

O ESTADO DE DIREITO NO LIMIAR SÉCULO XXI: RESIGNIFICANDO FÓRMULAS E CONCEITOS POLÍTICOS E JURÍDICOS

L'ETAT DE DROIT AU DEBUT DE CET SIÈCLE: UNE REVISION DES EXPRESSIONS POLITIQUES ET JURIDIQUES

Gretha Leite Maia¹

Resumo

A fórmula política Estado de Direito é um dos grandes desafios intelectivos proposto no limiar do século XXI, entendido como uma forma de organização política que adote o princípio da separação de poderes e garanta um conjunto de direitos ditos fundamentais. A partir da segunda metade do século XX, conceitos fundamentais para o modelo moderno ocidental de organização do corpo social foram revisitados, na tentativa de verificar a adequação desse legado teórico conceitual às novas configurações sociais e econômicas. O presente trabalho estabelece um quadro conceitual referente às designações Estado de Direito, Estado Liberal, Estado Social, Democracia e Liberdade, buscando avaliar se esse quadro conceitual permanece válido para orientar as análises compreensivas da Política e do Direito, e quais os limites e as possibilidades desse arsenal conceitual manter-se como referência descritiva e explicativa dos fenômenos políticos e jurídicos. Revisita também o princípio da Separação de Poderes sob a orientação da soberania popular, na proposta das teorias críticas do constitucionalismo. Trata-se de pesquisa teórica, bibliográfica, que se encerra com uma análise de aplicabilidade dos conceitos para a compreensão do modelo de organização política e jurídica ocidental contemporânea.

Palavras-chave: Estado de Direito. Liberdade. Soberania popular.

Resumée

La formulation politique Etat de Droit est un grand défi au debut de cet siècle, entendu comme une certe forme d'organization politique que adopte la séparation du pouvoir et, au même temps, assure une ensemble de droites qualifiées fondamentales. Cet article va faire une revision des expressions Etat de Droit, Etat Libéral, Etat Social, Democracie et Liberté pour verifier s'elles sont encore convenables pous identifier la realité juridique, politique e économique des jours actuelles, en faisant une enquête sur ses possibilités et limites. La recherche va aussi visiter la théorie de la séparation du pouvoir sous l'orientation de la souveraineté populaire, en conformité les etudies de Ingeborg Maus et G. Bercovici. C'est une recherche teorique et bibliographique, de revision de concepts.

Mots-clés : Etat de Droite. Liberté. Souveraineté populaire.

INTRODUÇÃO

A fórmula política “Estado de Direito” é um dos grandes desafios intelectivos proposto no limiar do século XXI. A fórmula política “Estado Democrático de Direito”, que inaugura o texto constitucional brasileiro de 1988, é igualmente um enigma que se apresenta aos que se

¹ Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Advogada. Professora de Teoria do Estado, Teoria do Direito e Teoria do Processo. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará-UFC.

iniciam nos estudos constitucionais. Mais do que isso, é expressão que vai ganhando novas dimensões e significados à medida que avançamos na compreensão das estruturas jurídicas (fundadas especialmente sob o princípio da legalidade) e nas implicações políticas (a inserção da legitimidade como critério de validade dos atos de poder).

A partir da segunda metade do século XX, no contexto da reconstrução do capitalismo após as guerras mundiais de 1914-1918 e 1939-1945, conceitos fundamentais para o modelo moderno ocidental de organização do corpo social foram revisitados, na tentativa de verificar a adequação desse legado teórico conceitual às novas configurações sociais e econômicas. O presente trabalho estabelece um quadro conceitual referente às designações Estado de Direito, Estado Liberal, Estado Social, Democracia e Liberdade, buscando avaliar se esse quadro conceitual permanece válido para orientar as análises compreensivas da Política e do Direito, e quais os limites e as possibilidades desse arsenal conceitual manter-se como referência descritiva e explicativa dos fenômenos políticos e jurídicos. Investiga também, a partir da releitura da técnica da repartição de competências entre legislativo, executivo e judiciário, se a atual discussão constitucionalista é realmente concebida em uma base democrática (soberania popular). Trata-se de pesquisa teórica, bibliográfica, analítica, que se encerra com uma análise de aplicabilidade dos conceitos para a compreensão do modelo de organização política e jurídica ocidental.

Tendo por esquadro as quatro categorias estruturantes do pensamento político que resultaram da formação do pensamento liberal dos séculos XVII e XVIII (liberdade, igualdade, soberania e democracia), investiga primeiramente o pensamento contratualista em sua dimensão política, bem como o jusnaturalismo de base racional que se estrutura no campo jurídico. Em seguida, explora as reações na literatura dita antiliberal construídas nos séculos XIX e XX, introdutórias de novas categorias, como a dignidade do trabalho humano, para pensar os problemas sociais e a superar ou resignificar valores como a liberdade e a justiça, aos quais se agregam adjetivos, resultando em novas fórmulas, como liberdade ética e justiça social.

Para uma análise mais específica, investiga como tem se desenvolvido uma crítica ao constitucionalismo no retorno da discussão da soberania popular, investigando a contribuição também sob o viés das análises econômicas do Direito para a compreensão da consolidação do (neo) liberalismo e dos necessários ajustes das formas jurídicas do liberalismo clássico para o atendimento das exigências da economia de mercado. Será preciso revisitar conceitos e verificar que transformações são sugeridas a partir das concepções clássicas para adaptá-los aos novos desafios (talvez tão novos assim).

1 DO LIBERALISMO: FÓRMULAS E CONCEITOS CLÁSSICOS

O termo liberalismo é polissêmico: designa ao mesmo tempo um modelo econômico, um movimento político e um qualificativo que acompanha o primeiro Estado de Direito, o Estado Liberal. Convém saber identificar o uso adequado de cada um. Inicialmente, como Bonavides (2008), retoma-se a discussão dos fins do Estado. O problema se coloca nos seguintes termos: de um lado, as teorias organicistas que fazem uma fusão pragmática e filosófica do que se compreende por Sociedade e Estado, e de outro, o mecanicismo, que separa ostensivamente ordem social e ordem estatal, embora reconheça na origem do Estado, a Sociedade. Esse problema é fundamental à discussão por que, como veremos, ele implica em revolver as teorias jusnaturalistas e juspositivistas do Direito.

O organicismo, em especial o hegeliano, concebendo Estado e Sociedade como entidades orgânicas que se consubstanciam num todo único, entende o Estado como um fim em si mesmo. Como questionar os fins do Estado se indivíduo, Sociedade e Estado são parte de um mesmo todo orgânico? As escolas finalísticas rompem o organicismo, posto que sejam embasadas, por sua vez, no problema da legitimação dos atos estatais subordinada à questão dos seus fins. Da resposta que se der à finalidade não de depender as funções, os direitos, os deveres e os limites da autoridade estatal. A introdução da legitimidade como critério de validação da vontade estatal demanda as teorias ditas mecanicistas.

O mecanicismo é essencialmente ligado ao jusnaturalismo. Indivíduo, Sociedade, Estado serão entidades perfeitamente identificadas em sua essência, fazendo nascer as

dimensões de individualidade, a ordem social e a ordem estatal. As duas últimas passam a ser derivadas especialmente de um exercício de abstração e reconhecimento da artificialidade de sua existência, como derivadas de um ato consciente para o qual concorre a vontade humana, a autonomia ou livre arbítrio dos sujeitos. Sob estas condições, fundam-se as escolas jusnaturalistas.

1.1 O jusnaturalismo de base racional dos contratualistas: De Hugo Grotius à Hobbes e Locke.

A definição do valor liberdade.

O jusnaturalismo identifica duas grandes escolas: a escola filosófica e a escola histórica/sociológica. Em ambos os casos, será preciso percorrer os caminhos que alcançaram o jusnaturalismo de base racional e que são atravessados pelo movimento de secularização do sistema estatal que caracteriza as democracias ocidentais.

O Estado como fim em si mesmo (organicismo) não precisa de uma fundamentação para o Direito: é jurídico o que deriva da ordem estatal. O termo jusnaturalismo identifica escolas do pensamento jurídico que buscam a fundamentação do Direito em outras instâncias de validade. Os vários jusnaturalismos são derivados da base de legitimação a que se referem, resumidamente: Deus, a natureza humana e a razão. O Estado teológico (especificamente a ordem normativa da conduta dos indivíduos fundada na teologia cristã), que antecede o Estado moderno, fundamentava as manifestações de poder numa ordem divina, sobrenatural. Como questionar o perpétuo, imutável e atemporal que deriva destas posições de mando e subordinação? Para desafiar o pensamento jusnaturalista de base teológica, fez-se uma longa travessia, de avanços e retrocessos rumo ao deslocamento para outra base de validação da ordem: a natureza humana.

Segundo Verdú (2007, p.04), “o fenômeno da formalização do Direito tem início com a escola naturalista protestante, que vai de Grotius a Kant”. Deve-se à Hugo Grotius a noção de que existe um direito natural que vem do Homem, da sua condição humana, dando início ao movimento de secularização do pensamento jurídico. Grotius mantém, na sua concepção de natureza humana, uma essência imutável que legitimasse toda ação de poder que estivesse

com ela acorde. Para o pensador, a essência do Homem é um impulso social para convivência. Nesta circunstância de convivência, a sujeição a imposições interditivas/limitadoras de sua conduta/vontade somente teriam validade se estivessem de acordo com a natureza humana, que nos impulsiona para a convivência, mas cria uma esfera sagrada de resguardo contra a invasão estatal.

Atribui-se aos contratualistas a racionalização do jusnaturalismo. Convém iniciar por Thomas Hobbes. O contratualismo hobbesiano é o mais impiedoso no que diz respeito à natureza humana. Sumariamente, o contratualismo é o pensamento que se desenvolve nos séculos XVII e XVIII, mas tem seu nascedouro no antropocentrismo desenvolvido no Renascimento. É fundamental para este passo o pensamento de Maquiavel, no limiar do sec. XVI, afirmativo de que somos donos de parte do nosso destino.² O Homem então era o senhor das suas escolhas. O contratualismo pressupõe então a crença na ideia de passagem e artificialidade das formas sociais. Daí as noções fundamentais de estado da natureza e estado social (civilizado). Em Hobbes, o estado da natureza é o estado de *a-nomia* (ausência de regras) gerado pela condição de igualdade natural. Sendo iguais – ou *tão iguais que* – os Homens não se submetiam às estruturas assimétricas de poder, necessária ao estabelecimento de regras. Neste *estado natural*, todos e qualquer um poderia pretender a satisfação de seus interesses e desejos. Verificando o risco de supressão da condição de coexistência (Hobbes segue o pensamento de Grotius, do impulso natural para a convivência como essencial à natureza humana), os homens se voltam para a construção de uma ordem que a assegure. Assim, os Homens pactuam um acordo social, um compromisso de passagem a um estado civilizado, isto é, normatizado, no qual sua conduta se orienta por regras, emitidas por uma autoridade não só reconhecida como necessária.

Logo se percebe o contratualismo a serviço do absolutismo monárquico. Em Hobbes, o pacto é de submissão e é o medo que nos impulsiona a relações desiguais, permissivas das estruturas de poder. O Estado é a esperança de sobrevivência das comunidades humanas. O contratualismo esboçado no “Leviatã”, em 1651, será reorientado por John Locke em seu

² Cf. o capítulo XXV d’**O Príncipe**, no que se refere à *virtu e fortuna*.

“Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, publicado logo após a Revolução Gloriosa de 1688.

Locke inverte, segundo Maia (2009), as posições valorativas de estado da natureza e estado civil, ressaltando a instituição da propriedade ainda neste primeiro estágio de convivência. Em estado de natureza, somos todos iguais e livres. A apropriação singular dos bens da vida decorre do reconhecimento de que o trabalho, a energia empregada na produção de um bem, incorpora-se ao resultado final, gerando um uso exclusivo do bem para que o produzisse, excluindo o usufruto dos demais. Tal raciocínio se aplica a qualquer tipo de riqueza produzida, levando o estado de igualdade natural a um estado artificial de desigualdade medida pela propriedade. Mas a propriedade é um dado natural, posto que desenvolvido pelo Homem no estado da natureza, em condições de igualdade e liberdade. O Homem apenas consente no modelo civilizado para preservar o que no estado da natureza foi instituído. Portanto, são os *direitos naturais* oponíveis às *formas sociais* que se estruturam em seu nome, de maneira consciente no momento da passagem contratualista lockeana. Em Locke, o pacto é de consentimento e é feito porque os Homens querem preservar o que o estado da natureza havia lhes legado de mais importante: a liberdade e a propriedade.

Liberdade e Propriedade são os pilares do mundo moderno ocidental. Pode-se afirmar que há um esforço teórico de toda uma comunidade de pensadores do iluminismo para valorar e definir o que seja a liberdade. A liberdade, em Kant, é a liberdade de agir segundo leis³. Maus (2009) chama atenção para a complexidade da formulação kantiana de liberdade. Para a autora, Kant esboça a real ideia jurídica de uma República radical, na qual as leis recebem sua legitimação exclusivamente do fato de todos decidirem o mesmo sobre todos, formulando o princípio procedimental da soberania popular. E prossegue (MAUS, 2009, p.09): “segundo Kant, os direitos de liberdade, igualdade e autonomia do Homem designam, por um lado, princípios *a priori* sobre os quais se funda toda e qualquer condição jurídico-positiva”. Por outro lado, segue a pensadora, Kant reitera que todo direito depende de leis, de modo que o

³ Cf. Bonavides, que dedica um capítulo ao pensamento político de Kant em **Do Estado Liberal ao Estado Social**.

povo, invocado a *autolegislar*, tem o poder soberano, do qual têm de derivar todos os direitos dos indivíduos.

Se os homens são livres quando orientados no seu agir, o paradoxo de tal afirmação é resolvido com o deslocamento definitivo para o jusnaturalismo racional: é a razão quem nos comanda, o próprio arbítrio, o indivíduo como o dono do seu destino. A questão da liberdade e sua concepção moderna têm não somente em Kant, mas também em Rousseau sua referência mais imediata. Do filósofo de Genebra herdamos no Ocidente a tradição da democracia como o ajuste política para a realização da liberdade. A proposta de compreender Rousseau não pode limitar-se à leitura do “Contrato Social”, deve iniciar pelo “Discours sur l’inégalité parmi les hommes”, no qual Rousseau contribui para pontuar o esforço empreendido pelos pensadores de iluminismo para valorar e definir o que eram os grandes desafios ao modelo político então proposto pelos revolucionários contra o “ancien régime”: a liberdade e a igualdade.

Rousseau discursa sobre a *desigualdade*; em sua proposta a apropriação privada *da terra e de seus frutos* estruturara uma sociedade desigual. E é a partir desta constatação, descartando a necessidade de revolver uma instituição firmada e cristalizada no corpo social - a desigualdade - que Rousseau abre o “Contrato Social” nos provocando: “O Homem nasce livre, e, no entanto, por toda a parte, está sob ferros. Embora se creia senhor dos outros, não deixa de ser mais escravo que eles. Como se faz essa modificação? Ignoro-o. O que pode torná-la legítima? Creio poder resolver esta questão”⁴. Se a liberdade, em Kant, é a liberdade de agir segundo leis, a contribuição de Rousseau nos leva aos caminhos da servidão à liberdade, por que se encontra um critério que torna legítima a submissão às leis.

Assim tem-se na democracia o regime do consenso, o único meio de tornar legítima a condição de agrilhado que parece ser o preço pago pela chance de vivermos em estado de convivência social. Democracia então é um princípio de orientação aos governos, não sendo exatamente um modelo de Estado. A democracia é princípio estruturante de um Estado

⁴ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**: princípios de direito político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.19.

legitimado pela participação do titular do poder, considerando a soberania popular, na formação da vontade estatal. O problema da democracia será assim um problema da soberania popular.

A passagem ao Estado Social implica tão somente em descartar a liberdade como um direito individual e localizá-la como direito de dimensão social. Segundo Verdú (2007, p.88), “há um novo destino para a liberdade: seu ingresso na sociedade justa. Então a liberdade deixa de ser liberdade classista para adaptar-se à ideia de liberdade em uma sociedade justa e livre”.

Quanto à Democracia, tanto o Estado liberal pode ser democrático, enquanto adote procedimentos participativos para legitimar a atuação da vontade estatal, o exercício do poder quanto o Estado Social pode ser democrático na medida em que adote os mesmos procedimentos, mantendo um sistema de governo que privilegie a consulta popular para a definição de grandes temas, a liberdade de expressão, a alternância do poder. A democracia é um ajuste político proposto quando a igualdade de condições material está inexoravelmente perdida pelo reconhecimento da *naturalidade* (no sentido contratualista) com que desenvolvemos a ideia e o sentimento de apropriação individual. E a liberdade, revisitada, deve se manifestar como uma igualdade de oportunidades, que devem ser livremente assumidas por cada um, ou seja, a liberdade ética.

1.2 O Estado Liberal como o primeiro Estado de Direito e as reações antiliberais

O liberalismo político trata, segundo Rawls (2000, p.91), da questão de como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que se mantém profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais, todas consideradas razoáveis. Enquanto o liberalismo político tem por objeto o problema da partilha de liberdades, o liberalismo econômico do sec. XVIII identifica o pensamento que teoriza a respeito da condução ordenada ou livre dos processos de produção e distribuição de riqueza, preferindo a segunda opção como a que viabilizará o progresso acelerado dos meios produtivos de bens sob a lógica da livre concorrência e não intervenção de poder estranho à própria ordem econômica (Estado). Esse é, segundo Hugon (2006), o liberalismo

econômico de Adam Smith, Ricardo, Malthus e Stuart Mill. O Estado liberal como o primeiro Estado de Direito mirava, todavia, dimensão política: a do controle das condutas humanas em liberdade para a garantia da harmonia social. Neste sentido, é marco jurídico resultante das revoluções liberais burguesas o Código Civil napoleônico, de 1804, a expressão máxima da intenção regulatória das condutas individuais. O Código Civil napoleônico concilia claramente a infra-estrutura triunfante do capitalismo liberal (modo de produção de riqueza orientado para a acumulação do capital, sem intervenção de autoridade estranha ao próprio processo de produção) com a superestrutura política e jurídica das instituições individualistas.

Assim, o primeiro Estado de Direito constrói, ao mesmo tempo, uma administração *sublege*, refreando a natural tendência do poder político em expandir-se e operar de maneira abstrata, e um sistema de garantias de direitos individuais. No avanço do reconhecimento/atribuição da personalidade jurídica ao próprio Estado, o princípio liberal afiança ao Homem os seus direitos fundamentais perante o Estado. O indivíduo é titular de direitos inatos, oponíveis ao Estado, o que demanda um zelo doutrinário em criar uma técnica de liberdade, traduzida em limitação de poder.⁵

Bonavides desenvolveu a tese da trajetória “Do Estado Liberal ao Estado Social” em 1950 e Verdú lançou estudo intitulado “Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito”⁶ em 1955. Formulando uma classificação mais expressiva com relação aos adjetivos de *liberal* ou *social* como qualificativos para o Estado de Direito, Verdú trabalha a ideia de Estado de Direito imersa na noção de luta e conquista. Partindo da afirmação de que tal designação constitui uma nobre aspiração do estamento jurídico, Verdú (2007, p.01) desvela desde logo a “desmedida pretensão: que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais”, trabalhando o tema orientado pelas inquietações e perplexidades que rodeavam os publicistas do pós guerra, questionando: o que aconteceu para que o termo

⁵ Cf. Danilo Zolo e Pietro Costa (orgs.), em **O Estado de Direito: história, teoria e crítica**. Martins Fontes, 2006. Conferir as manifestações históricas do Estado de Direito no Rule of Law inglês, no Rule of Law americano, no Etat de Droit e no Rechtsstaat.

⁶ Essa monografia é publicada, acrescida de mais 02 capítulos, no Brasil, com tradução de Agassiz Almeida Filho, em 2007, pela editora Forense, sob o título *A luta pelo Estado de Direito*.

Estado de Direito continue a se sustentar, se incorporando aos textos constitucionais do pós guerra e qual a razão da perdurabilidade de que goza a expressão diante das dificuldades que ela experimente para ter real eficácia social?

O Estado Liberal é a expressão do triunfo político da burguesia, o que não significa que o liberalismo fosse ou torne-se a única tendência política do mundo moderno. Por isso, Verdú (2007, p.06) apressa-se em afirmar que o Estado de Direito é um “princípio de cultura, do qual pretendem se apropriar diversas tendências políticas” e que “o Direito é o princípio realizador da convivência humana nos marcos de uma sociedade política”. Assim, definitivamente faz-se o corte que levava a uma falsa impressão de que o Estado de Direito era decorrente do liberalismo enquanto princípio político. Se é possível conceber o Direito como a expressão das interdições que fundam as formas de vida associativas (conceito com alto grau de abstração e pretensão à atemporalidade), o Estado *Liberal* de Direito é um produto histórico, concebido por e para um segmento em situação econômica próspera, que lega preciosas conquistas, como os direitos fundamentais; entretanto, o Estado *de Direito* não é patrimônio de uma classe social determinada. Neste sentido, podemos dizer com Verdú (2007, p.144) o que caracteriza o Estado de Direito:

Quando um Estado estrutura juridicamente a organização e o exercício do poder político, de maneira que os indivíduos estejam protegidos pela existência prévia das normas e instituições garantidoras de seus direitos e liberdades, quando toda a atividade estatal se submete a essas normas e instituições, sem exceções além daquelas reclamadas pelo bem-estar geral, podemos dizer que nos encontramos perante uma comunidade jurídica civilizada. O Estado Liberal de Direito jurisdicizou, esclareceu e ordenou, com critério formais a organização e o exercício do poder limitado pela Constituição.

Estado Liberal, amalgamando-se assim à ideia de Estado de Direito, caracteriza-se como um modelo de Estado que adote garantias individuais (direitos de liberdade), e um sistema de controle de poder estatal, tradicionalmente identificado no mecanismo da separação de poderes como princípio estruturante do Estado, de inspiração inglesa, posteriormente convertido no princípio da separação de poderes (da soberania) por Montesquieu. O Estado liberal produz um amplo conjunto de prescrições legais, que têm por objeto a normatização

das condutas intersubjetivas. Mas é estranho aos problemas sociais e, conseqüentemente, a qualquer intervenção na ordem econômica, nisso fazendo referência ao liberalismo econômico clássico. Como produto histórico, o Estado Liberal vai enfrentar os questionamentos antiliberais do sec. XIX, das investidas teóricas à própria crise socioeconômica. O limiar do sec. XX leva as Nações à construção da legislação social e ao abandono do liberalismo clássico como doutrina econômica.⁷ A experiência da guerra também gera a crise das liberdades individuais. A realidade social não se identifica mais com as garantias constitucionais tradicionais.

No sec. XIX, surgem as doutrinas dita antiliberais, denunciando a conversão da universalidade de direitos propagada pelas revoluções liberais burguesas do sec. XVIII como uma ideologia de classe. Karl Marx, segundo Weffort (2000), rompendo o pensamento organicista hegeliano, constrói seu pensamento fundado em duas grandes pilstras: a política e a revolução. A teoria marxista do Estado é essencialmente mecanicista. Funda-se em um sistema conceitual que se apóia na noção de luta de classes como o motor da história: dentro do sistema capitalista está o germe da mudança. O triunfo político é um triunfo de uma classe. Para Marx, as formas sociais e jurídicas decorrem das condições materiais de vida (materialismo). O Estado é uma instituição histórica, empírica e passageira, cujo fim é a opressão de uma classe por outra. O Estado é produto da sociedade e em processo natural/histórico de extinção. O modelo econômico – de produção e circulação de bens – é que está na base da sociedade. As demais formas sociais e jurídicas derivam desta infra-estrutura, formando uma superestrutura. Por isso o foco do pensamento marxista é econômico. Somente com a reconfiguração da infra-estrutura haverá a verdadeira revolução. Daí seu compromisso em desconstituir um dos dois grandes valores da burguesia: a propriedade privada dos meios de produção de riqueza.

Cabe de logo indagar a respeito da liberdade, o outro grande valor construído pelo pensamento liberal do sec. XVIII. Bonavides (1980, p.30/31) nos propõe o problema da

⁷ Verdú dedica um capítulo à análise da crise do liberalismo nos Estados Unidos, um capítulo à análise da estruturação do trabalho na Inglaterra e um capítulo para a crise do Estado Liberal de Direito nas Democracias Ocidentais.

liberdade em termos de crise da liberdade moderna: “a crise do Ocidente é principalmente a crise da liberdade na sua conceituação clássica, oriunda do liberalismo, e caduca perante os novos rumos que tomou a evolução social”. O que nos conduz a necessidade de resignificar o que é liberdade individual, acrescentando à ideia de liberdade ética, superando a dualidade autoridade *versus* liberdade, como conceitos opicionais. Essa superação somente é possível se admitido, como Rousseau, que o homem não existe em particular, senão no geral; é social e não individual. E a liberdade será deslocada para a obediência à vontade geral que, segundo ainda Bonavides (1980, p.201) “é a última palavra na organização política e não só legítima como integra no grupo a liberdade”. Em Rousseau, há uma positivação social da liberdade. Percebe-se como mais clara a noção direcional *do* Estado Liberal *ao* Estado Social, conforme pensamento de Bonavides, mantendo o Estado de Direito (conquista civilizatória), revisitando as disposições normativas e desenvolve a disposição para a regulação da ordem econômica e social. Daí Bonavides identificar o Estado Social como o segundo Estado de Direito.

Convém lembrar que se o liberalismo econômico assinala ausência de regulação na atividade econômica, que projeta um Estado de Direito Liberal que regula as condutas intersubjetivas, ou seja, estrutura um sistema jurídico próprio, garantindo a liberdade individual, o mesmo não ocorre com relação aos termos socialismo (como pensamento econômico que desafia o modelo de liberalismo econômico) e Estado Social. Compreendido como o triunfo de um modelo de coexistência regulado pelo Direito, o Estado de Direito não é abolido para se compreender o Estado Social, ao contrário: segundo Bonavides, o Estado Social é o segundo Estado de Direito. Neste caso só no resta indagar: o Estado Social implica também na adoção do socialismo como modelo econômico (fundado na socialização/estatização dos meios de produção)?

A resposta será negativa. A crise do modelo liberal econômico clássico não implica uma crise do liberalismo político, nem da fórmula Estado de Direito, e tampouco leva a uma crítica rigorosa ao capitalismo, no sentido de repudiá-lo. O Estado Social não implica um modelo econômico que se identifica com o socialismo enquanto apropriação coletiva dos meios de produção. O Estado Social parece antes um resultado de ajustes – que variam nas diversas ordens estatais em que se manifestam – que pode ser traduzido na adoção do

binômio: democracia na ordem política e, na ordem jurídica, legislação social, securitária e interventiva na ordem econômica. O próprio *New Deal* é definido em termos de implementação de uma política social aliada ao saneamento da economia capitalista, e foi, segundo Verdú (2007, p. 41) “um profundo experimento social feito em larga escala”. Nesse sentido, Streck e Morais (2010, p.77) dispõem que o processo intervencionista não se dá uniformemente, sendo necessário diferenciá-lo em razão de sua extensão e profundidade. Assim, o intervencionismo seria a fase inicial da decadência do regime liberal. São medidas esporádicas e circunscritas a ocasiões específicas; o dirigismo, como um segundo momento, caracteriza-se por ter uma atuação estatal mais firme e coerente, com atos sistemáticos de reforço à iniciativa privada; por fim, a planificação representa o “último e mais acabado estágio de atuação do Estado, inclusive com previsões que abrangem largo período temporal, e com análise econômica global”. Convém lembrar como Verdú (2007, p.59), que

Os direitos sociais também devem ser examinados do ponto de vista de sua eficácia. Não basta que esteja em vigor. É insuficiente, outrossim, a simples garantia de sua proclamação, que fixa uma linha de conduta vinculante para o legislador, impedindo que ele se afaste dos princípios consagrados por tais direitos. Desse modo, é preciso comprovar se as estruturas jurídica, econômica e social tornam viáveis os direitos sociais.

Ainda que a pressão social direcione para uma desestabilização das instituições básicas do Estado de Direito, percebe-se claramente que não há movimento vigoroso que aponte para seu descarte, reconhecendo nos mecanismos normativos/jurídicos a melhor técnica de racionalização de poder.

1. 3 As quatro Categorias de Estado Social

O Estado Social de Direito é caracterizado por Verdú (2007, p.79) como sendo

...uma feliz expressão que designa uma realidade identificada na incorporação dos direitos sociais às Constituições européias. Trata-se do louvável intento de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pela garantia do Estado de Direito. São postulados inseridos em Constituições rígidas, que condicionam, enquanto direito imediatamente vigente, a legislação, a Administração e a prestação jurisdicional (art. 3º da Lei Fundamental de Bonn), e que estão salvaguardados pelos Tribunais

Constitucionais. Os direitos sociais vêm reforçado o seu valor mediante garantias jurídicas claras e seguras. A segurança social se harmoniza com a segurança jurídica.

Os Direitos Sociais são os direitos fundamentais de 2ª dimensão, ou os direitos de prestação. Bonavides (2008), por sua vez, vai esboçar as quatro categorias do Estado Social. São eles: o Estado Social conservador, o Estado Social da justiça e da igualdade; o Estado Social reformador e o Estado Social das ditaduras.

Assim como a burguesia primeiramente se serviu do direito natural para por abaixo o absolutismo e depois se valeu do direito positivo para manter de pé sua hegemonia, o Estado Social lograria fazer a revolução do proletariado pela via institucional, mais precisamente por um meio jurídico-constitucional? Ou tratou-se apenas de transformar e adaptar as estruturas para preservação dos valores vida-liberdade-propriedade? O liberalismo econômico como elemento do Estado Liberal de Direito tem sua justa medida na ausência de intervenção na ordem econômica e social, ou seja, no seu abstencionismo⁸. Assim, não só mantendo, mas utilizando-se das estruturas jurídico e institucionais do primeiro Estado de Direito, o Estado Social estaria caracterizado pela adoção de políticas intervencionistas, que variam no nível de atuação do Estado, da intervenção em favor do mercado à planificação total da economia. Assim, surgem as quatro categorias do Estado Social, conforme Bonavides (2008): o Estado Social Conservador, no qual as intervenções da ordem econômica e social são objeto de normas constitucionais meramente programáticas (dependentes do legislador ordinário), posto que conserve o *status quo* da sociedade capitalista e sua herança institucional básica; o Estado Social da Justiça e da Igualdade, que se orienta para garantir materialmente conquistas reais e básicas para o valor trabalho e para as classes trabalhadoras; o Estado Social apoiado no Socialismo Democrático, no qual se faz a estatização ampla dos meios de produção e socialização da riqueza, aliando intervencionismo rigoroso com livre competição participativa de acesso ao poder; e, finalmente, o Estado Social das Ditaduras, no qual vicejam, aliadas a estatização ampla dos meios de produção e socialização da riqueza, formas totalitárias de monopólio do poder político.

⁸ Nas escolas do chamado neoliberalismo, o sistema de políticas sociais seria o responsável por muitos, ou quase todos, os males que afligem as sociedades contemporâneas (Milton Friedman), com duras críticas ao Estado do Bem-Estar, em defesa dos méritos da ordem espontânea (Hayek).

O texto constitucional brasileiro de 1988 nos identifica como um Estado Democrático de Direito. Estado de Direito liberal, posto que preserve o princípio da separação de poderes (art. 2º) e assevere no art. 5º o rol de direitos e garantias individuais. Constituição Cidadã, preserva os direitos de liberdade. Mais ainda, estipulou direitos sociais, a partir do art. 6º, e previsões normativas para intervenção na ordem econômica e social (art. 170 e ss). Se considerarmos o Estado sob o governo cívico-militar (1964-1984) como um Estado de Exceção (caracterizado pelo desequilíbrio entre os poderes e ofensa à liberdades individuais, como o direito de ir e vir, o direito de reunião, o direito à livre manifestação), então recuperou-se o Estado de Direito. Mas, mais do que isso, a Constituinte de 1986/88 preocupou-se em afirmar a democracia. Resgatamos o pluralismo político, os processos de escolha pelo voto direto, a livre manifestação. Segundo Abramo et al. (1986, p.67), “a Assembleia Constituinte não deverá marcar somente a volta ao estado de direito, mas a desmontagem das estruturas políticas, econômicas e ideológicas que foram consolidadas durante a ditadura”.

Não se intencionava fundar em Estado Social, isto é, a Assembleia Nacional Constituinte não tinha esse compromisso. O repúdio à ditadura orientou à Constituinte 86-88 no Brasil no sentido do resgate das garantias individuais, do regime democrático e também trouxe um rol de direitos sociais. Não era pouca coisa. Era um desafio que, passados mais de duas décadas, ainda parece nos exigir um esforço coletivo e institucional. Mas afirmar a condição de Estado Social ao Brasil configurado sob a Constituição Federal de 1988 seria inadequado: como leciona Eros Grau (1991), a ordem econômica na CF/88 consagra um regime de mercado organizado, do tipo liberal, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos do poder econômico e preservar a livre concorrência de qualquer interferência, como a formação de monopólios e aumento arbitrário de lucros. Mantém, portanto, uma economia de mercado, repudiando o dirigismo econômico, acolhendo o intervencionismo sempre a favor do mercado.

2 NO LIMAR DO SÉCULO XXI: O RETORNO DO PROBLEMA DA SOBERANIA POPULAR NA CRÍTICA AO CONSTITUCIONALISMO E OS LIMITES MORAIS DO MERCADO

Os estudos de Maus (2010) do sentido e significado da soberania popular na sociedade moderna serão o pensamento-guia desse tópico, acrescidos das críticas ao constitucionalismo de Bercovici (2008) e da proposta de M. Sandel (2012) de limites morais ao mercado. Reintroduzida como um conceito referente a uma realidade possível, a soberania popular ultrapassa a condição simbólica a que vem sendo submetida na teoria do constitucionalismo americano, reduzida somente a um ato único do poder constituinte do povo, esgotando-se nesse significado e transferindo-se progressivamente para à Constituição a condição de soberana. Essa teoria constitucional dominante desconhece, segundo a pensadora alemã, tanto o local social quanto o sujeito da soberania. Também para Bercovici (2008, p.20), “afirmar a soberania da constituição é falsear a titularidade democrática da soberania, substituindo a soberania do povo pela soberania do direito”.

Uma reconstrução da soberania popular em uma sociedade multifacetada tem de se propor, muito mais, uma descentralização da legislação do que uma transferência para o Judiciário das decisões mais importantes, provocando uma disfunção do Judiciário, alerta Maus (2010). Enquanto conserva as perspectivas generalizantes da forma jurídica, a Soberania popular exige processos de decisão e reflexão democráticos coletivos. Assim será preciso distinguir (Maus fala em divisão do trabalho no sentido durkheimiano) a legislação processual e a legislação contenciosa, sendo a primeira de responsabilidade da central parlamentar. A legislação contenciosa então será necessariamente descentralizadas, em consonância com um conceito de povo destradicionalizado e pós convencional, que se harmonize com a sociedade pluralizada e multicultural.

Reafirmando sua opção pelo parlamentarismo e afirmando ser a soberania popular hoje um princípio obscurecido, Maus (2010) desconstitui muito do que foi festejado no Brasil em termos de pós-positivismo e neoconstitucionalismo, que tem no ativismo judicial a etapa final de desapropriação da soberania popular, expondo a importância de se discutir a sério, enquanto um problema, a administração da Justiça em regimes democráticos. O efeito hegemônico do constitucionalismo americano, baseado no modelo montesquiano de monarquia moderada (ou na leitura de Montesquieu pelos Federalistas, avessos às teorias

democráticas), tem rebaixado drasticamente o nível de pretensão de democracia normativa no contexto da organização transnacional da política, evocando as concepções globais pré-modernas, justificando fortemente a necessidade de discussão do tema. Três teses são propostas sob o título “Separação de poderes e função judiciária: uma perspectiva democrática”: 1) a separação de poderes de Montesquieu não intenciona uma separação de poderes, mas uma divisão da soberania; 2) os modelos democráticos alcançam uma separação de poderes precisamente com a instituição da indivisibilidade da soberania popular; e 3) a determinação da função judiciária é um aspecto fundamental da discussão.

A primeira tese inicia com a afirmação de que o modelo de separação de poderes de Montesquieu se encontra em oposição ao contratualismo de fundamentação democrática dos sécs. XVII e XVIII. Assim, será preciso reler alguns capítulos do Espírito das Leis, recontextualizado por uma atmosfera de defesa aos privilégios nobiliárquicos aos quais o próprio Charles Louis de Secondat estava preso e contra os quais se voltava o movimento contratualista. Sendo uma proposta conservadora reformista, a separação de poderes de Montesquieu é também moderna, posto que comprometida com a moderna noção de autolimitação do poder político. Mas é também pré-moderna, posto que legislativo e executivo não sejam pensados em termos de divisão de trabalho, mas comprometidos com a cooperação no âmbito funcional da legislação. Assim, abolidos na prática inglesa, foram incluídos na Constituição americana a estrita separação pessoal (não funcional) entre executivo e Congresso (sistema presidencialista), permissivo do direito de veto do presidente no processo legislativo. Na separação de poderes parlamentarista, o parlamento é compreendido como comissão do povo, e o governo por sua vez, como comissão do parlamento, institucionalizando o princípio da soberania popular.

No caso do Judiciário, é o método que indica seu lugar na divisão funcional de poderes e que hoje é causa de alguma confusão: ao entender o Judiciário como poder “nulo” (inanimado), Montesquieu permite-o voltar-se contra o legislativo. Mas é preciso reler o mesmo Montesquieu quando nos adverte: em Estados despóticos não há leis; o juiz é lei por si mesmo. O apoderamento das ideias de Montesquieu pelos Federalistas denota, entretanto, uma

inversão: a sujeição da Justiça à lei torna-se sujeição do legislativo à Justiça, eclipsando a soberania popular.

A segunda tese apresenta a variante democrática da separação de poderes, como defendida por Locke, Kant e Rousseau, e a terceira encerra o problema da determinação da função judiciária. Maus (2010) inicia denunciando a inversão da preocupação da pauta científica jurídica: a liberdade da decisão judicial passou a ser mais importante do que a defesa das liberdades políticas contra uma justiça arbitrária. Confundindo-se também a independência judicial com controle judicial sobre a lei, identifica-se nessa última o indicativo de uma separação de poderes bem-sucedida. Entretanto, o maior risco para a pretensão normativa do Direito é a compreensão do Direito como um “retrato” da economia, na associação livre averiguação do direito/libre mercado. No nacional-socialismo alemão (nazismo), eliminou-se radicalmente o positivismo jurídico, e a Justiça foi sincronizada com o modo de pensar nazista por meio das mesmas cláusulas gerais e métodos jurídicos: a tarefa diária da justiça era discriminar os casos legalmente equiparados de acordo com uma avaliação política. Assim, a leitura de Maus lembra que o Estado de Direito é uma conquista civilizatória e a lei constituiu-se como um verdadeiro recurso da resistência judicial contra a arbitrariedade ordenada politicamente.

As reflexões de M. Sandel sobre Justiça e limites morais do mercado também podem ser apontadas como uma tendência no limiar do século XXI. Desde Dworkin, temos o retorno da moral ao discurso jurídico, proposta na “leitura moral da Constituição”, conforme Lois (2006) identifica a teoria do direito como integridade, de Dworkin. Sandel (2012) denuncia o transbordamento da racionalidade do mercado para as relações do cotidiano, a partir da última década do século XX. Enquanto se ampliava a adoção dos mecanismos de mercado na gestão da economia em quase todo o mundo, Sandel (2012, p.11) afirma que “os valores de mercado passavam a desempenhar um papel cada vez maior na vida social”. A era do “triunfalismo” de mercado gera imediatamente dois efeitos preocupantes, e um deles é exatamente com o problema da *desigualdade*, sendo o outro da corrupção ou degradação de valores. Sandel propõe o enfrentamento do desafio moral e político de repensar o papel e o alcance do mercado em nossas práticas sociais, nas relações humanas e na vida cotidiana, considerando

que, “em grande medida, as relações sociais foram reconfiguradas nas últimas décadas à imagem das relações de mercado” (Sandel, 2012, p.52).

CONCLUSÃO

Revisitar conceitos significa apoderar-se do significado com que foram propostos e cristalizados, bem como verificar sua compatibilidade para designar fenômenos contemporâneos. Verificou-se nessa pesquisa a vitalidade da fórmula política Estado de Direito, enquanto projeto civilizatório de convivência humana. A passagem do Estado Liberal ao Estado Social não compromete o Estado de Direito e em muitos casos implica somente limitações e intervenções na ordem econômica, pelo que se pode dizer que uma diferença fundamental entre os dois modelos é sua posição diante do mercado, dos processos produtivos e da propriedade privada.

A opção democrática também não define um ou outro modelo, liberal ou social, posto que, como ajuste político que é, não seja exclusiva de um ou outro tipo. No caso recente do Brasil, a democracia demonstra o repúdio à ditadura a que estava submetido o país na ordem política. Independente da passagem do Brasil à condição de Estado Social ou sua perpetuação como um Estado Liberal, a afirmação da democracia era um ato fundador da própria Assembleia Nacional Constituinte.

Registre-se também que o reajuste para o Estado Social não se identifica por exigir um sacrifício do valor liberdade. A liberdade não é um bem humano passível de ser perdido ou negociado: no Estado de Direito Social o que se há de mudar é o seu sentido de acordo com a realidade social. No regime democrático (fundado na soberania popular), orientado pela liberdade ética, reservam-se para o próprio povo (enquanto soberano) a função de fixar limites normativos da ação individual, por meio de instrumentos e mecanismos procedimentalmente participativos garantidos pelo Estado, cabendo-lhe harmonizar os bens particulares com o bem comum, ou seja, manter o ideário do Estado de Direito. À segurança jurídica, como confiança garantida na vigência do direito em sua administração imparcial e justa, deve ser acrescido o valor da *justiça social* que responda às transformações urgentes do nosso tempo.

O resgate da soberania popular e o problema da função do Judiciário devem ser as principais pautas de pesquisa das teorias políticas e jurídicas nesse início do século XXI. Mais do que pauta na agenda de pesquisa, será o “animus” das grandes mobilizações humanas, considerando a atual crise política, que desconstrói regimes no movimento nominado de “primavera árabe” (em remissão à “primavera dos povos” de 1848), e na atual crise econômica, desestabiliza países importantes da zona do Euro, como a Espanha e a Itália, e abre espaços para movimentos como “ocupando Wall Street”. Discutir também os limites morais do mercado, denunciado a utilização da lógica do mercado nos demais sistemas – político e jurídico - pode ainda reverter o processo de colonização dos sistemas, antes autorreferentes ou vinculados por acoplamentos estruturais saudáveis, agora comprometidos por meio da racionalidade corruptora com que opera o sistema econômico. Manter-se atento às invasões da racionalidade do mercado aos sistemas jurídico e político é o meio mais viável de evitar o seu colapso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMO, Claudio; DALLARI, Dalmo de Abreu; ROSSI, Clóvis; SADER, Emir. **Constituinte e democracia no Brasil hoje**. 4 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. **Ciência Política**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1991.
- HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- LOIS, Cecília Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade, em **Revista Sequencia**, nº 52, p. 257-278, jul.2006.

MAIA, Gretha Leite. A Propriedade no pensamento político de Locke, Rousseau e Engels, em PEREIRA, Carla Sofia e SALES, Gabrielle Bezerra (orgs.). **Entre o Ter e o Ser:** atualização jurídica conceitual do direito de propriedade. Fortaleza: Faculdade Christus, 2009.

MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política** – teoria da Democracia. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **O Judiciário como Superego da Sociedade.** Coleção Conexões Jurídicas, Belo Horizonte: Lumen Juris, 2010.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** Editora Ática (Coleção Pensamento Social-Democrata). Brasília/DF, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social:** princípios de direito político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra:** os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da política:** Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. 10 ed. São Paulo: Ática, 2000.

WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da política:** Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13 ed. São Paulo: Ática, 2000.

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