

AS DOUTRINAS POLÍTICAS E O ESTADO MODERNO - 1961

Tenho o prazer de iniciar estas palavras, exprimindo a minha satisfação pelo fato de retornar hoje ao convívio da ESG. Em anos anteriores, tive a oportunidade de assistir, como conferencista e como amigo, a este esplêndido labor intelectual, de que a ESG se tornou um exemplo e que, de certo modo, tem representado um esforço pioneiro no nosso meio universitário, pois os processos de ensino, um pouco arcaizados em todos os setores do ensino superior, entre nós, têm sido revitalizados por essa experiência, que transforma um aluno em estagiário e que, deste modo, faz com que o estudo deixe de ser apenas exposição de alguém, recebida por um auditório, para tornar-se verdadeiramente uma tarefa comum, um intercâmbio e um debate de ideias. Grande admirador da ESG, senti muito nos últimos anos não ter podido manter a frequência com que vinha acompanhando os seus trabalhos e, por isso, foi hoje para mim uma grande satisfação vir da Capital Federal, até aqui, para mais uma vez sentir o calor deste convívio e ter a honra de falar à turma deste ano. Sou, entretanto, obrigado a pedir desculpas pela natureza mesma desta exposição, pois não é bem uma exposição didática.

Não é bem um plano de apresentação sistemática e total de ideias em torno do tema da palestra – é antes uma reunião de observações, um caminho traçado através de conceitos que nem sempre se delimitam muito exatamente, numa tentativa de ordem, em relação a alguns conceitos, que precisamente por serem muito vizinhos e por estarem sujeitos a variações de emprego de cada autor, cada um deles fiel a uma terminologia e obediente a uma concepção própria da matéria que versa, nem sempre se apresentam como dados estáveis, capazes de servirem indiferentemente

aos trâmites de todos os raciocínios. O ponto de partida dessas considerações não poderia deixar de ser a ideia de Estado.

Como sabemos, o conceito mais genérico que nós podemos fazer do Estado, se o considerarmos não apenas do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista sociológico, é o de que o Estado é uma forma de institucionalização do poder.

O poder, que se diferencia em toda a sociedade organizada, por intermédio do qual a classe dirigente, o cetro dirigente da sociedade imprime o seu comando ao conjunto, dirige os governados. O poder, em agrupamentos políticos rudimentares, apresenta-se apenas como uma força, como um tipo de domínio que se mantém de uma ou de outra forma, segundo os seus fundamentos, mas não atinge, senão ao longo de uma evolução desse organismo social, a forma de uma instituição.

Como instituição, o poder passa então a obedecer a um tipo determinado, adquire uma superestrutura jurídica, legitima-se através de determinados fundamentos racionais e dessa forma pode ser aceito e pode ser praticado pela sociedade, como um instrumento próprio de seu aperfeiçoamento e de sua manutenção.

No Estado moderno, é sabido que os elementos que entram em formação para conduzir essa instituição são, em primeiro lugar, uma comunidade nacional, isto é, uma sociedade diferenciada através de um fator puramente social, quer dizer, de um fator não jurídico que nos permite qualificá-la como comunidade nacional; e, em segundo, essa comunidade social se fixa num território, ocupa uma região espacial definida.

Desde que uma comunidade nacional se fixa num território é que ela adquire, então, através de órgãos engendrados por ela própria, a capacidade de governar-se. Estamos diante do processo de institucionalização do Estado. Qual é o tipo de relação que existe nessa sociedade

entre governante e governados? Qual é a maneira pela qual os governantes são selecionados? Quais são os critérios que nos permitem distinguir no seio dessa sociedade o governo legítimo do governante ilegítimo? Ou melhor, quais são os fundamentos consentidos da obediência que os governados dão aos governantes e graças à qual aceitam a autoridade por eles exercida?

Esses são os critérios, os processos da institucionalização. No momento em que todos esses critérios são estabelecidos em regras gerais e que graças a essas regras é que se identifica o poder e que se aceita o seu exercício, o processo de institucionalização terminou. O que caracteriza o advento do Estado e o que permite diferenciá-lo de qualquer outro agrupamento político organizado é precisamente esse grau máximo de institucionalização que ele atinge, graças, sobretudo, a dois elementos: primeiro, que os órgãos de comando engendrados por essa comunidade não fiquem sujeitos ao controle de nenhuma outra; e, segundo, que toda limitação, que porventura esses órgãos de comando aceitem para sua atividade, seja uma limitação por eles mesmos consentida.

Não estão, portanto, os órgãos de direção de uma comunidade, que atingiu a forma do Estado, debaixo da autoridade compulsória de nenhum outro grupo ou de nenhum outro órgão. Podem limitar-se, podem diminuir a margem de arbítrio de que gozam para exercer o governo. Mas o que caracteriza essa diminuição é que ela parte livremente dos próprios órgãos de direção do Estado e, portanto, constituem uma limitação, mas não uma revogação da plenitude de sua autoridade. Esse conceito é justamente aquele que a tradição do direito público ocidental procurou identificar sob o nome de soberania.

Hoje em dia, é frequente ouvir dizer que o conceito de soberania é um conceito em crise e, mesmo, de certa forma, um conceito em via de perecimento. Até que ponto essa observação é exata é algo que só podemos saber se

definirmos primeiro, um pouco melhor, a natureza dessas limitações, das limitações que levam a essa observação. Na verdade, se entendermos que o conceito de soberania floresce nas épocas em que ele se afirma em tal plenitude, que nem mesmo o órgão soberano aceita para si próprio qualquer espécie de limitação, pode-se dizer que, no nosso tempo, o conceito de soberania é um conceito em declínio, isto é, que tende cada vez mais a aceitar uma regra de convivência entre os Estados, regra essa que impõe limitações, que impõe deveres a quem anteriormente só tinha autoridade.

Mas, se considerarmos, entretanto, que essas limitações provêm da própria autoridade do Estado, isto é, que não é uma autoridade exterior que o limita, que lhe impõe essas restrições, mas é a própria autoridade interna, oriunda da comunidade nacional, podemos afirmar que o conceito de soberania permanece intacto. Pelo menos podemos dizer que a soberania permanece intacta conceitualmente, embora nas suas manifestações práticas ela aceite cada vez mais um número considerável de restrições. É o que acontece, aliás, em outro domínio, no domínio do direito privado ou do contrato. É comum ouvir dizer que o contrato é uma instituição em declínio no nosso tempo, porque cada vez são mais numerosas as limitações que se impõem à liberdade de contratar. Na verdade, essas limitações, em gênero, existiram sempre. Sempre se aceitou que a vontade das partes não tinha força para ultrapassar certos limites impostos pelo interesse comum. O que tem havido, o que caracteriza uma época de vínculos de solidariedade social mais numerosos é o aumento do número de casos em que o interesse público se constitui em limite para a liberdade de contratar, sem que a liberdade de contratar, em si mesma, tenha sido atingida, sem que ela tenha sofrido uma alteração conceitual. Apenas a área dentro da qual ela se manifesta é que tem sido objeto de um processo crescente de restrição.

No caso da soberania ainda se pode dizer mais, porque, se é verdade que a vontade contratual tende a se ver cerceada por uma série de limitações impostas, não por ela própria, mas pelo poder público, a soberania do Estado tende a se ver cerceada também por uma série de limitações, mas que, em vez de serem impostas por um poder extraestatal, derivam das limitações que o próprio poder do Estado cria a si mesmo. É esse fato, de não se achar cerceado por nenhuma esfera de poder predominante, que marca com clareza o traço distinto entre o Estado e os outros agrupamentos políticos institucionalizados. Podemos dizer, ainda, que outros elementos se juntam a este, mas esses outros elementos podem até ser aceitos por determinadas doutrinas, mas são contestados por outras, como, por exemplo, a personalidade jurídica.

É sabido que, na concepção moderna e de raízes tradicionais mais distantes do Direito Público, um dos elementos fundamentais do Estado é também a personificação, isto é, o Estado se apresenta como uma unidade. O conjunto de indivíduos de que se compõe a comunidade nacional, no Estado, se reduz à unidade, uma unidade corporativa, que se recobre da personalidade jurídica. Assim, o Estado pode contrair direitos e obrigações, o Estado fala como uma só pessoa e o seu patrimônio se distingue do patrimônio de todos os seus súditos, assim como o patrimônio de uma pessoa jurídica, de uma sociedade, de uma associação profissional, distingue-se do patrimônio de cada um de seus membros associados.

Essa noção de personalidade jurídica, como requisito essencial do Estado, foi, entretanto, muito contestada pela chamada Escola Realista do Direito Público, que pretende ver, no esforço para se atribuir personalidade jurídica ao Estado, mais uma ficção de ordem técnica do que uma realidade, mesmo que apenas uma realidade conceitual. Por isso, não podemos, numa tentativa de atribuir ao Estado características que se imponham a todos, incluir

um elemento que, embora reconhecido pelas correntes dominantes do pensamento jurídico moderno, não seja líquido para todas elas e, pelo contrário, seja controverso entre algumas das mais importantes correntes deste mesmo pensamento; pois essa noção, vamos dizer, mais abrangente do Estado, é que constitui, no seu funcionamento, na sua constituição, o que chamamos de Regime Político.

Na verdade podemos dizer que o Regime Político é o conjunto de regras que presidem ao exercício do poder. O Estado se organiza para dar lugar ao exercício do poder e por meio dessa institucionalização, uma parte da comunidade nacional assume, em relação à outra parte, o papel de governante, enquanto a parte que ocupa a posição de dirigida e que constitui, naturalmente, a grande maioria da comunidade nacional assume a posição de classe dirigida, isto é, a posição de governados. A relação entre governantes e governados, ou seja, o modo pelo qual os governantes se constituem como tais e, em seguida, o modo pelo qual eles exercem a sua autoridade sobre os governados, tudo isso constitui o conjunto de regras que preside o exercício do poder e esse conjunto de regras é o Regime.

Já foi observado por um escritor de ciência política, hoje reputado (Émile Durkheim, o mestre de Bordeaux), que, durante longo tempo, esse conjunto de regras, ou seja, o regime, apresentava-se inteiramente indiferente ao aspecto propriamente social da vida que se desenrolava no seio da comunidade. É uma maneira de exprimir em termos mais atuais a diferença entre o Estado moderno e o Estado de polícia, isto é, aquele Estado que, na verdade, só se empenhava na manutenção de um sistema de equilíbrio e de ordem pública, voltando as costas aos diferentes aspectos sociais de competição e de cooperação entre os indivíduos que constituem a comunidade nacional.

Não é certo, pelo menos não é certo de uma maneira absoluta, que tenha havido épocas em que o regime político tenha sido completamente indiferente às estruturas sociais,

às estruturas sociais observadas em cada comunidade estatal. É quase, podemos dizer, conceitualmente impossível admitirmos que uma determinada estrutura social não tenha nenhum vínculo de solidariedade funcional com o regime, com o tipo de organização do Estado que nela prevalece. O que sucede é que quando uma comunidade estatal, quando uma comunidade nacional, consegue verdadeiramente engendrar um regime em que se concretizem as condições ideais para a defesa, para a manutenção daquela estrutura, esse regime é apresentado como um regime ideologicamente neutro, isto é, como um regime que não está engajado na produção de qualquer resultado social determinado, mas que constitui um conjunto de regras universalmente válidas e que todos aceitam como meras regras jurídicas para o desenvolvimento da convivência naquele determinado grupo social.

Se, entretanto, nós formos procurar um pouco mais a fundo, não tardaremos em verificar que esse conjunto de regras, em vez de se assentar nesse indiferentismo, em relação às estruturas sociais que ajudam a manter, são regras que resultam dessas estruturas, que são articuladas com elas e que constituem justamente uma técnica através da qual aquela forma de sociedade tende a perdurar. Essa observação nos permite chegar a um ponto fundamental: existe sempre uma relação entre o regime político, isto é, entre esse conjunto de regras que preside ao exercício do Poder e a estrutura social daquela nação, daquela comunidade em que o Regime é aplicado.

Essa relação desenvolve-se de duas maneiras: em primeiro lugar é uma relação entre o Regime e as estruturas sociais presentes; em segundo lugar é uma relação entre o Regime e outras estruturas sociais para as quais o poder deseja fazer evoluir a comunidade nacional. Quer dizer, há um sentido de equilíbrio, um sentido de manutenção do *status quo* e há, ao mesmo tempo, um elemento dinâmico, uma linha através da qual o regime político tende a produzir

na sociedade que o pratica uma determinada transformação. Com relação às estruturas sociais de hoje, a primeira coisa que nós temos que observar é que, de modo geral, o regime político é em grande parte um produto dessas estruturas.

Todos conhecem o magnífico trabalho de Jean Bodin. Até que ponto doutrinas como aquelas, em que se fundou a monarquia absoluta, no advento dos tempos modernos, responderam rigorosamente à necessidade de manter estruturas sociais que se estabeleciam naquele instante e que tinham necessidade de perdurar. E todos têm, numa grande medida, a ideia de quanto o regime liberal que marca, vamos dizer, o início do direito público moderno, foi ele próprio um instrumento para manter as estruturas sociais que a primeira revolução burguesa introduziu no mundo moderno e que exigiram outro tipo de mecanismo estatal, em oposição ao absolutismo do período anterior. Quer dizer, aquelas estruturas sociais, aquele tipo de relação entre as classes, aquele modo de organizar para a produção exigiu um tipo de estrutura do poder político que permitisse não só a conservação, mas o funcionamento daquelas relações sociais nascentes e que através daquele regime esperavam afirmar-se.

Desse modo, podemos dizer que a observação de Lenine de que o Estado sempre traduz uma determinada fórmula de dominação social é uma observação fundamental para a interpretação das formas de governo e dos regimes políticos em qualquer época. Não há Estado que não seja na sua forma, no seu regime, nesse conjunto de regras que presidem o seu funcionamento, a expressão de uma determinada estrutura social que através desse regime pretende prevalecer. Mas, nem sempre as estruturas do Estado têm esse sentido puramente conservador, nem sempre podemos dizer que a manutenção do *status quo* esgota o sentido daquele conjunto de regras que constitui o regime. Muitas vezes, esse conjunto de regras, ao mesmo tempo em que traduz a consagração de determinadas

estruturas sociais estabelecidas, traduz também o propósito de evoluir dessas estruturas para uma outra.

Desse modo, nós encontramos outro aspecto que podemos chamar o aspecto dinâmico do regime público e que é o seu relacionamento com um outro tipo, com um objetivo social determinado, perseguido pelos detentores do poder público. Nem sempre o detentor público considera a estrutura social reinante com uma estrutura social que deva manter. E, por isso, a sua tendência é construir o regime público, de maneira que esse regime público seja um instrumento para alcançar as estruturas sociais seguintes àquelas estruturas que ele, poder, deseja fazer prevalecer naquela sociedade determinada. Essa concepção de que o regime tem algo a preservar e algo a atingir é que pode ser verdadeiramente considerada o ponto de partida de uma perfeita conceituação da doutrina política.

As doutrinas políticas não são o mesmo que o regime político. Esses dois conceitos devem ficar muito claramente separados no nosso espírito. O regime político é esse conjunto de regras a que me refiro e que preside ao exercício do poder numa determinada sociedade; a doutrina política é esse conjunto de princípios e de fins que orientam o governante, o detentor do exercício do poder ou aqueles grupos políticos que aspiram ao poder, no tocante à defesa das estruturas sociais presentes e à implantação de estruturas sociais futuras. Aquele que exercer o poder ou aquele que aspirar a esse exercício leva para essa tarefa um julgamento de valor sobre as estruturas sociais e mais um julgamento de valor sobre outras estruturas sociais para as quais ele deseja, ou não deseja, que a sociedade evolua. Esse julgamento de valor, que se traduz então em medidas programáticas, constitui a doutrina política. Essa doutrina política é que o governante ou grupo político que aspira ser governante procura infundir no regime, fazendo com que o regime seja a expressão dessa doutrina, seja modelado por

ela e de certo modo seja a sua tradução em forma prática, em forma normativa.

Creio, portanto, que aí temos claramente duas ou três noções distintas, embora intimamente aparentadas. O Estado em si mesmo, que é essa institucionalização do poder, quando atinge a forma total da autodeterminação. O regime político, que é esse conjunto de regras que presidem o exercício do poder e que estão sempre relacionadas às estruturas sociais de hoje e a outras estruturas sociais, para as quais esse regime caminha, ou não deseja caminhar. A doutrina política, que é esse juízo de valor sobre as estruturas sociais de hoje e sobre outras estruturas sociais possíveis, juízo de valor que o governante ou grupo político procura infundir no regime e fazer com que o regime se torne a sua expressão normativa.

Podemos dizer que em todas as épocas é lícito observar a maneira pela qual as doutrinas políticas se infundem no Estado procurando moldar os regimes políticos à sua feição e fazer com que os regimes políticos sejam a expressão de suas finalidades. Aristóteles, por exemplo, para tomarmos assim isoladamente e numa breve alusão o exemplo do pensador político mais completo da antiguidade. Ele punha o ponto focal de seu pensamento num problema que ainda hoje podemos considerar o problema básico da construção de todo o regime, o ponto de partida de todos os tipos de governo que, porventura, nos seja dado examinar. Esse ponto focal era a relação entre governantes e governados, o modo pelo qual o poder seria exercido numa determinada sociedade e a tendência dos governantes para oprimir os governados.

Em torno dessa ideia foi que Aristóteles criou a sua famosa teoria das formas de governo e de sua corrupção; vendo, por exemplo, na monarquia e no despotismo duas formas, uma das quais ele considerava forma equilibrada e a outra, a forma corrompida desse tipo de relação. Vendo na temocracia ou na democracia, como nós diríamos, uma

forma equilibrada; e na demagogia uma forma corrompida, o que representa sempre essa tendência para romper o ponto de equilíbrio na relação interna entre governantes e governados. E explicado dessa forma, nós apenas temos o regime visto como conjunto de regras, o que temos que ressaltar é que Aristóteles orientava toda a sua concepção de Estado para um tipo de estrutura caracterizado pelo predomínio da classe média. A sua ideia era obter o equilíbrio de Estado, graças ao reforço de uma estrutura social intermediária, que era a classe média, a qual deveria ser verdadeiramente o setor da sociedade onde se armazenasse o poder, visto que tanto a classe superior, a classe mais rica e poderosa, como o proletariado, digamos assim, eram classes com maior instabilidade política e com maior tendência para passarem a essas formas de opressão, que constituíam o desequilíbrio do sistema; enquanto a classe média tinha a possibilidade de guardar esse equilíbrio e de assegurar dessa forma a relação constante entre governante e governados, que ele preconizava.

Quer dizer, o pensamento de Aristóteles tinha precisamente essas características que eu há pouco apontei. Em primeiro lugar, era um pensamento nitidamente relacionado com a manutenção de uma determinada estrutura social e inclinado a fazer com que essa estrutura social evoluísse no sentido do seu robustecimento. Colocar a classe média no centro da sociedade, fazer dela a verdadeira classe política dentro do Estado; e é com esse pensamento que a sua Doutrina se relaciona. Podemos dizer que toda a sua exposição racional nada mais é do que a legitimação desse tipo de estrutura social com o qual o seu pensamento estava solidário.

Quando nós nos aproximamos dos tempos modernos, como bem sabemos, o tipo de governo, o regime político, que surge como característico dos nossos tempos, é aquele introduzido com a revolução burguesa e com o estabelecimento da economia capitalista, por ocasião

do advento da máquina a vapor, da possibilidade de uma economia expansiva voltada para a produção e não mais de uma economia regida pelo consumo, como fora toda a economia do período anterior. A relação entre essa estrutura econômica e o advento do regime liberal escapa ao objetivo desta nossa palestra. O que temos que observar aqui é a relação entre esse regime político, entre esse conjunto de regras presidindo o exercício do poder e as doutrinas políticas que surgiram na mesma época, para vermos de que maneira essas doutrinas políticas influíram nesse regime, solidarizando-se com determinadas estruturas sociais.

É sabido que a primeira forma de Estado que correspondeu ao advento dessa revolução industrial foi o Estado liberal. O Estado liberal encontra os seus antecedentes teóricos em primeiro lugar em algumas experiências históricas que se ajustaram, de maneira particular, às necessidades do novo tipo social que se implantara. Em grande parte, esta experiência foi a experiência inglesa, pois é sabido que, na evolução da sociedade inglesa, o que prevaleceu, em vez da fixação de determinados conceitos políticos à luz dos quais se foi moldando uma forma do Estado, foi um tipo de regime; o que prevaleceu foi uma série de experiências que se sucederam historicamente e através das quais se foi criando um tipo de relação entre governantes e governados, caracterizado por um balanceamento da autoridade.

Desde os primeiros momentos em que os súditos procuraram no rei o amparo contra a aristocracia dirigente, desde essa primeira fase, o que caracterizou a evolução histórica do Estado na Inglaterra foi este sentido de balanceamento, que permitiu que se fossem realizando conquistas, que se fossem incorporando liberdades, sem haver mesmo necessidade da formulação de um pensamento político de conjunto, que fundasse e que constituísse um Estado liberal. Por outro lado, havia uma grande experiência na Antiguidade, que ganhou muita atualidade política, no

momento do surto capitalista moderno. Essa experiência que vinha sendo revitalizada no espírito moderno, desde o fim da Idade Média, foi a da República Romana, porque a estrutura da República Romana se adaptara muito melhor a um tipo de sociedade não dominada por uma aristocracia munida de privilégios do que todas aquelas outras instituições que se desenvolveram durante a Idade Média e que perduraram ao longo das grandes monarquias ocidentais. De modo que aquelas sugestões, algumas recolhidas nas experiências de um Estado moderno como era a Inglaterra, estavam, por assim dizer, à disposição do novo tipo de relações econômicas e sociais, que surgia com o advento do capitalismo e da Revolução Industrial.

Sobre este material, irradiando com a concepção doutrinária que indicava e concretizava imediatamente novos rumos, fizeram-se sentir outras influências, influências estas que nós já podemos caracterizar claramente como doutrinas políticas. Entre essas doutrinas, como sabemos, a que, na primeira fase, exerceu influência predominante foi o pensamento de Rousseau. Rousseau, desde o seu discurso sobre as ciências e as artes e depois com o famoso discurso sobre as origens das desigualdades entre os homens fixara claramente uma ideia que convinha, como uma luva, às necessidades de implantação de um regime político de abolição de privilégios e com critérios normativos que impedissem barreiras à livre expansão das atividades.

A ideia básica, trazida por ele ao pensamento político do seu tempo, foi a ideia de que o homem, através da civilização e das limitações e práticas que ela impõe, se corrompe. Em vez da ideia de que o homem através da civilização se aperfeiçoa e ganha cada vez mais capacidade de governar a sua própria natureza, o que Rousseau estabeleceu como ponto de partida foi a ideia oposta, foi a de que o homem através da civilização e das limitações que ela vai criando, se corrompe. Dessa maneira, podemos dizer que o homem surge dotado de uma bondade

natural, dotado de uma adequação de sua natureza aos problemas e objetivos da convivência social; mas, depois, ao longo da civilização, essa predisposição natural vai sendo corrompida e distorcida por elementos históricos que vão se acumulando. Graças a isso, podemos dizer que todo o pensamento social e político de Rousseau é um esforço para eliminar aquilo que na civilização exerce esse papel corruptor e para restituir ao homem a sua capacidade de agir de acordo com as tendências e as inclinações inatas de sua natureza.

Rousseau jamais imaginou uma volta ao estado de natureza. A ideia do retorno às condições do homem primitivo é uma ideia completamente alheia ao seu pensamento. O que ele sempre pensou foi em como aliviar a estrutura social daqueles fatores deformantes, para permitir que o homem encontrasse os caminhos impostos pela sua própria natureza. Essa doutrina social tinha um grande mérito, a grande capacidade de acumular força, porque ela se identificava, de maneira muito perfeita, com o pensamento cosmológico da época e com a ideia que presidia, então, a uma concepção de que todo o Cosmo, de que o Universo obedece a um ajustamento interno perfeito e de que todas as suas partes são regidas por uma economia natural, por leis que tendem ao aperfeiçoamento do processo, vamos dizer, vital.

Transpondo essa ideia para o terreno social, Rousseau oferecia um esquema lógico e irresistível ao pensamento contemporâneo. Daí, as ideias que ele propôs, por exemplo, no domínio da educação através de um livro famoso, *Emílio, ou da educação*, em que ele traçou o esquema de educação ideal para restituir ao homem essa bondade natural, e a sua concepção sociológica e política propriamente dita, materializada, sobretudo, no seu livro *Do contrato social*.

Rousseau não podia deixar de buscar, na vontade do homem e na sua natural predisposição para a harmonia e para a adequação ao bem comum, o ponto de partida

de toda autoridade política; e aí está como ele afirmou, logo nas preliminares do seu pensamento, duas ideias que seriam um legado definitivo às concepções políticas modernas. Primeiro essa ideia dos direitos do homem, isto é, essa ideia de que o homem traz, para a sociedade política, alguma coisa de inato e de inerente à sua posição, que não pode ser atingida, que não pode ser destruída sem se comprometer automaticamente todo êxito do processo social, isto é, sem instalar o processo de corrupção. Segundo, a ideia de que só na vontade desse próprio homem, na sua predisposição, é que pode estar o fundamento da própria autoridade. O fundamento da autoridade, portanto, é como que a obediência voluntária, é a aceitação espontânea da autoridade por cada indivíduo, e desta forma, e desta soma de espontaneidades, resulta aquilo que podemos chamar de vontade geral, vontade de todos, e que é verdadeiramente o ponto onde se apoia qualquer concepção aceitável do Estado.

O poder dessa ideia, nas suas múltiplas manifestações, era na verdade imprevisível. Mas, hoje, nós podemos compreender o quanto ela foi fecunda para tornar coerentes as transformações do Estado de que a sociedade daquela época precisava. Acima de tudo, essa sociedade daquela época reclamava uma abolição de privilégios, de normas, de superposições hierárquicas, que eram o resultado da Idade Média e do longo processo subsequente no seio das monarquias centralizadas. Tudo aquilo constituía uma estrutura social contra a qual se chocava a necessidade de afirmação econômica e de libertação social da nova classe empresarial que surgia. Para essa nova classe, o problema era abolir aquela estrutura de privilégios, de regras e de preponderâncias e criar condições puramente competitivas, porque só dentro de um clima de concorrência e competição é que aquela nova classe empresarial poderia realmente estabelecer a sua supremacia no seio da sociedade em que surgia.

Essa necessidade de competir livremente, essa necessidade de se ver respeitada no exercício de sua própria atividade, reclamava uma legitimação teórica, como aquela que foi possível encontrar, de um lado numa doutrina que afirmasse os direitos do homem, os direitos do indivíduo, que respeitasse esse círculo intransponível da liberdade pessoal, que não pode ser ferido, sem distorção e corrupção subsequente; e de outro lado, a norma de que a autoridade só podia provir do consentimento de todos e, portanto, não tinha outra origem, senão a vontade da maioria, já que a vontade de todos torna-se a vontade da maioria por um princípio inevitável de consequência prática, para encontrar a possibilidade de não oprimir o maior número.

As ideias de Rousseau, de que isso aqui é apenas uma focalização do seu ponto, vamos dizer, mais fértil, exerceram, como se sabe, grande papel na fase revolucionária de implantação do Estado liberal. Foi principalmente através do espírito de grandes revolucionários da época, impregnados de “rousseaunismo”, como Robespierre e outros, e foi, sobretudo, nas primeiras constituições do período revolucionário que se sentiu mais diretamente a influência do seu pensamento. Mas esse núcleo fértil, que o seu pensamento trazia à consciência política da época, perdurou em todas as suas manifestações, em toda a fase posterior da construção do Estado liberal.

Ao seu lado, outra influência modeladora do Estado liberal, mas que naquela primeira fase não parecia tão profunda, foi a influência de Montesquieu. Montesquieu partiu de uma ideia bastante diferente da de Rousseau, mas quando vemos o seu pensamento com o recuo dos tempos, sentimos vínculos de parentesco profundo que existia entre os dois pensadores e verificamos o quanto eles eram pensadores de uma mesma época e o quanto davam respostas aos mesmos desafios sociais. Quanto a Montesquieu, pode-se dizer que o seu primeiro ensaio foi

o estudo de *As causas da grandeza dos romanos e da sua decadência* e logo depois disso, *O espírito das leis*, que foi o livro definitivo e, como *Do contrato social*, encontra-se na fase de formação da doutrina política moderna.

O espírito das leis e *As causas da grandeza dos romanos e da sua decadência* evidenciavam uma atitude que hoje nós podemos denominar como uma atitude sociológica em face da história. O que Montesquieu procurava, acima de tudo, era discriminar num processo social, como o da decadência da civilização romana, por exemplo, a parte do fator pessoal e a parte dos fatores impessoais, ligados, por exemplo, ao meio físico, ao gênio diferente das raças, às tradições longamente assimiladas e transformadas em um conjunto social. Nós tínhamos, então, que todo e qualquer processo político é, em parte, obra de atitudes pessoais, quer dizer, resulta de um comportamento pessoal dos governantes ou dos governados, mas, em grande parte, é o resultado de um determinismo, de uma influência mesológica que vem desde certas componentes da natureza humana até as imposições do meio geográfico, passando pelas tradições, pelo espírito do povo etc.

Dentro dessa ideia, Montesquieu assumia, entre as formas de governo, uma atitude profundamente imparcial. Em vez de condenar algumas como inaceitáveis e erigir uma determinada forma de governo como a melhor, o que ele justamente procurava pôr em evidência é que cada uma delas corresponde a uma determinada tendência, a uma determinada índole, a fatores, por assim dizer, inelutáveis. Mas através do estudo de cada uma delas e de suas degenerescências, ele mostrava aqueles fatores que precisavam ser preservados para que essas formas sociais não sofressem o processo de corrupção, favorecido pelas condições do meio.

Seu determinismo não era um determinismo totalitário, pelo contrário, ao lado das influências intersociais ele colocava os fatores pessoais, decisivos para a evolução política e, dessa forma, ele colocou em evidência aqueles mesmos

fatores que iriam ser importantíssimos na concepção política de Rousseau, naquele núcleo de ideias que ele comunicou ao Estado moderno. Ele mostrou, por exemplo, como a preservação da liberdade individual, como a preservação de uma área de expansão da personalidade de cada indivíduo era indispensável para que as diferentes formas de Estado não se corrompessem. E como era preciso, acima de tudo, impedir o estabelecimento dessas preponderâncias ilógicas, não naturais, e que são responsáveis pela deformação dos regimes; essa ideia ele levou, ao máximo numa doutrina que seria, daí por diante, talvez, a mais importante contribuição para a formação do Estado moderno. Essa foi sua famosa doutrina da divisão de poderes, em que ele mostrou que a única maneira de impedirmos o sufocamento da liberdade dentro de um Estado qualquer era impedir que o poder se concentrasse nas mãos de um só governante, ou de um só grupo de governantes, e que de nada adiantava, para impedirmos essa concentração, aumentarmos o número de detentores do poder. Quanto maior fosse o número dos detentores do poder, se esse poder fosse total, a tendência dessa sociedade para as formas de opressão seria inevitável.

A forma natural de corrigir essa tendência era dividir o poder, isto é, subdividir as funções do poder. Era dividir o poder em suas funções, de modo que nós tivéssemos de um lado a primeira das funções do poder, que era a função de legislar, isto é, a função de criar normas de caráter universal, a que toda a sociedade deveria obedecer. Em segundo lugar, a função administrativa ou executiva, que consistia praticamente na aplicação dessas normas gerais aos casos concretos apresentados ao longo da existência. E, finalmente, a função judicial que consistia, no seu entender, em observar a violação dessas normas e determinar as suas consequências.

Essa ideia de que a única maneira de impedir a preponderância, a exacerbação das autoridades sobre os governados é dividir a função no governo e fazer com que

a função do governo se reparta entre os órgãos distintos. constituiria talvez, ao lado daquela noção dos direitos fundamentais do homem, a mais importante de todas as noções trazidas ao Estado moderno.

Podemos dizer que, mesmo se deixarmos para trás o Estado liberal e viermos agora acompanhando a evolução do Estado e a formação da noção contemporânea que temos do Estado democrático, as duas ideias-mestra, as duas linhas condutoras, através das quais evoluiu o pensamento político, chegando mesmo a sobrepor-se às variedades das doutrinas políticas, para constituir um fundo comum sobre o qual evoluiu o conceito de Estado, foram essas: a ideia dos direitos do indivíduo, isto é, de uma massa de direitos inalienáveis em cada indivíduo, ideia que tomamos do pensamento de Rousseau; e essa ideia da necessidade de se subdividir o governo nas suas funções elementares, atribuindo cada função a um órgão específico, ideias que tomamos da doutrina de Montesquieu.

Portanto, declaração de direitos, concepção de direitos de indivíduos como núcleo anterior, por assim dizer, ao Estado, anterior no sentido de que prevalece sobre o próprio Estado; e, de outro lado, divisão de poderes, ou seja, decomposição, análise de poder nas suas funções elementares, como técnicas de impedir a concentração e o despotismo, foram as duas ideias-mestra que nos albores do Estado moderno traçaram o caminho dessa evolução para o moderno Estado democrático, para o chamado Estado de Direito, que vamos, então, examinar dentro de alguns minutos.

Vamos dizer, em poucas palavras, de que modo passamos da concepção do Estado liberal para a concepção do Estado de Direito, que é a forma sobre a qual o Estado liberal se apresenta agora, que é a sua melhor caracterização, sobretudo quando o examinarmos nos grandes sistemas constitucionais do Ocidente. Na verdade, de um lado, as concepções políticas, que tinham levado ao estado liberal

essas ideias-força, que surgiram imediatamente antes da Revolução Industrial e que deram carga, que dinamizaram a transformação política havida no fim do século XVIII, essas ideias, pouco a pouco, se foram distanciando, foram perdendo a sua capacidade motivadora; e o espírito político das gerações seguintes começou a ser solicitado por outros objetivos sociais.

Aquela necessidade, que existiu inicialmente, de abrir caminho para a implantação de uma nova estrutura social, cedeu o posto a outras preocupações, a outras tendências e ideologias, e podemos, então, dizer que as raízes políticas do Estado liberal ficaram, muito cedo, seccionadas da árvore e, entretanto, a árvore tinha condições de vitalidade para continuar a prosperar.

Por outro lado, é sabido que já tivemos aqui mesmo nesta Escola, em outras ocasiões, oportunidade de versar esse tema, é sabido que o Estado burguês nascido da revolução liberal apresentou uma forma de poder que existiu em outra época, mas que nele se materializou, com especial felicidade, que é o chamado poder burocrático, por oposição ao poder tradicional e ao poder carismático, para usarmos uma terminologia “weberiana”. E o poder burocrático encontrou sua expressão mais completa e mais feliz naquela estrutura de Estado nascida do liberalismo, forjada pelas concepções liberais, mas, a partir de certo momento, tornada independente daquelas concepções.

De modo que o esforço para criar um mecanismo automático de poder, que é a característica do chamado poder burocrático, o esforço para legitimar uma autoridade através do processo mecânico de sua escolha e de seu revezamento periódico, tudo isso contribuiu para que o Estado nascido do liberalismo passasse a ser tratado cada vez com mais critério; em vez de serem os critérios políticos e ideológicos dos seus primeiros tempos, passaram a ser, sobretudo, critérios técnico-jurídicos. E essa, aliás, é uma característica que se observa com frequência nos processos

de transformação das instituições políticas. Uma instituição nasce sob a influência, sob o impulso de uma concepção política, de uma ideologia. Aquela concepção político-ideológica passa, envelhece, desaparece, mas a estrutura que ela modelou continua a existir, agora baseada não mais naqueles impulsos primitivos, mas no grau de racionalidade que ela conquistou e na sua capacidade de responder tecnicamente, como um instrumento, a outros problemas e a outras realidades que lhe são propostas pelas gerações seguintes.

É esse fato que observamos a cada passo quando analisamos as instituições políticas. Se vamos verificar o momento e as circunstâncias em que elas nasceram, vemos que elas foram o produto de fatos e inspirações já desaparecidos, embora elas tenham conquistado, depois, outro préstimo e, nesse sentido, podemos dizer que elas se racionalizaram. O impulso vital e ideológico que lhes deu origem cessou e foi substituído por uma espécie de fundamento racional que fez com que elas ganhassem maior adaptabilidade; pois isso sucedeu com a estrutura do Estado liberal. Na verdade, outros fatores vieram interferir, a sociedade modificou-se, mas aquela estrutura de Estado conveio tão bem à criação de um mecanismo de seleção de autoridade e de formação de órgãos de poder, de órgãos detentores de poder, numa sociedade de tipo burocrático, que o Estado liberal, eminentemente político, ganhou um substrato técnico-jurídico, que fez com que hoje nós a ele nos refiramos, de preferência, como Estado de Direito.

Vamos analisar um pouco a concepção do Estado de Direito, que é a fórmula racionalizada para a qual tendeu o primitivo Estado liberal. As semelhanças são profundas, as coincidências de estrutura são numerosas, mas o fundamento do projeto, vamos dizer, que é a máquina estatal, é que mudou, sobretudo, a legitimação de seu funcionamento e de sua organização. Não quer dizer, absolutamente, que, no Estado moderno, nós devamos excluir o elemento político

e vê-lo como um Estado puramente técnico, ou melhor, técnico-jurídico. Não, isto seria ir longe demais. O que nós podemos dizer é que o estado liberal evoluiu para uma forma de justificação racional, que deu preponderância ao elemento técnico-jurídico na sua organização. Mas ao lado deste elemento técnico-jurídico, perdura um elemento político. Não há organização estatal sem um elemento político presente. Nenhuma organização do Estado é puramente racional e técnica. A estrutura, racional e técnica, acaba sempre repousando sobre uma base puramente política que, como tal, transcende completamente o pensamento jurídico e diante da qual o jurista nada mais tem a fazer senão se curvar a uma realidade transcendente a seu método e tipo de conhecimento.

Essa realidade política, já chamada com propriedade, realidade metajurídica, porque está para lá do Direito, é sempre fundamental na concepção do Estado. Mas o que aconteceu com o Estado moderno e que se tornou essencial à sua compreensão foi que o Estado se desenvolveu e se caracterizou dentro de sua sistemática jurídica, como Estado de Direito, comportando sempre um elemento político, mas foi justamente por isso que o Estado de Direito tomou uma configuração técnica própria, o elemento político ficou bem mais flexível e o Estado passou a comportar até mesmo uma substituição desse elemento político, sem perder as características técnicas que tinham sido anteriormente elaboradas. Quer dizer, nós agora vamos examinar o elemento técnico-jurídico do Estado de Direito e vamos verificar que esse elemento político pode ser substituído, dentro de certa latitude doutrinária.

Várias doutrinas políticas, várias estruturas sociais podem acomodar-se no esquema do Estado de Direito e incliná-lo de acordo com os seus objetivos particulares. O que caracteriza o Estado de Direito como tal é que ele representa uma forma de governo, um regime do qual se pretende excluir totalmente o arbítrio e subordinar o

funcionamento de todos os órgãos à norma jurídica, à Lei. Numa concepção puramente liberal de Estado, poderíamos perfeitamente sustentar que o Poder Legislativo, por exemplo, gozaria de uma liberdade em relação ao desempenho de suas próprias funções, que, por assim dizer, o colocaria acima da Lei. Um Estado que se desenvolveu mais empiricamente, como exemplo, o Estado inglês, não está longe dessa realidade, já que o Poder Legislativo completa aquilo que o direito constitucional inglês chama de o Rei no Parlamento, o Regime do Rei no Parlamento, que é a conjugação total do Poder Legislativo, que tem até mesmo a faculdade de fazer leis que importam na modificação da Constituição e, por conseguinte, o Poder Legislativo se apresenta como uma espécie de última *ratio* da legalidade. No Estado de Direito, tal como nós o concebemos, sobretudo no direito continental europeu, o objetivo da organização do Estado é conseguir conter todos os órgãos do Estado que estejam debaixo da regência da lei. Esse é um dos elementos característicos do Estado de Direito.

O segundo elemento, talvez ainda mais importante do que esse, é que o Estado é visto, sobretudo, como um equilíbrio entre o indivíduo e o poder público; e a sua organização, a organização do Estado, é concebida principalmente como um modo de proteger o indivíduo contra o poder público. Na realidade, o poder público é um instrumento a serviço do Bem Comum. Dentro de um pensamento puramente teórico, nós poderíamos dizer que o indivíduo não tem motivo para se defender do poder público, já que o poder público é um instrumento a serviço da realização dos fins da sociedade e, portanto, dos fins do próprio indivíduo. Mas a concepção do Estado de Direito parte da ideia de que, embora sejam estes, efetivamente, o modo de sua operação ocorre que, muitas vezes, o poder público opera antagonicamente ao Bem Comum, seja por erro, seja pela possibilidade de preponderância do interesse do governante sobre o interesse geral da sociedade, na

formulação dos fins da ação de governo. De modo que a necessidade de defender o indivíduo contra o poder público ou, para sermos mais exatos, a necessidade de defender o indivíduo dos agentes do poder público, ou seja, contra aqueles que o representam, que o encarnam, que o operam, é uma fórmula básica de equilíbrio que o Estado de Direito procura resolver.

Primado do Direito como fim do Estado, subordinação de todas as atividades do Estado ao Direito, e defesa do indivíduo contra o Poder Público, eis as duas características que o Estado de Direito procura traduzir. Nota-se que essa ideia do primado do direito como fim do Estado não é tão óbvia como à primeira vista possa parecer. Pelo contrário, numa concepção do Estado puramente de polícia, o que se costumava apresentar como finalidade do Estado é o Bem-Estar, o Bem Comum, a promoção da segurança social; mas essa ideia de que o Estado tem por fim assegurar o primado do Direito, embora se pudesse considerar contida em concepções anteriores, não tinha, se assim me posso exprimir, tanta ênfase; não era nela que estava o conceito tônico. O Estado de Direito colocou nisso o conceito tônico. De que modo procura o Estado de Direito traduzir essas realidades? Aí retomamos o fio das duas grandes ideias-mestra herdadas dos doutrinadores do liberalismo. A ideia dos direitos do indivíduo e a ideia da divisão dos poderes.

A ideia dos direitos do indivíduo aparece nos grandes teóricos do Estado de Direito, sob um nome diverso, mas pretensioso, aspirando mais à terminologia específica. Aparece com o nome de Princípio da Distribuição. Na realidade o que é o Princípio da Distribuição? É o reconhecimento de que, na vida política, dentro de uma comunidade, há de existir duas áreas e a distribuição se faz entre essas duas áreas. A área da liberdade individual e a área do poder do Estado. Até onde vai uma, até onde vai a outra? A ideia básica é que a liberdade do indivíduo vai até onde o poder do Estado não interfira; com uma cláusula,

entretanto: o que traça o ponto até o qual o poder do Estado pode interferir é a Lei. Portanto, o Estado interferirá, mais ou menos, de acordo com o que a Lei assim o permita.

Numa determinada comunidade política, o Estado pode interferir mais, pode ir mais longe, na área do direito individual; numa outra, pode ir menos, mas ele irá, em qualquer caso, até onde uma Lei pré-existente colocar a sua fronteira. O direito do indivíduo, a sua liberdade pessoal enche o vácuo, ocupa o que poderemos chamar de área residual. O Estado vai até ali, diz a Lei; e dali em diante, onde o Estado não vai, é a área ocupada pelo direito individual. Essa concepção tem a grande vantagem de dessolidarizar, definitivamente, a concepção do Estado moderno, da velha concepção do Direito Natural. Na concepção do Direito Natural, os limites da liberdade individual é que são definidos. Sabemos até onde vão os direitos do indivíduo, porque concebemos esses direitos como algo de absoluto e de pré-existente ao Estado, e o Estado tem que traçar o seu campo de ação para lá dessa área pré-determinada dos direitos pessoais.

O Estado de Direito não tem necessidade de esposar essa doutrina. Nada impede que ela possa ser admitida, que ela possa ser incluída na esfera doutrinária em que nós situamos o Estado de Direito. Mas há de haver Estado de Direito desde o momento em que nós digamos que o poder do Estado termina onde a Lei traçar a sua fronteira. Se esta fronteira é móvel e pode ser deslocada mais profundamente na área anteriormente ocupada pelos direitos individuais, ou se esta fronteira tem um limite intransponível, estabelecido por uma concepção “jus naturalística”, é questão que não interessa à configuração do Estado de Direito. Basta que essa fronteira exista e que ela seja obrigatoriamente determinada por Lei para que nós estejamos dentro do requisito doutrinário.

O segundo princípio é o princípio mutuado de Montesquieu, da divisão de poderes, que em geral os teóricos do Estado de Direito, como o famoso publicista alemão Carl Schmitt, denominam “princípio de organização”. O “princípio de organização” aparece aqui essencialmente relacionado com esta proteção da Lei, isto é, como um meio de proteger o primado do direito na organização social.

Já não é mais propriamente como um antídoto do despotismo. Já não é como aquela concepção psicológica que inspirava, por exemplo, um Montesquieu, de que se nós colocássemos todo o poder nas mãos de um só, ou de um corpo de homens, isso geraria o despotismo. Não é esse argumento psicológico o que preocupa e inspira o Estado de Direito, mas sim um argumento técnico-jurídico. É o argumento de que o direito não se realiza, o direito não funciona se não estabelecermos uma distinção entre o órgão que o elabora, entre o órgão que o aplica aos conflitos de interesses surgidos na sociedade e o órgão que promove o bem comum e que deve prestar obediência ao direito. Este ponto é importante: “da aplicação e observância”, esta noção familiar aos que estudam o Direito, mas que eu vou repetir em duas assertivas: “O Direito, uma vez elaborado, uma vez convertido em normas jurídicas, pode ser observado ou aplicado”.

Observar o direito é agir de acordo com a norma. Aplicar o direito é resolver, de acordo com a norma, um conflito de interesses surgidos. Conflito em face do qual uma das partes terá o seu interesse sustentado contra a outra parte. Por isso, aplicar o direito é função do juiz; aplicar o direito é função do Tribunal. Essa função do Estado de aplicar o direito tem o nome de função jurisdicional. Agora, observar o direito é função de todos; é atribuição de todos os indivíduos que desenvolvem suas atividades em sociedade e compete também ao poder público, ao Executivo, ao poder administrativo, o qual, ao executar alguma tarefa, ao realizar alguma atividade de interesse

comum, deve executá-la observando o Direito. Se não o observar, gerará um conflito de interesses e dará lugar a uma aplicação do direito feita por um tribunal.

Pois bem, para que o direito possa desenvolver-se desse modo, para que as autoridades encarregadas pelo bem comum o possam observar e para que o direito possa ser aplicado aos conflitos de interesses gerados pela inobservância da norma jurídica, torna-se indispensável que a função do Estado seja dividida, de sorte que um se encarregue de fazer a norma jurídica, outro se encarregue de administrar de acordo com ela e outro se encarregue de aplicá-la aos conflitos de interesses surgidos. Portanto, é uma exigência imposta pela própria natureza do Direito e não mais por aquele receio psicológico da criação de um despotismo.

Os senhores atentem bem, se o receio fosse só o receio psicológico, nós poderíamos admitir, ao menos tecnicamente, que um governante isento de despotismo, um governante salomônico dispensasse a divisão de poderes, já que não estando ele sujeito a corromper-se e a transformar-se em déspota, poderia ele, então, enfeixar nas mãos os três poderes. Não. Se ele enfeixasse nas mãos os três poderes, por mais inacessível que fosse ao despotismo, a tendência inevitável seria a não observância da norma jurídica, porque a norma jurídica exige essa repartição funcional.

Este é justamente o alcance do Princípio de Organização. No Estado de Direito, desde logo, a aplicação dos dois princípios – Princípio da Distribuição e o Princípio da Organização – leva à chamada supremacia da Lei. A Lei impera sobre todas as atividades sociais e a própria Lei tem uma hierarquia. A Constituição impera sobre a Lei Ordinária, e a Lei Ordinária impera sobre o Regulamento, que não é lei no sentido formal, mas o é no sentido que aqui nos interessa, porque também contém normas jurídicas. Então, essa hierarquia é fundamental e essa hierarquia coloca abaixo de tudo qualquer ato concreto praticado pela

administração, que deve estar submetida a toda a hierarquia de normas, que lhe é anterior. Para termos a certeza de que a Lei realmente impera, temos necessidade de introduzir no Estado o chamado “Controle da Legalidade”. Sem ele não podemos dizer que exista um Estado de Direito. O controle da legalidade caracteriza-se, em primeiro lugar, pelo fato de os atos do Poder Executivo ficarem sob o controle do Poder Judiciário, para que este Poder verifique se eles se conformam ou não à Lei.

Não é essa a única técnica de controle da legalidade. Mesmo na Inglaterra, por exemplo, não se conhece essa técnica de controle da legalidade. O controle da legalidade é exercido através do Parlamento. As técnicas podem variar, não tem grande importância, o que tem importância é que haja uma técnica respondendo a esse fim. A técnica deste Estado pode ser pior do que a técnica daquele, mas tem que haver uma técnica qualquer, através da qual se examine a legalidade dos atos de um Poder. E o próprio Poder Legislativo fica sob o controle da legalidade que, no caso, não é mais controle da legalidade, mas é controle da constitucionalidade, ou seja, de verificarmos se o Poder Legislativo, ao elaborar a Lei, manteve-se hierarquicamente submisso à predominância da Lei Constitucional sobre a Lei Ordinária. Um processo, portanto, também de controlar o Legislativo é considerado necessário. Esse conjunto de técnicas, através das quais se verifica se a Lei está sendo observada e aplicada, responde mais ou menos ao Direito Constitucional inglês, tradicionalmente denominado de *Rule of Law*, que é a expressão inglesa, e *Principe de l'égalité*, que é a expressão francesa.

Em geral, nos demais sistemas, o que se fala é de Império da Lei, domínio da Lei, supremacia da Lei ou expressões equivalentes. Outra característica que o Estado de Direito retira dos seus princípios é a característica do dimensionamento das competências, não podendo haver atividade alguma que não esteja debaixo da Lei; nenhuma

autoridade pode ter competência residual, quer dizer, uma competência que nós não sabemos até onde vai.

O dimensionamento da competência é característica do Estado de Direito; e, segundo a tendência mais moderna, mas que não podemos considerar tão essencial assim, o dimensionamento deve ser também no tempo, isto é, a ideia da limitação da competência em extensão completa-se com a ideia de limitação da competência em duração. Ninguém tem competência política por prazo indeterminado.

É a ideia da temporalidade dos mandatos. Entretanto, não se pode dizer que isto seja essencial ao Estado de Direito, porque há Estado de Direito monárquico, no qual há, portanto, pelo menos um órgão que escapa a esse dimensionamento no tempo. Outra característica do Estado de Direito é uma técnica através da qual se procura assegurar a independência do Judiciário.

A dificuldade de travejar o sistema do Estado de Direito é que nós temos que fazer com que todas as peças dessa estrutura estejam amarradas. Mas, como não há uma peça qualquer fora da estrutura onde nós possamos amarrar uma delas, elas têm que ser amarradas uma nas outras. Portanto, a solidez desse sistema se obtém através de uma interdependência. O juiz depende do Poder Executivo, porque o juiz depende do Poder Executivo no sentido de que ele é nomeado por esse Poder, de que ele é promovido por esse Poder. Mas o juiz não pode depender, para o exercício de sua função jurisdicional, de nenhum outro órgão detentor de uma função de Estado. Daí, considerar-se sempre que a independência do Judiciário é uma característica do Estado de Direito.

Onde se admitir um juiz que não seja independente, não haverá Estado de Direito. Onde se disser que há um juiz, por exemplo, que é juiz, mas que é “demissível ad nutum”, ou que possa ser removido de sua jurisdição, ou que possa sofrer uma diminuição qualquer dos proventos que lhe são assegurados para o exercício do cargo, ou que possa

ficar sujeito a um estágio probatório, para ao fim de três, quatro, ou cinco anos se verificar se ele serviu ou não, nós estaremos ferindo uma característica do Estado de Direito, porque tal juiz seria automaticamente impróprio para o exercício da função jurisdicional, se estivesse exposto a qualquer dessas formas de dependência. Além disso, são essenciais ao Estado de Direito uma técnica qualquer de responsabilização dos governantes, do tipo *impeachment*, e uma técnica de proteção dos direitos do indivíduo, uma técnica através da qual o indivíduo possa obter a proteção dos seus direitos.

Por isso é que se dizia sempre que as características do Estado de Direito, são: a *Rule of Law* e o *Habeas Corpus*, quer dizer, um sistema de supremacia da Lei e uma técnica de proteção imediata do direito, que se traduz no *habeas corpus* ou em remédios assemelhados a ele, graças aos quais o direito individual consegue proteção pronta. Basta tudo o que acabei de dizer para mostrar que o Estado de Direito representa um esquema, cuja realização integral ou parcial pode ser alcançada conforme a maior ou menor perfeição com que se construa determinado regime.

Haverá regimes democráticos, Estados democráticos, em que nós teremos dificuldade de apontar um Estado de Direito, pela falta desses elementos que de certo modo automatizam e interligam todos os órgãos do Estado, para assegurar o primado da Lei. Não é todo Estado democrático que merecerá, de um analista, o nome de Estado de Direito. Mas, em compensação, o Estado de Direito parece ser sempre um Estado Democrático, pelo menos se nós quisermos tomar esta palavra num sentido muito amplo, dessolidarizando-a de diversas de suas conotações políticas.

Vamos ver, agora, se dentro do Estado de Direito há um puro automatismo racional, ou se, pelo contrário, dentro dele ainda existe um elemento metajurídico, um elemento irredutível à análise jurídica e que nós deveremos considerar o seu elemento político. Em primeiro lugar,

podemos dizer que é certo que sim. Não há Estado sem este elemento político subjacente sobre o qual se constrói toda a estrutura lógica, toda a estrutura racional do sistema. Mas a verdade é que o que o Estado de Direito nos revela é a sua capacidade de adaptar-se a uma grande variedade de elementos políticos e de suportar, por exemplo, uma compatibilidade perfeita, com instituições monárquicas ou com instituições republicanas. A palavra republicano, no sentido de democrático, é uma inovação de Maquiavel; foi a partir das obras de Maquiavel que nós passamos a dar o nome de república a uma organização democrática, isto é, em que não há um magistrado hereditário e detentor do poder público.

A Monarquia ou a República se adaptam nos quadros de um Estado de Direito e podem ser muito várias as estruturas sociais com as quais este tipo de Estado se mostra solidário. Ele pode servir à manutenção e à implantação de certas estruturas e pode também ser adaptado à manutenção de outras; depende do elemento político que nós introduzirmos no esquema do Estado de Direito. O primeiro desses elementos que nós devemos analisar, pois é aquele com que ele tem uma relação histórica mais constante e que até em certos sentidos podemos dizer que com ele se confunde, é o elemento democrático. Democracia vista como elemento político, no seio de uma organização estatal, significa, sobretudo, igualdade, o que vale dizer, abolição de discriminação e preponderância crescente da vontade popular.

Vamos entender-nos. Na verdade, o funcionamento de um Estado de Direito repousa, todo ele, numa relação que se estabelece entre governante e governados, através de um processo seletivo que é a eleição. Esta pode, entretanto, variar; nós podemos ter um Estado de Direito baseado no que se chama de uma eleição de censo alto, isto é, em que há um grupo limitado de eleitores, de certas pessoas capacitadas para a seleção de mandatários políticos.

Podemos, pelo contrário, fazer repousar a escolha de governantes numa larga base popular, no sufrágio universal. Nesse sufrágio universal podemos adotar critérios de inclusão e de exclusão de eleitores muito variáveis, desde um critério que considere todos os súditos do Estado eleitores, até aquele que considere apenas os que contribuem com um determinado tributo mínimo, passando por critérios que excluem as mulheres, que excluem os analfabetos, que excluem as praças de pré; quer dizer que vão reduzindo o âmbito da base sobre a qual se assenta o mecanismo seletivo. Pois bem, a variação desses elementos traduz a maior ou menor solidariedade do esquema do Estado de Direito a um objetivo político democrático.

A democracia não é um regime, e esse é um ponto muito importante do que se possa afirmar que ela existe ou não existe, assim como se pode fazer uma diferença entre o preto e o branco. Entre democracia e não democracia não existe uma diferença, por oposição, como existe uma diferença entre verdade e erro. Tudo que não é verdade é erro. Não é assim, a democracia é um conceito no qual se apresentam e se registram graus. Nós podemos dizer, comparando dois regimes políticos, que um é mais democrático do que o outro. Podemos dizer, comparando dois projetos de lei, que um é mais democrático ou menos democrático do que o outro que é apresentado. E se nós pegarmos assim um grupo de países, se pegarmos, por exemplo, as democracias latino-americanas e as quisermos submeter a um estudo comparativo, podemos distribuí-las numa escala, desde aquelas que conseguiram realizar um máximo de regime democrático, até aquelas que conseguiram realizar um mínimo, isto é, há uma graduação de democracia conforme a variação de determinados elementos. Quais são esses elementos que variam para nos permitir considerar que foi atingido um grau maior ou um grau menor de democracia?

Em primeiro lugar, parece certo que nós devemos considerar o princípio da igualdade, a liberdade individual. A esfera individual da liberdade é um elemento da velha doutrina liberal, absorvido pelo Estado de Direito e incorporado às condições mesmas de sua formulação. Mas o elemento igualdade, simetria, igualdade entre os homens, resta sempre um elemento essencialmente político. Foi mérito de um autor alemão, Wilhelm Hasbach, que é utilizado por Carl Schmitt na sua *Teoria da constituição*, haver feito essa distinção entre a evolução dos dois conceitos – o de igualdade e o de liberdade, em sua obra *Die moderne demokratie*, de Jena, G. Fisher.

Dois conceitos apresentados assim ideologicamente, por ocasião da eclosão do liberalismo, mas que tiveram destinos diversos: um evoluindo essencialmente como conceito jurídico; o outro evoluindo essencialmente como conceito político e como traço definidor de uma democracia. Na verdade, a igualdade importa na abolição de discriminações, na inexistência de mínimos jurídicos diversos para os indivíduos e, ao mesmo tempo, na capacidade crescente de fazer repousar sobre a vontade popular o mecanismo estatal que se queira implantar.

Por exemplo, entre duas democracias, uma das quais admite uma revisão frequente da vontade popular e outra que, pelo contrário, estabelece mandatos muito longos e, por seguinte, estabelece intervalos de maior magnitude para o pronunciamento popular, nós sentimos que um grau maior de democracia foi atingido naquela em que a vontade popular é chamada a se pronunciar mais assiduamente, em prazos mais curtos. Esta é a razão pela qual o índice mais elevado de democratização em determinados países, isto é, de identificação mais frequente com a vontade popular, faz com que nós chamemos a esses regimes – Regimes de Opinião Pública, quer dizer, regimes em que os governantes são confrontados assiduamente com a opinião pública,

através de um mecanismo qualquer de confrontação com a opinião pública. Mas, não é só o elemento democrático o que se pode introduzir no Estado de Direito, fazendo-o variar, ampliado nesse ou naquele sentido.

Outros elementos lançados mais modernamente pelas ideologias do nosso tempo podem acomodar-se dentro do Estado de Direito – e dar-lhes outros endereços e conotações políticas. Por exemplo, o ideal de solidariedade social, os objetivos de reforma econômica da sociedade moderna, que constituem uma grande parte da luta ideológica dos nossos tempos, ingressam no Estado de Direito, com plena facilidade e se compatibilizam com ele para lhe dar outra orientação, isto é, para solidarizá-lo com outras estruturas sociais que não são as de hoje, mas para as quais nós desejamos fazer evoluir a sociedade.

Tudo depende, naturalmente, do modo por que se venha a estabelecer a ligação entre as estruturas políticas, os agentes do poder público e outros setores da sociedade, expressivos dessas aspirações. Um exemplo muito importante disso, nós temos na tendência moderna de introduzir no Estado, ao lado da participação direta e indireta da vontade popular, a participação das classes econômicas, isto é, dos órgãos representativos de categorias econômicas e dos órgãos representativos de categorias profissionais; levando para dentro do Estado, para dentro da máquina política, esses órgãos e fazendo com que eles desempenhem um papel na construção dos órgãos de direção da sociedade. Nós introduzimos outros aspectos, nós introduzimos outras solidariedades, que levam a máquina do Estado a procurar ajustar-se a estruturas sociais diferentes. A introdução dos sindicatos na luta política, por exemplo, é uma introdução que hoje em dia, num Estado em que predomina ainda a antiga estrutura liberal, só se faz sentir através da chamada ação de pressão.

Consagrou-se o termo “Grupos de Pressão” para indicar a atuação no funcionamento político de todo o

agrupamento, de todo o segmento social que não tem uma forma institucional de participar do mecanismo político. Os Partidos, por exemplo, têm uma forma de participar do mecanismo político; eles apresentam suas chapas e disputam eleições. O povo de um modo geral participa do organismo político. Não são grupos de pressão. A sua intervenção no processo político está institucionalizada. Mas, o sindicato não tem como participar do mecanismo político como sindicato. As classes armadas não tem como participar do organismo político como classes armadas. O que não impede, entretanto, que, quer o sindicato, quer as classes armadas tenham sua própria consciência política, sua concepção a respeito dos rumos seguidos pelo poder público e desejem influir.

Como desejam influir e como não têm um caminho institucional para exercer essa influência, elas procuram influir através de outros mecanismos ou através simplesmente de influência pessoal. É o mecanismo chamado de pressão. Transferir os mecanismos de pressão para o quadro institucional e encontrar um meio de dar-lhes expressão dentro do Estado de Direito, é uma das formas pelas quais nós podemos fazer o Estado de Direito evoluir, ajustando-o às realidades novas que vão sendo apresentadas em todas as épocas.

Outro ponto muito importante é a reação observada no nosso tempo contra a noção de igualdade política, tal como ela foi apresentada pela ideologia democrática. A concepção que hoje temos dessa igualdade política, na realidade, é apenas a de uma técnica adotada para abrir oportunidades às concepções econômicas; porque desde o momento em que nós considerarmos todos os indivíduos num pé de absoluta igualdade e não estabelecermos pesos diferentes para eles participarem de uma determinada corrida, o que acontece fatalmente é que esse regime é um regime de favorecimento dos que estão economicamente

mais aptos para participar da sociedade e para fazer prevalecer os seus interesses, seus pontos de vista.

Daí, a ideia de que a igualdade política só se transforma numa realidade verdadeiramente igualitária, no momento em que nós conseguirmos neutralizar a influência da desigualdade econômica, de modo a estabelecermos condições ponderadas em vez das condições não ponderadas que prevalecem numa sociedade como a atual. Todos esses elementos políticos, todas essas tendências para orientar o Estado no sentido de novas estruturas sociais, de eliminar grupos preponderantes, de ponderar as desigualdades de modo a reequilibrá-las, todas essas tendências podem constituir o elemento político que se enxerta no organismo do Estado de Direito, sem desnaturalizá-lo e adaptando-o a servir às transformações e finalidades das mais diversas. O que é muito importante observar é que o próprio Socialismo, neste particular, caminha hoje em direção ao Estado de Direito, abrindo-lhe possibilidades de servir a uma evolução da estrutura social democrática, da estrutura social capitalista para uma estrutura social do tipo socialista.

Era meu desejo repassar, ainda, as transformações sofridas pelo Estado socialista, mas isso, evidentemente, nós não vamos ter tempo de fazer e eu vou direto a este ponto. Durante muito tempo o Estado socialista partiu do princípio de que a estrutura social, de que a estrutura política do Estado democrático, não podia sofrer uma evolução para a estrutura socialista, sem a quebra, através de uma revolução. Uma revolução limitada a determinadas áreas ou de uma revolução de escala mundial, que permitisse a eliminação da classe dirigente, o estabelecimento temporário da ditadura do proletariado, a ação da ditadura do proletariado para eliminar os resíduos estruturais da sociedade anterior e, afinal, o advento de uma sociedade comunista, caracterizada pelo desaparecimento do Estado. Este é o esquema, vamos dizer tradicional, é o esquema marxista puro no tocante à

evolução do Estado, e, na experiência soviética, depois da Grande Revolução de Outubro, o primeiro compasso de expectativa foi o de se verificar a propagação da revolução proletária.

A ideia de que a revolução iniciada num país capitalista desencadearia progressivamente a revolução em todos os outros estava no espírito dos dirigentes da Revolução de Outubro e ainda estava no espírito do seu principal dirigente, depois de implantada a Ditadura do Proletariado na sua forma inicial. Foi, apenas, diante do fato verificado que a propagação não ocorria e que, pelo contrário, a revolução iniciada num país e formulada num regime, que foi o Regime Soviético, não encontraria solidariedade imediata do proletariado em outros países, é que o Estado socialista evoluiu para outra concepção: a concepção de que, em primeiro lugar, era necessário consolidar a revolução no país que a tinha realizado, para depois, num segundo tempo, examinar possibilidade da propagação da revolução a outras áreas capitalistas.

A ideia da passagem de uma universalização da revolução para uma consolidação da revolução no país onde ela se tinha realizado gerou as duas mais importantes crises doutrinárias do movimento comunista, das quais a primeira foi gerada pelo descontentamento de um determinado setor doutrinário, com o fato de se haver robustecido o Estado através do mecanismo ditatorial, em vez de se ter caminhado para o seu desaparecimento, para a sua democratização.

É sabido que esta foi a posição de Kautsky em suas obras *Ditadura do proletariado* (1919) e *Terrorismo e comunismo* (1920), em que ele mostrou o risco para a revolução proletária se ela caminhasse para um reforço da estrutura estatal, em vez de convocar uma Constituinte e se democratizar imediatamente, esquema cujo erro, do ponto de vista revolucionário, foi evidenciado por Lenine em *The proletarian revolution and the renegade Kautsky* (1920), obra polêmica, em que ataca a posição de Kautsky.

A segunda crise doutrinária, motivada um pouco mais tarde, mas praticamente pelo mesmo motivo, foi a crise aberta por Trotsky, *A revolução traída*, que viu na formação de um Estado Nacional Comunista e na consolidação desse Estado, através de medidas de planejamento econômico e de reforço da autoridade política, o caminho de uma perigosa deformação, uma deformação que no entender dele conduziria à ditadura burocrática e não à ditadura do partido e, mais adiante, a dois efeitos fatais ao processo da revolução mundial: de um lado, o imperialismo militar a que não poderia fugir um Estado colocado naquela posição; e, de outro, a domesticação dos partidos comunistas, isto é, a tendência natural que teria esse Estado em transformar os partidos comunistas do mundo, não verdadeiramente em centrais revolucionárias, mas em peças da sua própria política nacional, pela necessidade de dar o primado à defesa do Estado soviético, em vez de dar o primado à propagação da revolução mundial.

Todos esses pontos evidenciavam claramente que a polêmica dentro da evolução do Estado socialista era no sentido de que sempre seria necessário, ou por meio da tese tradicional da revolução, da propagação imediata da revolução proletária, ou através de um período de concentração e de defesa e depois de um avanço na direção de movimentos revolucionários, a supressão do Estado liberal ou, mas precisamente ainda, a partir de certa época, do Estado burguês de direito. Mas, a verdade é que, mesmo nesse ponto, a evolução recente já mostrava que o socialismo encontra outros caminhos, outras áreas flexíveis, através das quais pode expandir-se, sem conceituar necessariamente aquele choque.

Já não se trata de nos referirmos, por exemplo, à tendência do socialismo iugoslavo, para proceder, não através do reforço da autoridade estatal, mas através de medidas de coletivização imediatas; nem de peculiaridades, como as que surgiram no socialismo polonês, para admitir um

sistema pluripartidário, em vez do sistema partidário único, característico do Estado soviético. Mas, a própria União Soviética, o próprio Partido Comunista da União Soviética, o PCUS, no seu Vigésimo Congresso, o famoso congresso de fevereiro de 1956, formulou a tese de que o socialismo pode implantar-se por meio da maioria parlamentar e da alteração de estruturas da sociedade, obtida através do Estado de Direito.

Quer dizer, o Estado de Direito como aparelho racional, assim como recebeu a ideologia democrática e pode funcionar com essa ideologia democrática, no sentido de afirmar, preservar e promover certas estruturas, já nos parece que hoje, numa determinada fase da evolução do pensamento comunista, como podemos perceber na própria ideologia socialista, esse mesmo Estado de Direito pode servir também, através de um mecanismo progressivo, para a transformação da estrutura social.

Portanto, resumindo em poucas palavras, o que a evolução do Estado moderno nos revela, claramente, é que o advento do Estado moderno com as ideias do liberalismo engendrou um tipo racional de Estado, o Estado de Direito; herdeiro direto do pensamento político liberal, mas autônomo em relação a ele, por haver substituído, por fundamentos racionais e técnico-jurídicos, as suas motivações ideológicas iniciais.

Esse mesmo Estado, que hoje funciona como regime animado por um elemento político que é a democracia, oferece um grau de flexibilidade e de plasticidade que nos permite ligá-lo a vários tipos de transformação social. Não podemos ligá-lo a uma transformação, por exemplo, no sentido do socialismo, se ficarmos apenas no pensamento comunista clássico sobre o Estado. Mas se atentarmos para essas tendências que se observam, como as que acabei de apontar no Vigésimo Congresso do Partido Comunista da União Soviética, veremos que, até mesmo a mais incompatível das tendências políticas com o Estado de Direito, que é a

doutrina comunista do Estado, já sente possibilidades de atuar e de sentir, através de esquema puramente racional de um Estado como este, que, na realidade, é filho das ideias de Montesquieu e de Rousseau, e que tem com essas ideias uma relação genealógica. E assim é porque, na verdade, ele é o produto da criação de um engenho político diverso, que é, sobretudo, o dos grandes criadores do direito público continental europeu moderno.