

Lourival

Aqui compareço timidamente, quasi humildemente ante este Instituto, que me distinguia (imerecidamente, dizia em carta ao seu Presidente, E. Seabra Fagundes) com o prêmio maior, que é a Medalha Teixeira de Freitas. Acho-me no salão nobre deste Instituto, que é uma Instituição. Quero dizer: não diante de um grêmio, transeunte pela transitoriedade mesma dos fins a serviço dos quais ele se formou, ou de uma sociedade de letrados nas coisas do Direito, espécie de sociedade literária que consome suas energias no alvoroço dos discursos laudatórios ou acusatórios, sem maiores consequências no plano dos fatos. Inofensivamente sociedade literária. Não. O Instituto dos Advogados do Brasil ^{caros} tem a persistência de sua forma própria, consubstanciada nas suas atitudes, nos seus dirigentes, no seu código de valores e de normas, nos seus pronunciamentos nas horas decisivas quando é mais cômodo e sem risco silenciar, esguieram-se habilmente sem -- compromissos.

o que é

E certo, não é propriamente uma associação para defesa e definição do estatuto profissional de uma classe aberta (e não hermética) a todas as classes. Não uma ordem, espécie de corporação de ofício, onde os oficiais, os que se dedicam ao ofício do direito, são juristas-advogados. É uma vanguarda da Ordem dos Advogados, que tem sua militância mais pensante que pragmática, mais teórico-científica que instrumental. Trata-se, porém, de uma tônica no índice do pensamento. O advogado não atua, não intervém para alterar a circunstância social, econômica, política, sem uma quantia, maior ou menor, de saber científico do direito. Por sua vez, o jurista, mais homem de ciência que ^{de} experiência, jamais reduz-se a um puro teórico. Manipula problemas delicados e sua é a força de generalização para alcançar o domínio científico. Mas, mediata ou imediatamente, lá, no campo dos fatos, estão as repercussões: fazem-se, refazem-se ou se desfazem coisas; constituem-se, reconstituem-se ou se desconstituem relações sociais, como percussão ou repercussão de posições científicas. Conferências, pareceres, teses, monografias e tratados, são, no final de contas, no universo do direito, modos de influir na realidade jurídica. Parece ser uma das características do Direito positivo o constituir-se ele, também, com a Ciência do Direito. Os fatos físicos, em sentido amplo, não se compõem com as ciências que os têm por temáticos. Uma coisa é a luz; outra, a teoria científica sobre a energia luminosa. Mas, no Direito, não se pode isolar, por exemplo, o instituto da posse, da teoria ou teorias dogmáticas sobre a posse. Nem um corpo inteiro de normas, como um Código Civil, da Ciência do Direito Civil; nem uma Constituição das tendências dominantes no Direito público à época em que o Constituinte elaborou essa Constituição. A Ciência-do-Direito é a auto-consciência, em termos de conceitos, do direito vigente: ao mesmo tempo, o direito vigente incorpora a ciência de si mesmo, auto-compondo-se num processo dialético intermimo, sem repouso, entre os dois polos: a experiência jurídica e a teoria dessa experiência.

(parágrafo)

claro

Com isso, não tomamos por insubsistente a linha divisória entre ciência jurídica e realidade jurídica. Podem confluir as duas direções em um só homem, como no caso de Teixeira de Freitas. A Consolidação das Leis Civis de 1958, como o Projeto do Código Civil Brasileiro de Eviláqua, ambos mostram como o direito faz-se, num estadio de racionalização da existência social, com os dados-de-fato que oferta a realidade social circundante e com as categorias ^{de} que a ciência jurídica dispõe. Numa fase ~~ev~~ evoluída, o direito positivo é resultante do processo social, mais a participação do jurisconsulto, do advogado, e de todos aqueles que profissionalmente operam com o direito, interpretando-o, ou judicialmente aplicando-o na multiplicidade de casos concretos que a experiência oferece.

O jurista, no sentido mais abrangente, é o ponto de intersecção da teoria e da prática, da ciência e da experiência: seu conhecimento não é desinteressado: é-o com vistas à aplicabilidade do que é norma, regra, preceito, como quer que se denomine. Por isso, na teoria mais ^{ab}stra, há potencialmente uma manipulação com fatos. Na tipificação do fáctico, substância mesma das normas de direito, é com o fato-tipo que o jurista apanha o fato-individual. Mesmo o fato concreto, o existencial aqui-e-agora, o ponto do tempo e do espaço onde a existência humana se projeta como conduta jurídica, é exuberante de detalhes, de traços, de características. O direito vem justamente aglutinar os pontos, pespontando a textura do social, desprezando mil singularidades existentes, mas juridicamente irrelevantes. O juridicamente irrelevante é o que transborda o esquema típico, ou que ^{des}cabe mesmo ali onde o direito, para aproximar-se mais do concreto, consente que ingresse em quadros mais flexíveis, às vezes até atípicos.

mo

Tudo isso explica por que o jurista não separa, com máxima finura conceptual, como outros cientistas, os das ciências empíricas do mundo natural, o pensamento e a ação, a teoria e o fato, o conhecimento e o objeto do conhecimento. Isso também explica porque na exposição neutral da teoria do ~~direito~~ ^{direito} haja sempre um coeficiente de erro, menos talvez no domínio da ciência do direito privado e mais no campo da ciência do direito publico. O jurista, em seu ofício de cientista do direito, não se despe do ^{ma}to do juiz, nem das vestes do advogado. Teoriza, mesmo distante da controvérsia judicial, para convencer o juiz, para influir cientificamente em sua decisão. O juízo teorico prolonga-se até o juízo sentencial. De outra parte, persiste a técnica do advogado. Por isso, vale-se do discurso, oral ou escrito. É um dialético, antepondo-se sempre a um real ou suposto contendor. Usa o logos ^{af}icis, vale-se do ^{di}álogos, que ^{requer} a palavra e o conceito. Podemos conduzir outrem a fazer ou deixar de fazer alguma coisa através da ordem, da súplica, do aconselhamento, da persuasão, da exibição racionalizada de motivações inconscientes, utópicas, ideológicas; ^através do exemplo que gera a imitação, ou valendo-nos do mágico e do sacral. São técnicas várias de influir na conduta do outro.

W. L. L. L. L.
O jurista não pretende, mesmo o mais decididamente objetivo e neutro ante o fato do direito, conhecer por conhecer. Mesclam-se no seu ofício ~~o~~ saber teórico e ~~o~~ saber de manipulação. Pode, numa espécie de ascese intelectual, recurvar-se sobre o seu conhecimento puro: essa, a sua atitude intencional. Mas, como que desprendendo-se dessa linha direcional, lá adiante retoma o processo sua integridade de aspectos: ^{é a} direção preterintencional ~~de~~, que vai além da intenção original, e vemos ^{então} como suas teorias inserem-se nos fatos, passando a compô-los. A Constituição republicana de 91, ou o Código Civil de 1916, constituem-se de normas e não de teses ou teorias dogmáticas do direito. Mas sem os publicistas e sem os privatistas, nenhum desses corpos normativos tomaria a forma e mesmo o conteúdo que os caracterizam. O chamado "direito dos juristas" nutre-se da Ciência do Direito dos juristas e incorpora-se no próprio direito positivo. Sem a provisão dogmática de um Lafayette, de um Teixeira de Freitas, de um Bevilacqua, e outros, o Código Civil seria diferente. Não que o saber teórico dos juristas elabora a matéria social, que vai adquirir significação subspecie normae, proceda deles. Provem da circunstância social concreta, do contorno que é uma realidade compacta, resistente, persistente, de ideias e de ideologias, de atitudes e crenças, de conceitos e desconceitos, de juízos e prejuízos, de valores e desvalores. O direito sistematizado é a contraparte racionalizada dos fatos sociais que a consciência coletiva julgou juridicamente necessário, ^{ou} oportuno, ^{ou} valioso, ~~ou~~ regrá-los.

“Nunca o direito, como sistema total, ou como sistemas parciais, produz a matéria social. São os interesses, no sentido mais largo da palavra, são os interesses humanos que explicam as relações de família, as relações patrimoniais, as relações negociais, as relações de trabalho: são os fatos econômicos que se desdobram nas relações de comércio, nas relações de produção, ^{de} consumo, ^{de} troca, são eles que se condensam institucionalmente, na micro ou macro-empresa, e são eles de onde procedem as motivações várias da conduta humana. Do plano desses fatos é que se ^{parte} ~~are~~ articulam abstratamente as teorias da personalidade, da relação jurídica, da responsabilidade objetiva ou subjetiva. Sem o ritmo acelerado dos negócios, sem o fenômeno do capitalismo industrial e financeiro, sobrepondo-se ao pre-capitalismo agrário, não viriam os títulos abstratos, os contratos de seguro, os contratos coletivos de trabalho. Basta, assim a esmo, a menção, em breves epígrafes, desses aspectos sociais para reinsistir na afirmação de que o direito não faz o conteúdo do mundo interhumano. Em grande parte, recebe os dados-de-fato, e lhes confere forma normativa, a forma da juridicidade: tipifica o incontavelmente diferente das ações humanas, vincula a tais tipos consequências também típicas, como tipifica o antijurídico que serve de pressuposto às sanções (civis, penais, administrativas, políticas). Com essa esquematização dos fatos, uns diferentes dos outros, consegue o direito orientar a conduta humana, compondo a ordem jurídica, eliminando o caos a que levaria a fazer uma norma para cada fato, um preceito para cada ação, uma regra para cada conduta.

em a economia notária
Ter-se de

Sulavong

Ao dizermos que o direito positivo é a contraparte normativa dos fatos sociais não o reduzimos a mera ressonância, em termos de normas, do que esses fatos mesmos são. Os fatos mesmos nunca se apresentam desvestidos de normas, quaisquer que sejam (~~dos~~ usos-e-costumes, morais, etc.). Muitas vezes, já trazem normas éticas, religiosas, que adquirem juridicidade, sem perderem completamente sua espécie anterior. Assim o instituto da família. No caso do direito público, mencionemos o fato social do poder. Nunca se manifesta como poder puramente de facto. Reveste-o o rito, o sacral, o mágico, o prestígio, a majestade, ~~que são~~ valores com expressão de normas. Um poder é de facto com base num critério-de-referência. Se o critério-de-referência é o direito, ou o direito com um certo conteúdo, e não outro qualquer, então um fato de poder é poder de fato relativamente a esse critérium de referência. O poder para ser efetivo, duradouro, consensualmente recebido, ainda que originariamente imposto, faz, ele próprio, normas. As que conferem mais estabilidade, são as jurídicas. A simples juridicidade, o canalizar seus atos através de esquemas normativos, é condição indispensável para a expectativa de que o poder nem tudo faz. Já na mera juridicidade, com o mínimo teor de judicidade justa, obtém o poder alguma legitimação. A previsão normativa do que o poder é capaz de fazer ou omitir dá à coletividade segurança: por singelo que seja, por humilque que se apresenta o coeficiente de justiça, com isso demarca-se o limite entre poder e prepotência, entre uso da autoridade e uso da arbitrariedade.

deva

Mas, se o direito conforma, se dá forma normativa ao social, a forma passa a integrar o fato social. E como a forma é normativa, é ela um índice para que a energia social *significar ali*. É como uma seta apontando o caminho. Com essa metáfora, nada dizemos senão que o direito é fator interveniente no processo social. Nas sociedades estáticas é um fator de estabilização, um *limite à* variação, um obstáculo à mudança. O ritmo social é lento, evolutivo, sem sobressaltos revolucionários. Nas sociedades em mudança, onde a mudança social se dá numa certa velocidade, o direito é fator da dinâmica social. Com ele, acelera-se a mudança, canaliza-se o processo para fins previamente estabelecidos.

significar ali

A mudança social (a social change) reveste-se hoje na espécie de desenvolvimento. O desenvolvimento implica uma certa racionalização, a interveniência programada de fatores, uns à título de meios, outros à título de fins. A norma jurídica intervém na programação da mudança, como um dos fatores de racionalização. Estabelece-se um programa de ação — educacional, econômica, populacional, habitacional, financeiro, administrativa, de política interna ou de política externa —, mas sem o direito ele é mero projeto, simples projeção de ação futura, esquema viável ou inviável, oportuno ou necessário. Para confêr-lhe cogência, viabilizá-lo imperativamente, para arrancá-lo da simples proposta discutível, teoricamente acertado ou desacertado, apela-se para a decisão, e como essa decisão tem por protagonista o Estado, ela é decisão política.

Adulatório
Sem a norma — sem lei constitucional, ou sem lei ordinária, sem decreto executivo —, sem norma, seja qualquer a espécie exigida, sem ela, plano nenhum de governo, programa nenhum de desenvolvimento econômico ou social ~~econômico~~ ^{em} passa para o campo concreto da realização. Por aí está se vendo como carece de fundamento a crítica que se faz da crise do direito, tomando a crise como agonia de todo um sistema social juricamente orientado. Em toda a parte, salvo os hiatos de civilização e de cultura, onde há sociedades ainda com largos setores de ^{vida mítica} ~~subdesenvolvida~~ indesevolvida, o processo nem é lento, passo a passo num tempo social sem pressa, nem é espontâneo, desprogramado. É rápido e orientado, dentro de planos com previsão para medir a velocidade e o alcance da ação.

ali
só
financeira
A racionalização do processo de desenvolvimento confere a globalização: desenvolvimentos setoriais desarticulam a composição do conjunto. Requer a politização: só um agente, como o poder, dispõe de substância econômica, decisão sobre o todo do desenvolvimento, duração e fins que ultrapassam a duração e os fins de indivíduos e, até, de gerações, só o poder político capacita-se para a programação dessa mudança que, pelo compasso e velocidade, é mudança revolucionária, ultrapassando a singela fórmula do progresso dentro da ordem, do Estado liberal-democrático. Requer planejamento. Tudo isso, ~~necessitar~~, mais Estado e exigindo mais Estado, exige mais direito.

para o grupo
O desenvolvimento programado apoia-se nas ciências naturais e nas ciências sociais. As ciências, instrumentalmente utilizadas, dão margem às tecnologias. Diríamos, em síntese, que essa transformação rápida da sociedade global apoia-se na política, no direito e nas tecnologias. Assim, descabe opor juristas e técnicos, como fundamento nenhum há para opor política e direito, elites dirigentes ~~com~~ e juristas. Só a exacerbação de um dos itens constituintes do processo íntegro do desenvolvimento é que dá lugar ao decisionismo político sem ou contra o direito, ao governo dos técnicos sem ou contra os juristas. A tecnologia é indispensável ao Estado moderno, mas com os tecnólogos em lugar dos políticos tem-se a tecnocracia. Do mesmo modo, tecnocracia sem direito é uma modalidade decisionista de política. [Está na dialética interna do processo de poder: quem nele se investe exerce atos políticos, no sentido amplo da expressão. Exerce atos políticos, pois os atos de poder, não são atos de fé religiosa, de magistério ou de magistratura judicial, nem atos pertinentes ao universo da arte, da ética — em sentido estrito — da ciência, da filosofia, da economia. Tudo aquilo em que o ato político toca se converte, num de seus ângulos, em politicidade do ato: donde uma política religiosa ou anti-religiosa, ou indiferente, laica; donde uma política educacional, uma política econômica, uma política de fomento a certas ciências e de intolerância para com outras, uma política de fomento à cultura ou antípoda a certos itens da cultura. Dizíamos, está na dialética interna do processo de poder: quem nele se investe como titular pratica atos políticos. O Reafiloso platônico os faria. Apenas, os faria mal. Como o tecnocrata: tomando

Em rigor, inexiste tecnocracia, governo dos negócios de Estado por peritos especializados, sem direito. Como, em rigor, não se dá Estado, por mais acusado que seja o seu quantum despótico, sem ordenamento jurídico. Quem se investe na qualidade de titular de atos-de-governo e de atos-de-administração — não falemos em atos-de-legislação e atos-de-jurisdição, instituintes de normas, aqueles; aplicadores de normas, estes — (passemos por alto a conotação ~~aplicadora~~ do termo aplicação, no campo do direito), não os exerce sem juridicidade. Sem um mínimo de juridicidade, resvalaria os atos de poder governamental e administrativo no domínio radicalmente imprevisível da arbitrariedade: a anomia, a ausência de norma qualquer, impossibilitaria a efetividade do poder: por isso, a autolimitação, no Estado ~~anárquico~~ despótico, não é uma outorga graciosa, que o detentor do poder, unilateralmente concede e unilateralmente retira. A autolimitação normativa radica na dialética do processo de poder, na estrutura da dominação política. Ninguém governa com o Evangelho na mão, ou com o tratado de ciência política. Governa com normas, mediante elas. O que se contesta não é a juridicidade do poder, ^{mas} e a fonte de legitimação, ^{sua} é a procedência das normas que delinham as orbitas de competência, e, mais, o conteúdo de tais normas, a parcela humana e a porção de vida social onde elas incidem. O Estado dessacraliza a misericórdia, institucionalizando a assistência como serviço público. Fica, sim, a caridade um valor realizável através da conduta individual, e só pertinente ao ethos religioso. Esse ethos, sem dúvida, influe no direito positivo, mas é jurídica na medida em que se exprime como relação interindividual: juridicizando-se passa à outra órbita, aquela onde o sujeito destinatário do ato fica munido do direito subjetivo de exigir o ato.

Prosseguindo nessa linha de pensamento, vê-se que todo poder é poder jurídico, que todo Estado é Estado jurídico. Não, evidente, Estado-igreja, Estado-ético, Estado-ciência. O que politiza o poder jurídico é não somente os fins, mas também os meios com que os alcança. A religião é um campo de fins extra-políticos. Se o Estado torna-a obrigatória, politizou-a. A economia é outro campo, por seus fins específicos. Se o Estado protege, ou se em sua órbita intervém, politiza-a, debilmente ali, fortemente aqui. A economia política — da polis — torna-se política econômica. Até que limite o Estado pode ir, ou deve ir, é um problema de morfologia política. No Estado liberal ia pouquíssimo; no Estado liberal-democrático, foi mais; no Estado social-democrático ingressou como agente, interventor no equilíbrio, ou mesmo como empresário. No Estado socialista, tornou-se Estado gerencial e Estado ^{das} industrial, desdobrando-se todas as consequências já incluídas no Estado social-democrático. Até onde vai o Estado? Essa questão tornou-se mais importante que a questão da "forma-de-governo", se monárquico ou presidencial, se parlamentar ou não-parlamentar; mais urgente que a questão da "forma-de-Estado", se centralizado ou federalmente desconcentrado. Formas-de-governo e formas-de-Estado ^{onde} davam lugar a polémicas de primeiro plano no Estado social-democrático, quando nele ain-

unilateral

múltipla

menor

de vida

m graus de

não é apenas

social-económico, exclusivo

Salmon
 É certo, sem órgãos do poder — um pelo menos, com funções para ele convergindo — não existe Estado. Também, sem regras de direito, indivíduo nenhum é titular de órgão. São as regras que apontam quem exerce o poder, como o exerce, delimitando-lhe sua órbita, demarcando onde termina o Estado e onde começam os indivíduos e as associações menores nas quais os indivíduos se inserem. Sob esse ângulo, todo Estado é Estado de-direito, todo poder é poder de direito. Pouco importa para esse conceito formal de Estado de Direito quem exerça o poder: um autócrata perante uma sociedade onde só há súditos, munidos de direitos subjetivos privados; ou um autocrata já concedendo direitos individuais, governado para o povo mas sem o povo no poder; ou, num sistema já democrático, o povo como órgão — órgão de ~~exercício~~ ^{indicação de titulares} de outro órgão — o legislativo — : o povo-órgão compõe-se de indivíduos aos quais são reconhecidos direitos subjetivos públicos.

Em sentido material, relevando o conteúdo do direito, só há Estado-de-Direito ali onde são postos direitos individuais e garantias e os órgãos do poder se movem dentro de competências prefixadas normativamente. A concentração das competências num órgão superior, que é a competência das competências, conduz, sob esse ponto de vista, ao Estado autocrático. Esse órgão uno e único pode ser individual ou colegial, pode a concentração de funções de governo (sentido amplo) se verificar num indivíduo, numa elite, ou no povo. Teremos tecnicamente a ditadura unipessoal, a oligarquica, ou a popular. O despotismo independe de quantos detenham o poder. O governo diretorial depois da revolução francesa de 89 mostra que nem sempre o despotismo é ilustrado, de um ou de uma minoria de elite.

Retendo-se o conceito material de Estado-de-Direito, comprova-se que houve várias modalidades de realizá-lo. Uma foi o Estado liberal de Direito; outra foi o Estado democrático-liberal de Direito e outra é o Estado social-democrático de Direito. Ao liberalismo como estrutura política não importa quem exerça o poder, mas se quem o exerce o faz reconhecendo direitos fundamentais, que são limites ao poder. Por isso, o liberalismo político surgiu com a monarquia, convertendo-a em monarquia limitada. É uma vez que esses direitos eram fundamentais, seu assento próprio estava em regras constitucionais, ratione materiae. Quando vieram as Constituições formais (documentadas em escritos solenes, com valia de superlegalidade — superior às leis ordinárias), esse direito constitucional material ingressou na Constituição formal. Tem-se o tipo de Estado liberal de Direito com a monarquia constitucional, onde o poder se triparte em poderes, ou órgãos diferenciados do poder. A racionalização jurídica do poder vai ao ponto de diferenciar chefia de Estado, reservado ao monarca, e administração reservada ao poder de governo em sentido estrito, reservado a outro órgão, dependente do parlamento.

Adulatores

Fatores os mais diversos (aqui postos de lado), econômicos, políticos, sociais, ideológicos e históricos, levam o povo a participar em algum dos órgãos-do-poder. Ele mesmo, como corpo eleitoral, não é u'a massa dispersa de sujeitos titulares de direitos políticos, mas funciona como um corpus, tem a função de órgão. O povo-órgão — que se não confunde com a nação, com a população, com a massa reunida em meeting — mantém e acrescenta os direitos fundamentais do homem e do cidadão. Interessa-lhe não somente como se exerce o poder, mas quem o exerce. Exercedo também o poder, cessa a oposição governo/súdito, governantes/governados, Estado/sociedade, sujeito do poder/objeto do poder. Incorporam-se os princípios do Estado liberal de Direito — os direitos individuais face ao Estado — aos princípios democráticos, conduzindo ao Estado liberal-democrático de direito.

agora ele

meros

Consolida-se o Estado constitucional, em sentido estrito. Os agentes do poder são delegados: o titular delegante é o povo-órgão. O poder é repartido em poderes, em órgãos ao quais se distribuem funções diferentes e coordenadas. Como a ideologia de sustentação é a da soberania do povo, o órgão imediato de exercício dessa soberania, é o legislativo. Sobre o legislativo mesmo, como órgão-de-órgão, sobrepõe-se a Constituição, proveniente do poder constituinte do povo. Só o poder constituinte não é competência: é juridicamente ilimitado. O que dele provém é direito justo. A vontade do povo, juridicamente, é a fonte do direito fundamental de organização. Pressupõe-se, sob prisma otimista, que o que da vontade legislativa provém é lei geral, expressão da vontade geral: não a vontade efetiva, conflitante, irracional, às vezes, dirigida ideologicamente, mas a vontade racional, aquilo que a vontade fáctica deve querer porque é racionalmente justo. Nessa fase, o Estado democrático é o Estado-legislador, ao qual ficam subordinados os dois outros poderes — o Executivo e o Judiciário. Este, mero intérprete da vontade da lei.

Subjacente ao Estado-democrático liberal está o individualismo que na economia, aliado à ciência, robustece o capitalismo comercial, industrial, financeiro, suplantando o capitalismo agrário. Sociologicamente, o povo é a burguesia, pequena, média e alta. É desnecessário interrelacionar as formas políticas com as formas econômicas. Interrelacionalidade, não determinação unívoca, vinda de um ou somente de outro fator do processo. Se procurássemos traçar poucas linhas definindo o rosto desse Estado liberal-democrático, diríamos: o mínimo é Estado ~~possível~~ e o máximo de liberdade individual possível (liberdade de produzir, de trocar, de consumir, de contratar, tudo dentro das leis econômicas, contrapostas às leis jurídicas como espécies de leis naturais).

As ideias e os fatos harmonizados provisoriamente no processo social-econômico-político rompem a forma e retomam sua função dialética e conflitante. Isto dá lugar a ingerência do social, entre o Estado e o indivíduo. Para manter energicamente a forma, o Estado expande-se como Estado-social, ~~complicando seus fins~~, intervindo em segmentos da

As projeções concretas dessa expansão do Estado contemporâneo estão diante de nós, ^{insistentemente} mencionadas. O Estado social-democrático de Direito prossegue publicizando a vida social, convertendo ^{isto} todos os ~~seus~~ aspectos em conteúdo da vontade política. Quer mediatamente, quer imediatamente, quer ^{em} direta quer ~~indiretamente~~, tudo vai se politizando. Essa ampliação do conteúdo estatal projeta o Estado como Estado-administrativo, Estado de serviços públicos. O alargamento de funções prestacionais, confere-lhe o papel de agente do bem estar do maior número possível: é o Estado controlador da produção e do consumo, o Estado-gerente, o Estado-administrador, o Estado-banqueiro, o Estado-educador, o Estado árbitro dos valores ~~artísticos~~ e científicos. A complexidade da vida social, que não mais pode ir por si mesma, despoliticamente, requer mais direito e mais direito do Estado. A desprivatização ou a publicização de largos setores do direito privado está à vista. E tudo isso ocorre em toda a parte, em regimens monárquicos ou republicanos, parlamentares ou não-parlamentes, federativos ou não-federativos, de capitalismo privado ou de capitalismo privado com capitalismo de Estado, ou de capitalismo de Estado em monopólio. O que difere é o grau da interveniência, mas em substância o fenômeno ostenta sua homogeneidade essencial.

Neste ponto, cabe a pergunta inquietante: até onde vai o Estado contemporâneo, em seu afã de tudo politizar, porque despublicizar ^{os} serviços é atitude retrocessiva sem éxito, despolitizar ^{conduz} à desagregação e à invertebração da sociedade inteira. E, mais: até onde o Estado social de direito consegue manter-se como Estado-de-Direito, quando vêm-lhe para atender à gravidade e à urgência dos conflitos, querendo ou não, tem de sobrepor direito comum ao direito constitucional, direito para o estado-de-necessidade, cujo teor discricionário só ele, o Estado é juiz, quando, para atender ^{dispendio} de tempo sociologicamente escasso, suplanta o Legislador ordinário, ou ~~se~~ lhe ^{absorve} funções materialmente legislativas? O Estado-de-Direito não vai transformando-se em Estado jurídico, meramente jurídico, pois do direito precisa para ser Estado? Mas, pode prescindir de direitos subjetivos fundamentais do homem e do cidadão, ~~isto~~ ^{que} importa não é a participação dos indivíduos na formação da vontade estatal — indispensável ao Estado democrático de Direito, mas a repartição do bem-estar, a participação no trabalho e no consumo, a distribuição da riqueza numa proporção justa ao maior número. Tudo dentro da política de segurança interna e de segurança externa. Um Estado autoritário o consegue melhor que um Estado democrático.

Se aceitarmos a tese que as formas políticas, como quaisquer formas de vida coletiva, estão sujeitas a um ocaso irremediável, não resta senão aceitar resignadamente a agonia do Estado-de-Direito, até, segundo alguns, a agonia mesma do Estado, como última e mais complexa modalidade de integração da convivência humana.

Busca-se, todavia, sustentação do Estado-de-Direito numa volta a teorias que o positivismo jurídico tinha por superadas. Vejamos, bre-

Amay
A teoria do Estado social-democrático de direito, como qualquer modalidade histórica de Estado-de-Direito, firma-se na tese dos direitos humanos. Sabe-se, não é qualquer Estado jurídico que é Estado-de-Direito. É aquele que reparte tecnicamente o exercício do Poder com o fim de garantir o exercício dos direitos humanos. Mais pormenorizada-mente: aquele que ^{mantém} ~~exerce~~ supremacia material e supremacia formal da Constituição. (Supremacia material, tem-no qualquer Estado, pois juridicamente todo Estado é Estado constitucional: inexistem Estados sem Constituição ou sem leis constitucionais ratione materiae). A supremacia formal confere às normas constitucionais o caráter de superlegalidade: põe-se acima das leis ordinárias e demais regras e atos do poder.

improvisação
Nesse núcleo material de superlei colocam-se os direitos humanos, que não podem, por isso mesmo, ser desfeitos pelo legislador ordinário, ou pelo poder administrativo. Mais ainda. Mesmo a Constituição, provinda de ato constituinte originário, deve ter em conta os direitos humanos e instituir suas garantias de exercício. Donde corrigir-se a tese política liberal de que o poder constituinte tudo pode. Tudo juridicamente pode, porque vem sem limitação jurídico-positivo anterior: se havia direito constitucional, desconstituiu-se face ao poder constituinte originário.

Mas, subjacente a essa teoria da ilimitação jurídica do legislador constituinte, a análise sociológica descobre o otimismo racionalista de que o povo-constituente, ou a nação-constituente, diretamente ou através da representação das assembleias constituintes, sempre acerta. É racionalmente justa. Sua decisão, como fato, coincide com o dever-ser idealista da racionalidade do direito. Não se viu, através do prisma do otimismo racionalista, que nem sempre o legislador constituinte ou ordinário, por ser pluripessoal e não unipessoal como um monarca, ou um autocrata, autolimitando com uma Constituição outorgada — há de fazer leis dotadas de generalidade, porque expressão da vontade geral do povo-eleitor, ou da nação. E nem sempre tem em conta os limites intransponíveis dos direitos humanos.

completa
Simplesmente exercerem os órgãos-do-poder suas atribuições dentro das órbitas de competência, que, eles os órgãos, não podem arbitrariamente alterar, é já estar dentro de um Estado-de-Direito, sobrepondo-se a todos o princípio-da-legalidade. Mas, o Estado-de-Direito não é apenas o Estado-de-Legalidade. É, ainda, aquela forma política que explicita quais os direitos humanos, e quais as garantias políticas e processuais de sua defesa. Com isso, não se põe retrocessivamente como ideal o individualismo-liberal, política e sociologicamente inviáveis no mundo contemporâneo. Mesmo, o individual-liberalismo transposto da Economia para o Estado — melhor, dialeticamente implicando-se um ao outro — não foi a institucionalização política da tese dos direitos humanos.

des Invocar a tese dos direitos humanos como conteúdo indispensável de um autêntico Estado-de-Direito é hoje corrente. Surpreendentemente está no ideário e na ideologia de doutrinas e de partidos políticos que se contrapõem. Encontram-se nesse ponto, como estratégia de ação. Aparentemente, como fim-em-si-mesmo, a tese converte-se em meio para fins diversos. É estratégico qualquer meio, contanto que conduza aos fins, que conflitam. Pois idealistas e realistas, espiritualistas e materialistas, racionalistas e positivistas, querem o domínio da política, quer no domínio de uma antropologia filosófica (teoria da essência do homem), todos, apesar do contraponto de suas posições, encontram-se numa zona de comum entendimento.

E, não obstante, a tese dos direitos humanos é fundamentalmente jusnaturalista. Tese antípoda, pois, do positivismo de todas as espécies: do positivismo sociológico, do positivismo jurídico, do positivismo ético, e, em geral, do positivismo aplicado ao campo de todos os valores. Suficiente anotar sua projeção no campo do direito e do Estado. Direitos humanos é a vertente subjetiva de uma ordem jurídica objetiva, universalmente válida: é direito subjetivo Básico, ~~que~~ que não tira seu fundamento do ordenamento jurídico em vigor, sempre em mutação e contextualmente vinculado ao aqui-e-agora histórico. Se o direito humano for o direito objetivo em vigor posto à disposição do destinatário (para falarmos à modo kelseniano), será variável, existindo hoje, extinguindo-se amanhã, ou não tendo ainda existido em fases de pre-cultura. Ou em cultura superior em decadência, cedendo o caminho à legalidade despótica, onde só o Estado - sociologicamente, só os titulares do poder e toda a elite dirigente - tem direitos, e os indivíduos e suas associações o resíduo do permissivo, inócuo politicamente, que lhes é deixado.

porém, A doutrina dos direitos humanos, a mais alta expressão da dignidade ética do homem, tem servido ora como ideologia, ora como estratégia de ação. Serve à praxis, é também uma ideia-força, é certo. Mas pede, para ser autêntica, uma atitude de interior convicção, em sua validade objetiva e em sua universalidade: onde estiver o homem, acompanha-o seus direitos humanos. Que sejam suspensos em seu exercício pleno, diante da circunstância excepcional, que muitas vezes requer direito excepcional, afim de recompor aquele minimum de segurança no universo das relações interhumanas, sem o qual direito subjetivo privado ou público nenhuns são exercidos; desfeita a excepcionalidade, que é transeunte, são seus titulares reprovistos em suas posições jurídicas fundamentais.

se A base subjacente de jusnaturalismo em que repousa a tese dos direitos humanos deixa patente que se pode, às vezes, sem maiores danos, ser positivistas (consequentemente relativistas) no campo da ciência positiva (sobretudo as ciências naturais), ^{isso} ~~mas~~ levado ao campo prático da existência individual e coletiva, conduz a uma atitude de desespero ou de inerte anuência ao existente. Conduz à dogmática do poder: o que dele provém é legal, porque é jurídico. Queramente jurídico é legítimo. Indistingue-

A. Alamy
esperado
Mas,
 Não resulta uma contradictio in terminis conceituar o Estado-de-Direito como uma estrutura de poderes divididos, limitado^o constitucionalmente, com direitos sociais e direitos políticos reconhecidos e garantidos: um Estado prestacional de serviços sociais e com participação dos indivíduos como titulares de direitos subjetivos públicos. Mas, o que completa materialmente o Estado-de-Direito é a presença de um mínimo de direitos fundamentais do homem. Direitos do homem-cidadão podem aumentar ou diminuir, restringindo-se até o ponto-limite da renúncia a eles. O povo-em-parlamento — tem-se visto historicamente — pode chegar ao extremo de transferir sua participação no processo do poder, delegando ao poder-de-governo atribuições que imediatamente recebeu do povo-eleitor. Juridicamente, o limite a esse extremo reside na Constituição, que impeça ^{tal} delegação. *desdobrando-se* assim a curva evolutiva, passa-se do Estado-de-Direito para o Estado autoritário, em suas diversas modalidades. E paradoxalmente, através da democracia atinge-se (legalmente) a não-democracia.

Por isso, a doutrina, transposta ~~em~~ nível de legislação constitucional irreformável, dos direitos humanos representa essa porção inalterável, o conteúdo de direito que todo Estado-de-Direito tem para impedir que ele se destrua a si mesmo. Se os direitos subjetivos fundamentais do homem, em sua original condição humana, ficarem ao alcance do poder de reforma constitucional, constitucionalmente, através de mero processo formal de reforma, prevista na própria Constituição, são, eles, suprimíveis ~~como qualquer outro dispositivo constitucional~~ como qualquer outro dispositivo constitucional.

Se há direitos humanos, são direitos subjetivos. Se são direitos subjetivos, fundam-se num ordenamento jurídico objetivo. Tal ordenamento não pode ser o ordenamento positivo, pela sua ingênita infixidez, como todo direito positivo. Então, o fundamento de tais direitos residirá numa ordem jurídica supra-positiva: a do direito natural racional, pensará o jusnaturalista, ou ^a da ordem natural dos fatos, pensará o positivista. Todavia, fundamentar a existência de uns quantos direitos, universalmente válidos, descontextuados no tempo e no espaço, não se consegue peregrinando no plano dos fatos, que são vários, transitórios, relativos, imersos no tempo histórico e no espaço social. Do plano factual, sacam-se ideologias, que não precisam da confirmação no domínio dos fatos, pois ~~o~~ a essência de toda ideologia ^é sua eficácia sociológica e sua potencialidade histórica. Das ideologias se pode dizer, em paráfrase a um ensaio nietzscheano sobre a verdade e a mentira, o que interessa não ^{ela} sua verdade objetiva, mas a questão de até que ponto ^{ela} incrementa, potencia, desenvolve, motiva, e justifica a ação humana. Mas, sobre um solo assim movediço de incerteza, de relativismo e subjetivismo, o Estado-de-Direito, que é uma potente ordenação política da vida humana, não encontraria ponto algum de sustentação: teria cabimento uma Sociologia do Estado-de-Direito, ou uma História do Estado-de-Direito, não, porém, a vida em forma de milícia pelo Estado-de-Direito, a luta para consegui-lo e para mantê-lo.

ulaw
mlaw
com um

Não cremos — e essa é uma profissão de fé anti-relativista — que o Estado-de-Direito, como qualquer outra formação histórica, caminhe fatalmente para a sua final ruína. O certo é que a História compõe-se de fatos, mas os fatos auto-compõem-se com as ideias, crenças e concepções que o homem tenha de si mesmo. Se julga ele a liberdade, a democracia, a razão, etapas de um processo ininterrupto, resignadamente aceita ou justifica a não-liberdade, a não-democracia e a institucionalização do irracional. Legitimará a servidão, o poder descomedido, o poder-fim-em-si-mesmo, e não o poder-meio, por serem inevitáveis. É um tipo de legitimação puramente factual, o descair de braços ante o fato consumado.

Na ordem do conhecimento científico, que sejamos relativistas. Na ordem da ação humana, é indispensável manter o postulado da dignidade ética do homem — suporte dos direitos humanos e núcleo antropocêntrico do direito positivo. Mas, com a liberdade não se pode ir até o ponto de ser-se livre para dispor da liberdade, renunciando-a. Por isso, também, com a democracia, que é forma política de institucionalizar a liberdade jurídica, não é legítimo usá-la com o fim de implantar a anti-democracia.

Se propomos abertamente a democracia para subrepticamente alcançar a autocracia — seja qual for o seu tipo —, essa provisória democracia é mero jogo de despistamento, ou hábil estratégia, a modo de simples ponte, que alcançado o outro extremo do caminho logo se destruirá, para que os outros — os de hoje mesmo e os de amanhã — dela se não utilizem. É uma conduta apócrifa e autocontraditória.

É igualmente inautêntico proceder exigir-se, com toda ênfase verbal e largos rasgos de oratoria e de gestos, exigir-se o Estado-de-Direito como ponte de passagem para atingir o Direito-do-Estado, ou clamar pelo poder-de-direito para convertê-lo em direito (exclusivo) ao poder. O princípio da relatividade dos fins e meios — o que é fim aqui é meio ali — que se aplica pelo critério do útil no domínio técnico do mundo, desconvém sob o critério ético. Por isso, devemos querer o Estado-de-Direito como fim e não como meio. Ou a título de meio para o logro de fins vários menos o de sua auto-destruição.

Nisso reside a norma de pensamento e de ação de todo jurista: buscar o Estado-de-Direito não somente agora, mas sempre, perseguindo-o como fim, com todas as suas intrínsecas consequências, evitando que ele se esvazie de conteúdo político e social, dissolvendo-se no ôco formalismo de um mero Estado jurídico (por um Estado jurídico não se luta, pois todo Estado é-o, essencialmente). E — acrescenta-se — é através dos juristas (e políticos) e de entes institucionalizados assim, como este dos Advogados Brasileiros, que a nação toma consciência de si mesma: são órgãos da auto-consciência jurídica do país.

Por vocação, quer dizer, por um chamamento interior irreprimível e por exigência de "nosso tempo" — esse tempo historicamente denso em tantos problemas —, este Instituto mune-se de provisão suficiente de saber e de atitudes para ser atuante. Não perdendo de vista a juridicidade da política e a politicidade do direito, representa a institucionalização da inteligência responsável. Não da inteligência que se desperdiça no ócio descuidado, ou literariamente inofensivo. Sendo órgão da cultura jurídica, ~~ocupa-se~~ com idéias e ideais, com doutrinas, com teses, princípios, que, sem perderem seu teor de saber científico, prolongam-se como instrumentos de ação.

Por tudo isso, está-se vendo, quanto significa ser distinguido com o prêmio, a MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS. Mas, quem o for, não há de se dar ao luxo de guardar a laurea, exibindo-a de onde em onde, com júbilo e, até, dissimulada ou ostensiva jactância: o prêmio não é uma espécie de troféu que se envidraça em vidro forte para espanto e admiração dos outros. É ele uma enérgica exigência, um imperativo diário renovado afim de que se confirme o merecimento da distinção. E assim documentado em grande diploma, e inscrito em grande e belíssima medalha de cobre, pesada e austera em seu feitio, está a exigir que não se deslembre o seu portador que ^é o símbolo maior desta Instituição, e se não rebrilha como ouro de finíssimo amarelo, com ouro jamais se conquista.

(*) CONFERÊNCIA PRONUNCIADA NO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS NO DIA 15 DE MARÇO DE 1978, POR OCASIÃO DA ENTREGA DO PRÊMIO, A "MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS".