele país, nesta ocasião já de modo formal, o sistema parlamentarista de governo e o próprio Estado passou a adotar para si um rol de valores tipicamente liberais.

Surgia o Estado Liberal. O Estado Liberal trouxe consigo diversas idéias importantes que modificaram a feição do Estado de modo inegável, em si mesmo ou como instituição, mas, poderíamos destacar quatro características ou idéias centrais básicas integrantes ou que passaram a integrar a essência mesma do Estado: propriedade, contrato (ou contratualismo), liberdade e individualismo.

O Estado passava a ser o fiel defensor desses princípios. Defesa incondicional da propriedade; respeito e não interferência do Estado nas disposições contratuais firmadas entre os indivíduos ou empresas (*laissez-faire*); liberdade de um modo geral, mas liberdade principalmente para vivenciar os preceitos liberais e capitalistas e, por fim; proteção ao individualismo, aspecto fundamental num modelo de sociedade que procurava defender a livre iniciativa e o espírito empreendedor de um modo geral.

Como uma evolução do Estado Moderno, ou pretendendo isso ser, o Estado Liberal apurou e lapidou uma idéia já existente que vem a ser a divisão do Estado em Estado-Poder e Estado-Sociedade, conceitos especialmente importantes para os movimentos revolucionários do final do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa. Inicialmente, o Estado Liberal traz consigo, assim, a idéia de que o Estado que exerce o poder político e o Estado que recebe os efeitos

do exercício desse poder eram dois entes ou duas instituições totalmente diversas.

Muito embora anteriormente ao Estado Liberal já existisse, no absolutismo monárquico, limites ao exercício do poder real, tais limites eram ainda acanhados, muitas vezes meramente pontuais, como é, inclusive, o caso da Magna Carta que, conquanto seja evidente marco histórico na organização formal do Estado, na previsão de direitos e garantias fundamentais e na limitação do poder real, foi igualmente um evento histórico pontual, sem uma seqüência evolutiva a lhe suceder.

Desse modo, conseguimos entender porque Luís XIV disse, certa feita, que “*O Estado sou eu*” (*L'etat c'est moi*), afinal, os limites impostos ao soberano nesta época eram ainda frágeis e incipientes, possibilitando que este exercesse o poder político colocado à sua disposição praticamente de acordo com sua conveniência. Assim, é mesmo com o Estado Liberal que surge de modo efetivo, sistemático e formalizado a idéia de limitação do poder.

Ante o acima exposto, podemos concluir que o Estado Moderno, inspirado pelo liberalismo, é composto ou integrado pelo Estado-Poder e pelo Estado-Sociedade: a população alimenta, inspira e, numa situação ideal, outorga o poder exercido pelo Estado-Poder em relação a si mesma, ou seja, o Estado-Sociedade, calçada, além dos aspectos objetivos acima indicados, também em elementos subjetivos, notadamente costumes, tradições próprias, cultura, psicologia peculiar (própria daquele grupamento), o que acaba formando ou gerando a idéia de Nação, fazendo-se, assim, a junção entre elementos subjetivos e objetivos para alcançarmos o conceito de Estado-Nação, cujo ponto central será justamente a junção entre as características e as peculiaridades do Estado-Poder e do Estado-Sociedade.

Com o desenvolvimento do próprio liberalismo, em si mesmo, e de suas idéias ao longo do mundo, vê-se que a divisão acima merece atenção especial, notadamente no que concerne à limitação do poder estatal, buscando com isso, basicamente, proteger o Estado-Sociedade dos excessos potencialmente praticáveis pelo Estado-Poder e, ao mesmo tempo, racionalizar o exercício desse poder, conformando-lhe a existência e principalmente a manifestação de modo mais lógico, racional, controlado e direcionado.

De tal situação para o Estado de Direito há uma passagem histórica bastante natural, uma transposição razoavelmente lógica, até porque o Estado de Direito, ideologicamente, tem em si o liberalismo e o próprio Estado Liberal. Se pudemos identificar características objetivas com relação ao Estado Moderno, como acima citadas, o mesmo podemos fazer com o Estado de Direito, cujos principais itens componentes e principais são:

- a) *Supremacia da Constituição*: a Constituição se coloca como instrumento fundamental para garantir o Estado de Direito. É suprema pois confere validade e legitimidade aos poderes estatais no modo e proporção por ela determinados. É a lei suprema do Estado.
- b) *Separação dos poderes*: a origem da idéia da separação dos poderes no Estado Moderno remonta à Montesquieu, que a tratou em sua célebre obra “*O Espírito das Leis*”, tomando mais força com a doutrina de John Locke, grande ideólogo do liberalismo, na Inglaterra do século XVII. O objetivo da separação dos poderes é conferir equilíbrio e contra-pesos (ou freios) ao Poder Estatal (*checks and balances*), através da convivência harmônica, mas independente entre si dos poderes estatais, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim se manifesta o autor em destaque:

“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado”.<sup>6, 7</sup>

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, pp. 148-149. Interessante notar que na Grécia antiga, o filósofo Aristóteles já defendia a repartição do poder político como instrumento para obtenção de um bom governo. Ver ARISTÓTELES, *A Política*, São Paulo, Martins Fontes, 1991.

<sup>7</sup> É ainda de bom tom destacar o importante contra-ponto sobre o tema que nos oferece Michel TEMER, em sua obra *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros,

A repartição do poder estatal gera a limitação do poder e a mútua fiscalização entre os poderes estatais, de um lado, e o incremento da eficácia dos atos estatais, do outro lado, este último resultado obtido pela própria divisão dos atos e procedimentos estatais, gerando especialização de atuação com relação a cada um dos poderes.

c) *Superioridade da Lei*: de clara inspiração liberal, sendo mesmo um de seus pilares, a superioridade da lei no Estado de Direito se funda no fato de que “a lei é um ato de decisão política por excelência já que emanada da vontade popular. É adotada pelo Estado para propiciar o viver social segundo modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses”.<sup>8</sup>

d) *Garantia dos direitos individuais*: outro aspecto que liga o Estado de Direito diretamente ao Liberalismo, desta feita na proteção à individualidade. Direitos individuais são aqueles que reconhecem a autonomia da pessoa humana, garantindo sua iniciativa e autodeterminação diante dos demais indivíduos e do próprio Estado. Basicamente, direitos individuais são direito à igualdade (especialmente isonomia); direito à vida; direito à liberdade; direito à propriedade e; direito à intimidade.<sup>9</sup>

### III. A LEI E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Para discorrermos algo sobre o princípio da legalidade, devemos tomar um ponto de vista um pouco mais amplo, a fim de que tenha-

1995, p. 112, afirmando que “equivocam-se os que utilizam a expressão ‘triplição dos poderes’. É que o poder é uma unidade. Como já vimos, é atributo do Estado”. Valmir PONTES FILHO acompanha o mestre constitucionalista, igualmente asseverando: “O que ocorre, na realidade, é que o organismo estatal, toda vez que manifesta a sua vontade, o faz, necessariamente, através de três espécies de atos: lei, sentença e o ato administrativo”, apud TEMER, *op. cit.*, p. 112.

<sup>8</sup> AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 46.

<sup>9</sup> Além dos direitos individuais, convém mencionar alguns dos direitos fundamentais, que abarcam os individuais mas também tutelam bens coletivos ou interesses difusos do homem, tais como direito à liberdade (opção); direito à igualdade (especialmente isonomia); direito à opinião; direito à educação; direito à proteção; direito ao trabalho; direito à participação; direito à asilo político; direito à proteção da família e; direito à dignidade humana.

mos claro sua inserção num todo maior, mais abrangente. A Idade Média e o início da Idade Moderna, especialmente naquela, foram os períodos de máxima aplicação do Direito Natural. Concebia-se o homem como um ser de criação divina, cujos direitos deveriam ser fruídos e usufruídos diretamente da natureza, até porque nesta e somente nesta estariam contemplados tais direitos.

Todavia e como é de notório conhecimento, esta fruição direta que acima se comentou, na verdade, só poderia se dar por intermédio daqueles que, também por concepção divina e, portanto, de modo natural, eram os representantes de Deus na terra: o Monarca (ou soberano) e a Igreja (Papa).

Também a Nobreza, de modo menos intenso, gozava dessa interpretação divina sobre sua origem, o que a legitimava a também aplicar o Direito vigente, notadamente na época do feudalismo em que o Senhor Feudal era também o juiz ou supremo aplicador do direito dentro de suas posses.

O Direito Natural, assim, além das características comentadas, não possuía uma fonte única de aplicação. Não havia um ponto único autorizado a *dizer* o Direito. O Clero aplicava suas próprias regras, o mesmo ocorrendo com o Rei. Não havia, portanto, um corpo de regras unificado, com procedimentos previamente conhecidos, aplicado de modo uniforme e com caráter de permanência.

Historicamente, o Direito Natural representou avanço e retrocesso ao mesmo tempo. Avançou no sentido de desvalorizar todo aquele arcabouço ritualístico encontrado na Grécia e Roma Antiga, em que a forma era mais importante que o conteúdo e, não só o Direito, mas a própria Justiça, eram instâncias meramente pragmáticas, uma visão utilitarista que refutava todo aspecto transcendente que pudesse haver no ato de promoção e busca do justo.

Por outro lado, o retrocesso trazido pelo Direito Natural foi o excessivo deslocamento da distribuição, promoção e especialmente a não responsabilização dos homens pela aplicação do Direito e da busca da Justiça, vendo estes como meros instrumentos para manifestação de algo divino e inumano.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> No sentido ora exposto, convém lembrar de Otto von Gierke, que pode não ter sido um doutrinador exatamente naturalista, em termos jurídicos-ideológicos mas, sua simpatia ao Direito Natural era inegável, especialmente porque este representava, a seu ver, a antítese do direito romanista, positivista e de feição liberal que grassava — e foi por fim implantado

Ocorre que o Direito Natural também lançou, através de seus vários doutrinadores, as idéias centrais do liberalismo, quais sejam respeito à propriedade e cumprimento dos acordos (contratualismo), este último item especialmente importante na montagem da ideologia do contrato social, tão cara à Idade Moderna.

Na Idade Média, em plena vigência do Direito Natural, podia-se deparar com estudiosos afirmando que “há, pois, condições que, em virtude da natureza humana, devem existir para que a sociedade possa perdurar de modo ordenado, quais sejam: segurança da propriedade; boa-fé; honestidade dos acordos; reparação dos danos; punição dos delitos”,<sup>11</sup> agrupamento de idéias que claramente mostra as bases do futuro liberalismo, muito embora veiculadas em época anterior a este e por pensador jusnaturalista.

Mas, se dentre os dois itens acima mencionados, demos um destaque inicial à questão contratualista —que com toda a certeza atravessa todo o Estado Liberal e forma a essência do direito exercido por esse mesmo Estado— não menos importante é a questão da propriedade, cuja ascensão ao valor máximo ou de suma importância dentro da sociedade liberal, influenciou severamente a forma de ser, estar e agir do Direito.

O advento do capitalismo, sua dinâmica inédita num mundo medieval acostumado aos limitadores muros do feudo senhorial, causou profundas mudanças no Direito, como era visto até então. Superado o modelo feudal e em marcha o sistema capitalista, ainda que em seus primórdios pudéssemos nominá-lo mais objetivamente de mercantilismo, o Direito Natural deveria, pois, ser expurgado de toda a sua divindade, de toda a sua transcendência para servir, no que fosse possível, à formação de um novo Direito, de uma nova forma de viver o Direito.

de maneira formal e definitiva— em sua Alemanha pré BGB, de fins do século XIX. Desse modo, as palavras de Gierke mostram bem sua admiração pelo Direito Natural: “Las normas del derecho natural escapan al supremo poder terrenal, estando por encima del Papa como del Emperador, por encima del gobernante y del pueblo soberano e, incluso, por encima de la comunidad de mortales; que ninguna ley o acto de gobierno, acuerdo del pueblo o costumbre pueden infringir los límites así fijados; que aquello que contradiga los principios eternos e indestructibles del derecho natural es absolutamente nulo y no puede vincular nadie”, GIERKE, Otto von, *Teorias políticas de la Edad Media*, Madrid, Centro de Estudios Sociales, 1995, p. 214.

<sup>11</sup> GROTIUS, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis*, proleg. 8, apud CARVALHO, op. cit., p. 53.

Ao expurgo aqui noticiado, some-se, ainda, a influência iluminista, cientificista, antropológica por si mesma, situação que possibilitou ao Direito, através de seus artífices, mas notadamente pelos juristas de então, ser visto como algo formal e, posteriormente, algo de cunho científico, podendo, assim, se lhe exigir todos os rigores formais e cartesianamente lógicos que se podia esperar de qualquer outra ciência.

O Direito passa a ser visto, desse modo, como ferramenta social cuja utilização deveria seguir os mesmos ditames econômicos vigentes, ou seja, deveria obedecer e se submeter às mesmas condições, preceitos, premissas, valores, formas, objetivos e prevalência de certas estipulações sobre outras, no universo pré-concebido do Estado Liberal.

Destarte, o exercício da Justiça já havia se desprendido suficientemente da figura do rei e da autoridade papal. Faltava fixar o novo foco de poder. Esse foco foi cimentado na lei, tomando-se por legítimo, por justo e por defensável por toda uma nação só e somente só o que estivesse previsto e amparado em lei.<sup>12</sup>

As positivações passam a ter um papel fundamental, os documentos escritos já não tinham o caráter simplório de um mero pacto entre o povo e seus governantes de outros tempos, passando a fazer parte de todo um sistema jurídico-legal posto, com estrutura rígida e regras internas bem definidas.

O que era jurídico, era legal, o que era legal, era justo.

<sup>12</sup> A lei legitimava e protegia o indivíduo, bem como regulava a ação Estatal, mas, em contrapartida, a este último era dado o monopólio da violência. A política adquiria outros contornos, pelo que podemos entendê-la como a alocação autoritária de valores ou como o poder de gestão da sociedade sobre seu próprio destino (...) é preciso obedecer não apenas porque a função dos mecanismos de controle social é evitar a desagregação social mas, ainda, porque o sistema político, dado o monopólio da violência, pode alocar autoritariamente valores e instaurar normas jurídicas. cf. FARIA, José Eduardo, *Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito*, São Paulo, EDUSP, 1976, p. 9. O império da lei, máxima que até hoje é utilizada para justificar as mais variadas ações para as quais se busca legitimidade e obediência, foi, especialmente nos EUA, levada a um extremo bastante pronunciado, criando ali um outro adágio: só a lei pode corrigir a lei. O destino da nação, a segurança interna e mesmo o interesse da pátria deveriam se submeter ao corpo normativo vigente, dele não podendo se divorciar em hipótese alguma o que, em última análise, é a própria síntese do liberalismo nessa área. Cf. ARON, Raymond, *Analyse Philosophique de l'idée de légitimité*, p. 17, apud FARIA, op. cit., p. 52.

Como vimos acima, tomava importância o procedimento e o resultado dali advindo, ambos submetidos ao *império da lei*, pelo que se tinha a segurança de que uma decisão, uma *decisão legal*, seria obtida, justa ou não, mas de todo modo, segura. Assim, um cunho utilitarista passou a permear o exercício do direito.

Rompia-se, por outro lado, com a concepção jusnaturalista e aristotélica de ligação umbilical entre Direito e Moral<sup>13</sup> para adotar uma visão mais prática e, como afirmamos acima, utilitarista do direito. O Direito passou a observar regras e formas que o modificaram profundamente.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> O raciocínio sobre o rompimento entre direito e moral como base de criação e desenvolvimento do direito dentro do Estado Liberal, é feito quase que como um aviso em MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*, Notre Dame Press, University of Notre Dame, 1984. Emanuel KANT foi talvez um dos mais destacados doutrinadores a se dedicar sobre o tema. Kant dizia que são 3 os requisitos da ação moral: a) *é realizada somente para obedecer à lei do dever*; b) *não é cumprida por um fim, mas somente pela máxima que a determina*; c) *não é movida por outra inclinação a não ser o respeito à lei*. Sobre o Direito, Kant dizia que este traz *um dever externo, porque legalmente eu sou obrigado somente a conformar a ação, e não também a intenção com a qual cumpro a ação, segundo a lei, enquanto o dever moral é dito interno porque moralmente eu sou obrigado não somente a conformar a ação, mas também a agir com pureza de intenção*, cf. BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, Universidade de Brasília, Brasília, 1993, pp. 54 e 57; Já no século XX, Hans Kelsen se notabilizou por sua Teoria Pura do Direito, em que defende que o pensamento jurídico não está autorizado a promover julgamentos morais ou avaliações políticas sobre a experiência jurídica, devendo encarar as relações sociais concretas exclusivamente pela ótica das prescrições normativas, ou seja, pela relação de imputação entre sanções e atos considerados ilícitos. *Assim e enquanto técnica de organização social, o direito não seria um fim em si, mas um simples meio ou instrumento; e suas normas ao estabelecerem uma relação de imputação entre atos ilícitos e sanções, dão origem a uma sucessão de deveres jurídicos – o elemento primário de toda ordem normativa; esses deveres, por sua vez, não tem qualquer significado moral: como as idéias morais estão acima de toda experiência e como seu conteúdo varia ao infinito, ao direito positivo importa apenas o estabelecimento de sanções como consequência do descumprimento das prescrições normativas. Em suma: o ato ilícito não é, em si, necessariamente imoral ou eticamente condenável; é, apenas e tão-somente, uma conduta contrária àquela fixada pela norma*. Cf. FARIA, *op. cit.*, pp. 45-46. Para um entendimento mais completo do pensamento de Hans Kelsen, ver sua obra *Teoria Pura do Direito*, Lisboa, Armênio Amado, 1974.

<sup>14</sup> Didaticamente, poderíamos elencar as características que esse Direito, hoje já com caráter tradicional, tomou a partir das modificações acima citadas: a) *crença no Direito como entidade autônoma; crença no governo das leis*; b) *atenção especial sobre a norma e sua clareza: busca da racionalidade*; c) *foco no procedimento e na racionalidade, liberando o jurista de aplicações "sociais" da norma*; d) *legitimidade e legalidade como sinônimos. O que é legal, é legítimo*. Itens retirados, por interpretação do autor, da obra de CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, São Paulo, EDUSP, 1991.

Podemos listar como características desse novo Direito, dessa chamada dogmática jurídica liberal, de forma didática e além do já mencionado, as seguintes características:

- a) *estatização do Direito*: só o Estado podia dizer o Direito e não mais o Rei e a Igreja, ou mesmo a Nobreza, como antes;
- b) *formalismo/procedimentalismo*: valorização dos procedimentos e das formas de encaminhamento dos pleitos e dos processos em geral, bem como da própria vivência do Direito. A forma pré-determinada e igualmente conhecida de modo prévio, ganhava contornos de essencialidade;
- c) *previsibilidade*: conhecimento prévio não só do conteúdo do comando normativo em si, mas também dos processos e procedimentos necessários à proteção ou tutela dos direitos;
- d) *segurança jurídica*: decorrência natural da previsibilidade e da legalidade, transmitia a idéia de que haveria um decisão e de que esta seria baseada em regras pré-estabelecidas e;
- e) *legalidade*: só é jurídico, a partir dessa nova dogmática, o que está na lei. A lei confere, por si, legitimidade às ações nela própria baseadas. Legalidade passa a ser sinônimo de legitimidade.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro, em preciosa lição sobre o tema, diz que: "A lei é uma relação entre idéias, entre abstrações, e não entre coisas concretas. A lei unifica o diverso. A lei só existe no mundo da inteligência, pois não é particular nem individual. A lei é o plano concebido do que vai acontecer. É a fórmula da ordem. Não é por menos que se tem a lei como um ato geral e impessoal. (...) A lei é uma espécie do gênero norma jurídica. E duas são as espécies de normas jurídicas. A primeira relativa a ações que podem ser exigidas. A segunda relativas às ações proibidas. Na primeira categoria, as normas mandam que as ações sejam praticadas, sob pena de serem prejudicadas aquelas pessoas em benefício das quais as normas preconizaram as ações. Aos lesados é autorizada a reação, isto é, a exigir as ações não praticadas. Daí, as normas da primeira categoria serem mandamentos e autorizações" in <http://www.uff.br/direito/artigos/perling2.htm>. O tema, contudo, está longe de representar uma ilha de paz no universo jurídico. Muitos são os que contestam não apenas a ligação lei-legitimidade, mas até mesmo a ligação entre povo e legitimidade ou a concepção de que se a lei é feita a partir de uma demanda popular, é ela justa de forma apriorística. Um renomado doutrinador afirma que "É inútil acrescentar que a vontade do povo não é soberana no sentido espúrio de que tudo o que agrada ao povo deve ter força de lei. Uma lei não se torna justa pelo simples fato de exprimir a vontade do povo. Uma lei injusta, ainda que exprima a vontade do povo, não é lei", MARITAIN, *op. cit.*, p. 47.

O Direito abandonava um aspecto fundamental que era sua construção no fazer, na prática, um certo empirismo que foi nota fundamental do Direito Natural e, agora, perdia espaço. O procedimento passava a ser algo fundamental, vital, parte integrante e indissociada da aplicação do Direito, o que não se notava na concepção jurídica naturalista anteriormente vigente.

Na Idade Média, ainda que o Rei possuísse a seu dispor os costumes e mesmo regramentos esparsos produzidos na sociedade ao longo do tempo, o fato é que não havia qualquer foco na fixação de procedimento previamente conhecidos e que tivessem um grau razoável de perenidade, de constância, de permanência.

Daí porque o rei podia modificar regras procedimentais praticamente sempre que assim o quisesse e isso era visto como algo inerente à sua posição de soberano e, na verdade, até mesmo como algo característico ou peculiar ao exercício de seu poder, cuja origem era tomada como divina.

Tampouco o Papa, cuja figura polarizava com a do Rei naquela época, disso se distanciava e efetivamente valia-se, ainda mais, de seus próprios regramentos – basta lembrar a existência de um Direito Eclesiástico aplicado não somente à Igreja, internamente, mas a qualquer questão a ela trazida – algo que ficou bastante patente com a Santa Inquisição Católica, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, procedimento de cunho jurídico conduzido totalmente com base em regras eclesiásticas.

O novo modelo jurídico gestado e concebido no seio do liberalismo promoveu uma evidente ruptura com esta ideiação, com este modelo, com este paradigma, com esta ideologia e forma de concepção do Direito, adotando as premissas e as características que acima mencionamos. Neste sentido, inclusive, interessante é destacar comentário bastante acurado de respeitada estudiosa sobre a questão da valorização do procedimento nesta nova sistemática:

*O procedimento é a forma de que se vale o direito para neutralizar as decepções individuais quanto ao conteúdo das decisões normativas e reduzir a insegurança, proporcionando a certeza de que alguma decisão será tomada, qualquer que ela seja.*<sup>16</sup>

<sup>16</sup> FERREIRA, Sílvia Sette Whitaker, *Participação popular: a cidadania ativa e a produção do Direito*, PUCSP, São Paulo, 1994, p. 56.

Outro pesquisador caminha na mesma direção e nos informa:

*“Com a intensificação da produção de leis pelo Estado, o Direito deixa de ser visto como algo dado, cuja fonte é a própria natureza humana e passa a ser visto como algo positivado direta e indiretamente pelo Estado”.*<sup>17</sup>

Modificava-se a visão medieval de que o exercício do Direito efetivamente, concretamente, palpavelmente e, importante, indubitavelmente, produzia justiça. Como as fontes jurídicas a esse respeito tinham ascendência divina – Rei e Papa – havia um natural encaminhamento da sociedade de um modo geral no sentido de que tal origem divina só podia produzir justiça, eis que Deus era em si mesmo a fonte suprema de toda a justiça e seus representantes na Terra, portanto, agiam em nome e por conta desse ente supremo ou divino.

Essa visão naturalista foi substituída, como indicamos acima, pela criação de um sistema rígido, fechado, previamente conhecido – e conhecido de todos – limitado e, notadamente, seguro, pois havia a certeza de que as questões de cunho jurídico seriam analisadas tomando-se por referência as características desse sistema e, daí advindo a segurança mencionada, havia a certeza de que uma solução, um julgamento, fosse qual fosse, seria feito ou teria espaço.

O Direito se formaliza e se procedimentaliza de modo incontornável. A forma confere segurança e neutraliza supostas decepções. A busca do justo ganha pouco a pouco um papel secundário. Fazer cumprir a norma positivada, fazer com que o comando normativo escrito e formalizado seja acatado, prestigiado e observado passa a ser o que de fato importa.

O funcionamento do sistema, a performance desse sistema, em tese segura, exata, procedimental, calçada na lei escrita e previamente conhecida, tomava uma importância muito mais destacada do que pretender a produção de justiça. Diferentemente do que se concebia no Direito Natural medieval, ou mesmo no início da modernidade, obter Justiça, no universo jurídico, não era o objetivo mais importante.

Desse modo, a ideia, supostamente paradoxal, de que o Direito não oferece como resultado de seu próprio exercício necessariamente

<sup>17</sup> ASSIS, Volney Queiroz, *Interpretação do Direito sob o enfoque tópico-retórico: uma contraposição ao método sistemático*, EDPUC/SP, São Paulo, 1995, p. 104.



te a Justiça, poderia bem exprimir o que pretendemos aqui dizer. Emanuel Kant é bastante didático ao comentar este aspecto que ora destacamos:

*“O jurisconsulto pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito (quid sit iuris), ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram; mas se é justo o que estas leis prescrevem e o critério universal por meio do qual é possível reconhecer em geral o que é justo ou injusto (iustum et iniustum), permanece-lhe completamente obscuro, se não abandonar por um certo tempo aqueles princípios empíricos, e se (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fios condutores), não buscar as origens daqueles juízos na razão pura como único fundamento de qualquer legislação positiva possível”.*<sup>18</sup>

Muito embora o texto de Kant, acima transcrito, divida-se em duas partes formais, reconhecendo o mestre alemão que o juriconsulto, tomando a lei por referência, pode dizer o que é jurídico, mas não tem como dizer o que é justo, a menos que busque a origem de seus juízos na “razão pura”, o fato é que a primeira parte do raciocínio ou constatação acima prevaleceu na prática e na vivência do Direito a partir de então.

É inclusive bastante conhecida a noção de que o acima comentado por Kant foi utilizado, propositalmente apenas em parte e muitos anos depois, por Hans Kelsen, com o intuito de fornecer fundamento lógico à sua *Teoria Pura do Direito*. Um dos mais destacados doutrinadores positivistas, Kelsen se valeu da análise feita por Kant apenas na parte em que se limita o filósofo alemão a constatar que ao jurisconsulto é impossível, apenas tomando a lei como referência, dizer o que é justo.

Desse viés lógico-filosófico posto por Kant é que Kelsen buscou subsídios à sua teoria ao mesmo tempo em que cindia seu entendimento em face de Kant, já que este último, como pudemos ver, expressamente defendia que sobrepunha a constatação de impossibilidade do jurista em obter o justo somente tomando por base a norma positivada, exigia a busca das origens do que nominava de “razão pura”, notadamente na busca de valores.

<sup>18</sup> Apud BOBBIO, *op. cit.*, p. 67.

Kelsen resolve este aspecto justamente caminhando em sentido oposto: sua teoria fundava-se –pelo menos inicialmente– essencialmente no ato de expurgar do direito e especialmente da interpretação da norma, tudo aquilo que não fosse estritamente oriundo e integrante do universo jurídico. Ao jurista, dizia Kelsen, não importa indagar sobre o justo, mas aplicar o conteúdo da norma tão-somente.

A pequena exposição acima não tem, por óbvio, expor as teorias kantianas e kelsenianas de Direito, algo que demandaria dedicação mais profunda de nossa parte. Mas é aqui trazida por indicar uma importante passagem na concepção do Direito, passagem esta que marcou de forma especial a busca do justo a partir do século XX até os nossos dias, com ênfase nas idéias de Kelsen a esse respeito, especialmente na dinâmica ou aplicação prática e cotidiana do Direito.

E tudo isso é vital para entendermos as questões com que se defrontou o Estado de Direito ao longo de sua existência, especialmente para verificarmos se estas permanecem na atualidade.

O formalismo do sistema não ficava adstrito à questão da lei ou do procedimentalismo que, afinal, era ditado também pela lei, mas também se espraiava pela produção intelectual, conceitual, doutrinária, que até existia na vigência do Direito Natural, mas de forma muito mais tímida e com muito menos relevo que neste novo ambiente ditado por este modelo liberal de direito.

Desse modo, o Direito em si deixa de exibir aquele caráter mais livre, informal, humanista e teocentrista a um só tempo, típico do Direito Natural, para se tornar algo eminentemente racional e, como diz um ilustre pesquisador, exatamente sobre o ponto ora destacado, *isso não quer dizer que o Direito passasse a ser criado e construído pelos professores, mas sim que a doutrina passava a ocupar um lugar mais importante do que a praxis e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os práticos*.<sup>19</sup>

A lei, contudo, era o ponto central desta nova conceituação do Direito. E como esta visão transferiu-se totalmente do direito para o Estado, transformando este num estado jurídico, num Estado de Direito e do Direito, passou a ser algo vital também na conduta do Estado na sociedade.

<sup>19</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo, Max Limonad, 1999, pp. 54-55.

A lei trazia elementos importantes neste novo modelo: a) era produzida por um órgão tido e visto como de representação popular (Parlamento), o que lhe transformava num instrumento legítimo, ao qual se deveria obedecer, eis que decorrente da vontade popular; b) era algo abstrato, geral e generalizante, daí porque se pode dizer que, “*sendo regra geral, a lei é regra para todos*”;<sup>20</sup> c) possuía uma forte e clara previsibilidade em sua natureza e em sua aplicação e; d) formalizava o sistema jurídico e a organização do Estado, de um modo e com uma profundidade até então inéditos, conferindo segurança e rigidez a tais elementos.

A abstração da lei, acima mencionada, é aspecto relevante nesta nossa análise, característica que, tempos depois, mais precisamente ao longo do século XIX –notadamente com a crítica incisiva dos socialistas utópicos, com destaque para Marx e Engels– e de forma concreta no início do século XX, serviu de fundamento para se introduzir sensíveis mudanças no Estado de Direito e em suas características, como veremos mais à frente.

Eram, a abstração e a generalidade da lei, pontos vitais na concepção do Estado de Direito, de modo especial em seu primeiro século de existência, razão pela qual “*(...) a lei, que realiza o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei constituía o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela e só dela defluiria a igualdade*”.<sup>21</sup>

Perceba-se, portanto, que a lei não era simples fator de organização do sistema jurídico, mas sendo este último também ele estatizado –assim como a lei, produzida pelo Estado– findava-se por ter um Estado organizado também pela lei e submetido aos mesmos ditames e características do sistema jurídico supostamente por ele mesmo Estado criado.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 21.

<sup>21</sup> AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 121.

<sup>22</sup> Como pudemos ver, a lei era a base fundamental do Estado de Direito e ao cruzarmos tal constatação com a visão kelseniana no sentido de que a lei possuía valor e sentido em si mesma, chegamos a uma segunda constatação: para os positivistas, especialmente KELSEN, Direito e Estado eram uma só realidade, indissociável. Não havia Direito fora do Estado e nem um Estado que não fosse estritamente jurídico. Esta visão ficou conhecida como monismo. E tal visão, como seria mesmo de se supor, recebeu restrições: “*A concepção jurídica de*

#### IV. ESTADO DE DIREITO E LIMITAÇÃO DO PODER

Parece ser claro, evidente até, haver um natural cruzamento entre a lei e outra idéia fundamental na concepção do Estado de Direito que vem a ser a limitação do poder.

Isso não somente pela observação da notória idéia de separação dos poderes estatais, concebida por Montesquieu, mas como pilar de sustentação da concepção em si dessa nova formatação estatal. Se pudermos indicar um objetivo ou alvo mirado pelo Estado de Direito, este certamente foi criar uma forma eficaz, segura e perene de limitação do poder, bem como salvaguardar o exercício do poder do arbítrio do governante, numa visão geral.

Desse modo, mostra-se como um dos pontos centrais do Estado de Direito, o Estado Liberal por excelência, notadamente em sua feição mais clássica ou até mesmo ortodoxa, a noção fundamental de limitação do poder. Isso é, de forma bastante clara, compreensível se visualizarmos o modelo anterior a esta concepção de Estado, qual seja o de um Estado Absolutista.

Bem de se ver, o histórico de embates entre poder real ou poder do rei e os limites que este poder tinha ou podia ter em face da população, do povo, é mais do que suficiente para se compreender porque o projeto liberal e o Estado construído sob esta feição liberal era tão focado e dirigido à limitação do poder, especialmente obtida através da criação, fixação e proteção dos chamados direitos e garantias fundamentais – inicialmente individuais e depois também num âmbito coletivo.

Montesquieu, sabidamente referência na temática em questão, sistematizador e organizador da idéia da separação dos poderes estatais, esta, por sua vez, um dos mais conhecidos mecanismos de limitação do poder, afirmava:

*Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos (...) se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer idéia de Estado de Direito”, cf. AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, pp. 118-119.*

*“É uma experiência eterna que cada homem dotado de poder tende a abusar dele; com efeito ele se lança até onde não encontra limites (...) Para que não se possa abusar do poder, é preciso, pois, que, devido à própria disposição das coisas, o poder reprima o poder”.*<sup>23</sup>

E esta idéia acima exposta pelo pensador francês, ou seja, de que o poder deve limitar o poder, foi bem ordenada pelo Estado de Direito que fixou este poder limitador do poder político justamente na lei. Sendo a lei ela própria um ato de poder, um ato estatal regulador e modificador da realidade social, findava por ela, lei, limitar a si mesma e ao poder do qual havia se valido para manifestar-se. Também o professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho comenta a questão da limitação do poder com bastante objetividade. Vejamos:<sup>24</sup>

*“A limitação do poder, como se sabe, foi um dos grandes desideratos do liberalismo. Este, que exalta a garantia dos direitos do homem como razão de ser do Estado, exigia que o Poder Público tivesse limites, para que não interferisse no domínio próprio e irreduzível da liberdade individual. Dessa insistência resultou que o princípio de limitação do poder fosse visto como o princípio liberal por excelência”.*

O mesmo mestre paulista ainda arremata, com relação à democracia, no mesmo sentido do quanto acima comentamos sobre o tema:

*“Na origem da idéia de Constituição este princípio está presente quando ainda o princípio democrático está ausente. E quando este se consagra é em estreita ligação com o de limitação do poder que se afirma. A democracia moderna nasce como democracia liberal. Assim, na visão ‘ocidental’ da democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissoluvelmente combinados”.*

A limitação do poder, destarte, é uma idéia-força que atravessa toda a concepção ideológica do Estado de Direito. É, em verdade, algo que o inspira, informa sua razão de ser e serve como fundamento principal de existência. Neste mesmo sentido se situa a lei, elemento vital na

<sup>23</sup> *O espírito das leis*, in “Coleção Os Pensadores”, São Paulo, Victor Civita, 1973, tit. I.

<sup>24</sup> Ambos os trechos citados foram retirados da obra *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 275.

concepção do Estado de Direito, só que desta feita num plano formal ou de organização e estruturação do estado em comento.

Constrói-se um raciocínio bastante lógico: sob a égide do liberalismo e do Estado Liberal, a lei é produzida pelo parlamento, este, por seu turno, é representante direto dos anseios, valores, princípios e, quando presente um ambiente também democrático, de escolha da população.

Em última instância, portanto, a lei é uma expressão do povo, é uma manifestação popular o que, de outra banda, gera, ao menos em tese, um efeito altamente desejável que vem a ser a submissão voluntária da população aos ditames da lei, já que ela expressa, como dito, os próprios valores e anseios deste povo. Uma vez mais, o professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho nos auxilia e esclarece o quanto acima comentamos sobre a lei e o Estado de Direito:

*“Só a lei pode criar obrigação para o indivíduo, porque ela é apenas expressão da vontade geral. Expressão da vontade geral por seu órgão, o Parlamento. Expressão da vontade geral por seu órgão, que a tudo e todos governa (...)”.*<sup>25</sup>

A limitação do poder é aspecto marcante na análise do Estado de Direito como se pode notar com facilidade. Não menos notável é, como já dito acima, o intercruzamento entre esta limitação do poder e a lei como instrumento dessa limitação.

A lei é a base em que se assenta todo esse sistema e toda esta concepção não apenas de Estado, mas de sociedade. É o instrumento que garante as liberdades e os direitos inseridos ou percebidos na sociedade, na vida humana, especialmente os direitos e garantias individuais numa primeira fase. Ao mesmo tempo, fixa as lindes, os limites de atuação de todo e qualquer governante. Na verdade fixa os limites de atuação e de aplicação do Estado e do poder que lhe era exclusivo, o que, claro, alcança e inclui aqueles que estejam exercendo tal poder, dentre estes os governantes.

A verificação dos direitos e obrigações, a organização do Estado e a organização de um sistema jurídico, a partir dessa concepção liberal, era um resultado, era um objeto, era a consequência da aplicação

<sup>25</sup> FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 280.

da lei, da norma positivada, escrita, criada pelo Parlamento. E isso, como ressalta de modo lógico, exprimia ou gerava uma limitação do poder estatal, como aqui tratamos. E é neste sentido que podemos afirmar:

*“Este princípio –ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei– visa a combater o poder arbitrário e se liga ao conceito de lei manifesto na Declaração de 1789 (...)”*<sup>26</sup>

O projeto liberal, portanto, alcançava com a lei importante intento seu que era o de retirar do rei (e do Papa também) a idéia de exclusiva fonte legítima do poder, para transferir tal titularidade para o povo que, via lei, se auto-regulava, se auto-normatizava e, através desta mesma lei, fixava limites à atuação do Estado, ponto que, como vimos, é de suma importância ao nosso estudo.

## V. ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Ao longo do século XIX, com a consolidação das idéias liberais, especialmente quanto à concepção de Estado e da própria Sociedade, um movimento contrário foi pouco a pouco se formando, justamente no sentido de modificar o excessivo individualismo, a excessiva neutralidade e a excessiva abstração ou subjetividade próprias do Estado Liberal, frente às novas demandas sociais que, desse modo, exigiam um Estado mais voltado aos anseios sociais.

Na primeira metade do século XIX, vivia-se o tempo da chamada Revolução Industrial (1756-1850). As condições de trabalho eram reconhecidamente sofríveis, para não dizer totalmente inadequadas, na maioria das vezes. A ocorrência de mortes de trabalhadores no próprio ambiente de trabalho era razoavelmente comum. Garantias ou direitos trabalhistas eram itens ainda inexistentes.

Algumas idéias socialistas, posteriormente nominadas como socialismo utópico, diante do quadro acima indicado que mais e mais se agravava, pregavam uma atenção maior aos aspectos humanitários da sociedade, defendendo, contudo, a mera disseminação de tais idéias como instrumento capaz de resolver problemas como a distribuição

<sup>26</sup> *Idem.*

de renda e a humanização do trabalho. Prodhoun e Saint-Simon foram alguns dos mais destacados defensores dessa linha de pensamento.

Todavia, foi somente em 1848, com a publicação de um documento intitulado *Manifesto Comunista*, de autoria de Karl Marx e Friedrich Engels, que esse movimento contrário ao liberalismo tomou real força. Marx e Engels desconsideraram a visão do socialismo utópico, que classificavam como romântica e ingênua, para erigir uma teoria socialista finalística, fechada, mas principalmente fundamentada de modo científico e, portanto, formalmente lógico e comprovável.

### 1. Surgia o socialismo científico

Em 1867, Karl Marx publica o primeiro volume de *O Capital*, certamente uma das obras políticas mais influentes de todos os tempos, em que prega, dentre várias idéias, a luta de classes, a extinção do capitalismo ou a sua substituição pelo socialismo e, de um modo geral, expõe de modo inédito a estrutura do sistema liberal-capitalista, indicando o que acreditava serem suas falhas.

Certamente sob a influência das idéias de Marx, um grupo organiza, em 1871, a *Comuna de Paris*, na verdade uma tentativa de vivenciar o socialismo na prática. A comuna durou apenas 60 dias, mas deixou uma marca histórica importante no sentido de questionar os ideais liberais. Adentrando no século XX, temos a Revolução Bolchevique, em 1917, que efetivamente implantou um sistema socialista de Estado na Rússia, posteriormente formando a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o que, por fim, forçou mudanças no Estado Liberal e no Capitalismo, introduzindo alterações que visavam justamente contemplar os chamados aspectos sociais ou, dito de outro modo, faziam com que o Estado se direcionasse mais para objetivos sociais e não puramente capitalistas.

A Rússia experimentou, de modo efetivo e concreto, uma outra formatação estatal, o Estado Socialista. Desde o advento do Estado Moderno, era a primeira vez que surgia uma alternativa real ao Estado Liberal, ideologicamente diversa em termos estruturais.

O Estado Socialista, além do mais, forçou uma inegável formação de direitos ligados ao trabalho também dentro dos Estados Liberais, tais como organização do trabalho, fixação de jornada de trabalho, descanso semanal remunerado, férias, direito de greve e outras. Desse

modo, o sistema capitalista, e o Estado Liberal por via de consequência, tiveram que se flexibilizar.

Nesta mesma época, início do século XX, a constituição mexicana de 1917 —conquanto vista por alguns como uma manifestação constitucional menor<sup>27</sup> e especialmente a constituição alemã de 1919, conhecida como constituição de Weimar, foram marcos importantíssimos no capítulo de flexibilização do Estado Liberal e de positivação de vários direitos fundamentais e, de modo mais destacado, de direitos ligados ao trabalho.

Estudiosos afirmam que pelo menos a idéia de função social de propriedade, algo que se tornaria comum nas constituições posteriores, e bastante marcada em nossa constituição de 1988, veio da constituição mexicana de 1917. De fato, seu artigo 27 é bastante esclarecedor neste particular:

*“A propriedade das terras e águas, compreendidas dentro dos limites do território nacional, pertence originalmente à Nação, a qual teve e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo assim a propriedade privada. As expropriações somente poderão fazer-se por causa de utilidade pública mediante indenização”.*

O texto do artigo em tela ainda prossegue:

*“A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público, assim como o de regular o*

<sup>27</sup> *A constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais (...) Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (...) nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais”, Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1987. Ainda sobre a constituição mexicana, Fábio Konder Comparato nos ensina que “a constituição de 1917 é resultado de um processo revolucionário” e, mais à frente, pontua a influência, sobre o texto constitucional em foco, da “doutrina anarcossindicalista, difundida na Europa no final do século XIX”. E, por fim, explicita como esta influência se deu: “Mikhail Bakunin teria influenciado Ricardo Flores Magón, que chefiava um grupo de jovens chamado Regeneración, à época contrário à ditadura de Porfirio Díaz, que acabaram tomando o poder. Vitorioso, o grupo fez elaborar a Constituição, votada por um congresso constituinte e promulgada em 5 de fevereiro de 1917”, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 168, apud PIRES, Renato Barth, *Direitos fundamentais, da cidade antiga à constituição brasileira de 1988: as “gerações” de direitos*, São Paulo, EDPUC, 2001, p. 134.*

*aproveitamento de todos os recursos naturais suscetíveis de apropriação, com o fim de realizar uma distribuição equitativa da riqueza pública e para cuidar de sua conservação”.*

O mesmo texto ainda diz:

*“Com esse objetivo, serão ditadas as medidas necessárias para o fracionamento dos latifúndios; para o desenvolvimento da pequena propriedade agrícola em exploração; para a criação de novos centros de povoamento agrícola com terras e águas que lhes sejam indispensáveis; para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos recursos naturais e os danos que a propriedade possa sofrer em prejuízo da sociedade”.*

E, por fim, o texto em foco arremata que:

*“Os núcleos de população e comunidades que careçam de terras e águas, ou não as tenham em quantidade suficientes para as necessidades da população, terão direito de recebê-las, devendo essas terras e águas ser tomadas das propriedades próximas, respeitada sempre a pequena propriedade”.*<sup>28</sup>

A pré-mencionada Constituição Alemã de 1919, conhecida mundialmente como Constituição de Weimar em face do local em que foi elaborada é, deixando-se de lado as polêmicas ligadas à constituição mexicana de 1917, considerada como um dos mais destacados e notáveis documentos em que se consagraram direitos fundamentais.

Influenciada até mesmo de modo evidente pela Primeira Guerra Mundial, a constituição alemã destacada tinha o objetivo, ditado pela necessidade, de refundar a nação alemã, totalmente destruída pela Guerra Mundial que se findara no mesmo ano de sua promulgação. O texto final é considerado contraditório, pois traz elementos medievais, socialistas e mesmo liberais em coexistência formal. Contudo, seu rigor dispositivo e redacional, típico dos textos legais alemães, prevaleceu sobre esta potencial contrariedade, tornando-o uma referência histórica fundamental:

*“A constituição de Weimar converteu-se no texto paradigma do constitucionalismo do primeiro pós-guerra e ainda é o marco que separa duas épocas*

<sup>28</sup> Retirado de PIRES, *op. cit.*, pp. 135-136.

*históricas: a do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo social do século XX, que com ela adquiriu expansão universal, deixando na penumbra a Constituição do México de 1917, que a precedeu no tempo*".<sup>29</sup>

Fábio Konder Comparato indica o mesmo caminho acima ao elaborar comentário sobre a Constituição Alemã de 1919:

*"Apesar das fraquezas e ambigüidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas mestras já haviam sido traçadas pela constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo*".<sup>30</sup>

O texto constitucional alemão de 1919 traz previsões inovadoras no campo dos direitos. É provavelmente a primeira constituição que regula de modo aberto e expresso o direito de igualdade extensível aos estrangeiros, garantindo até mesmo o respeito à sua língua natal. Vejamos o teor do art. 113:

*"Os grupos de língua estrangeira, componentes do povo alemão, não podem, por via legislativa ou administrativa, ser prejudicados em seu desenvolvimento livre e popular, especialmente no emprego de sua língua materna no ensino, assim como na administração interna e na administração da justiça*".

Uma vez mais, Comparato esclarece que o dispositivo em destaque consagra a distinção entre diferenças e desigualdades. As primeiras são de ordem biológica e cultural, constatação que conduz ao respeito incondicional a tais diferenças, eis que tal respeito em nada inferioriza tais indivíduos. Já as desigualdades seriam "*criações arbitrárias que*

*dariam ensejo à inferiorização e à discriminação dos indivíduos, ofensiva ao postulado da isonomia e que deveria ser proscrita*".<sup>31</sup>

Por fim, tal como na constituição mexicana, a constituição alemã de 1919 submeteu a propriedade ao atendimento do bem comum (art. 153), fixou limites claros à livre iniciativa, ficando esta condicionada à necessidade de preservação da dignidade humana (art. 151), previu a possibilidade de adaptação do ensino às convicções religiosas ou filosóficas de cada indivíduo e de sua família (art. 146) e, derradeiramente, trouxe real e concreta inovação ao dispor sobre a necessidade de se regular o trabalho, especialmente o trabalho assalariado, fixando padrões internacionais mínimos internacionais a esse respeito (arts. 157 e seguintes).<sup>32</sup>

Conveniente que façamos breve retrocesso histórico neste ponto de nossa explanação a fim de aqui inserir a vital observação de que a Constituição Francesa de 1848 foi importante marco precursor na consolidação do Estado Social, sem embargo do acima afirmado sobre as constituições mexicana (1917) e alemã (1919). Em verdade, ainda em fevereiro de 1848, eclode em Paris uma manifestação popular nominada posteriormente de "primavera dos povos", cujos efeitos se estenderam por vários países da Europa, especialmente Alemanha, Áustria, Hungria e Itália.

O mote de tal movimento, inclusive, tem estreita relação com a necessidade de flexibilização e humanização da doutrina liberal e do sistema capitalista, eis que seus principais protagonistas, tal como no movimento revolucionário francês de 1789, eram desempregados, camponeses e trabalhadores explorados pelo próprio ambiente capitalista, no caso conduzido pelo Rei Luís Felipe Orléans, tudo piorado por uma situação de carestia profunda, com colheitas fracassadas nos dois anos anteriores.<sup>33</sup>

O movimento em foco gerou a queda do Rei e a instituição da República, com a edição de uma nova Constituição e a proclamação de vários direitos sociais, vistos como acréscimos aos ideais de 1789. Como comenta abalizado autor, "*a inovação deste texto reside, contudo, na proclamação de direitos cuja finalidade última*

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 185, apud PIRES, *op. cit.*, p. 143.

<sup>32</sup> *Cf.* PIRES, *op. cit.*, p. 147.

<sup>33</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 147.

<sup>29</sup> HORTA, Raul Machado, *Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1986, p. 217.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 183-184, apud PIRES, *op. cit.*, p. 141.

é a redução concreta das desigualdades sociais” e o mesmo autor ainda alinhava:

*“Com esses direitos, desaparece o Estado espectador, inerte, para dar lugar a um Estado ator da vida social, o Estado Social, que passou a receber uma série de incumbências, a ele atribuídas, para que possa cumprir os objetivos estatais traçados já no preâmbulo da Constituição de 1848”.*<sup>34</sup>

Dessa flexibilização e dessa nova configuração do Estado Liberal, digamos, mais focado nas questões sociais, surgiu o Estado Social. Essa exigência social por uma flexibilização maior e uma menor neutralidade do Estado de Direito, imerso na ideologia liberal, criou, na verdade, as condições para o surgimento desta nova realidade social:

*“O Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”.*<sup>35</sup>

O Estado Social tomou especial força a partir dos anos 30 do século XX quando, nos EUA, para escapar da profunda recessão iniciada com a quebra da bolsa de Nova York em 1929, Franklin Delano Roosevelt, então presidente daquele país, criou o chamado New Deal, movimento que visava, pelo envolvimento de toda a nação e pelo investimento maciço em obras de grande porte, superar a situação recessiva então vivida.

Ultrapassada a recessão, os EUA, já a partir de meados da década de 40, criam um modelo de Estado denominado *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social que, com razoável margem de segurança, pode ser visto como o ápice do Estado Social. Neste modelo, o Estado se relaciona com a sociedade de modo dirigente, ou seja, interferindo nas mais variadas relações e regulando-as, assim como se ocupa de prover a sociedade de toda proteção social possível.

<sup>34</sup> PIRES, *op. cit.*, p. 131.

<sup>35</sup> VERDÚ, Pablo Lucas, *La lucha por el Estado de derecho*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 94.

Não deixa de ser o Estado do Bem-Estar Social, como já pontuamos, também ele um desdobramento ou forma particularizada de Estado Social de Direito e, do mesmo modo, pretendeu superar a excessiva abstração do Estado Liberal, tomado em sua matriz mais original ou ortodoxa, para assumir, formalmente, compromissos sociais concretos e, inclusive, positivados:

*“A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios”.*<sup>36</sup>

De todo modo, muitos direitos sociais foram consolidados neste período histórico razoavelmente largo, que poderíamos situar entre os anos 20 e os anos 70 do século passado. O *Welfare State*, contudo, muito embora de relevância inegável na história do Estado, não se mostra isento de críticas. Há, por exemplo, os que defendem que o dirigismo desse modelo estatal era algo muito mais formal —exatamente como a ideologia liberal— do que algo efetivamente ocupado com o bem-estar social.

E há outros que põe em dúvida esta junção entre Estado Social de Direito e *Welfare State*, ou a influência do primeiro sobre o segundo, como algo realmente voltado ao social, sendo, ao revés, mais uma busca no sentido de se preservar os valores típicos do capitalismo liberal sob nova roupagem. Um renomado estudioso indica este caminho:

*“(…) até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrindo uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do grande capital, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofascismo. (...) O grande capital encontrou fácil entrada*

<sup>36</sup> GORDILLO, Agustín, *Principios Gerais de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 74.

*nas novas estruturas demoliberaís, chegando assim a constituir-se como peça-chave e central do Welfare State*".<sup>37</sup>

E há, ainda mais, que se registrar o fato de que o Estado Social se prestou ou foi utilizado por concepções autoritárias de poder, como o fascismo e o nazismo, ainda que não completamente ou não exatamente Estados Sociais paradigmáticos.

Neste sentido, no Brasil é inclusive notório que o governo de Getúlio Vargas, e seu Estado Novo (1937-1945), de cunho social pronunciado –ao menos em seu comprometimento formal– personificou um Estado Social de Direito, mas também representou inegável autoritarismo no exercício deste poder, comprovando que o avanço em questão existiu, mas levando-se em conta todo o seu contexto e relativizando-o, portanto, em boa medida. Exatamente no sentido ora exposto, bem já disse Paulo Bonavides, sobre o Estado Social de Direito, que este "(...) se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo".<sup>38</sup>

Permanecendo neste mesmo campo crítico, mostra-se importante destacar, ainda mais, o comentário do professor José Afonso da Silva, frisando o papel importante do Estado Social de Direito, e afirmando que "a superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito (...)", mas, logo à frente comenta, sobre este mesmo modelo estatal, não ser ele "sempre de conteúdo democrático".<sup>39</sup>

Um último aspecto merece nossa atenção neste tópico. Conquanto possa soar óbvio ante todo o exposto aqui, é medida de boa cautela se deixar claro que o Estado Liberal foi ostensiva e até mesmo evidentemente influenciado pelo advento do Estado Socialista, mas tal influência deve ser vista como bastante limitada e circunscrita. O Estado Social de Direito não é, nem mesmo aproximadamente, um modelo de Estado Socialista modificado ou adaptado ao ambiente

<sup>37</sup> DIAZ, Elias, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 121.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 206.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 116.

capitalista. São concepções sociais, econômicas e políticas por demais distintas para que tal aproximação pudesse ser admitida.

Ao lado da matriz econômica, totalmente diversa num e noutra, podemos citar até mesmo itens menos comentados, como a própria idéia de igualdade em cada um destes modelos. O Estado Social de Direito manteve íntegra sua gênese liberal, limitando-se a obtemperá-la e buscar sua adaptação a um novo panorama social e político e, assim, permaneceu concebendo a idéia de igualdade como algo formal e previsto num sistema também ele formalizado.

O socialismo e, via de consequência, o Estado Socialista, bem ao contrário, trouxe para a ideação de sociedade e de Estado como algo que contemplasse, defendesse e prestigiasse a igualdade material. E, neste sentido, o Estado cumpre papel de destaque, pois será ele, Estado, que garantirá tal igualdade plena entre todos os componentes da sociedade.

Abole-se a propriedade privada, o Estado torna-se senhor e proprietário de tudo, de todos os meios de produção e de todos os recursos disponíveis, sejam eles quais forem e, em contrapartida, divide e atende de forma equânime todas as necessidades dos homens e mulheres integrantes desta sociedade concebida ou erigida sob a égide ideológica socialista.

O Estado Social de Direito jamais sequer se aproximou de tal visão. Mesmo o *Welfare State*, cuja característica mais marcante foi justamente a do dirigismo, do intervencionismo estatal e da satisfação ou provimento das necessidades sociais, nem mesmo tal modelo estatal teve algum aspecto socialista.

Bem ao contrário, o Estado Social de Direito teve por item a ser destacado justamente a defesa de um *status quo* capitalista-liberal original, ortodoxo, tradicional, tão-somente matizado pela inserção ou ingresso de itens componentes de uma "agenda social". Vejamos comentário abalizado sobre este tema específico:

*"Ainda que institucionalizado no chamado Estado Social de Direito, permanece sempre sob este –representada por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos– essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de*



*caráter totalitário e ditatorial, visando a evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista*".<sup>40</sup>

O movimento de retirada de muitos dos chamados direitos sociais, consolidados até os anos 70, início dos anos 80, do século XX, e que culminou ou expressou, segundo alguns, no surgimento da própria Globalização, bem exhibe o quanto acima quisemos expor.

Em texto bastante elucidativo sobre o quanto aqui comentamos, Ferreira Filho, confeccionando um comentário cujo fundo é o de defesa dos ideais liberais, critica, por exemplo, a questão daquilo por ele classificado como *regressão* do princípio da igualdade que, na visão do ilustre professor, seria um item submetido a uma distorção pelo suposto atendimento dos direitos das minorias neste campo da igualdade.

O texto é um bom exemplo da dicotomia entre Estado Social de Direito e Estado Socialista, mostrando que o primeiro, repetindo o que acima dissemos, mantém intacta sua matriz liberal. Vejamos:

*"Deve-se assinalar que atualmente o princípio de igualdade parece em regressão. É inegável a tendência ao desenvolvimento de um direito de classe, que, embora para proteger o social e economicamente fraco, lhe concede privilégios em detrimento do princípio de igualdade. Também se pode observar que a intervenção do Estado no domínio econômico se tem feito não raro ao arrepio desse princípio"*.<sup>41</sup>

## VI. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Muitas vezes se ignora, na análise do Estado de Direito e mesmo na evolução do liberalismo que inspirou e gerou condições para a criação deste modelo estatal, que a democracia moderna ou liberal, hoje vista como par constante ou qualificativo imperioso do Estado de Direito, não lhe acompanhou desde sempre ou desde seu surgimento. Essa ligação direta entre um e outro elemento, historicamente e em seus primórdios, não existiu.

<sup>40</sup> DÍAZ, *op. cit.*, p. 122.

<sup>41</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 279-280.

Bem por isso é que vemos um estudioso de relevo afirmar, sobre tal ponto, que *"a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito"*.<sup>42</sup>

Tal perfil é inclusive de utilidade marcante ao se analisar a própria democracia liberal ou democracia moderna, uma vez que a titularidade do poder nas mãos do povo, tomando-se o acima comentado em referência, não se dava exatamente por uma suposta ou potencial admiração pelos traços originais da Democracia original, oriunda da Grécia Antiga, mas muito mais pela constatação de que estando a titularidade do poder político com o povo, muito mais dificuldade haveria e menos espaço teria o governante para tomar para si tal titularidade e governar tiranicamente ou mesmo de modo autoritário.

Desse modo, *"a democracia moderna nasce como democracia liberal. Assim, na visão 'ocidental' da democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissoluvelmente combinados"*.<sup>43</sup> Neste contexto, o elemento democrático cumpre uma função muito mais formal e de garantia no atingimento de uma meta principal, a limitação do poder e a proteção ao arbítrio, do que uma genuína inserção popular nos negócios do estado, como seria de se supor numa abordagem inicial.

Na gênese do Estado de Direito se inscrevia, portanto, a questão da limitação do poder fundamentalmente pela lei. E a Democracia, que veio qualificar este Estado de Direito tempos depois, já no século XX, foi claramente haurida por este fundamento essencial organizador do Estado de Direito e, importante, a ele se submeteu. Ou seja, e em outros termos, também a Democracia foi mais um aspecto contemplado dentro da organização do Estado e, respeitando as características deste, foi disposta, regulada, fixada e garantida pela lei.

Desse modo, num movimento que podemos situar em torno dos anos 50 até os dias de hoje, surge um outro movimento de concepção do Estado, desta feita adicionando o quesito ou o componente da Democracia e formando, assim, o Estado Democrático de Direito. Pretendendo ser uma evolução do Estado Social, o Estado Demo-

<sup>42</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 16.

<sup>43</sup> FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 275.

crático de Direito busca inserir no seio do Estado a idéia de que só a Democracia pode de fato garantir a fruição, o gozo e o pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Valoriza de maneira formal a soberania popular, defendendo esta como algo fundamental à uma sociedade que se pretenda justa, solidária e livre. Tenta fixar, sempre de maneira formal, que o poder emana do povo e não só em seu nome deve ser exercido, mas também em seu proveito.

Porém, e como já vimos, a Democracia Moderna ou Liberal não é, em verdade, um componente vital na organização do Estado de Direito, mas sim uma qualificação *considerada* como vital, *tomada* como fundamental, com *status* de essencialidade, mas cuja eventual falha de aplicação ou integração concreta na vivência deste Estado de Direito, não retira deste seu regular e eficaz funcionamento.

A constatação acima é bastante importante para que possamos entender as diversas problemáticas que perpassam a dinâmica do Estado e da Democracia na atualidade. Deveras, ignorar o formalismo da Democracia Moderna poderia nos levar a uma situação de interpretar os evidentes problemas de sua aplicação na atualidade como uma espécie de enigma insolúvel.

Ficaria-se com um sentimento de paradoxo pretensamente intransponível: se a Democracia é inerente ao Estado de Direito e ao liberalismo —como é bastante comum se observar em diversas análises— por quê, afinal, enfrenta ela tantos entraves de aplicação, reconhecimento efetivo e concreta observação? Aceitar que este princípio democrático é algo formal, tão formal como qualquer outra disposição contida no sistema jurídico-político-normativo positivado, pode ser um primeiro passo interessante.

Insista-se, uma vez mais, que não levar tal constatação em consideração pode gerar visões excessivamente otimistas ou idealizadas, como as que defendem que o Estado de Direito “*reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo*”.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 116.

Não somente a vivência da Democracia, o dia-a-dia, mas mesmo uma análise mais detida, uma visão menos idealizada do Estado Democrático de Direito, cuidará de exibir sua inserção no Estado de Direito com integral e completo atendimento, observação, e mesmo submissão, às características integrativas desse mesmo Estado, tais como a supremacia da constituição e a superioridade da lei.

Torna-se difícil, desse modo, aquiescer com o comentário do professor José Afonso da Silva, acima transcrito, no sentido de que o elemento ou princípio democrático integra ou vem integrar o Estado de Direito como um *componente revolucionário de transformação do status quo*. De fato, o termo revolucionário, conquanto seja utilizado por vezes em contextos variadíssimos e nos mais variados discursos, vem naturalmente carregado de uma carga modificatória, e até mesmo de ruptura, cuja aplicação ao princípio democrático inserido no seio do Estado de Direito simplesmente não se verifica.

Por outro lado, o mesmo professor José Afonso prossegue, desta feita pondo em relevo a lei, instrumento fundamental na organização do Estado de Direito, afirmando que deve “*ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado*”.<sup>45</sup>

Reconhece o mestre em foco a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, o que só corrobora o quanto dissemos acerca das características do Estado de Direito, mantidas intactas sob a nova qualificação democrática que lhe inspira. Podemos até afirmar, tomando o aqui debatido por referência, que é a democracia, ao ser inserida no Estado de Direito, que se submeterá aos ditames deste —especialmente a questão da lei como instrumento político, regulatório e modificativo da realidade— e não o inverso, como vimos logo acima com a suposição de que tal princípio democrático pudesse realmente revolucionar a transformar a realidade ditada pelo Estado de Direito *de per se*.

Talvez por esta razão muitos autores se utilizem não do termo democracia moderna, para diferenciá-la da democracia antiga, oriunda

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 125.

da Grécia antiga, mas sim democracia liberal, localizando-a como uma expressão clara e com uma ligação umbilical com a ideologia liberal, devendo, bem por isso, a este conjunto de idéias se amoldar, se adaptar, e a este ideário até mesmo servir, mas, de todo modo, jamais com ele romper ou atritar.

Decorre daí duas observações ou constatações adicionais: uma, a notória dificuldade em se observar resultados concretos do modelo democrático aplicado à realidade social ao longo dos últimos, pelo menos, cinquenta anos. O caráter formalista do princípio democrático tomado como componente do Estado, ou antes o qualificando ou mesmo norteando suas ações, é um dado real e comprovado.

A duas, e como decorrência da primeira observação, verifica-se que o já indicado formalismo do modelo, gerando sensíveis frustrações na população e na colheita de resultados transformadores concretos, já gera, notadamente entre alguns estudiosos, uma espécie de desencanto com a democracia liberal, constatando o que acima dissemos: gestada no ideário liberal, não tem a democracia moderna como enfrentar ou desafiar tal rol de idéias, mesmo que isso possa, conceitual e materialmente, representar algum avanço social.<sup>46</sup>

Temos perfeita noção de que a presente postura pode gerar dois efeitos potencialmente criticáveis: de que estaríamos falando sobre o óbvio e/ou que estaríamos sendo céticos em demasia. Se comentamos sobre o óbvio, menos mal. Afinal, tratamos aqui de temas já bastante estudados e analisados.

<sup>46</sup> Tudo leva a crer que a crença na democracia como grande motor da felicidade humana já não se sustenta. Eric HOBBSBAWN, renomado professor de história econômica e social da Universidade de Londres, num trabalho extremamente impactante e bastante direto, intitulado "*A Falência da Democracia*", afirma: "*hoje em dia as autoridades públicas se vêem constantemente obrigadas a tomar decisões não apenas políticas, mas também técnicas, sobre interesses comuns; nessa área, o voto democrático não adianta como guia*". Prossegue ainda o professor em foco, no mesmo trabalho: "*Independentemente de quais fossem as perspectivas antes dos terremotos econômicos de 1997-98, hoje está claro que a utopia de um mercado global e sem Estado, baseado no "laissez-faire", não vai se concretizar. A maior parte da população do mundo, e certamente aquela que vive sob regimes democráticos liberais merecedores do nome, vai continuar a viver em Estados operacionalmente eficazes, mesmo que em algumas regiões desafortunadas o poder do Estado e a administração tenham virtualmente se desintegrado. Logo, a política vai continuar a existir. As eleições democráticas, também. (...) Resumindo: vamos enfrentar os problemas do século 21 com um conjunto de mecanismos políticos gravemente inadequado para lidar com eles*". *Jornal Folha de São Paulo*, 09/09/2001.

De mais a mais, rememorar o óbvio tem a evidente utilidade de nos fornecer uma referência correta ou pelo menos confiável. Já a qualificação de céticos não seria adequada. O princípio democrático presente no Estado Democrático de Direito contemporâneo é, inegavelmente, uma conquista da sociedade e uma avanço na história e na evolução do Estado.

Todavia, imaginar que tal conquista gera, por si, em si e automaticamente, uma voltagem energética social cujo desdobramento principal é a modificação ou, ainda mais, uma revolução modificativa nesta mesma sociedade, é, a nosso ver, algo que, em verdade, dificulta o avanço da aplicação deste mesmo princípio democrático, eis que o mascara sob a visão utópica de uma alteração social por si mesma – automática, inerente, pela simples presença de tal elemento democrático na sociedade – uma realidade bastante diversa e por vezes distante dessa espécie de éden carente de concretude.

Um direito tido como fundamental, individual, de primeira geração, como a liberdade, por exemplo, direito este com uma óbvia conexão de sentido com o ideal democrático, este mesmo direito, regulado, protegido e tutelado desde sempre no seio do Estado de Direito, assim o foi de modo formal – como a história bem registra – e nem por isso menos importante.

Até mesmo a separação dos poderes, que, numa acepção clássica e tradicional, limitava o poder e garantia a liberdade, não era exatamente o garante de tal liberdade, resultado obtido, segundo a lição de Carl Schmitt, pelo *equilíbrio entre os poderes estatais*,<sup>47</sup> afinal, como se sabe, ainda que separados, os poderes estatais podem manifestar desequilíbrio entre si, mormente o legislativo em face do executivo em situações de aparente normalidade.<sup>48</sup>

A questão aqui, desse modo, não é de se adotar uma visão cética ou crédula, mas analítica e propositiva. No próximo tópico buscaremos justamente esse viés, essa conotação, a fim de obtermos um posicionamento mais consolidado sobre a indagação que intitula esse estudo.

<sup>47</sup> *O conceito do político*, Petrópolis, Vozes, 1992, p. 244.

<sup>48</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *A constituinte burguesa. O que é o Terceiro Estado?*, Rio de Janeiro, Liber Júrís, 1986, p. 30.

## VII. PARA ONDE VAI O ESTADO DE DIREITO?

A resposta à pergunta acima não é e não tem como ser objetiva e menos ainda finalística ou peremptória. Podemos ofertar, se tanto, uma reflexão, ou a observação retórica, tomada a partir do quanto expusemos aqui mesmo neste breve estudo.

Conquanto tomemos o Estado como algo vital às nossas vidas pelo modelo social em que vivemos, o fato é que, historicamente, se trata de uma criação quase contemporânea, contando com pouco mais de trezentos anos. Evidentemente, estamos adotando como parâmetro o Estado moderno, pelas razões já declinadas no início desse texto.

Durante todo este tempo, ou durante estes últimos trezentos anos, o Estado cumpriu um papel importante de organização social e de estruturação do poder, algo pré-existente ao Estado, mas a ele conformado posteriormente. E, neste sentido, observamos que a idéia de um Estado de Direito, de um Estado gerado, regulado, limitado, conformado e direcionado por um sistema jurídico-legal, tornou-se uma espécie de idéia-motriz, de *think tank* da sociedade moderna, a tal ponto não se poder imaginar – pelo menos até o presente momento – outro modelo, concebido em outras bases, ainda que hipotetizações e elúcubrações teóricas tomem espaço a esse respeito.

Ocorre que o Estado de Direito é, por excelência e definição, o Estado Liberal em sua plena manifestação. Não é, portanto, um modelo inerte ou neutro em termos ideológicos. Isso foi, até hoje e em boa parte, a razão de sua bem sucedida adoção em todo o planeta, mas, de um outro lado, também se revela como seu ponto de desgaste e incerteza quanto ao seu próprio futuro.

O escopo do presente estudo não comporta uma larga análise sobre o imbricamento dessa situação atual do Estado de Direito com a Globalização, mas é inegável a força que esta última gera no primeiro, especialmente com a inserção do elemento econômico – especialmente oriundo de grandes grupos empresariais – sobre a estrutura do próprio Estado, alterando consideravelmente sua dinâmica. Tal influência é de tal modo pungente que alguns se adiantam em vaticinar a morte do Estado, substituído de modo integral pelas próprias corporações econômicas ou empresariais, instâncias privadas de poder. Tal previsão, contudo, deve ser vista com reservas.

O fato é que o desafio não é tentar salvar o Estado de sua própria morte, uma vez que as chances disso vir a ocorrer são remotas nas condições atuais, muito embora a prudência recomende que se admita todas as possibilidades quando o risco de ruptura é palpável, como é o caso da globalização. Esse falecimento, contudo e mais uma vez, deve ser considerado com os dados disponíveis e, assim, não se mostra como algo realmente verossímil.<sup>49</sup>

Nota-se é que o Estado pode, e pode-se dizer que *deve* ante a situação vivida, voltar-se mais para a comunidade que, na verdade, foi quem lhe deu a verdadeira razão de ser, estar e existir e parece ser daí, da comunidade, de algo extra e supra-estatal, que poderá ser gestado um Estado de fato *participativo* e *popular*,<sup>50</sup> como se pretende seja um Estado Contemporâneo.

Há, destarte, um desafio a todos nós, e este é o de fazer reviver, ao menos em parte, as idéias de Platão sobre o Estado e sua noção extremamente altruísta e solidária de sociedade, uma postura que busca retomar um pouco daquela grandeza simples e direta advogada

<sup>49</sup> O raciocínio esposado busca ser, tanto quanto possível, científico sem ser cientificista. Assim como há tempos se ouve que os EUA estão à beira de uma fragorosa depressão, mas essa jamais se apresenta e, bem ao revés, só se vê um desenvolvimento e enriquecimento maior e mais profundo de tal nação, o mesmo se dá com o Estado, cuja morte ou potencial situação moribunda é frequentemente arguida por um leque bastante amplo de estudiosos, mas os fatos e a história insistem em desmentir essa postura. Nesse estudo, portanto, preferimos lidar com os elementos palpáveis e encontráveis na análise dos fatos e estes mostram que o Estado, conquanto modificado nesse ambiente globalizado, está em plena atividade.

<sup>50</sup> “A participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender a locução ‘Estado Democrático’ (figurante no preâmbulo da Carta de outubro) como sinônimo perfeito da locução ‘Estado Participativo’”. Carlos AYRES BRITO, *Distinção entre ‘controle social de poder’ e ‘participação popular’*, p. 85, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. II, 1993; na verdade, nota-se ser já voz comum entre muitos estudiosos que o poder deve se municipalizar mais, aproximando-se da população: “Dentro da proposta de municipalização do poder, a federação brasileira pode ter novos caminhos, e estes devem ser construídos por meio da experiência diária que permita, pelas modificações na estrutura constitucional, o estabelecimento efetivo de um poder municipal assentado sobre novas bases, que resgatem a integridade territorial do Município, construída sobre uma identidade econômica, cultural, filosófica e de identidade de perspectiva de construção de um futuro comum. Logo, o atual modelo de repartição territorial tem que ser reformulado e, a partir de então, reestruturado, assim como dificultadas quaisquer tentativas de modificação territorial da base sócio econômica e cultural do Município”, José Luiz Quadros de Magalhães, *op. cit.*, p. 118.

pelo pensador discípulo de Sócrates, cuja explicação para a existência do Estado repousava singelamente na mútua cooperação entre os homens, já que *como temos muitas necessidades e fazem-se mister numerosas pessoas para supri-las, cada um vai recorrendo à ajuda deste para tal fim e daquele para tal outro; e quando esses associados e auxiliares se reúnem todos numa só habitação, o conjunto dos habitantes recebe o nome de cidade ou Estado*.<sup>51</sup>

O ensinamento acima pode parecer excessivamente poético para os tempos em curso, em que a mera cooperação entre indivíduos pode parecer idéia circunscrita à simples retórica quando falamos de Estado, mas o fato é que esse resgate parece ser mais necessidade do que hipótese, uma vez que o Estado, em si, pode até não estar correndo nenhum risco de sobrevivência no ambiente político-social atual, mas um Estado de Direito real, capaz, amplo, eficaz, legítimo, abrangente, inclusivo, fomentador dos valores por ele mesmo defendidos, que cumpra efetivamente sua função, ou seja, representar o povo que o ampara e servir à essa mesma base humana, só poderá ser de fato implantado se essa mesma população, se esse mesmo povo, de alguma forma dele se aproximar, inspirando-o a ouvir as vozes que, se já não lhe influenciam e prestam-se a simplesmente dar um verniz de representatividade e/ou legitimidade aos seus atos, podem e devem mudar tal situação, dirigindo esse mesmo Estado a um caminho em que possa ser mais representante de uma vontade popular que representação de outros interesses, a ser, enfim, algo mais vivo e pulsante do que um mero instrumento para implante de medidas cujo resultado ou é duvidoso ou é restrito a um pequeno grupo de interessados.

<sup>51</sup> PLATÃO, *A República*, Martins Fontes, São Paulo, 1991, p. 46.