

Estado, Jurisdição e Garantias*

(Um Capítulo de História Constitucional)

Nelson Saldanha

Professor de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

III. As Garantias e o Direito Escrito.

Vimos que, nas estruturas políticas medievais, o poder foi sempre considerado como algo limitado. Isto com referência a situações típicas, com base em testemunhos fundamentais e segundo interpretações que têm dominado a historiografia contemporânea. A dispersão política e a desconcentração do poder faziam com que a rigidez feudal fosse desta forma compensada. O poder real se entendia como outorga divina, necessitada entretanto da chancela popular expressada inclusive através dos costumes.

Vimos também que se verificou, na Idade Média, um conflito latente, entre a tendência do governo a se enrijecer como poder, e o caráter do direito, que na Inglaterra estava na auto-consciência funcional do judiciário. Conflito real em certos casos, mas também latente no sentido de se espraiar e se “universalizar”. Como os outros dois conflitos mencionados de início: aquele entre o esquema administrativo-autoritário e o modelo liberal-individualista, e aquele entre os méritos formais do *ius strictum* e o valor substancial do *ius aequum*.

Com o Estado moderno concentra-se o poder; este é considerado, durante o absolutismo, como ilimitado; nesta fase, faltam condições para se desenvolverem os institutos das garantias. Entretanto dois aspectos, no Estado moderno, vieram favorecer o desenvolvimento daqueles institutos.

Um foi o prestígio assumido pelo direito escrito, que se tornou característico dos ordenamentos modernos, e que no

*. Continuação do trabalho, com o mesmo título, publicado no volume 74-1979, desta Revista.

próprio Estado absoluto se dinamizou. Outro foi o fato de que a unificação política e jurídica, criando em cada Estado um ordenamento uniforme e uma unidade de funções, permitiu que se tratasse sistematicamente o conceito de jurisdição. A jurisdição, como atributo *do Estado*, podia agora desdobrar-se e abranger as relações entre os direitos dos cidadãos e a sua tutela por parte dos órgãos estatais correspondentes.

De certo modo, a manter-se a idéia de POUND mencionada no início, o “elemento” germânico se consubstanciaria no direito costumeiro, enquanto o romano se expressaria no direito legal. “Superando” o estágio costumeiro, o Estado moderno apropriou-se da competência normadora: a lei, que sob o absolutismo monárquico reencontrava seu sentido imperial romano, era uma norma que se emitia *sobre* a comunidade e *para* ela. Por outro lado os caracteres da lei correspondiam a um certo sentido de “universalismo” que sempre se atribuiu à mentalidade burguesa: ela não era o casuismo nem o regionalismo que os costumes representavam, era uma formulação normativa racionalizada, clara, presumidamente genérica.

Mas a experiência do direito costumeiro foi, na Idade Média, apenas dominante: não foi exclusiva. Houve manifestações legislativas importantes, e por várias vezes o direito esteve dado em textos. A Magna Carta inglesa exemplifica isto, como as outras Cartas inglesas, mais a “Bula de Ouro” húngara de 1222 e outros casos. Este é um problema complexo, porque a tradição historiográfica realçou um pouco demais a importância do costume no medievo, e porque as expressões medievais a respeito são variáveis: BRACON, por exemplo, dizia que na Inglaterra o direito é predominantemente “não escrito”, mas dizia também que Deus e a lei são as instâncias limitadoras do poder do rei²⁵. O crescimento da experiência jurídica em termos de direito escrito, nos últimos estágios da Idade Média, correspondeu a contextos

25. Cf. textos em WILLIAM STUBBS, *Select Charters and other illustrations of English Constitutional history*, nova edição, revista por H. W. Davis (Clarendon Press, Oxford, reimpressão em 1960), p. 412. Sobre o assunto, F. KERN, *op. cit.* p. 211. — No século vinte, vez por outra aparecem alusões a um direito não escrito, ou mesmo costumeiro, não inteiramente convincentes mas ao menos muito significativas: assim em G. BOEHMER, *El Derecho através de la jurisprudencia*, *cit.* (p. 318 por exemplo), e também OTTO BACHOFF, *Normas Constitucionais inconstitucionais?* (trad. port., Atlântida Editora, Coimbra 1977), pp. 64 e segs.

que prepararam a modernidade: advento de capas burguesas, concentração do poder em mãos de certos monarcas, criação de burocracias nacionais incipientes.

Seria o caso de pensar, mas deixo o assunto em aberto, se as garantias constitucionais, em suas formas primitivas, não teriam sido uma conquista do *direito escrito*. A idéia seria a seguinte: em face do Estado (moderno), as garantias se achariam no direito positivo escrito — sem embargo de ser este um direito estatal —, porque neste direito se encontraria a nitidez alegável para fundar pretensões. A forma, diria depois IHERING, é irmã da liberdade, e a burguesia o percebeu: quis formalizar sua situação para garantir-se, e com isso veio a fazer as constituições e os códigos. A possibilidade de ter existido entre os antigos germanos uma organização consuetudinária, onde o indivíduo se sentia “garantido” (é a interpretação que sempre se dá)²⁶, não preenche inteiramente, nem no sentido histórico nem no plano conceitual, o que se tem como “garantias”

O fato de terem, certos monarcas absolutos, desenvolvido larga atividade legislativa²⁷, parece entretanto mostrar que nem todo o direito escrito se compaginou com a idéia de garantias, que evidentemente só seria plenificada sob o pálio do liberalismo.

Por outro lado a ligação entre garantias e direito escrito nos põe de novo diante da opção entre *jus strictum* e *jus aequum*. Sendo as garantias, por essência, institutos bastante definidos, elas necessitam da clareza e da certeza que somente a forma legal confere; mas o estreito formalismo e o apego às inflexíveis positivities nem sempre convêm à defesa da perspectiva das garantias (os romanos já tinham dito que o *summum jus* pode ser a *summa injuria*). O estritismo formalista cabe mais ao ponto de vista estatalizante do que ao que valoriza liberdades e direitos. Portanto o legalismo moderno e contemporâneo, ao permitir que os ordenamentos se dotassem de claros dispositivos garantidores, colocou também o perigo do formalismo. Voltaremos ao tema.

26. Seria inclusive o caso da primitiva Islândia. A respeito, o pouco conhecido ensaio de JAMES BRYCE, “Primitive Iceland”, inserido em *Studies in History and Jurisprudence* (Nova York, Oxford Univ. Press., 1901), v. I, pp. 263 e segs.

27. Cf. F. GARRISSON, op. cit., cap. III (Afirmação do poder estatal), seção 1, § 1, pp. 216 e segs. Cabe, entretanto, distinguir entre as primitivas “redações de costumes” e a atividade legiferante propriamente dita, que na monarquia absoluta se expressou inclusive através de “éditos” e de *ordonnances*.

De qualquer modo, as informações históricas mostram uma ligação entre o crescimento das garantias e o dos experimentos do direito escrito na baixa Idade Média — sem embargo de haverem existido formas menos formais, típicas ou nítidas de garantias no direito costumeiro. Sem embargo também de ter havido um direito escrito absolutista, e posteriormente outro pós-absolutista, genericamente liberal (a este chamaria mais propriamente de “direito legalista”). O esboço de Estado que se teve na baixa Idade Média condicionou ajustes e equacionamentos que já eram garantias — embora, no caso exemplar de *habeas-corpus* contido na “Magna Carta”, o alcance concreto do remédio estivesse limitado a certos estratos da sociedade. No Estado absoluto, o direito legal foi instrumento de concentração, de unificação e racionalização; no Estado constitucional, o mesmo direito legal foi instrumento de democratização e liberalização, apesar de, em potencial, conter o caminho do estatismo e do formalismo.

O Estado moderno, distinguindo-se da sociedade, se coloca como fonte do poder e do direito. Sua legitimidade terminaria por dar-se como intrínseca, e as normas que ele impõe, como irretorquíveis. A restrição às tendências absorventes do Estado se consubstanciou nas garantias: do mesmo modo que um liberalismo teimoso faria contraponto com a *Ration di Stato* até hoje, também a defesa das liberdades e dos direitos se afirmou desde cedo como resistência ao estatismo absoluto. Os bens que se garantem contra a demasia estatal, têm sido de preferência as liberdades. O que se garante é sempre algo oposto ao Estado, ou avesso a ele, ou distinto dele, e de sua *entelequia* autoritária e absorvente. As garantias são defesas em face do Estado, ou contra ele — contra seus excessos, que se definem em função de uns tantos direitos, consignados como próprios do ente humano, e portanto próprios dos súbitos do (e no) Estado. As garantias são um compromisso assumido pelo Estado no sentido de respeitar os limites legais de sua própria ação, e de proteger determinados direitos subjetivos em função de tais limites. Cresceram pois conjuntamente, conforme vimos ao início, as garantias, a *supremacy of law*, o *due process of law* e a definição das funções estatais.

O predomínio do direito escrito, definindo unitariamente a estrutura do ordenamento, tornou viável a divisão dos poderes, que se clarificou justamente nas constituições. E com isso se tornou possível o conceito moderno de jurisdição — a um tempo atributo do Estado, enquanto portador de um

ordenamento, e função específica, deferida sistematicamente aos órgãos de um dos poderes estatais.

Para rever o processo de formação do conceito moderno de jurisdição, cabe referir o problema do aparecimento das formas processuais e do direito chamado adjetivo. Certos autores do século XIX, talvez demasiado imbuídos de evolucionismo, situaram os inícios do direito — em cada área cultural — como algo homogêneo: STREET, por exemplo, alude a um período no qual não teria havido dissociação entre direito substantivo e direito adjetivo²⁸. Para ele, aliás, o direito adjetivo ou processual teria sido o primeiro a formar-se. A ordem de surgimento indicada por ele é esta: juiz, corte, adjudicação, processo (ação, remédio), e depois os setores especiais (*wrong, duty, right*)²⁹. Esta idéia de que o juiz, ou a corte, fora a primeiríssima instituição jurídica coincide aliás com a opinião de certos pensadores como COGLIOLO, que considerava a *sentença* como forma primigênia de direito objetivo. O juiz antecede ao legislador, o caso antecede a hipótese, a decisão situada antecede a generalização normativa³⁰.

Esta idéia, discutível mas sedutora, nos conduz a entender a *jurisdição* como um dado fundamental, inclusive um dado originário; a *afirmação decisória do direito*, obtida em cada caso, teria então sido ponto de partida da institucionalização dos valores jurídicos. *Dizer o direito* teria sido ato fundamental como primeira fixação da certeza e da referibilidade das relações entre o modo de julgar e o momento de julgar: de um lado, valor a consolidar, e talvez regra (potencial? implícita?) a fazer valer; do outro, função e

28. Cf. páginas iniciais do cap. I do v. III de seu *Foundations of legal liability*, citado. Para ele, os tribunais teriam sido a primeira instituição jurídica. Entre os estudiosos ingleses — ou, em geral, de língua inglesa — persiste, cabe observar todavia, uma certa ambiguidade no referente ao direito costumeiro, pois tanto falam em um *customary law* como adotam uma distinção entre *custom* e *law*.

29. STREET, op. cit., pág. 3. — Sobre o alcance inicial (apenas penal) do “due process”, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As garantias constitucionais do Direito de Ação*, citado, cap. III, p. 39.

30. “Che la prima fonte del diritto — dizia PIETRO COGLIOLO — sia la *sententia iudicis*, appare da molti fatti indiscutibile: nel mondo romano la connessione tra l’*ius* e l’*actio* fu intima e costante” (*Filosofia del Diritto Privato*, 2.^a ed. Barbera, Florença 1891, p. 42). — Segundo LOUIS GERNET, o mais antigo emprego do termo *dikè* se refere à sentença, como imagem central entre as que representam a experiência do direito (*Droit et société dans la Grèce ancienne*, ed Sirey, Paris 1955, pág. 61).

gesto ante o caso real. Diante da ordem a manter, ou ainda a elaborar, o gesto julgador deve ter sido de início secamente preso ao caso, e provavelmente desprovido de dimensão interpretativa; com o tempo viriam as analogias, a generalização, a norma abrangente, e também os problemas, as dúvidas, a interpretação. E a complexidade passaria a aumentar sempre.

Nos séculos mais recentes, a idéia de ação seria posta como seguimento da de direito, e o adjetivo viria depois do substantivo: na teoria do direito subjetivo construída por IHERING, era primeiro o interesse, depois a proteção por parte do ordenamento, e a ação surgia como instrumento para acionar tal proteção. Perspectivas. Aqui, a perspectiva da ordem “pronta” e do sistema *accompli*, e também a do indivíduo dotado de vontade madura “diante” do ordenamento³¹.

IV. O Estado, o Direito e as Garantias.

Foi visto que o Estado moderno se apresentou como fenômeno de concentração e de legitimação. Ele tendeu, contraditando dialeticamente as estruturas da fase anterior, a absorver em si todas as fontes de poder e de legitimidade, deixando à sociedade um papel passivo de destinatária das normas que ele, Estado, ditasse. Mas, assumindo todas as atribuições concernentes ao uso do poder e aos desdobramentos da legitimidade, o Estado teve de se organizar em funções que, a seguir, seriam tidas doutrinariamente como “divisão de poderes” e favoreceriam em tese a debilitação do próprio Estado. Mas mesmo dividido e limitado, recondicionado no constitucionalismo liberal, o Estado manteve o molde geral alcançado no período dito absoluto. Este molde incluía a presença de um ordenamento unitário e de um direito escrito (predominantemente legislado).

A experiência das garantias, que na Idade Média teve relevantes momentos e se baseou sempre no princípio da limitação do poder do rei, foi obviamente obscurecida durante o absolutismo, e retomada depois das revoluções liberais. A política criminal absolutista, consubstanciada nas “Ordenações” e em outras formas normativas repressivas, cedeu passo

31. Guardando relação com este problema, se situam certas revisões recentes da concepção de Ihering segundo a qual o direito subjetivo seria o “interesse juridicamente protegido”, sendo a *ação* o modo mesmo de tal proteção. Cf. R. ORESTANO, op. cit., in STEFANO RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p. 99.

ao humanitarismo e ao princípio de legalidade. O liberalismo fez do indivíduo base da sociedade, fez da liberdade base da ordem política e fez das garantias núcleo da constituição.

Vale acentuar que, com o advento do ideal liberal, o próprio fundamento do Estado, que eram as liberdades individuais convergentes e convencidas da necessidade de um governo (evidentemente controlado por elas), coincidia com o fundamento das garantias. O Estado, no ideário liberal, existia para dar às condutas externas dos homens uma disciplina, e para proteger a comunidade contra distúrbios internos e externos. Não poderia passar disso, nem na esfera sócio-econômica nem na administrativa e policial: daí que as constituições fossem tão cuidadosas na fixação dos direitos e das garantias.

E mais: O Estado liberal foi desde logo Estado-de-Direito, sobretudo como Estado constitucional; a constituição foi desde então concebida como parte básica da ordem jurídica, e todo Estado teria de ter constituição, entendida — conforme a Declaração francesa de 1791 — como separação dos poderes e asseguramento de garantias. Esta correlação entre constituição e garantias, peculiar ao entendimento liberal clássico, foi algo essencial.

A tradição francesa, tornada neste ponto modelar e exemplar para os séculos XIX e XX, manteve e consolidou a idéia de um Estado definido pela constituição, e de uma constituição que existe para oferecer garantias. Na frase famosa de MAURICE HAURIU, “todo o direito constitucional tem por ofício garantir as liberdades”³². A tradição das *lois du royaume* se transmudava, e as normas constitucionais adotavam expressamente a missão de assegurar direitos. Tornada expressa e de certo modo “universalidade”, a noção de constituição como sistema de garantias (também a parte referente aos poderes se considera alusiva a garantias) assumia todos os momentos anteriores. Com o conceito liberal de constituição, redimia-se a noção de Estado, refundida na estruturação juridicizante, e assim se assegurava em definitivo a noção de jurisdição.

A velha imagem do *due process of law* se reencontrava, enriquecida de uma experiência processual maior: já não era o problema da *law of the land*, que se consubstanciara na

32. MAURICE HAURIU, *Principios de Derecho publico y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, 2.^a ed., Reus, Madrid 1927, pág. 120. A propósito, cf. DJACIR MENEZES, “O Direito subjetivo nas teorias constitucionais modernas”, em *Rev. de Ciência Política*, cit., p. 58.

Magna Carta, era toda uma série de idéias sobre as relações entre o direito de cada um e as pretensões governamentais.

Se retomarmos o dualismo citado por MAC ILWAIN sobre *gubernaculum* e *jurisdictio*, poderemos indagar se dentro do Estado constitucional contemporâneo se daria a conciliação entre ambos elementos, como componentes da própria ordem, onde o poder e o ordenamento se acham compaginados. Ou se, diversamente, o Estado seguiria sendo o *gubernaculum* e o direito a *jurisdictio*, como certas tendências estatizantes mais recentes vêm sugerindo.

Conforme já foi lembrado, houve sempre uma correlação entre a trajetória das garantias e a da “supremacia do Direito”, posto que o crescimento da eficácia do Direito como ordem específica foi pressuposto do progresso das garantias. Deste modo, cabe entender que a jurisdição cresceu, e que, no Estado contemporâneo, a parte do ordenamento jurídico tem sido essencial; de aí sua caracterização como Estado de Direito. O Estado de Direito, sob tal prisma, corresponde precisamente a uma subordinação de todo poder governamental às indicações contidas no ordenamento. Ou seja: subordinação do *gubernaculum* à *jurisdictio*. O Estado constitucional manteve o arcabouço estatal vindo do absolutismo, submeteu-o à constituição, dividiu os poderes, garantiu os direitos: o moderno direito administrativo se fundou sobre categorias emanadas da crença na necessidade de delimitar os atos e as competências estatais em função da inatocabilidade dos direitos individuais³³. Tudo isto, evidentemente, só pode ser entendido (sobretudo diante do ângulo histórico) se se parte da idéia de que *Estado e Direito* não são a mesma coisa. São realidades que se co-implicam. E se se diz que o Estado contemporâneo se propõe submeter-se ao Direito, é necessário manter as duas imagens bem distintas, correspondendo a valores distintos, entendendo-se esta distinção tanto em termos históricos quanto em termos conceituais.

O surgimento das *garantias*, em formas positivas específicas, como no caso do “*habeas corpus*” inglês, não foi jamais episódio isolado. Veio dentro de um processo complexo e contínuo (embora não ininterrupto), a incluir conceitos, legislação, movimentos reivindicatórios, alterações na ordem vigente. É sempre o que se visa “garantir” é algo oposto ao Estado, ou ao menos bastante distinto dele: é a liberdade, são os inte-

33. PROSPER WEIL, *El Derecho Administrativo* (trad. esp., ed. Taurus, Madrid 1966), Introdução, pp. 25 e 28.

resses humanos concretos, ou é a própria justiça, situada em cada circunstância de tempo e espaço, em cada caso real, em cada necessidade de asseguramento.

Volto agora à citação de GUSTAV BOEHMER, colocada entre os tópicos iniciais. A idéia, no caso, é a de uma contraposição entre *jus strictum* e *jus aequum*, dada como expressa em certos momentos e como potencialmente constante em toda a história das instituições. As frases de BOEHMER permitem entender o *jus strictum*, não no sentido de “Direito propriamente dito” (em sentido próprio, oposto ao “lato”), mas no de estritamente legal: um Direito que se restringe e se aperta nos marcos da norma estatal. No Estado moderno, com o predomínio do legalismo, que levaria ao formalismo e ao normativismo em nosso século, esse apego ao *jus strictum* criaria numerosos problemas. Por outro lado, cabe entender o *jus aequum* como um direito mais preso ao valor justiça, ou por outra, mais ligado a valores do que a formas (faltaria um SCHELER para estudar isso).

Sendo menos estatal, seria talvez o caso de considerar o *jus aequum* como mais “jurídico”. O *jus aequum*, ou *direito equitativo*, se vincula por definição à idéia de justiça, mas, tomado amplamente, ele se acha voltado ao humano, ao concreto, e ao individual — ao individual no sentido do caso e no sentido do problema pessoal. Talvez se possa afirmar que o valor certeza, no universo jurídico, se acha preso às *jus strictum*, e o valor justiça ao *jus aequum*. Até certo ponto, será também possível dizer que a pugna entre ambos os tipos se acha reproduzida no combate moderno entre jusnaturalismo e juspositivismo. As tentativas modernas de compensar o estatismo e o legalismo, visando um direito mais flexível, não puderam senão raramente voltar-se para o costume; mas sempre se voltaram para a noção de “princípios” e para a velha idéia da *aequitas*. Em toda a Idade Média ao que assevera ENNIO CORTESE — se discutiu o problema do *jus strictum*, e nesta discussão se encontram aspectos muito interessantes. Para BÚLGARO, por exemplo, a diferença entre *aequitas* e *rigor juris* (ou *jus strictum*) equivaleria à separação entre costume e lei; e a *aequitas*, entendida freqüentemente como *jus non scriptum*, foi quase sempre considerada superior ao *jus strictum* ³⁴.

34. ENNIO CORTESE, *La norma jurídica. — Spunti teorici nel diritto comune classico*, ed. Giuffrè, Milão 1964. Para a alusão a Búlgaro, págs. 131-132. Cf. também páginas 323 e segs., 328 e segs., 342, 350 e segs., para as demais referências.

Na medida em que for viável considerar o *jus aequum* como tipo de direito mais próximo à esfera dos *direitos humanos* (que latejam como valores embora precisem da ordem positiva para se fazerem valer), será viável vinculá-lo também à esfera das garantias. Estas teriam realmente surgido como uma conquista da justiça e dos valores diante do poder e do arcabouço do Estado. Elas continuariam necessitando de instrumentos de asseguramento obtidos dentro do próprio Estado, mas sem se confundirem com ele. É necessário entender as garantias como algo que se conquistou e que se mantém em face do Estado, conseguindo-se que dentro do Estado uma parte de ordenamento limite o Estado e funcione contra ele em defesa dos direitos dos indivíduos concretos. As garantias atendem a direitos que o puro e seco *jus strictum* não poderia sentir, nem auscultar, embora seja verdade que, uma vez postas as garantias entre os dispositivos do ordenamento positivo, esta positividade deve ser valorizada, como forma, na qualidade de instrumento. A coisa é complexa.

Cabe lembrar aqui algumas observações de JOSEF ESSER, ao mencionar o problema das codificações, obra máxima do legalismo ocidental, e da hostilidade delas, sobretudo do *Code français*, a toda atividade interpretativa³⁵. Para ESSER, a apologia da lei escrita conteria em si, como complemento, uma imagem negativa da própria atividade dos juristas: a lei é boa, os juristas são maus. A concepção legislativa do direito estaria, segundo ele, muito mais próxima do cesarismo, do autoritarismo e do totalitarismo do que a concepção judicilarista³⁶. É evidente que estas observações fazem lembrar de imediato as já citadas afirmações de POUND sobre os dois núcleos originários do direito ocidental: o romano-autorita-

35. JOSEF ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. Eduardo Fiol, ed. Bosch, Barcelona, 1961, Parte III, cap. IX, pág. 185 e seguintes, 191 e segs. Para Esser, o caso do BGB alemão teria sido entretanto diferente, pois, ao contrário, favoreceu relações positivas com a ciência do tempo. Cabe distinguir, contudo, este direito de juristas de Esser, que é entendido como *rechtswissenschaftlich* em sentido amplo, do "direito de juristas" de Koschaker, que tem sentido específico e até estamental.

36. *Principio y norma*, cit., páginas 370 e segs. A correlação entre legislativo e autoritarismo, aparentemente paradoxal — já que o legalismo veio a ser nas revoluções liberais um corretivo ao absolutismo do executivo —, se acha bastante visível em Thomas Hobbes (cuja filosofia política jamais convenceu os ingleses), como também em Jean-Jacques Rousseau. E Laski viu bem a linha autoritarista que levaria de Rousseau a Hegel. — Sobre os dois lados do legalismo (e dos códigos), e os respectivos "modelos" que formou, o *garantista* e o *autoritarista*, ver DOMENICO CORRADINI, *Garantismo e Statualismo* (ed. Giuffrè, Milão, 1971), pp. 12 e segs.

rista-estatista e o germânico-predemocrático-judiciarista. Fazem lembrar também os conceitos de RENÉ MARCIC a respeito da transição, vivida em nosso século, de um “Estado legislativista” para um “Estado judiciarista”³⁷. De qualquer sorte, a emergência histórica das garantias, e seus progressos, estão ligados à própria vigilância dos juristas e da consciência jurídica. O estatismo, ligado a uma específica desconfiança com relação à interpretação — ou seja, ao mais nuclear aspecto do pensamento e da ação do jurista —, tem como seu oposto uma série de conquistas que são, que têm sido obra do trabalho dos juristas, que força o Estado a se desdobrar e se redimensionar como jurisdição, e a atender ao reclamo dos cidadãos carentes de defender seus direitos. Somente atribuindo-se ao Estado uma dimensão (e portanto um caráter) jurisdicional, se pode ter uma plena eficácia para as garantias. A conciliação entre o *factum* do Estado e os valores implicados pelas garantias requer que estas se incrustem institucionalmente dentro da própria ordem estatal, neste sentido tomada como ordem jurídico-política.

Seria o caso, entretanto — e este é um problema que já tem sido posto —, de indagar se não teriam sido vãos os esforços demoliberais e seu respectivo constitucionalismo, dada a realidade política de nosso tempo. Nesta realidade, vemos o Estado realimentado, crescido em volume e em complexidade, quer dentro dos regimes socializados quer nos regimes capitalistas. Por toda a parte, o Estado liberal substituído pelo Estado Social, intervencionista e provido de razões irrecorribéis, com um executivo predominante e uma política que frequentemente nega os conceitos clássicos da separação de poderes e da “lei-expressão-da-vontade-geral” Este panorama tem sido

37 RENÉ MARCIC, *Vom Gesetzstaat zum Richterstaat*, ed. Springer, Viena, 1957.

38. Entre outros, LUDWIG VON MISES, *Le Gouvernement omnipotent*, trad. M. Hulster, L. de Medicis, Paris, 1947; KARL MANNHEIM, *Man and Society in an age of Reconstruction* (trad. E. Shils, ed. Kegan Paul, Londres 1946); idem, *Diagnóstico de Nuestro tiempo*, trad. J. M. Echavarría, ed. FCE, México 1959 (3.^a ed.); idem, *Freedom, Power and democratic planning*, ed. Routledge & Kegan Paul, Londres 1965 (reimpressão).

estudado sob vários prismas, sobretudo depois da discussão travada nos anos trinta e quarenta a respeito de planejamento e de planificação³⁸, e da divulgação do problema da opção entre Estado social democrático e Estado social ditatorial³⁹.

O Estado social, na verdade, poderia ser ou não um Estado de Direito.

O aparecimento de novas necessidades, identificadas como “públicas”, veio aumentar a margem de presença do Estado, com os seus serviços, dentro da vida social, comprometendo esquemas assentes, como o esquema da harmonia dos poderes e o da supremacia do direito sobre o poder. Certas correntes aproveitaram o prestígio da idéia de “plano” para aplaudir sem mais o intervencionismo estatal, dito inclusive imprescindível para o “desenvolvimento” e para a chamada “modernização”. Poucas vezes se opuseram, de início, ao avanço dos “serviços”⁴², mas depois o que se viu mesmo foi a pletera do poder e a hegemonia do executivo começarem a destruir as estruturas daquilo que se chamava confiadamente Estado-de-Direito. Era a virtual ameaça do Estado (e de suas razões) contra as garantias; era uma nova *révanche* do “*gubernaculum*” sobre a “*jurisdictio*”. O século vinte negava enfaticamente várias das pretensões (e das melhores) do dezanove: o ideal civilista, o parlamentarismo, o constitucionalismo como sistema de garantias.

Todavia, por dentro deste panorama desenvolveram-se outras tendências. Depois de 1945, com a derrubada do fascismo italiano e do nazismo alemão, reforçou-se a grita por um direito justo e pelo abandono dos formalismos; veio depois o movimento pela criação (ou recriação) da justiça constitucional, sobretudo a partir de modelos alemães e austríacos⁴⁰. Todos os debates atuais sobre os fundamentos constitucionais das questões judiciais são expressões de uma idéia ampla da jurisdicionalidade do Estado. E todos estes debates vêm logicamente confluir para o tema das garantias.

39. ERNST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad Industrial*, trad. esp., ed. IEP, Madrid 1975; idem, *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, ed. CPPE, Madrid 1966; M. GARCIA-PELAYO, *El Estado Social y sus implicaciones*, Univ. Mac. de México, 1975; idem, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid 1977; ELIAS DIAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1975.

40. MAURO CAPELETTI, *La jurisdicción Constitucional de la libertad — com referencia los ordenamientos alemán, suizo y austríaco*, trad. mex., Imp. Universitaria, México, 1961.

41. *Vom Gesetzstaat zum Richterstaat*, cit., pág. 343.

RENÉ MARCIC chegou a escrever que “o pensamento fundamental dentro do moderno Estado democrático de Direito é o do controle jurídico dos atos políticos através do judiciário”⁴¹.

Não cair, porém, na negação pura e simples do Estado, e portanto no anarquismo, segundo o qual o Estado traduz sempre a prepotência e carrega a iminência do arbítrio, nega a liberdade, esmaga os homens. Nem cair nas tentações do maniqueísmo: o Estado é o mal, como é mau o poder, enquanto o Direito é o bem, as liberdades são o bem, a justiça é o bem. As distinções, dentro das amplas dobras deste problema, correspondem a relações e conexões que são também irrecusáveis: não se pode imaginar as liberdades sem certas formas de controle social, nem o Direito sem o poder, nem as liberdades sem as instituições. Entre a autoridade e a obediência, os valores que se atribuem ao comportamento e à condição dos homens precisam ser concretizados. Sem as formas da ordem, não serão possíveis as dimensões da ação: justiça, liberdade, segurança também. Como não cabe aceitar apenas a segurança (e este era o preço enorme e fundamental do *Leviatã*), nem cabe admitir a ordem só por ser ordem, nem endeusar o Estado porque este promove desenvolvimento tecnológico e bem-estar programado, também não cabe idealizar na direção inversa. O desafio é no sentido de manter as instituições políticas, com as respectivas formas de controle social, mas ressaltando a justiça e a liberdade — mesmo dentro do Estado dito social. Manter a presença do poder e da autoridade, com alguma hierarquia e com estruturas socialmente atuantes, sem deixar diminuídas nem esvaziadas as defesas da pessoa humana diante disso tudo.

16, janeiro 1979

42. Em 1929, na Inglaterra, Lord HEWART escreveu o livro *The new Despotism*, contrapondo à idéia clássica do “rule of Law” o incremento da administração e do direito administrativo, com uma ameaçadora burocracia. Segundo HEWART, o “novo despotismo” estaria na plethora de faculdades atribuídas aos órgãos do executivo, por cima das prerrogativas parlamentares e do velho equilíbrio de poderes (apud RODOLFO BLEDEL, *Introducción al estudio del Derecho Público anglosajón*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, pp. 100 e segs.).

28 de janeiro de 1979

* Texto correspondente à aula ministrada, em 9 de março de 1979, no curso sobre *Temas Fundamentais do Processo Constitucional*, promovido pela Procuradoria Jurídica do Estado de São Paulo.