O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: HERANÇA LIBERAL E O ESTADO SOCIAL

BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM:
LIBERAL HERITAGE AND THE SOCIAL STATE

SAULO STEFANONE ALLE[1]

Resumo: O presente artigo procura demonstrar como o liberalismo impregnou o pensamento constitucionalista brasileiro, a partir da Constituição de 1824. Examina como a idéia de ordem como previsibilidade e o individualismo se tornaram premissas fundamentais do Estado brasileiro, historicamente, e que permanecem ainda hoje, em contraste com os ideais de um pretenso Constitucionalismo Social moderno. Como conclusão, revela-se a necessidade de revisão do pensamento sobre Estado e Constituição, para resolver contradições entre as velhas estruturas liberais e os novos conteúdos sociais.

Palavras-chave: História do Brasil. Constitucionalismo do Império. Individualismo; Ordem. Liberalismo. Constitucionalismo social.

Abstract: This paper shows how the constitutional thought is full of liberalism, in Brazil, since the first Constitution of 1824. It exams how principles of individualism and order (as predictability) were taken as fundamental assumptions of Brazilian State, during history, in contrast with ideals of a modern Social Constitutionalism. In conclusion, the thought about State and Constitutionalism must be reviewed to resolve contradictions between old liberal structures and new social contents.

Key-words: History of Brazil. Constitutionalism of the Empire. Individualism. Order. Liberalism. Social Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo Brasileiro nasceu liberal, mas não como outros. Ele nasceu liberal brasileiro, o que é muito diferente, mesmo se comparado com sua fonte inspiradora francesa.

Trata-se de uma questão atinente às idéias e a seu lugar. O debate, muito vivo na virada do século, sobre a aplicação de idéias importadas teve todas as posições possíveis e neste debate chegou-se a dizer das idéias fora de lugar.

Seja como for, parece que o lugar das idéias é o lugar onde elas estão e que podem estar em qualquer lugar, mesmo que os efeitos que produzam sejam muito distintas em cada lugar ou momento. Esse é o primeiro objetivo deste trabalho: chamar a atenção para o lugar das idéias e que, como ensina o professor José Reinaldo de Lima Lopes (2000: 27):

> "(...) há um mau hábito de não nos darmos conta de nossa história. Ela sobrevive inconscientemente entre nós, como tradição: mas ao nível consciente parece que estamos sempre a importar o último grito da moda do hemisfério norte. Depois, como a tradição das práticas cotidianas e dos

[1] Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Araraquara – UNIARA

> hábitos intelectuais resistem, não sabemos bem explicar por que as reformas legislativas não resultam naquilo que delas se esperava. Com muito maior frequencia também ficamos indiferentes à originalidade de nossas instituições, pois a rigor não percebemos que se trata de um amálgama de tradições transplantadas e adaptadas de forma particular."

Da motivação ao modo como foi encarada ao longo do Império, a Constituição de 1824 é um documento ímpar, mas como costuma ser no Brasil, uma carta muito mais política do que jurídica. E será exatamente porque a leitura da Constituição será muito mais política, que o texto será levado para os sentidos mais convenientes e, assim, perderá força jurídica.

Ao que parece, perceber a força da idéia de constituição em nossa cultura é absolutamente relevante para a compreensão mais clara do período de mudança por que passamos. A perspectiva da idéia de uma Constituição Social não existe sem a eficácia dos princípios constitucionais e isso é muito mais do que uma novidade no campo, é uma contrariedade enorme em relação ao modo como Constituição é pensado desde que existe neste país.

Ou seja, a história constitucional brasileira precisa ser compreendida na sua interessante particularidade – muito embora não lhe sejam dadas muitas atenções. Dessa compreensão muitas respostas importantes para o momento vivido surgirão com clareza. A vivência de um chamado Estado Social, novo, em oposição ao velho modelo Liberal, precisa ser compreendida não simplesmente á luz do que aconteceu e acontece na Europa, mas fundamentalmente a partir da história constitucional brasileira, a respeito do que a Carta inaugural ganha relevância sob alguns aspectos.

Em tempo, vale dizer que uma característica parece sobressair e será central neste texto: o desejo de ordem e de acomodação. Daí a herança liberal positivista tão arraigada. É exatamente a partir de conceitos derivados dessas tendências que o direito constitucional vinha sendo pensado, no Brasil, como nos sistemas continentais, até o final do século XX.

Contudo, um desejo justificado de alargar o direito, tornando sua lógica um mecanismo muito mais complexo, com inovações propostas pelo mundo, instaura uma crise. A idéia de Estado Social não convive bem com um Estado que encontra esteio meramente previsível, como significado de ordem; mais preocupado com essa suposta ordem legal do que com a Justiça; mais atiçada em relação a cada um ou ao conjunto de "cada-uns" do que com a sociedade como um todo, e essa interferência cultural moderna causa os impasses aparentemente insanáveis à luz da nossa histórica cultura.

1 NOSSO DIREITO LIBERAL

1.1 O liberalismo é econômico

O interesse econômico foi, sem dúvida, fator determinante na formação dos Estados Modernos. A necessidade de um órgão soberano, com força para organizar e padronizar as relações produtivas e de comércio impulsionou a formação dos Estados Modernos.

O Estado manteve, pelos séculos, algumas características imutáveis. Algumas delas estão ligadas exatamente à função estatal de impor ordem, pela administração da força, para permitir o desenvolvimento econômico com geração e circulação de riquezas.

Algumas permanências históricas permitem afirmar que o elemento econômico delineia uma associação entre o capitalismo e o Estado se mantém em seus contornos gerais desde o "Estado Moderno" até os dias de hoje. Daí que alguns autores de tendência marxistas localizam a origem histórica do nosso capitalismo em momento coincidente com o nascimento do Estado Moderno (muito embora outros considerem que o mercantilismo é apenas uma fase pré-capitalista). De qualquer forma, todos associam elementos de identidade capitalista com a formação do Estado, convergindo, todas as opiniões, para a consolidação do capitalismo nos séculos XVII e XVIII.

Seja como for, a riqueza da análise marxista é indicar que aspectos econômicos capitalistas (ou pré-capitalistas) associam-se com a formação dos "Estados Modernos"[2]. Essa observação é inegável, em especial porque o mercantilismo (capitalismo ou pré-capitalismo, segundo o entendimento) que marca a sedimentação dos Estados tem como elemento característico nada mais do que a acumulação de riquezas econômicas pelos Estados. Em outras palavras, o nascimento do Estado Moderno se dá para facilitar a organização da produção e circulação de riquezas, em primeira instância.

Quanto à motivação central das ações Estatais, inicialmente era, até o século XVIII, predominante a *raison d´etat.* Ou seja, todas as ordens eram inspiradas primordialmente nos interesses do Estado. O próprio padrão mercantilista tinha o Estado como ator central, e não os particulares.

[2] Wallerstein (1999::72-131) aponta objetivamente que no século XVI se constituiu uma economia-mundo-européia baseada no modo de produção capitalista. Segundo ele, "o aspecto mais curioso deste período inicial é que os capitalistas não se pavoneavam diante do mundo. A ideologia reinante não era a da livre empresa ou mesmo do individualismo, do cientismo, do naturalismo ou do nacionalismo. Essas ideologias não amadureceriam como visões do mundo senão nos séculos XVIII ou XIX. Se alguma predominou foi a do estatismo, a da raison d´état. Por que teria o capitalismo, um fenômeno que não conhecia fronteiras, sido apoiado pelo desenvolvimento de estados fortes? Esta é uma pergunta que não tem resposta única."

Na verdade, tal é a força dessa idéia de *raison d'etat*, que não se coloca o particular como detentor de interesses secundários, mas como detentor de um interesse em comum com o interesse estatal.

Essa realidade prevalece durante longos séculos de sedimentação do Estado e do Mercantilismo, mas diante de um conjunto de fatores – sobre os quais muito se discute, mas que se evidenciarão na má administração estatal – o modelo começa a se aproximar do colapso oficial.

A *raison* d'etat passa a desgostar uma burguesia que se fortalecia, que teve no Estado um elemento positivo para o desenvolvimento de seus negócios inicialmente, mas que agora se vê limitada e vinculada à Monarquia, que não só restringe seu crescimento, mas é um peso mal gerido que atrapalha e impõe entraves.

Assim, se antes a *raison d´état* era o princípio fundamental a orientar a atividade econômica, agora os ideais iluministas, de forte inspiração individualista, servirão bem à classe burguesa, que reverterá o sentido dos interesses econômicos.

A proposta liberal pretende que o Estado que passe a servir aos interesses liberais, se tornando um estado liberal, e não mais que os burgueses sirvam ao Estado - à *raison d´etat*. Na expressão de Paulo Bonavides (1996:40), "fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo".

1.2 O Liberalismo pelo mundo

A desordem e a má administração estão muito bem evidenciados no caso Francês. Devido a um excesso de gastos e a uma política fiscal desastrosa, o Poder Real acabou nas mãos da aristocracia. Os problemas começavam na receita, já que tal era a deterioração da Coroa que até a máquina fiscal privatizada já tinha emaranhado o poder Real neste campo.

A arrecadação fiscal dependia da estimativa firmada pelos coletores, "privatizados", "muitas vezes de acordo com arbitramento fundado em parâmetros subjetivos" (BONAVIDES, 1996:40), a fim de que fossem cumpridas as metas encomendadas pelo poder central.

Como se pode supor, essa situação era intensamente incompatível com os interesses da poderosa classe burguesa que se formava. A insegurança e a afetação de interesses econômicos era latente e extremamente invasiva.

Além disso, o "rei legislador do novo Estado moderno exigiria a submissão dos juízes à lei (expressão da voluntas principis) sem sucesso" (LOPES, 2000:258). Assim, considerando que as funções jurisdicionais tinham sido pulverizadas nas mãos da aristocracia, nem mesmo o próprio monarca absolutista detinha mais o controle sobre os julgamentos. A situação era realmente propícia a uma revolução.

Todas essas condições contribuíram de forma determinante para o fim da idéia de *raison d'etat*, com o fortalecimento de sua oposição: o liberalismo de forte acento individualista.

Assim, as restrições à liberdade de negociar geravam insatisfação, e foi levantada a bandeira do *laissez-faire, laissez passer*. A primazia dos interesses próprios da Coroa, como causa de restrições ao comércio, inclusive com a instituição de monopólios não só não era mais bem aceita, como era combatida com força, frente a um Estado cada vez mais fraco.

No Brasil, a Inconfidência Mineira é um paralelo bem traçado deste cenário e tem como mote a "derrama".[3] A verdade é que parte-se de um conjunto de insatisfações com a administração Real, ainda orientada pela velha razão de Estado. Nem mesmo as reformas "ilustradas" ao absolutismo foram capazes de compensar os anseios de uma classe burguesa já contaminada pelas idéias que marcarão o iluminismo e o liberalismo.

Contudo, no Brasil, a revolução mineira liberal não prosperou e a ruptura da ordem não vingou. Venceu a ordem. E quando decidiu se pelo liberalismo, decidiu-se primeiro pela manutenção da ordem, e depois pelo liberalismo. E foi assim que o Brasil foi o único país da América em que a liberdade não foi republicana.

1.3. Características liberais

Num contexto de anseios liberais o maior incômodo causado aos burgueses pelo Estado Monárquico Absolutista era a falta de limites ao Estado, em especial em matéria de

[3] "A manifestação de rebeldia mais importante ocorrida no Brasil, a partir de fins do século XVIII, foi a chamada Inconfidência Mineira (Minas Gerais, 1789). Sua importância não decorre do fato material, mas da construção simbólica de que foi objeto. O movimento teve relação direta com o agravamento dos problemas da sociedade regional naquele período. Ao mesmo tempo, seus integrantes foram influenciados pelas novas idéias que surgiram na Europa e na América do Norte. (...) Em sua grande maioria, os inconfidentes constituíam um grupo de elite colonial formado por mineradores e fazendeiros, por padres envolvidos em negócios, funcionários e advogados de prestígio e uma alta patente militar. Todos eles tinham vínculos com as autoridades coloniais na capitania e, em alguns casos, ocupavam cargos na magistratura. (...) Nas últimas décadas do século XVIII a sociedade mineira entrara em uma fase de declínio, marcada pela queda contínua da produção de ouro pelas iniciativas da Coroa portuguesa para garantir a arrecadação do quinto. (...) Os inconfidentes começaram a preparar o movimento de rebeldia nos últimos meses de 1788, incentivados pela expectativa do lançamento da derrama." (FAUSTO, 2002: 63-65).

propriedade e de liberdade (comercial), sempre condicionados aos interesses primordiais do Estado-Coroa. Daí a bandeira revolucionária do *Laissez-faire, laissez-aller, lassez-passer* em oposição à velha *raison d´etat.*

Os investimentos e a propriedade burguesa estavam lançados à sorte numa monarquia desestruturada, sujeitos à desapropriação, à taxação, às limitações alfandegárias, à condenação imprevisível, sem uma norma eficaz – mesmo que houvesse. Um poder unificado, sem limites e incapaz de frear a própria roda que pôs a girar, era o poder sem a direção.

Do ponto de vista jurídico, a solução passava pelo poder de elaboração das leis e, para que o poder de legislar fosse eficaz, era preciso garantir a efetiva vinculação do juiz à lei nos moldes liberais: com racionalidade.

A saída mais apropriada, neste aspecto, segundo o projeto iluminista da época, era introduzir respostas racionais e previsíveis, que garantissem a ordem, protegendo a propriedade.

Pois bem, se os valores principiais da revolução liberal foram sempre a liberdade e a propriedade, a melhor ferramenta que se pôde encontrar para garanti-las foi o princípio da legalidade. Assim o grande limitador ao poder imoderado, ou absoluto, não era simplesmente a existência de leis, mas que, além disso, sua aplicação fosse uniforme e previsível.

Quanto ao conteúdo material das normas, poderiam ser aqueles emanados do poder legislativo, agora de titularidade da burguesia e absolutamente desconectado de valores subjetivos ou divinos. Valeriam as regras do jogo, tal qual em uma relação comercial, em que as regras são fixadas pelas partes, dentro de sua liberdade contratual, as quais cada um deve usar a seu favor, da melhor forma possível, para obter maiores benefícios. A justiça não é regra desse jogo liberal.

Enfim, nenhum sistema seria melhor, aos olhos da época, do que um sistema rígido, previsível, altamente racional e dissociado de valorações. Desse sistema decorreu o positivismo.

Esse tipo de racionalismo é o elemento nuclear de um modo de pensar o direito que culminará com o franco desenvolvimento do positivismo. A constituição do ideal positivista parte desses conceitos liberais, além de outros, como, por exemplo, o enciclopedismo, ou seja, a idéia de reunir numa obra todo o conhecimento, completo e sem falhas, do que a razão humana foi capaz de construir, de cunho objetivo. É exatamente essa mesma idéia que

informará a codificação: um texto completo e sem falhas que reúne as leis racionais e objetivas – suporte fundamental do positivismo jurídico.

O passar dos anos demonstrará que o direito não caberá no sistema hermético proposto pelo positivismo, alheio às carências sociais e desse impasse surgirão as proposta de Constituição Aberta, além de outras propostas.

1.4 Nosso lado alemão

É comumente dito que o modelo francês influenciou o direito brasileiro, mas pouco se fala do modelo alemão, no qual podem ser encontradas interessantes semelhanças com o nosso, a nos permitir um pensamento comparativo útil. O exemplo histórico alemão é riquíssimo para o estudo de um Estado de Direito que se desenvolve a partir de uma iniciativa do poder real constituído, que aceita limitar-se, tal qual no Brasil.

De modo diferente do que ocorreu na maioria dos países da Europa Ocidental, atingidos pelo espírito revolucionário francês; diferentemente, ainda, do modelo inglês, ou das monarquias que permaneceram absolutistas no século XIX (Rússia e Turquia), os países da Europa Central desenvolveram outro modelo constitucional.

Na Áustria e na Alemanha, no último de modo especial, surgiu o Constitucionalismo Monárquico Alemão, muito diferente do modelo constitucional monárquico do tipo francês, no qual o povo/a nação é titular do poder constituinte. Por outro lado, no modelo alemão, o Monarca não deixou de ser "o verdadeiro titular do poder", já que

> “a Constituição (...) é outorgada pelo Monarca que, assim, aceita limitar os seus poderes. E, ao passo que o Monarca conserva íntegra a sua autoridade em tudo quanto não disponha a Constituição, o Parlamento tem a sua área de acção estritamente demarcada” (MIRANDA, 1990:204).

Segundo Carl Schimt (s/d:63-64),

> “la mejor formulación de la particularidad de esta Monarquía constitucional de estilo alemán se debe a MAX von SEYDEL (Über konstitutionelle und parlamentarische Regierung, 1887, Discertaciones, pág.140): "El Rey parlamentario no puede, cuando su Parlamento se niega a funcionar, remitirse a sua poder"; por el contrario, el Monarca constitucional en Alemania "puede remitirse a su poder", si se presenta un conflicto serio, es decir, que afecte a la cuestión de la soberania y del poder constituyente. El Monarca sigue siendo el sujeto de un poder ilimitado en principio, constituyente, y por eso no susceptible de ser comprendido dentro de una ley constitucional.(...)”

Situação semelhante se deu no Brasil, já que a Independência e o Constitucionalismo de 1824 se deram sem revolução e pelo comando do Monarca D.Pedro I. Como de costume, a ordem precede a "liberdade" - sem juízo de valor, essa é uma característica histórica, que precisa ser considerada com atenção.

2 O QUE A CONSTITUIÇÃO DE 1824 CONTA DA HISTÓRIA E AS NOVAS TENDÊNCIAS

2.1 Direito Constitucional Brasileiro e liberalismo no Império

O liberalismo brasileiro desenvolve-se mais ou menos com as mesmas características européias. A cultura jurídica transforma-se diante do jusnaturalismo, até culminar com o juspositivismo, de regras estáticas e, por isso, muito convenientes para as operações mercantis.

Quanto à ordem e à conveniência positivista, o primeiro aspecto a ser considerado para a compreensão da cultura jurídica brasileira é constatar, como o faz Sérgio Buarque de Holanda, os motivos do sucesso do positivismo no Brasil. Vale lembrar que o Brasil é considerado o único lugar em que o positivismo político vingou oficialmente.

Enfim, o historiador parte do culto da personalidade, como elemento de formalismo e de inconsistência material própria para identificar o positivismo como o regime próprio, com suas características, para atender o anseio dominante:

> "É possível compreender o bom sucesso do positivismo entre nós e entre outros povos parentes do nosso, como o Chile e o México, justamente por esse repouso que permitem ao espírito as definições irresistíveis e imperativas do sistema de Comte. Para seus adeptos, a grandeza, a importância desse sistema prende-se exatamente à sua capacidade de resistir à fluidez e à mobilidade da vida(...)" (HOLANDA, 2002:158).

E vai mais adiante, com uma opinião direta:

> "Um amor pronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas, que circunscrevem a realidade complexa e difícil dentro do âmbito dos nossos desejos, é dos aspectos mais constantes e significativos do caráter brasileiro.(...) O prestígio da palavra escrita, da frase lapidar, do pensamento inflexível, o horror ao vago, ao hesitante, ao fluido, que obrigam à colaboração, ao esforço e, por conseguinte, a certa dependência e mesmo abdicação da personalidade, têm determinado assiduamente nossa formação espiritual. Tudo quanto dispense qualquer trabalho mental aturado e fatigante, as idéias claras, lúcidas, definitivas, que favorecem uma espécie de atonia da inteligência, parecem-nos constituir verdadeira essência da sabedoria" (HOLANDA, 2002:157).

Durante o Primeiro Reinado, a mistura liberal com sua tendência legalista e a nova Carta de Direitos, tal qual as européias, não foram o bastante para vencer as imperativas exigências políticas de uma ordem conservadora. O resultado foi um estoque de incongruências, dentre as quais a principal a ser mencionada é a escravidão.

A escravidão gerou incríveis constrangimentos de todas as espécies. Primeiro na ordem internacional, porque o instituto já não era bem aceito, nem pelo espírito liberal, do ponto de vista econômico, nem pelo ponto de vista humanitário[4]. Depois, do ponto de vista jurídico, porque o tratamento que se deveria dar ao negro, nos termos da Constituição Liberal de 1984, não poderia ser dado porque não aceito politicamente – aliás, essa foi a causa da extradição de toda a família Andrada e Silva e foi o primeiro grande vexame de nossa constituição liberal.

O melhor que se pode fazer foi agravar ainda mais as incongruências, já que o negro entrou num limbo de tratamento – não era mais tratado como coisa, do ponto de vista jurídico apenas, mas também não era reconhecido como ser humano nos termos constitucionais. A saída – esquisita – foi o de aplicar-lhe o Código Orphanológico, como estatuto jurídico, que era o mesmo aplicado aos incapazes, que, no entanto, eram livres e não eram tratados e comercializados como *res*.

Enfim o espírito jurídico liberal brasileiro era em muito outra coisa, e assim a ordem política sempre exigiu da constituição um pouco mais do que poderia dar, o que se pôde compensar, bem ou mal, com o legalismo.

De qualquer maneira, todas as manobras e políticas e toda a aplicação do direito na época visavam, sobretudo, a manutenção da ordem, muito mais do que a busca dos valores liberais em si. Estes seriam, quem sabe, meras conseqüências da ordem. Daí não haver grande constrangimento em negar explicitamente valores liberais em favor da ordem.

Como esclarece o professor Gilberto Bercovici, as duas vertentes liberais, os *saquaremas* e os *luzias*, divergiam quanto ao modo de implantação do liberalismo, mas no resto defendiam os mesmos valores do que poderíamos alcunhar de "liberalismo à brasileira". Destaque-se, contudo, que a visão das oposições não deve mesmo ser simplista, mas do ponto de vista da ordem, a razão parece estar com a similaridade de posições.

Em brilhante texto, o professor Gilberto Bercovici (2004:93-116) relata que

> "a desconfiança dos regimes democráticos deveu-se ao temor de mobilização das massas. Durante a Assembléia Constituinte, o tom geral dos

[4] Negar a existência de ideais humanitários é incidir no erro da visão puramente marxista para quem apenas os motivos materiais estão presentes nas mentes humanas.

> debates era dado pelo medo de uma revolução que alterasse profundamente a ordem social e econômica (poucos se opuseram, como José Bonifácio, à continuidade da escravidão). As grandes divergências se davam no tocante aos limites do Poder Executivo (fato que foi o catalizador de sua dissolução por D.Pedro I) e da definição da abrangência de algumas medidas liberais, como a liberdade de imprensa. A igualdade defendida não era a igualdade de fato. O povo era visto com desconfiança, tido como disposto à turbulência e ignorância, facilmente conduzido por "demagogos". O pacto político exprimiria as igualdades e desigualdades "naturais" da sociedade, devendo a comunidade política ser formada pelos responsáveis pela criação de riquezas do país. Contrários ao sufrágio universal, os constituintes acreditavam que para a representação nacional ser boa, bastaria que fosse bem escolhida, não precisando ser escolhida por todos. Esse liberalismo dissociado da democracia foi mantido pela Constituição de 1824 e seguiu pelo Império adentro."

Além disso, complementa dizendo que

> O grande dilema teórico e prático do sistema político brasileiro seria o de que maneira implantar e garantir a existência de uma ordem liberal no país. A implantação do liberalismo era objetivo comum dos conservadores (saquaremas) e liberais (luzias). O que os separava eram as estratégias de ação. Para os liberais, bastaria a existência das instituições pertinentes, cujo funcionamento livre garantiria o surgimento de uma sociedade similar à inglesa ou americana. Era o chamado "fetichismo institucional". Já os conservadores acreditavam que os valores políticos só se realizariam quando incorporados em instituições cuja operação efetiva seria função da ordem instaurada. A eficácia das instituições seria devida à ordem social e política, incumbindo-se ao poder político existente manter ou eventualmente criar a ordem que correspondesse às preferências dominantes. O Poder Central ainda seria a garantia da liberdade contra o arbítrio particular, pois o poder distante era menos despótico do que o poder próximo, argumento este utilizado como justificativa do unitarismo defendido pelos conservadores. Em suma, a ordem era mais importante do que a liberdade, pois ela seria a garantidora dessa mesma liberdade. Essas divergências eram apenas teóricas. Na prática, as coisas mudavam. Célebre a frase: "*Nada mais parecido com um saquarema do que um luzia no poder*".

2.2 Ordem antes, liberalismo depois

Bom ou mal, pouco importa, mas a dificuldade em romper não com a ordem, mas com determinada ordem é constante histórica. Um interessante exemplo ao valor da ordem é um dos mais interessantes paradoxos brasileiros: o federalismo. Idéia importada do modelo norte-americano, cujas origens e características são escandalosamente diferentes, o federalismo teve que se adaptar a algumas limitações nacionais que quase lhe extraíram a essência. Um vasto território, de cultura unitária, frequentemente preocupado com os movimentos separatistas não pôde outorgar a verdadeira autonomia federativa aos estados que criou – afinal, o modelo era sinônimo de progresso, mas tinha que servir à ordem. Resultado ímpar.

O espírito ordeiro harmoniza-se perfeitamente com o Estado de Direito, entendido como o Estado regido e organizado pelas leis – de preferência racionais. Com certeza encontra-se neste aspecto mais um elemento de força da lei perante o direito. Por isso a preferência da lei à abstrata Constituição. Em outras palavras, os princípios afirmados constitucionalmente nunca possuíram efetividade normativa autônoma exatamente como determinava a idéia positivista e o constitucionalismo de índole francesa, e especialmente em consonância com a cultura local.

Essa cultura persistiu, e a evolução da idéia de uma Constituição efetiva, e da eficácia direta das normas constitucionais foi longa e lenta. O conservadorismo liberal perdurou com muita força até período posterior à constituição de 1988. Há diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, deste período, que ainda negam com naturalidade a eficácia prática a comandos constitucionais.

A respeito da evolução das teorias que pretendem dar aplicação imediata às normas constitucionais, merece menção a obra de Meirelles Teixeira (1997), que lançou as bases da sistematização das normas constitucionais e da sua aplicabilidade, como normas de eficácia plena e de eficácia limitada ou reduzida, sistematizadas em programáticas e de legislação. Pelos mesmos princípios, mas a seu modo, houve a proposição posterior de José Afonso da Silva (1999), que distingue a eficácia plena, a eficácia contida e, a que mais interessa e melhor se relaciona com o objeto deste trabalho, a de eficácia limitada, declaratória de princípios programáticos.

Como se pode verificar a norma programática possui uma eficácia limitada em grau bastante avançado, na verdade, já que não poderia ser invocada como comando normativo, mas apenas como indicação para a atuação estatal.

Embora importante, essa posição parece estar sendo superada aos poucos.

2.3 O individualismo no Estado Liberal

Na ordem liberal não será mais a *raison d´etat* a guiar as ações estatais e individuais. Pelo contrário, a grande ruptura consiste exatamente em substituir o principal valor pelo indivíduo. O Estado Liberal nasce exatamente em função de combater uma tendência de indivíduo pelo Estado, inaugurando a então novidade de Estado pelo indivíduo.

Essa mudança de objetivos estatais implica na passagem do poder político do monarca para os indivíduos, que conjuntamente formam o povo. Segundo lembra Paulo Bonavides (1996:51), comentando Rosseau,

> "transfere-o, intacto, do rei ao povo. Essa transferência não foi percebida por todos os intérpretes da doutrina política, alguns dos quais, com demasiada superficialidade, viram nesse deslocamento da autoridade da mera translação do absolutismo do rei para o povo, conservando-se, assim, aberta a porta que conduzia aos regimes despóticos."

O comentário de Bonavides se justifica na contradição em que se apoiará a doutrina liberal-democrática, da associação das idéias de Rosseau, com seu pensamento monista, e de Monterquieu, para quem os "poderes deveriam ser divididos". Com essa digressão, o constitucionalista brasileiro volta-se à opinião de diversos publicistas, com detaque para Gehard Leibholz, para quem democracia e liberalismo não andarão necessariamente juntos. Ortega y Gasset é igualmente mencionado por chegar à conclusão de que "o liberalismo era uma idéia aristocrática que nada tinha que ver com democracia" (BONAVIDES, 1996:51) e que "a tensão entre os valores de liberdade e igualdade, constitui a essência do drama político de nossos dias".

Por fim, Paulo Bonavides (1996:51), firmado na idéia de que a "democracia-burguesa" ou "democracia-liberalismo" é uma verdadeira contradição, bem encoberta pela ideologia burguesa, em que o poder econômico

> "inicialmente controla e dirige o político (...) porque, depois, o equilíbrio se rompe com a pugna ideológica, que reprimiu e desacreditou o antigo princípio liberal, fazendo que a idéia democrática (igualdade) viesse a preponderar, de modo já inequívoco, como acontece em nossos dias, com a chamada democracia de massas, democracia igualitária, ou, para empregarmos a justa expressão de Burdeau, democracia governante, que se distingue da democracia governada, do liberalismo."

2.4 Individualismo

Com sua concepção, Paulo Bonavides, apoiado em grandes pensadores, indicará o caminho do Estado Social. É a isto que servem seus argumentos e sua estruturação. O jurista pretende demonstrar que a democracia não decorre do liberalismo, exatamente porque o individualismo burguês é anti-democrático.

Importa acentuar que não se pretende negar a importância do individualismo, como ficará muito claro mais adiante, mas em criticar a visão que devota direitos fundamentais e democracia ao individualismo liberal.

A velha priorização do Estado, face ao indivíduo era, sem dúvida, nociva. Contudo, a passagem de uma fase a outra vai se dando por acomodações, sendo que no Brasil essa acomodação parece pender bem mais para a valorização do indivíduo em extremo oposto, com elementos igualmente nocivos aos da velha priorização do Estado. Isso porque indivíduos mais fortes sobrepor-se-ão aos menos fortes e o Estado não interferirá, segundo a regra liberal.

Essa alegação de que o individualismo assume uma posição indesejável é inúmeras vezes encontrada por Sérgio Buarque de Holanda, em "Raízes do Brasil" e releciona-se com um fetiche pelo poder, em especial o poder de um certo tipo de "funcionário público", que tem sua existência cômoda garantida pela posse pessoal de parte do Estado.

Enfim, em contexto histórico, essa valorização do indivíduo será uma novidade revolucionária, sendo inegável o avanço para a época. Isso porque no final das contas, o Estado Moderno só contava com um único indivíduo, na verdade: o Rei. Em regra o Estado era o Rei e o Rei era a figura destinatária das ações.

Neste sentido, encontrar o fundamento de liberdade no próprio indivíduo, assim como uma razão de ser que assiste a cada um representou, sem dúvida, um impressionante avanço, mas os contornos que esse individualismo tomou no Brasil não foram necessariamente bons, e marcam de forma determinante a cultura brasileira, inclusive na sua expressão jurídica.

2.5 Uma Constituição Liberal

Sob essa idéia de individualismo liberal é que são propostas as Constituições, inclusive a brasileira, cada uma com suas peculiaridades. Ela será o documento que organizará o Estado e seus poderes e, na linha de restrições à atuação do Estado dentro da esfera individual, fixará os limites das garantias fundamentais.

Neste sentido, Bonavides (1996: 50) esclarece que

> "a circunstância de algumas monarquias se compadecerem com determinadas formas de cerceamento do poder e tornarem a designação histórica de monarquias constitucionais – que corresponde à abdicação de seu caráter absolutista e uma ponderável concessão do despotismo ao poder emergente da burguesia, como classe social, vanguardeira da soberania, que, segundo Schmitt, apenas nominalmente recai sobre o povo – traz ampla evidência daquilo que já acentuamos, ou seja, de que a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito."

Na verdade, o motivo inspirador das idéias liberais converte-se em princípio oculto das Constituições Liberais. O interesse econômico, que carece de um regime jurídico que propicie um jogo de regras bem definidas com as quais se possa lidar com astúcia é parte da realidade liberal.

O que verdadeiramente norteará as relações jurídicas será a lei, um código de preferência. A Constituição servirá para organizar e limitar o poder estatal, na órbita burguesa, e nisto será plena. No mais, as regras serão legais, determinadas segundo as forças e os interesses consigam fixar mais para lá ou para cá.

Assim, o princípio da legalidade continua sendo o princípio por excelência, porque permite não a previsibilidade por si só, mas a previsibilidade por controle da produção legislativa. Além disso, será sempre considerada em relação aos princípios do direito à propriedade e à liberdade plena – sob a ótica meramente individualista.

2.6 O individualismo liberal história afora, até o Estado Social

A interpretação e aplicação de princípio constitucionais, em benefício de fins sociais, atenta contra premissas historicamente sedimentadas de ordem como pura previsibilidade. Além disso, o foco das questões deixa de repousar sobre dois indivíduos ou indivíduo e Estado e passa a envolver a sociedade como um todo mais frequentemente. Isso representa uma ruptura que precisa ser bem assimilada, não bastando que as velhas estruturas mentais do liberalismo sejam preenchidas com novos idéias, porque a revolução é em suas bases pirncipiológicas e o convívio de bases liberais com ideais sociais é impraticável e atualmente já é a causa dos grandes paradoxos e questões insuperáveis.

Para ser prático, basta considerar que o processo civil que comporta autor, juiz e réu, no velho modelo tripartite da relação jurídica instrumental é coisa do passado. Não só a partir da Constituição de 1988, mas a partir dela sem dúvida com muita intensidade, a velha matriz processual teve que ser repensada. Os interesses coletivos homogêneos e os difusos são meros exemplos de uma realidade não mais comportada por um direito processual pensado para servir a um direito em que a relação jurídica seria sempre entre indivíduo-indivíduo ou indivíduo- Estado.

E não se pode dizer que foi a idéia de direito social a prestação do Estado que cunhou essa nova perspectiva jurídica. Pelo contrário, essa idéia de direito social como direito público subjetivo foi pensada numa estrutura originalmente individualista, mas que pede para ser

repensada, ou em outras palavras, ao invés de uma visão individualista sobre os direitos sociais, como a estrutura acabou provocando, é preciso lançar uma visão social aos direitos individuais.

A dúvida sobre este ponto específico se resolve se notarmos a maneira como problemas que deveriam ser pensados sob o ponto de vista da justiça distributiva continuam sempre sendo considerados estritamente pelo viés da justiça comutativa.

A interrogação que pode ter surgido diante dessa afirmação se "endireita" em exclamação pela compreensão de que o bem jurídico, mesmo o social, requerido pelo indivíduo ao Estado é, na verdade, a parcela da capacidade estatal que deveria ser distribuída a todos com a maior eficiência e proporcionalmente segundo as necessidades pessoais de cada indivíduo, a bem de um interesse social.

Contudo, sem entrar no mérito do acerto ou do equívoco de cada decisão - e muitas provavelmente estarão corretas -, é preciso considerar que as relações de requerente e requerido, quando o assunto é um direito social de prestação muito mais caro do que a média oferecida pelo Estado, não pode ser tratada como uma relação bilateral, mas como uma relação que envolve indivíduo, restante da sociedade e um Estado com grande responsabilidade de atendimento distributivo.

Desse ponto de vista, pode-se dizer que a resposta à charada sobre a melhor forma de pensar casos como o de pedidos judiciais de atendimento pelo poder público de caríssimos tratamentos só disponíveis no exterior, e que acabam nos tribunais, pode ser a aceitação de que o tipo de justiça não é aquela que se aproxima da velha e tradicional relação tripartite do processo civil, mas aquela que considera a sociedade como um todo interessado no atendimento à primazia da dignidade humana, mas que tem a responsabilidade de fazer chegar a todos pelo menos o mínimo.

Assim, pode-se notar que mesmo o direito social de prestação, como o direito liberal podem ser considerados de um ponto de vista estritamente individualista. Neste sistema, a dignidade que vale, na verdade, não será a humana, mas a de cada homem especificamente. Em outras palavras, não se trata de uma relação distributiva de co-participação, mas de relações Estado-individuo, um a um, mas em várias ocorrências idênticas e simultâneas – daí alguns saírem de mãos cheias, enquanto os últimos da fila, de mãos abanando.

O Estado Social não pode ser pensado como um Estado liberal que tem outras atribuições modernas. Em outras palavras, não pode ser pensado como um Estado liberal que

está obrigado a prestar determinados serviços e objetos a cada indivíduo que o peça numa relação indivíduo-velho Estado liberal; e que a vitória do indivíduo é apropriar-se de uma parcela do Estado a que tem direito.

Assim, pó que deve ser repensado não é o rol de obrigações do Estado, conforme disposições constitucionais, mas a idéia de Estado. A manutenção de uma visão historicamente cunhada em bases liberais será impraticável frente às intensas exigências a que o Estado pode ser submetido segundo a ótica moderna.

Além disso, é importante ressaltar que o Estado Social mencionado neste trabalho não deve ser exatamente aquele conhecido na década de 20, do século passado, mas um Estado Social diferente e que funda-se num valor mais importante, até então ausente: a dignidade humana.

Destaque-se que a dignidade humana é uma e não se compõe da soma de cada dignidade. Ela deve ser considerada coletivamente, ou socialmente. É o valor que deve informar o sistema e conformar o direito.

Enfim, essa idéia pode ser considerada a partir da evolução histórica, mas com a organização dos valores segundo uma lógica razoável e não meramente por eventos cronologicamente organizados, da observação do organismo social, mas pode também ser sustentada pela ontologia aristotélica, na qual a natureza humana é considerada una, mas na qual igualmente os seres humanos contêm, cada um, um elemento único e irrepetível, que o torna um ser destacado de sua coletividade.

Daí, portanto, que a necessidade de manejar valores individuais e sociais é um desafio que o direito enfim deve se propor, agora ciente de que o valor mais importante será o da dignidade humana e não mais o legalismo, que nesse momento parece demandar uma abdicação do excesso de individualismo em prol do conjunto.

A crise e a dificuldade de enfrentamento desta questão parece relacionar-se com a concepção individualista da cultura nacional, cultivada desde os primórdios do nosso constitucionalismo, como se pretendeu demonstrar. Assim, desloca-se a ordem da previsibilidade de interesse individual para dignidade humana.

CONCLUSÃO

A Carta Constitucional de 1824 inaugura o Estado Constitucional Brasileiro, sob inspiração francesa, mas assumindo características muito particulares decorrentes de

elementos culturais. Esses elementos culturais serão determinantes tanto na elaboração quanto na interpretação constitucional.

A relevância desta constatação é determinante, ainda, para a reflexão crítica sobre o constitucionalismo atual e para o enfrentamento de questões críticas que surgem neste contexto de renovação constitucional. Neste sentido, as idéias de ordem e de individualismo merecem uma ponderação cuidadosa no contexto histórico, porque continuam até os dias atuais a conduzir as estruturas de pensamento jurídicas.

Como se pretendeu demonstrar, o liberalismo era um anseio brasileiro, mas submetido fundamentalmente ao respeito á ordem. Aliás, trata-se muito mais da ordem instituída do que da ordem em si. Daí não haver um receio de perda de controle tão somente, mas o receio de alterações muito profundas do sistema. Esse é o verdadeiro freio crítico.

Neste contexto, o positivismo encontrou um terreno fértil, já que facilita um direito fixo e estável, previsível e induvidoso, que dispensa digressões e confusões. A certeza e a previsibilidade se tornaram, neste contexto, um valor superior, tão interessante aos interesses políticos – evitava a subversão da ordem e a perda de posição – como ao capital produtivo. Não se trata, portanto, de um jogo de justiça, mas de um jogo de regras a bem do individualismo.

Daí que a Constituição é mero documento de organização estatal, e não um texto regra que chegue a determinar condutas. A inspiração liberal constrói um complexo de princípios, mas cuja aplicação não é de nenhuma forma interessante, já que comprometeriam a ordem. Esse é o caso do comando da liberdade frente à alforria dos escravos.

A mudança de perspectiva foi custosa, mas o liberalismo enfim ocupou o núcleo da ordem, até que propostas renovadoras passaram a investir contra o velho liberalismo, propondo o fim da idéia de justiça meramente formal, e a aplicação efetiva da Constituição.

Novamente a crise que se instala é uma crise de cultura – ou de estrutura mental. Repensar o direito neste sentido exige desprendimento não à ordem, mas ao conteúdo que essa idéia de ordem contém, assim como à velha concepção de Estado. Não se combate, contudo, o respeito ao individualismo, mas propõe-se um juízo crítico aos limites que esse individualismo precisa respeitar para conviver bem com a real idéia de Direitos Sociais.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. *A formação da democracia "oligárquica" no Brasil Imperial* in Revista de Direito Brasileira de Direito Constitucional, n.3, jan/jun2004. São Paulo: Método, pgs.93/116.

_____. *Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição* in Revista Brasileira de Direito Constitucional, volume 1, jan.-jun./2003. São Paulo: Método, pgs.195/201.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 19ªed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRAUDEL, Fernand. *História e ciências sociais: a longa duração*. Revista de História, São Paulo, 30 (62): 261-294 ,acril/junho 1965.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*, São Paulo: Edusp, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ªed., São Paulo: Compnhia das Letras, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Lisboa: Ed.Coimbra, 1992.

_____. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo I, 4ªed., Coimbra Editora, 1990.

SCHMITT, Carl, *Teoria de la Constituición, Série - Grandes Tratados Generales de Derecho Privado y Publico* (vol.VIII), Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, s/d.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto organizado por Maria Garcia. São Paulo: Forense, 1997.

WALLERSTEIN, Immanuel. *"A Nova Divisão do Trabalho Européia (1450-1640)". O Sistema Mundial Moderno*. Lisboa. Afrontamentos, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 3ªed, Fundação Calouste Gulbenkian.