

PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PÚBLICO

AGUSTIN GORDILLO

Agustin Gordillo é uma das mais fascinantes personalidades do mundo jurídico latino-americano. Nesta obra, sua orientação doutrinária é rigorosamente afinada com a inspiração do direito público brasileiro, estando perfeitamente adaptada ao nosso direito, pois muitos dos seus capítulos são novos, integral ou parcialmente, escritos pelo Autor especialmente para esta edição em língua portuguesa.

Claro, simples e incisivo, Gordillo valoriza, como poucos, o alcance e o significado das diretrizes básicas e fundamentais do sistema jurídico.

A matéria abordada é extensa e distribuída de modo a facilitar o estudo, abrangendo, entre outros assuntos, a Metodologia da Ciência e do Direito Público, a "liberdade de estipulação" e as "palavras", a valorização no Direito Público e sua evolução histórica.

Estudando bem as bases políticas, constitucionais e sociais do Direito Público, o Autor aborda a divisão dos poderes, o problema da Soberania, a personalidade do Estado, sua Evolução, Estado de Bem-Estar, planificação e liberdade.

A seguir, aborda a teoria da constituição, Constituição e Estado e a hierarquia das normas constitucionais.

Quanto à Administração, analisa a função administrativa, distinguindo-a das outras funções do Estado, a jurisdição "administrativa" em confronto com a jurisdição "judicial", administração e legislação, discricionariedade e vinculação, revisão judicial, legitimidade e oportunidade.

À vista dessa explanação sucinta da matéria, fica patenteada a riqueza do conteúdo e o significado das lições que a obra encerra.

Traduzida com precisão por Marco Aurélio Greco, um dos mais expressivos representantes da nova geração de juristas brasileiros, configura-se a obra como inigualável, não podendo ser dispensada por nenhum dos nossos juristas.

princípios gerais de direito público

AGUSTIN GORDILLO

com suas virtudes e seus defeitos,⁵² a Procuratura Soviética⁵³ são exemplos para se ter em conta ao serem adotados sistemas independentes de controle. Na Argentina, a Procuradoria do Tesouro da Nação e o Tribunal de Contas da Nação, aperfeiçoada a primeira com a independência de que carece, e com faculdades de suspender ou anular de ofício, atos administrativos (que agora não tem), e aperfeiçoando o segundo com uma integração profissionalmente mais jurídica de seus membros, podem ser instituições a partir das quais podem ser criados os novos e adicionais mecanismos de controle a serviço da mundança, mas, ainda, com um *standard* mínimo razoável de controle de legitimidade dos atos de governo. O *Ombudsman*, de origem escandinava, seja na sua concepção original ou na inglesa, pode ser um organismo que preste um eficaz serviço ao Direito Público latino-americano do futuro,⁵⁴ e cremos que isso deve ser admitido.

52. Ver Lei argentina n. 10.336, de 1964. Silva Cimma, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, tomo II, Santiago, 1961, págs. 318 e segs.

53. Boquera Oliver, José Maria, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, págs. 115 a 120, que também faz uma comparação com a instituição do *Ombudsman*, analisado nas págs. 109 a 111 do seu livro, e assinala a compatibilidade entre os diversos sistemas de controle da atividade administrativa. Assinala, com inteiro acerto, que deve por um lado melhorar-se o sistema de controle contencioso-administrativo em aberta crise (pág. 121), introduzi-lo, quando não existe (págs. 126 e 127), e criar de forma complementar outro sistema de controle que chegue onde o controle contencioso-administrativo não chega (págs. 122 a 124). Em igual sentido, Wade e Schwarz destacam a complementaridade do controle judicial e do controle do "Comissariado Parlamentário" inglês, cobrindo este último os casos de má administração (*maladministration*), abusos, arbitrariedades ou injustiças, normas regulamentares defeituosas etc., que as Cortes não chegam a controlar (págs. 70 e 71).

54. Em sentido similar Real, "Os diversos sistemas...", *op. cit.*; Boquera Oliver, *op. cit.*, págs. 122 e segs., pensam da mesma forma ao que tange a seu País.

CAPÍTULO III

BASES POLÍTICAS, CONSTITUCIONAIS E SOCIAIS DO DIREITO PÚBLICO

I — BASES POLÍTICAS

1. LIBERDADE E AUTORIDADE NO DIREITO PÚBLICO

O Direito Público é, por excelência, a parte da ciência do Direito que mais agudamente coloca o conflito permanente entre autoridade e liberdade. "Estado e indivíduo, ordem e liberdade: a tensão encerrada nessas idéias sintéticas é insolúvel", disse um autor;¹ mas ainda que não cheguemos a pensar que a tensão ou o conflito seja insolúvel, e admitamos a possibilidade de um equilíbrio dinâmico entre ambos, é evidente que a obtenção de tal equilíbrio há de ser uma das mais difíceis e delicadas tarefas da ciência moderna.

A História registra primeiro o despotismo estatal sobre os indivíduos; a seguir e como reação, a acerbção do indivíduo frente à sociedade; por fim e como ideal, o equilíbrio racional dos dois elementos essenciais do mundo livre contemporâneo: indivíduo e sociedade, indivíduo e Estado.

Mas este equilíbrio que se almeja e busca é muito escorregadio e impreciso: o que para uns representa a cômoda solução

1. Haas, Diether, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, pág. 7.

da tensão — enquanto eles não estão envolvidos na mesma — é para outros uma submissão ou um atropelo; na verdade pareceria que essa incerteza tem uma propensão a resolver-se novamente num autoritarismo revivido. É necessário, portanto, buscar o equilíbrio do próprio critério com base no qual se analisarão as tensões e contraposições do indivíduo e do Estado.

Este equilíbrio primário é equilíbrio espiritual e político, é sensibilidade jurídica e humana; é preocupação constante para preencher não só formal mas também substancialmente as solicitações da Justiça.

2. TEORIAS ESTADISTAS DO DIREITO PÚBLICO

Neste aspecto pode encontrar-se amiúde — em livros, decisões, acórdãos — variados reflexos de uma certa insensibilidade humana e uma certa insensibilidade em relação à Justiça. Quando quem analisa a controvérsia concreta entre o indivíduo e o Estado se deixa levar pela comodidade da solução negativa para o primeiro; quando na dúvida condena, resolvendo contra o particular ou administrado; quando na dificuldade do problema jurídico se abstém de abordá-lo e o resolve, favoravelmente, ao poder público, certo de que essa simples circunstância lhe dá alguma cor de legalidade; quando cria, propaga e desenvolve supostas “teorias” que sem fundamento nem análise dão estes e aqueles poderes ao Estado; quando desconfia, evita e nega os argumentos que em certo caso parecem reconhecer um âmbito de liberdade; quando como os débeis se inclinam para o sol dos poderosos — no caso o Estado — então, está sendo destruída uma das mais belas e essenciais tarefas do Direito Público: a proteção da liberdade humana.²

Mais lamentavelmente ainda é que essas atitudes não costumam ser defendidas: ninguém diz abertamente que o Estado é tudo e o indivíduo nada; ninguém pensa assim, seriamente. Inclusive é possível que se expresse com veemência sobre os

2. Como diz Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, México, 1964, pág. 177: “Este ramo do Direito tem como missão salvaguardar os direitos dos indivíduos e grupos frente a invasões indevidas por parte dos órgãos administrativos”; “A delimitação desta área de controle, é, portanto, uma das funções mais essenciais do Direito Administrativo”.

abusos dos poderes públicos, e o respeito às garantias individuais... porém de que vale essa eloquência, se quando se trata de dar uma solução a um problema concreto — há uma pequena questão que não decide a vida e a morte do indivíduo, mas que representa um verdadeiro conflito entre autoridade e indivíduo — são esquecidas as declamações e se resolve facilmente que esse indivíduo nesse caso não tem razão? De que valem aqueles “princípios”, se a seguir em cada matéria e questão de pormenor, se os esquece, contradiz e destrói? Este é um dos principais problemas políticos que afetam o Direito Público.

3. ORIENTAÇÃO A SEGUIR

O equilíbrio político, a sensibilidade jurídica, não se satisfazem somente com declarações sobre a liberdade; devem ser o leit motiv de tudo o que se pensa e resolve sobre Direito Público; devem ser a preocupação constante do jurista não só nos grandes problemas institucionais, mas também nos pequenos e às vezes cansativos problemas diários.

Quantos temas, apaixonantes ou áridos, escondem esse profundo desequilíbrio! Provavelmente passarão muitos anos antes que se os isole e corrija; ou talvez isso não sucederá nunca; porém devemos ter ao menos o princípio diretor, a preocupação constante, para insuflar esse equilíbrio e essa justiça em toda a questão que envolva uma relação de indivíduo-Estado; para revisar com critério profundamente crítico, com a metódica dúvida cartesiana, os fundamentos e soluções de cada instituição ou diminuta questão sobre a qual nos devemos debruçar, com a atenção alerta para descobrir e cauterizar esses desvios e resquícios que constituem o âmago e a raiz da enfermidade social e política dos povos.

E descobriremos assim que muitas vezes é possível dar soluções mais jurídicas e mais técnicas, inclusive do ponto de vista positivo, para controvérsias que um errôneo enfoque político teria distorcido e obscurecido.

4. A DIVISÃO DOS PODERES E O DIREITO PÚBLICO

Também é importante advertir acerca da fundamental importância política que tem a interpretação que se dê à teoria da divisão dos poderes; ela foi concebida como “garantia da

liberdade", para que "o poder contenha o poder", através do mútuo controle e interação dos três grandes órgãos do Estado: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Sem embargo, é muito freqüente que a teoria se distorça, e que a prática não ofereça senão um arremedo da divisão de poderes; por isso é necessário perguntar qual é, realmente, o equilíbrio previsto na Constituição, que ocorre na realidade, e quais são as tendências que devemos seguir ou evitar. A isso nos referimos a seguir.

4.1. EQUILÍBRIO TEÓRICO DOS PODERES

Pois bem, o sistema da divisão de poderes previsto nas nossas Constituições está, em princípio, contemplando um determinado equilíbrio — que não é necessariamente igualdade — a hierarquia **relativa** dos poderes, que pode estruturar-se, na nossa opinião, e sempre com referência ao disposto na Constituição, da seguinte maneira: o Poder Executivo está subordinado ao Poder Legislativo, e o Poder Legislativo ao Poder Judiciário.

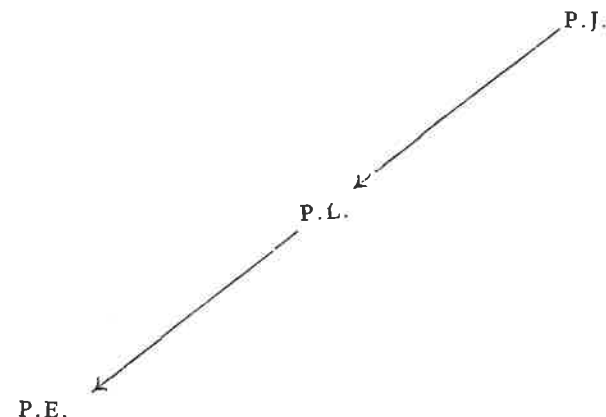
Isso é assim por diferentes razões: em primeiro lugar, a supremacia constitucional do Legislativo sobre o Executivo evidencia-se pelo menos através de uma tríplice preeminência: o Poder Legislativo, 1.º, dispõe na lei de orçamento aquilo que o Poder Executivo pode ou não gastar; 2.º, dispõe o que deve fazer ou não mediante toda a legislação que pode ditar para reger a vida administrativa; 3.º, se não está satisfeito com sua gestão, pode removê-lo mediante o juízo político; 4.º, ainda que o Poder Executivo possa vetar uma lei do Congresso, este pode de todas as maneiras insistir na sua sanção com uma maioria determinada e em tal caso a faculdade de veto do Poder Executivo desaparece. A última decisão nesta relação Parlamento-Executivo, possui sempre, no plano da Constituição, o Poder Legislativo.

Por sua vez, a subordinação do Poder Legislativo ao Poder Judiciário deriva de que o segundo tem a atribuição de declarar antijurídicas, por inconstitucionais, as leis do Congresso, enquanto este não tem atribuição alguma para rever as decisões daquele. Tanto é assim que existe um aforisma de acordo com o qual "a Constituição é o que a Corte Suprema decide que é": estando nas mãos do Poder Judiciário a interpretação final e indiscutível do sentido e alcance das normas

constitucionais, é óbvio que é o Poder Judiciário que tem, no sistema constitucional, primazia sobre o Poder Legislativo. Não altera essa conclusão a circunstância de ser o Poder Executivo com anuência do Senado quem designe juizes, porque em épocas normais — que são as que a Constituição contempla — a estabilidade dos magistrados faz com que a designação de um ou outro juiz para os cargos vacantes tenha efeito só a longo prazo, modificando talvez, interpretações vigentes da ordem jurídica após alguns anos, quando aqueles que o nomearam já não estão certamente em seus cargos.

No que diz respeito ao efeito imediato da designação de magistrados na vida política, este é usualmente mínimo pela composição colegiada dos tribunais superiores. Os efeitos a longo prazo podem alterar o curso da jurisprudência mas não a relação efetiva Poder Judiciário-Poder Legislativo-Poder Executivo.

Graficamente, poderíamos dizer que a relação constitucional de equilíbrio dos três poderes pode representar-se assim:



4.2. DESEQUILÍBRIO REAL

Sem embargo, esse equilíbrio previsto na Constituição não é o que funciona na prática e talvez nunca haja funcionado realmente assim. Por uma série de circunstâncias sociais e políticas, o Poder Executivo não está submetido ao Poder Legislativo mas este é que depende daquele:

1) dado que as nomeações dos funcionários públicos são feitas pelo Poder Executivo, e que uma parte lamentavelmente importante do êxito político dos parlamentares é a sua habilitação para obter retribuições e postos para seus afilhados e patrocinadores, resulta que cada parlamentar está em geral solicitando do Executivo a nomeação deste ou daquele amigo ou correligionário da Administração Pública, com o que o legislador se coloca em posição de peticionário mais ou menos submisso ao Executivo de quem solicita o gracioso favor;

2) dado que o Presidente da República costuma ser, formal ou informalmente e salvo poucas exceções, a cabeça visível do partido governante, os deputados e senadores não podem tampouco tomar uma atitude muito firme de controle, com o temor de prejudicar sua carreira política;

3) o Executivo, que conta com meios de publicidade que não estão em igual grau ao alcance dos legisladores, consegue usualmente criar uma imagem mais popular na opinião pública que a dos legisladores individualmente ou do Parlamento em conjunto; essa imagem popular pressiona por sua vez a favor do Executivo e suas obras reais ou presumidas, e contra o Parlamento, destacando sempre mais os erros e deficiências do segundo que os do primeiro;

4) por vezes, algumas cartas ou estatutos lhes dão uma ingerência formal na própria elaboração da lei.³

3. É o que ocorre no Brasil com a Carta de 1969, segundo explica bem Geraldo Ataliba, *Lei Complementar na Constituição*, pág. 43. Apesar de existirem muitas vozes que propugnaram e propugnam o aumento do poder legiferante do Poder Executivo, e no caso brasileiro essas teses passaram a ser acolhidas no sistema constitucional, também é evidente que a tese é muito perigosa. Diz neste sentido Seabra Fagundes, "Estrutura constitucional brasileira", RDP, n. 21, págs. 9 e segs., pág. 14, que "Tudo que se lhe outorgue, como competência legiferante, além do estritamente próprio, será estímulo a sua tendência natural para a prevalência sobre os demais poderes, diminuirá desnecessariamente a presença do Poder Legislativo no quadro institucional e, por isso, não servirá realmente ao interesse coletivo".

Por isso não cremos que seja exato afirmar que no Estado moderno não há uma necessidade democrática de contrapor o Parlamento ao Poder Executivo. Este pensamento foi exposto por Pontes de Miranda, "Independência e harmonia dos poderes", RDP, n. 20, págs. 9 e segs., pág. 11: "Até o nosso tempo, o Parlamento opunha-se ao Príncipe. Toda conveniência havia em precisar separações de poderes, que tirassem ou impedissem ao Príncipe a função de legislar. Com a demo-

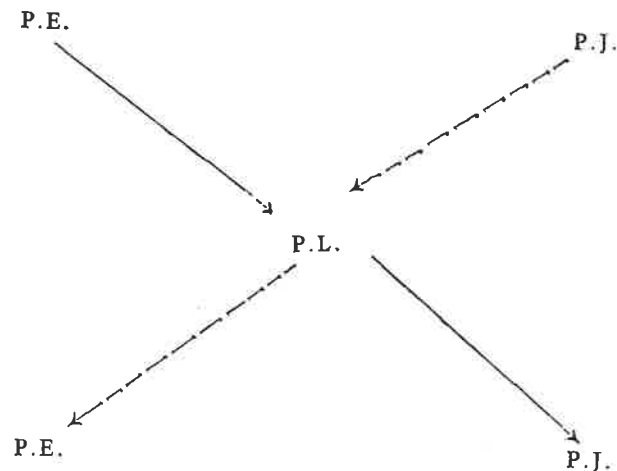
Ademais, a posição do Poder Judiciário acha-se em geral bastante deteriorada, em primeiro lugar, a nosso modo de ver com desacerto, porque tem uma certa responsabilidade política na conduta do governo, e sob esta impressão julga muito benevolamente os atos do mesmo, entendendo estar assim colaborando com ele. Deste modo, não só deixa de exercer sua função, que não é governar mas julgar a aplicação do Direito aos casos concretos, além de também perder pouco a pouco critério diretor do que deveria ser sua atribuição específica. O Executivo, longe de reconhecer essa suposta colaboração, passa então a supor que não está senão fazendo o que deve e desse modo nos poucos casos em que o Poder Judiciário se decide finalmente a assentar seu critério jurídico, este é pouco menos que motivo de escândalo público e o Executivo será o primeiro a protestar por uma suposta invasão de suas atribuições, que sem dúvida não é verdadeira. Como se isto fosse pouco o Poder Judiciário também limita seu próprio controle de constitucionalidade somente aos casos concretos e com efeitos restritos a estes casos; de que só declarará a inconstitucionalidade quando esta seja "clara e manifesta", como se não fosse seu dever declará-la quando existe, seja ou não manifesta etc.

Como resultado de tudo isso o equilíbrio originariamente contido na Constituição entre os três poderes encontra-se pro-

cracia, o fundo popular dos dois poderes é o mesmo. Se há conveniência em redividir o campo de atividade, a democracia não está em causa". Sem embargo, se se adverte que normalmente o chefe do Poder Executivo representa somente uma maioria, ou uma primeira minoria conforme o caso, e que o Parlamento representa geralmente tanto as maiorias como as minorias, pode-se concluir que o Parlamento representa mais genuinamente as distintas tendências e orientações que compõem o total dos setores que por sua vez integram o povo. Finalmente cremos oportuno recordar que é absurdo e ilusório conceber um Poder Executivo ideal e compará-lo com um Parlamento real e defeituoso. Como diz Miguel Reale, "Reforma constitucional", RDP, n. 8, pág. 11, "O Congresso, que é o órgão por excelência do processo legislativo é a imagem do povo que o elegeu. Muito embora possa ser uma imagem que nos desaponte a todos, nem por isso deixará de ser o espelho das opiniões dominantes, de tal modo que um eleito desapontado com os seus representantes está, no fundo, desapontado consigo mesmo".

fundamente alterado; mesmo dentro de um governo *de jure*⁴ passa-se de uma hierarquia — Poder Judiciário-Poder Legislativo-Poder Executivo — que seria a correta, a uma exata inversão: a ordem de prelação relativa, será agora Poder Executivo-Poder Legislativo-Poder Judiciário. Gráficamente seria assim:

RELAÇÃO INCORRETA



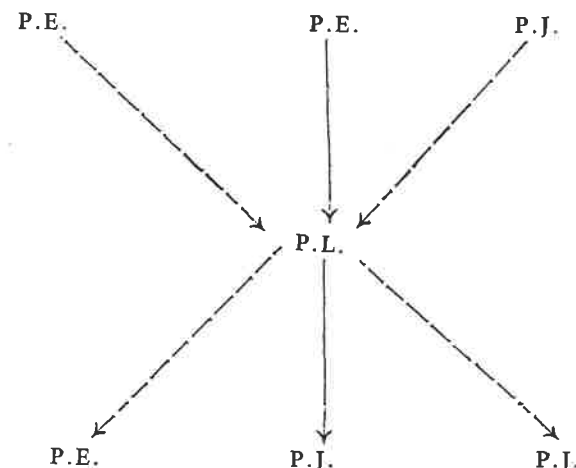
RELAÇÃO CORRETA

gime democrático e republicano. Sem divisão de poderes e liberdade não só não haverá Estado de Direito como tampouco haverá Estado de Bem-Estar algum. Por isso, se queremos chegar ao Estado de Bem-Estar, devemos fazê-lo através do Estado de Direito, e se constatamos que neste funciona mal um dos poderes que o condiciona, o que devemos fazer é corrigir seus defeitos para que funcione bem e não acentuá-los ainda mais.

Se não agirmos assim, levaríamos o desequilíbrio ao seu ponto máximo:

SITUAÇÃO ATUAL⁵SITUAÇÃO POSSÍVEL⁵

SITUAÇÃO CORRETA



4.3. CRITÉRIO DIRETOR A SE ADOTAR

É necessário, pois, ter presente que a crise do Parlamento, com suas conseqüências já vistas, tem por resultado uma fraude ao princípio da divisão dos poderes, que o leva a um extremo sumamente perigoso para a manutenção das liberdades, que tem por função proteger. Por isso, quando se trata de adotar uma atitude diante desta crise, essa atitude não poderá ser jamais a de acentuá-la, despojando o Parlamento das atribuições que não exerceu corretamente e dando-as ao Poder Executivo; se o fizéssemos, estaríamos destruindo já definitivamente a divisão de poderes e com ela a liberdade, base de todo o re-

4. E com maior razão, sem dúvida, se se trata de um governo *de fato*.

isto seria, obviamente, a institucionalização da ditadura. É nosso dever, pois, tratar de solucionar as crises do Parlamento ou da Justiça, fortalecendo-os para que, sem perda do equilíbrio dos poderes, cumpram com a função que o processo de desenvolvimento os exige.

5. Num governo "constitucional" ou *de jure*; se se trata de um governo *de fato*, em que se suprime o Poder Legislativo, então também não existe desde o início divisão alguma dos poderes.

II — BASES CONSTITUCIONAIS. O ESTADO NO REGIME CONSTITUCIONAL

5. POVO E ESTADO

O Direito Público de cada país, e com ele a organização estatal do mesmo, tem uma estrutura formal e um tipo de princípios básicos muito diferentes, segundo seja o sistema constitucional imperante e a maneira pela qual a Constituição haja organizado e constituído o Estado.

Deve-se distinguir entre o povo em si mesmo — titular essencial da soberania — e o Estado juridicamente organizado, que se manifesta através dos seus órgãos habituais — Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário —; a relação existente entre estes dois elementos — povo e Estado — determinar-nos-á a estrutura básica do Direito Constitucional, especialmente do Administrativo, e com ele as características estruturais da organização estatal.

6. SISTEMA DA SOBERANIA EXCLUSIVA DO POVO

De fato, em alguns países a Constituição emana diretamente do povo soberano, pois este através de uma Convenção Constituinte especialmente convocada para isso é que decide sobre sua criação e modificação. Nessa hipótese o Estado organizado nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não tem faculdades para modificar nem alterar a Constituição; ele está sempre submetido ao que a Constituição determina, por vontade do povo soberano diretamente expressada na Convenção Constituinte.⁶

6. Referimo-nos, claro está, a épocas de normalidade constitucional. As épocas obscuras da História em que aparecem governos de fato, desaparecer ou são constrangidos de fato os outros poderes de contrapeso ou em que a própria Constituição fica submetida a "Estatutos" revolucionários ou é ela mesma produto de um "Ato Institucional", não devem ser lembradas senão como o que são, compartimentos fáticos de uma estrutura democrática e republicana de poder.

A Convenção Constituinte não é um órgão do Estado, mas representa diretamente o povo; por isso cabe afirmar neste caso que a Constituição é imposta pelo povo ao Estado. O Estado nasce da Constituição com os caracteres e atribuições que esta lhe fixa; o Estado está, pois, dentro da Constituição e esta não é um produto dele, mas ele é produto dela.⁷ Este é, em sentido jurídico formal, um dos principais elementos que tipificam um Estado de Direito: a submissão de toda organização estatal a um regime jurídico preestabelecido.

7. SISTEMA DA SOBERANIA CONJUNTA DO POVO E ESTADO

Em outros países, por outro lado — e podemos dar o exemplo da França no seu sistema constitucional tradicional (não talvez o atual) — a Constituição não provém diretamente do povo, excluindo a intervenção dos órgãos estatais normais, mas pelo contrário emana diretamente do Estado, que, através de seus órgãos regulares — neste caso o Poder Legislativo — é que cria e reforma a Constituição. Deste modo, o poder soberano do povo não é exercido por este mediante um órgão que não dependa do Estado organizado, mas é exercido diretamente pelo próprio Estado.⁸

Não tem sentido teórico nem valor axiológico, e menos ainda educativo, ensinar ou mostrar como e de que maneira aquelas violações se produzem: isto o sabe qualquer um, lendo unicamente os jornais. Deve por isso, reiterar-se o dever ser constitucional, para que cada um o compare com a realidade que ocasionalmente o transgrida e possa, assim, formar seu próprio juízo de valor sobre a mesma. Porém, um primeiro pré-requisito de poder criticar a realidade fática é conhecer a normatividade constitucional: se não conhecemos intelectualmente o sistema constitucional, mal podemos nos queixar de que outros o desconheçam de fato.

7. Como diz Maunz, Theodor, *Deutsches Staatsrecht*, 9.ª ed., Munique e Berlim, 1959, pág. 37, não se trata de o Estado "ter" uma Constituição, mas de "estar" numa Constituição; que seja esta que contenha aquele. Comparar Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo, 1972, págs. 73 e 74, que dá uma solução distinta no caso do Brasil.

8. Daí a afirmar que é o Estado, através de um de seus órgãos, que exerce a "soberania", não há senão um passo. E isso é, em palavras de Mario Justo López, *Introducción a los estudios políticos*, tomo I, Buenos Aires, 1969, pág. 359, a justificação "sempre do mando

Aqui o povo não *impõe* uma Constituição ao Estado, mas o Estado se dá a si mesmo uma Constituição, de acordo com sua própria vontade e em representação e exercício direto da soberania do povo. O Estado não nasce aqui de uma Constituição, mas a Constituição nasce do Estado com o conteúdo e alcances que este decida: não é o Estado que está contido na Constituição, mas a Constituição é que está contida no Estado.

8. A PERSONALIDADE DO ESTADO NO SISTEMA DA SOBERANIA CONJUNTA ⁹

Destes dois sistemas básicos surgem conseqüências muito diferentes entre si. Na segunda hipótese, em que o Estado se dá a si mesmo uma Constituição, no exercício direto da soberania do povo, não se pode encontrar uma distinção perfeita entre o povo soberano e a organização estatal; ambos se confundem numa continuidade ininterrupta. Neste caso o Estado organi-

— e naturalmente do mando de um ou de poucos — sem restrições". "Com a doutrina da soberania — qualquer que seja sua formulação — se legitima sempre e definitivamente, o governo sem restrições, a possibilidade de opróbrio. As tentativas para despersonalizar a soberania, por nobres e bem intencionadas que tenham sido, resultam estéreis. Se se admite a soberania, admite-se a submissão incondicionada de uns por outros". Em sentido similar se expressa o mesmo autor em seu livro *La soberanía*, Buenos Aires, 1967, pág. 55, onde acrescenta: "Já que é inevitável que alguém mande, que não o faça por conta de seus caprichos, e de nossa desonra"; "Que haja governo sim, governo, todo o governo que seja necessário, porém que não haja governo soberano, 'sem restrições legais' — para dizê-lo com palavras de Bodin — Que o governo dos homens não seja obra da vontade exclusiva de nenhum deles".

Uma vez que coincidimos inteiramente com o juízo de valor de López, pensamos que formular o princípio ou o mito da soberania como soberania exclusiva do povo e em nenhum caso do governo ou do Estado, conduz ao mesmo fim. E pensamos que embora como *mito* — tal como o qualifica López — é inteiramente válida e preferível, por outro lado, do que qualquer formulação em que a soberania possa aparecer de algum modo exercida, direta ou indiretamente por órgãos do poder. Daí a distinção que formulamos no texto.

9. Sobre as diversas teorias existentes acerca da personalidade do Estado, pode-se ver, Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, "A personalidade do Estado", RDP, n. 7, págs. 21 e segs., e do mesmo autor *Princípios gerais de Direito administrativo*, vol. II, Rio, 1974, págs. 41 e segs.

zado nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, detém diretamente a soberania do povo e é, pois, nesse sentido *soberano*, inclusive com referência ao seu próprio povo.¹⁰ Precisamente porque é "soberano" o Estado não está aqui obrigado pelo que a Constituição diz: ela não é um conjunto de normas jurídicas obrigatórias e imperativas para ele, mas ele pode em qualquer momento afastar-se delas sem cometer com isso um ato antijurídico. A Constituição não é assim nada mais que uma expressão de desejos e finalidades produzida pelo Estado, e que o Estado pode cumprir ou não, à sua escolha.

Quando um país tem esse sistema constitucional, então pode-se distinguir a atuação do Estado segundo desempenho como *poder público soberano*, ou por outro lado como pessoa jurídica comum, sujeita à ordem jurídica existente no país. Surge assim em tais países a doutrina da "dupla personalidade do Estado", de acordo com a qual se sustenta que quando o Estado atua como poder público soberano, não está submetido à ordem jurídica e portanto seus atos nunca podem ser considerados antijurídicos, nem podem causar-lhe responsabilidade; quando, por outro lado, o Estado atua no plano comum, seus atos são antijurídicos se violam as normas preexistentes e podem acarretar-lhe responsabilidade. Segue-se do anteriormente dito que os indivíduos não têm autênticos direitos subjetivos frente ao Estado como "poder público", mas somente os têm ante o Estado como "pessoas jurídicas".

Fácil é advertir que isto constitui uma doutrina autoritária e por isso modernamente se tende inclusive nos sistemas considerados em segundo lugar, a suavizá-la, dizendo-se, por exemplo, que a dupla personalidade é "de Direito Público" e "Direito Privado" (em lugar de dizer no primeiro caso que é "soberano", com a conseqüência de irresponsabilidade etc.) e que não tem sempre as conseqüências enunciadas.

10. Deve-se, pois, fazer uma distinção muito rigorosa entre o poder que exerce o Estado sobre seus habitantes, poder que jamais deve ser "soberano". Contudo, diz Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos...*, pág. 96, "Não há, também, uma distinção muito nítida entre poder de império e soberania, havendo quem identifique o *imperium* com a soberania no âmbito interno...".

9. A PERSONALIDADE DO ESTADO NO SISTEMA DO ESTADO DE DIREITO

Porém estes problemas pelo contrário estariam todos falsamente colocados num sistema constitucional como o indicado em primeiro lugar, ou seja, o argentino.

É evidente que neste sistema, em que a Constituição não emana do Estado mesmo, mas que lhe é imposta pelo povo soberano através da Convenção Constituinte; em que o Estado carece de faculdades para modificar a Constituição, estando obrigado por ela; em que, em definitivo, o Estado não tem o exercício direto do poder soberano do povo, as conseqüências são diametralmente opostas.

Se consideramos que **soberania** é um poder **ilimitado** não sujeito a norma imperativa alguma e em virtude do qual pode fazer-se absolutamente qualquer coisa, é óbvio que nesse sistema constitucional tal “soberania” só a tem o povo e não a tem a organização estatal.¹¹ Não a tem o Estado porque ele não possui em nenhum caso um poder **ilimitado**, não sujeito a norma alguma; ele está sempre submetido às normas imperativas da Constituição, às quais deve cingir-se estritamente sem poder de nenhuma forma separar-se delas.

Disto se conclui que o Estado organizado nos três poderes não exerce um duplo jogo de atribuições como ocorria nos

11. Uma distinta forma de chegar à mesma conclusão prática é afirmar, primeiro, que as decisões supremas devem ser adotadas mediante processos que evitem o capricho de uns e a desonra de outros: “Se a eleição se faz, e só é questão de vontade, a doutrina da soberania pode ser esquecida no canto dos trastes imprestáveis” (López, *La soberanía*, pág. 56, onde segue Loewenstein). Por mais que compartilhemos, obviamente, do entendimento de que o poder seja exercido com limites, tantos quantos possamos introduzir-lhe, sempre será questão de **eficácia** estabelecer se serve mais a este fim ter um dogma de soberania popular intransferível a órgão algum do Estado, ou por outro lado, prescindir dele e limitar-se à constante vontade de manter limitações ao exercício do poder. Pensamos que as duas idéias não são necessariamente incompatíveis, e que bem se pode utilizar em todo momento a segunda idéia de contenção do poder, sem abandonar por isso a primeira, que cumpre a nosso juízo uma função, ao menos psicológica, de contenção, sem prejuízo de que possa, além disso, operar dogmaticamente como um método de interpretação do ordenamento jurídico constitucional, segundo veremos no resto deste capítulo e no seguinte.

outros sistemas: na Argentina o Estado nunca tem um autêntico poder público soberano, o poder de império; suas faculdades emergem sempre de uma ordem jurídica prévia que lhe foi imposta e por isso são *infrajurídicas*, isto é, se encontram sob uma ordem jurídica submetidas a ela: se a violam, são *antijurídicas* e carecerão de validade e vigência. O Estado atua assim sempre num mesmo plano: sempre sob a ordem jurídica; sua personalidade¹² é, fora de qualquer dúvida, uma só e os particulares têm frente a ele autênticos direitos subjetivos que podem fazer valer plenamente; se o Estado os desconhece, incorrerá em responsabilidade.

10. O ERRO TÉCNICO-JURÍDICO DA TEORIA DA DUPLA PERSONALIDADE

Não existindo fundamento para efetuar uma distinção entre um Estado como “soberano” ou como sujeito de Direito, tampouco se justifica, ademais, pretender fazer similar diferenciação a respeito da atuação estatal dentro da ordem jurídica como sujeito. Alguns autores¹³ quiseram distinguir entre o Estado como “pessoa de Direito Público” e como “pessoa de Direito Privado”, porém isso é duplamente errôneo, primeiro porque, como veremos, a atuação do Estado moderno está em sua quase totalidade submetida ao Direito Público, sendo muito raro encontrar uma clara submissão ao Direito Privado;¹⁴ segundo porque, ainda que existisse uma aplicação alternativa de Direito Pú-

12. É, sem dúvida, personalidade **jurídica** e não outra, por emergir precisamente de um ordenamento jurídico. Para outras teorias, ampliar em Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos...*, págs. 105 a 109. Ver também o que dizemos mais adiante no n. 15, nota.

13. Bielsa, *Derecho administrativo*, tomo I, pág. 165. O resto da doutrina está contra: Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, tomo 2, Buenos Aires, 1950, págs. 161 e segs.; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, pág. 365 e suas refs. da nota 76; Bullrich, Rodolfo, *Principios generales del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, págs. 127 e segs.; Díez, Manuel M., *Derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, 1963, pág. 69 etc. Em sentido idêntico se manifestou a Procuradoria do Tesouro da Nação, *Dictámenes*, tomo 84, págs. 133 e segs.; tomo 90, pág. 169 etc.

14. Ver em nosso *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, o cap. V sobre “Fontes”.

blico ou Privado à atuação estatal, isso não seria fundamento suficiente para falar de uma **dupla personalidade** do Estado.

Com efeito, é de se advertir que a aplicação de distintos ordenamentos jurídicos a um sujeito não significa que sua personalidade se divida e multiplique; do mesmo modo que um industrial estará sujeito ao Direito Comercial nas suas transações, ao Direito do Trabalho nas suas relações com os operários da fábrica, ao Direito Civil nas suas relações familiares, ao Direito Administrativo e Fiscal nas suas relações com o Estado e ao Direito Penal na medida em que cometa um delito, nem por isso se poderá pretender que tenha uma “quínupla personalidade”: comercial, trabalhista, civil, administrativo-fiscal e penal. Isto seria obviamente um absurdo e igualmente absurdo é pretender que porque ao Estado se lhe apliquem da mesma forma que qualquer indivíduo mais de um grupo de normas, tenha por isso mais de uma personalidade jurídica. A personalidade jurídica é, necessariamente, uma só em todos os casos e isso é também válido para o Estado.

11. CONSEQUÊNCIAS DA PERSONALIDADE ÚNICA DO ESTADO

O advertir que a personalidade do Estado é uma só, não constitui um mero problema acadêmico, mas tem importantes consequências. Em particular, ao negar-se que o Estado tenha uma personalidade **soberana** ou de **império** frente aos particulares e ao sustentar-se que a única manifestação de soberania do Direito Interno se encontra na Constituição que o **povo** se dá, submete-se a pessoa e organização estatal à ordem jurídica constitucional, **qualquer que seja o Poder** que atue.

Não só estarão o Poder Executivo e o Poder Judiciário submetidos à lei, mas também estará o legislador submetido à Constituição, cujos limites e princípios não poderá violar nem alterar ou desvirtuar (art. 28 da Constituição argentina). Desta maneira todos os órgãos do Estado, todas as manifestações possíveis da sua atividade, inclusive as que outrora se puderam considerar como supremas, estão hoje submetidas a uma nova ordem jurídica superior. Este há de ser um passo de suma importância para o posterior desenvolvimento do Direito Público sobre a base dos princípios constitucionais e não só legais ou regulamentares.

12. A TRANSIÇÃO DO ESTADO DA LEGALIDADE AO ESTADO DA CONSTITUCIONALIDADE¹⁵

Deste modo, o que se entendeu ser a máxima aspiração do passado, a submissão dos particulares à lei, ainda que de modo algum se deva nem se possa abandonar, fica de todos os modos relegado como uma etapa a mais na evolução. Já não basta que a Administração esteja submetida à lei, mas é também necessário que a lei esteja submetida à Constituição, que haja uma ordem jurídica superior ao próprio legislador, superando assim o dogma da soberania popular, representada no Parlamento e passando à representação da soberania do povo na Constituição.

Esta transição dá um papel muito importante ao Poder Judiciário, intérprete último do significado das normas constitucionais e portanto da validade das normas legislativas,¹⁶ ainda que nem em todos os países os juízes adotem a postura que lhes compete de acordo com seu dever constitucional. Sobre isto já falamos ao analisar as bases políticas do Direito Público.

De qualquer modo, o Poder Judiciário argentino fixou algumas regras de fundamental importância para o controle da constitucionalidade das leis, enunciando em particular o princípio da “razoabilidade” das leis, de acordo com o qual toda lei que seja **desproporcionada** nos meios que emprega com relação a seus fins ou que seja arbitrária, deve ser tachada de incons-

15. Acerca da evolução histórica deste processo, pode-se ver Pinto Ferreira, “Princípio da supremacia da Constituição e controle da constitucionalidade das leis”, RDP, n. 17, pág. 19, n. 3.

16. Sobre os problemas da transição de uma a outra etapa e a participação do juiz, ver Marcic, René, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957, esp. págs. 231 e segs.; Ermacora, Félix, *Verfassungsrecht durch Richterspruch*, Karlsruhe, 1960, que assinala como principais tarefas da jurisprudência na interpretação constitucional, as seguintes: 1. formulação de um sistema de princípios do Direito Público; 2. assegurar a efetividade dos princípios estruturais da Constituição; 3. desenvolver o Direito Constitucional a partir das normas constitucionais, em geral, e 4. em particular, para a efetividade dos direitos fundamentais e da liberdade, entre outras: *op. cit.*, págs. 12 e segs. Ver também de René Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, págs. 86 e segs..

titucional e, portanto, não aplicada.¹⁷ É de lamentar, contudo, que esta atribuição seja exercida com excessiva prudência e portanto com insuficiência.

13. OS DIREITOS INDIVIDUAIS FRENTE AO ESTADO

De todas as formas, a Constituição não é, neste caso, um programa de governo que pode cumprir-se ou não; é uma autêntica e efetiva **ordem jurídica imperativa** tanto para o Estado como para os habitantes.

Esta ordem jurídica constitucional ao criar o Estado e lhe reconhecer certas faculdades frente aos habitantes estabelece e reconhece também os direitos que os indivíduos possuem frente ao Estado.¹⁸ A Constituição oferece um certo equilíbrio das atribuições que outorga: por um lado reconhece algumas atribuições ao Estado porém, por outro lado, admite certos direitos inalteráveis dos indivíduos. Nem uma e nem outros podem ter supremacia: ambos devem harmonizar-se mutuamente dentro dos lindes da ordem jurídica constitucional. É fundamental advertir que a enunciação dos direitos dos indivíduos não é u'a mera declaração programática:¹⁹ é uma norma jurídica imperativa, imposta pelo povo ao Estado a que também reconhece aquelas faculdades. Tal como assinala Alberdi, "a Constituição se supõe feita pelo povo e emanada do povo soberano, não para refrear-se a si mesmo, nem para pôr limite ao seu próprio poder soberano, mas refrear e limitar aos seus delegatários que são os três poderes que integram o governo nacional".²⁰

17. Ampliar em Linares, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944; Bidart Campos, Germán J. *Derecho Constitucional*, tomo I, Buenos Aires, 1964, págs. 228 e segs.; Linares, *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1971.

18. Como diz Brunner, Georg, *Die Grundrechte in Sowjetsystem*, Köln, 1963, págs. 105/6, é uma característica essencial dos direitos fundamentais que "eles se dirigem contra o Estado", como seu limite, e por isso só serão verdadeiros quando se apliquem "também contra a vontade do Estado".

19. Afonso da Silva, José, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, 1968, págs. 66 e segs.; Geraldo Ataliba, *Lei complementar na Constituição*, São Paulo, 1971, pág. 6.

20. Alberdi, Juan Bautista, *Escritos póstumos*, tomo X, Buenos Aires, 1899, pág. 125.

Em definitivo temos que da ordem jurídica constitucional nascem em igualdade de situação e em equilíbrio necessário os direitos dos indivíduos e as atribuições do Estado; que estas últimas não têm, em nenhum caso, características suprajurídicas de "soberania" ou "império": são simplesmente atribuições ou direitos reconhecidos pela ordem jurídica e carentes de toda peculiaridade estranha ou superior ao Direito;²¹ se estas faculdades são exercidas com excesso, se transformam em antijurídicas e serão deixadas sem efeito pelos tribunais ante o reclamo do indivíduo afetado.

14. PREEXISTÊNCIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS EM RELAÇÃO À LEI

Por tais razões os direitos individuais preexistem às leis e aos atos administrativos: o art. 14 da Constituição argentina expressa similarmente a outras Constituições que os habitantes da nação "gozam dos seguintes direitos conforme as leis que regulamentam seu exercício", ou seja, que os direitos existem e os habitantes gozam deles já, desde o próprio momento em que a Constituição foi ditada. As leis poderão regular os direitos dos indivíduos fixando seus alcances e limites; porém, ainda que nenhuma lei seja ditada, o direito individual existe não obstante, por império da Constituição.

Inversamente, se a lei quer desconhecer o direito individual, regulamentando-o irracionalmente, modificando-o ou alterando-o de qualquer outra maneira, tal lei é írrita e o direito individual mantém sua vigência apesar da lei que, inconstitucionalmente, quis desconhecê-lo. Afirma o art. 28 da Constituição argentina, por sua parte, que "os princípios, garantias de direitos reconhecidos nos artigos anteriores, não poderão ser alterados pelas leis que regulamentem seu exercício" e aos juizes compete declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato administrativo que haja intentado desconhecer ou alterar um direito individual e restabelecer de tal maneira o império da norma constitucional.

Por isso é possível afirmar que as normas constitucionais, e em particular aquelas que estabelecem os direitos dos indivíduos frente ao Estado, são imperativas e devem ser aplicadas

21. Cirne Lima, Ruy, *Princípios de Direito Administrativo*, Porto Alegre, 1964, pág. 123.

tanto se não há lei que as reforcem, como existindo uma lei que pretenda negá-las; vale dizer, existem e devem ser aplicadas tanto **com, contra ou sem** a lei. São, pois, absolutamente independentes da vontade dos órgãos do Estado precisamente porque elas integram uma ordem jurídica constitucional superior ao Estado.²²

III — BASES SOCIAIS DO DIREITO PÚBLICO: ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE BEM-ESTAR

15. OS DIREITOS INDIVIDUAIS NO ESTADO DE DIREITO

Esses princípios que enumeramos anteriormente e outros mais de índole similar, integram assim um dos mais transcendentais avanços na organização política e jurídica dos povos, que se designa em geral sob o nome genérico de “Estado de Direito”. O conceito de “Estado de Direito”, por certo, não é unívoco e sofreu uma evolução que o foi aperfeiçoando: numa primeira fase pode-se dizer que o fundamento era um respeito à lei por parte do Poder Executivo: este era o então, vigente princípio da **legalidade** dos particulares. Logo os limites que o Estado de Direito impõe são estendidos à própria lei: se diz então, como já vimos, que também a lei deve respeitar princípios superiores; é o outro princípio fundamental do respeito à Constituição por parte das leis manifestado através do controle judicial da dita constitucionalidade. O indivíduo aparece, assim, protegido contra os avanços injustos dos poderes públicos numa dupla face: por um lado, que a Administração respeite a lei, e por outro, que o legislador respeite a Constituição. O cerne da questão radica sempre, como se adverte, em

22. Porque, além disso, o fim próprio do sistema é garantir os direitos do indivíduo contra o poder, através da Constituição. Veja-se neste sentido Cirne Lima, *op. cit.*, pág. 105.

que os direitos individuais não sejam transgredidos por parte dos poderes públicos.

Pois bem, esta magnífica concepção do Estado de Direito é antes de tudo negativa: colocar barreiras aos poderes públicos para que estes não possam atuar arbitrariamente em relação aos particulares. A já citada frase de Alberdi pode, novamente aqui, ser considerada definitiva: “a Constituição se supõe feita pelo povo e emanada do povo soberano... **para refrear e limitar seus delegatários** que são os três poderes que integram o governo nacional”. É muito explicável que isso seja assim e muito justificado também, pois sempre tem havido e haverá talvez no mundo experiências de governos totalitários que realizam suas atividades, arrasando os indivíduos: contra esses governos protege-os a idéia do Estado de Direito, como uma barreira, como um limite.²³

15.1. CRISE DO LIBERALISMO CLÁSSICO

Porém, se tudo isso é justificado e completamente necessário, não é suficiente. O tempo demonstrou que o simples cumprimento dos postulados de liberdade e igualdade com proteção do Estado pode resultar em verdadeiros paradoxos pois a sociedade apresenta amiúde diferenças econômicas e sociais entre seus componentes, que se acentuam continuamente num regime puramente negativo de organização política, vale dizer, num regime que se contenta em proteger os direitos de propriedade e liberdade etc. tal e como os encontra, sem preo-

23. Ver também Smend, Rudolf, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1968, págs. 311 e segs., e seu artigo *Bürger und Bourgeois in deutschen Staatsrecht*. O afirmado tem validade plena exceto naqueles casos em que a Carta Fundamental não nasceu de uma expressão de vontade popular constituinte, como ocorre em algumas hipóteses na América Latina. Por isso não aceitamos a idéia de que qualquer Estado que tenha um ordenamento jurídico ao qual esteja submetido é com isso, já, um Estado de Direito. Afastamo-nos assim de Galvão de Sousa, José Pedro, *Da representação política*, São Paulo, 1971, pág. 40, que segue neste ponto Sampay, Arturo Enrique, *La crisis del Estado de Derecho liberal burgués*, Buenos Aires, 1942, pág. 60. Pensamos que a idéia de Estado de Direito, contudo, deve ser complementada segundo veremos, com a idéia de Estado de Bem-Estar ou Estado Social de Direito; tem, entretanto, no mínimo, um valor político de governo popular, além de seu valor dogmático de governo regido por uma Constituição imposta a ele pelo povo.

cupação de melhorá-los quando de fato são insuficientes. Se o Estado se limita a contemplar impassível enquanto as diferenças sociais vão se acentuando de fato, sem tomar nenhuma ação para ajudar aos mais necessitados para progredir paralelamente aos demais, estaria contribuindo praticamente para uma verdadeira negação dos direitos que postula para os indivíduos. De nada serviria **reconhecer** a “todos” os indivíduos um direito à propriedade ou liberdade de trabalho ou de ensinar e aprender, se as condições sócio-econômicas imperantes (miséria, enfermidade, acidentes, ignorância, velhice), excluem permanentemente alguns indivíduos de toda oportunidade de serem proprietários, trabalhar livremente ou aprender e ensinar. Este é o paradoxo que o “Estado de Direito” numa colocação muito tradicional, não tem logrado, ao que parece, superar.

16. AS RESPOSTAS AUTORITÁRIAS: A NEGAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Contra essa aparente contradição surgem em determinado momento as doutrinas que voltam ao ponto de partida: para conseguir condições sociais e econômicas justas para todos, não encontram outro caminho que não a ruptura total do princípio do Estado de Direito: a negação de todos os direitos individuais e a postulação terminante do autoritarismo: é a “ditadura do proletariado” ou quaisquer das outras formas similares que numa corrente negatória dos direitos podem encontrar-se.

Se bem que os autores socialistas falaram e falam com frequência da instauração de uma “legalidade socialista”, esta é, radicalmente, distinta na sua finalidade e na sua função, da idéia de legalidade, habitual no mundo ocidental: não trata de proteger indivíduos ou situações, mas de criar situações novas, especificamente a sociedade socialista.²⁴ Sem prejuízo de que tenha outros méritos, não tem aquele de garantir a segurança jurídica ou a liberdade política e com isso constitui,

24. Ampliar em Boquera Oliver, José Maria, **Derecho administrativo y socialización**, Madrid, 1965, págs. 30 a 36, e sua lúcida comparação da “legalidade individualista”, a “legalidade socialista”, e a “legalidade social”.

obviamente, outro extremo oposto, igualmente, criticável — ainda que com distintos motivos que o do liberalismo capitalista.

16.1. CRISE DO AUTORITARISMO

Contudo, isto também não provou ser uma solução, pois tem a mesma contradição interna do liberalismo clássico, só que em sentido oposto: por pretender assegurar aos indivíduos uma situação econômica e social satisfatória os priva do gozo dos direitos da liberdade em suas diversas manifestações; também é paradoxal, deste modo, afirmar que ao indivíduo se lhe dê uma condição social digna, se não se lhe deixa expressar seu pensamento, trabalhar livremente, entrar e sair do país etc. Assim como não há verdadeiros direitos sem condições econômicas e sociais para exercê-los adequadamente, assim tampouco haverá condições econômicas e sociais verdadeiramente justas, se não se outorgam direitos para desfrutá-las. Este último aspecto pode se recordar com Radbruch que “de nenhuma maneira é direito tudo o que o povo aproveita; mas, que o povo aproveita, em última análise, só o que é direito, o que cria segurança jurídica e o que aspira ser justiça”.²⁵

E, desde já, não nos podemos deixar cair em engano quando nos seja dito que a negação dos direitos individuais é somente temporária, enquanto se rompem as estruturas ou superestruturas econômicas existentes e que uma vez alcançada tal finalidade poderá outra vez dar-se o pleno gozo de todos os direitos, posto que:

1.º) a experiência dos que o pretenderam demonstra que a “temporariedade” é pouco menos que permanência;

2.º) a prolongada inatividade no exercício de um direito termina necessariamente por atrofiá-lo, talvez definitivamente; só o exercício constante dos direitos individuais é a autêntica garantia de supervivência;²⁶

25. Radbruch, Gustav, **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**, Buenos Aires, 1962, pág. 36.

26. Ou como diz Manheim, Karl, **Libertad, poder y planificación democrática**, México, 1960, pág. 168: “... uma vez que a tirania se apoderou firmemente do poder, a resistência cívica dispõe de bem escassos recursos. O momento maior para a ação da resistência é a etapa formativa da ditadura; há que sufocá-la no começo, o que requer

3.º) Ademais, tão válido como querer suprimir “por agora” os direitos individuais para conseguir as condições econômicas desejadas, seria suprimir “por agora” as aspirações de melhor situação econômica para afiançar entretanto tantas liberdades existentes. Ambos os caminhos são ilógicos e contraditórios, pois, o que cada um postula como básico é, em verdade, inseparável do outro. Afirmou Hobhouse, comparando o liberalismo e o socialismo, que na verdade “os dois ideais não existem em conflito, mas se completam”²⁷ e o único verdadeiramente incompatível é, justamente, o resultado incidental que dão: num caso, a perpetuação da desigualdade econômica e no outro a destruição dos direitos individuais”.²⁸

Além disso, há uma profunda contradição em definir a liberdade no seu significado socialista, como uma organização social que “cria as condições ótimas para trazer uma completa resposta às necessidades fundamentais do homem, sejam elas materiais, psicológicas ou intelectuais” e que “permite esta expansão dos comportamentos humanos”,²⁹ se o sistema criado para consegui-lo não permite, justamente, a expansão intelectual, psicológica e cultural e, por vezes, nem sequer física (a mera translação da pessoa de um lugar ao outro, dentro ou fora do país etc.). Nestas condições é absurdo afirmar que se conseguiu cumprir o postulado do qual se partiu. Em outras palavras, o socialismo autoritário encerra o mesmo paradoxo

um nível novo, até agora desconhecido, de atenção alerta por parte do povo, que terá de se precaver contra os perigos que ameaçam a sociedade por parte do pessoal, as técnicas e os estratagemas dos grupos usurpadores”. Em igual sentido, Wade, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, pág. 85/86.

27. Hobhouse, *Democracy and Reaction*, Londres, 1903, pág. 228.

28. Por isso não se deve afirmar categoricamente que “Da liberdade frente ao Estado evolui-se para a liberdade através do Estado. Da limitação dos poderes do Estado chega-se à limitação das prerrogativas dos indivíduos”, como afirma Carvalhosa, Modesto, *Direito Econômico*, São Paulo, 1973, pág. 97; pois pensamos que os dois fenômenos se complementam: liberdade contra o Estado e liberdade através do Estado. Limitação ao Estado e limitação aos indivíduos com poderes desiguais. Ao menos esse é o ideal a que aderimos nas páginas seguintes. Contudo, dito equilíbrio não está sendo logrado, sem dúvida, como bem o demonstra Carvalhosa nas págs. 99 a 103, ao fazer a crítica ao “neoliberalismo” praticado em alguns países subdesenvolvidos.

29. Janne, Henri, *Les problèmes de la planification*, no livro do mesmo nome, Bruxelas, 1963, pág. 123.

e a mesma contradição fundamental que o liberalismo clássico.

É claro que tendo fins, em última instância, coincidentes e profunda antítese nos meios para consegui-los, tanto um como outro fracassem ao realizar uma união de fins e meios. Isso demonstra bem às claras que em ambos os casos os meios eleitos são errôneos e inadequados para produzir os resultados desejados.

17. UMA NOVA SOLUÇÃO: O ESTADO DE BEM-ESTAR³⁰

Afastando-se de ambos extremos e buscando justamente a união daquilo que foi fundamental no Estado de Direito (as garantias individuais da liberdade) e isto que agora aparece como indispensável (a superação da opressão econômica e social) surge nos últimos anos a concepção do “Estado de Bem-Estar” ou Estado Social de Direito,³¹ Estado Social,³² Estado de Desenvolvimento³³ etc. Como disse Treves: “trata-se de uma forma de Estado que intervém ativamente a favor dos cidadãos especialmente dos menos poderosos, os quais mais necessitam de sua ajuda. Seu campo de ação é especialmente econômico, a fim de obter a “liberdade da necessidade”.³⁴ Ou em outras palavras, desde já a idéia central em que o Direito... se inspira não é a idéia da igualdade das pessoas,

30. Ampliar: Treves, Giuseppino, “El ‘Estado de bienestar’ en el Estado de Derecho”, em *Revista de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1959, tomo XVIII, págs. 5 e segs.; Real, Alberto Ramón, *El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)*, Montevideo, 1957; Robson, William A., *The Welfare State*, Londres, 1957, tradução de Jorge A. Difreiri, Buenos Aires, 1965 (mime.); Myrdal, *Beyond the Welfare State*, Londres, 1960; Bonavides, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo, 1961; Dalmo de Abreu Dallari, *O futuro do Estado*, São Paulo, 1972, págs. 175 a 191.

31. Bachoff, Otto, *Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates*, separata, Darmstadt, 1968; Forsthoft, Ernst, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1964, págs. 27 e segs.; Xifra Heras, Jorge, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1962, pág. 39 e segs.

32. Boquera Oliver, José Maria, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, págs. 58 e segs.; Bonavides Paulo, *Do Estado liberal ao estado social*, São Paulo, 1961, págs. 203 e segs.

33. Oyhanarte, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, 1969, págs. 13 e segs.

34. Treves, op. cit., pág. 5.

mas a da nivelção das desigualdades que entre elas existem; a igualdade deixa de ser assim, ponto de partida do Direito, para se converter em meta ou aspiração da ordem jurídica".³⁵

18. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE BEM-ESTAR

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar, é que enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios. Pois bem, que relação há entre eles? Trata-se de uma noção que veio substituir outra?

Na realidade, se tomamos a noção tradicional de Estado de Direito pareceria talvez que foi substituída pela do Estado de Bem-Estar; porém isso não seria verdadeiramente exato. A nosso ver, a noção de "Estado de Bem-Estar" veio a operar como um corretivo para a noção clássica de Estado de Direito, revitalizando-a e atualizando-a, porém, de modo algum suprimindo-a ou substituindo-a. Em rigor a noção de "Estado de Bem-Estar", tomada isoladamente, poderia também resultar insuficiente, porquanto fazia questão fechada na ação positiva que o Estado deve ter, dando em certo modo, por implícita a existência de todos os limites negativos que a doutrina clássica do Estado de Direito se ocupou de construir. Esta hipótese não se pode perder de vista e nem isolar-se conceitualmente,

35. Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, pág. 162, fazendo referência em particular ao direito do trabalho. É muito importante destacar que estas reflexões, no sentido de que o ordenamento jurídico deve buscar a igualdade entre as pessoas e não pressupô-la, de um modo simplista, devem aplicar-se, também, ao Estado: igualmente há de ser aspiração do jurista e do mundo moderno eliminar as arbitrárias submissões que por vezes os indivíduos devem sofrer pelas mãos do Estado; e conseguir também ali a aspiração de igualdade. O Estado deve, além disso, ser demandável, responsável, obrigado etc., como um sujeito a mais do ordenamento jurídico, para que realmente se satisfaça a meta da igualdade humana.

sob pena de cair nos excessos totalitários a que já nos referimos.

Desde já, não existe antítese entre ambos conceitos, como alguns autores advertiram. Como afirma Treves, "Também o "Estado de Bem-Estar" preocupa-se com a liberdade dos indivíduos e se esforça por estendê-la, pondo à disposição deles toda uma série de serviços sociais". O fato de que a idéia do Estado de Bem-Estar implique alcançar certos objetivos de bem-comum, tampouco é demonstração de que seria antitética à noção de Estado de Direito, pois esta também admite a limitação dos direitos individuais com finalidades de interesse público. E em definitivo "se o "Estado de Bem-Estar" reduz, por um lado, a esfera individual, o faz para poder acrescê-la por outro" pelo que, "a afirmação do **Welfare State** não implica, **de per si**, uma negação do **Rechtsstaat**, mas pressupõe, por outro lado sua permanência e até sua expansão".³⁶

19. GARANTIAS INDIVIDUAIS E GARANTIAS SOCIAIS

Dentro da temática do Estado de Bem-Estar fala-se, por vezes, de "garantias sociais" que seriam as manifestações concretas de seus postulados: o amparo ao trabalhador, a assistência social, os seguros sociais etc.; inclusive algumas Constituições modernas incluem entre os direitos dos indivíduos, ao lado dos clássicos, estes "direitos sociais". Segundo a formulação que se lhes dê, tais direitos sociais poderão aparecer como autênticos direitos subjetivos dos habitantes, exigíveis concretamente desde a sanção da norma constitucional e sem necessidade de norma legislativa alguma que os regulamente, ou poderão, por outro lado, resultar em meros direitos programáticos, normas de bom governo que carecem de efetividade real enquanto os órgãos legislativos ou administrativos do Estado não decidem por sua conta efetivá-los.

Entre os primeiros figuram geralmente as disposições que estabelecem o direito de greve, direito essencialmente operativo; entre os segundos, as normas que estabelecem, por exemplo, o direito do trabalhador "à participação na direção das

36. Treves, *op. cit.*, pág. 7. No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1966, pág. 490.

empresas”, normas essencialmente programáticas e que não são exigíveis em lei que as regulamentem. Em geral a própria essência dos direitos sociais exige para sua operatividade a implantação de todo um sistema normativo e institucional, pelo que não só ser suficiente a mera inserção na Constituição de uma “garantia social”. Assinala Burdeau que “os textos que as enunciam estão menos dirigidos a condensar numa fórmula solene as realidades do Direito Positivo, que a trazer para o futuro um programa ao legislador”;³⁷ vale dizer, que geralmente a enunciação constitucional de tais direitos terá um mero caráter programático e não será o atual e real conferimento ao indivíduo de um direito subjetivo. Nessa medida resulta, a nosso ver, duvidosa a suposta necessidade de modificar a Constituição para incorporá-los, já que eles podem ser introduzidos diretamente pela legislação sem necessidade de uma reforma constitucional prévia e ao invés, sem essa legislação e essa instrumentação prática não existirão na realidade, apesar de que na Constituição se os inclua como normas programáticas. Contudo, não interessa aqui teorizar acerca de qual é o critério que terá que se seguir para interpretar uma norma constitucional, a fim de determinar se os direitos sociais que “cria” são normas imperativas ou programáticas; mas colocar qual é a relação concreta que existe entre os “direitos sociais” de conteúdo atual e imperativo e os tradicionais direitos individuais também dotados de imperatividade atual.

19.1. SOBRE A POSSÍVEL CONTRADIÇÃO ENTRE AMBOS

Burgoa, referindo-se à Constituição mexicana, coloca expressamente a questão: “... afirmou-se que nossa Lei Fundamental é incongruente consigo mesma, posto que, por uma parte consagra garantias individuais e pela outra estabelece garantias sociais, conceitos ambos que por vezes se opõem”;³⁸ “ante tal aparente oposição entre as garantias individuais e as sociais, ao menos em matéria de trabalho, formulemos as seguintes questões: são em realidade, incompatíveis as garantias

37. Burdeau, Georges, *Les libertés publiques*, Paris, 1961, pág. 312; Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, págs. 261/262.

38. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, 1961.

individuais e as sociais? Existe efetivamente oposição entre ambas?”³⁹

Este autor resolve a questão assinalando que “as garantias individuais perseguem como objetivo proteger o indivíduo como **governado** diante das arbitrariedades e ilegalidades do poder público, frente aos desmandos das autoridades depositárias do exercício da atividade estatal”, enquanto as garantias sociais tenderiam a proteger somente as classes economicamente inferiores e não tanto frente às autoridades públicas mas frente às classes economicamente mais poderosas.⁴⁰ Em sentido similar Burdeau considera que os direitos sociais são de uma classe e especificamente da classe operária.⁴¹ Não cremos, sem embargo, que o problema possa resolver-se desse modo, primeiro porque as garantias individuais clássicas não só são oponíveis ao Estado, mas também aos demais habitantes (propriedade etc.), ainda que a finalidade essencial seja a primeira; segundo, porque as garantias sociais por sua parte, tampouco são exclusivamente oponíveis a outros indivíduos economicamente mais poderosos, mas também em muitos casos ao próprio Estado (aposentadoria, seguro social, assistência médica); por último, porque não só as classes operárias ou economicamente inferiores podem ser titulares dos direitos sociais; prova disso é que existem sistemas de aposentadoria não só para os operários mas também para profissionais, inclusive para os próprios empregadores, patrões e proprietários em geral; o mesmo pode dizer-se do direito à assistência médica gratuita, tanto no sistema de medicina privada com hospitais públicos, como num sistema de medicina socializada.

19.2. COMPLEMENTARIEDADE

Na realidade ambos os tipos de garantias — se é que uma tal divisão pode efetuar-se — se complementam e reafirmam mutuamente, do mesmo modo que as liberdades públicas também se complementam reciprocamente. Poderíamos acaso dizer que a liberdade de ensinar e aprender seria efetiva sem uma liberdade de expressão do pensamento? Ou que a liberdade pessoal seria completa, sem a liberdade de entrar ou sair

39. Burgoa, *op. cit.*, pág. 185.

40. *Op. cit.*, pág. 186/7.

41. *Op. cit.*, pág. 310.

do país? Evidentemente não: a existência de qualquer garantia de liberdade será sempre mais ampla e efetiva na medida em que também existam as demais liberdades públicas. Do mesmo modo, a existência das liberdades públicas não é de todo real e vigente na medida em que não existam também as chamadas garantias sociais; por isso a existência destas, longe de significar uma contradição com aquelas, implica por outro lado sua revitalização mais completa: como disse Burdeau, os direitos sociais "revalorizam a liberdade".⁴²

Sem dúvida, sempre existirá o problema da medida de cada um dos direitos: se exacerbamos os direitos individuais em detrimento extremo dos sociais (por exemplo, negando a possibilidade de expropriar terras para realizar uma reforma agrária), estaremos desvirtuando o Estado de Bem-Estar; e se exacerbamos os direitos sociais em prejuízo excessivo e não razoável dos direitos individuais estaremos violando o regime do Estado de Direito. Trata-se de uma questão de equilíbrio, a ser resolvida de forma justa e razoável em cada caso; que pode, pela humana falibilidade, decidir-se em alguns casos erroneamente, num ou noutro sentido mas nem por isso configura uma antítese, direta ou indiretamente.

20. A LIBERDADE NO ESTADO DE BEM-ESTAR

Como afirma Robson: **"a liberdade deve desempenhar um papel vital no Estado de Bem-Estar e uma questão crítica do nosso tempo é até onde a liberdade é compatível com um grau substancial de igualdade.** A resposta como Hobhouse claramente anteviu, depende do que entendamos por liberdade. A idéia tradicional de liberdade foi a ausência de restrições pelo Estado. Postula que os homens devem ser livres para seguir a ocupação que eles elejam, dispor de seu capital ou do seu trabalho como lhes aprouver. Devem ter liberdade de expressão e de reunião, liberdade para não serem detidos e encarcerados arbitrariamente, liberdade para se associarem com outros em organizações de grupos com propósitos sociais, políticos ou econômicos. Esses tipos de liberdade são protegidos pela lei, pela administração de justiça independente e pela democracia política. Realmente uma das grandes diferenças entre

42. Op. cit., pág. 311.

Estado de Bem-Estar e o regime totalitário reside na presença de tais salvaguardas da liberdade individual. Nenhum país que tenha polícia secreta, no qual os cidadãos estejam expostos a prisões arbitrárias, onde as idéias perigosas podem levar a juízo criminal, onde é crime propugnar uma mudança de governo, pode ser um Estado de Bem-Estar".

"Não obstante, as antigas formas de liberdade não são suficientes para assegurar o bem-estar, e elas necessitam ser suplementadas por uma nova interpretação da liberdade. A liberdade deve ser positiva e não somente negativa. Deve existir não somente liberdade contra o Estado mas também, liberdade alcançada através do Estado, na forma de oportunidades para o completo desenvolvimento oferecido a cada indivíduo."

Quando alguém contempla a ampla gama de proteção que o Estado de Bem-Estar outorga (legislação protetora das crianças, mulheres, trabalhadores; serviços sociais para reabilitação das pessoas acidentadas, abandonadas e incapacitadas; educação para juventude; serviço de prevenção e cura de enfermidades; fomento das atividades recreativas etc.) conclui-se que: não se pode afirmar que esta vasta estrutura de atividade coletiva, administrada pelas autoridades públicas ou por corpos voluntários ajudados por dinheiros públicos, foi hostil à liberdade. Pelo contrário, incrementou a liberdade de milhões de indivíduos estendendo o campo de atividade aberto a eles, enriquecendo a substância de suas vidas, permitindo-lhes uma oportunidade mais ampla para auto-expressão e participação. Hobhouse assinalou que "existem outros inimigos da liberdade além do Estado, e que é de fato por meio do Estado que os combatemos". Acrescentou, não obstante, "que não podíamos presumir que cada ampliação dos atos do Estado seria favorável à liberdade. Se o estado intervém e controla a vida pessoal e familiar, se decide o que se deve vender e comprar, restringe entrada e saída do país, persegue os homens por suas opiniões, estabelece um sistema de espionagem sobre a vida privada dos seus cidadãos e requer constantes registros com propósitos múltiplos, tais ações são claramente opostas à liberdade".⁴³

Por isso, entendemos que a ampliação da esfera de atividades do Estado é somente admissível enquanto não implique

43. Robson, op. loc. cit.

uma invasão nas liberdades públicas (expressão do pensamento, domicílio e correspondência, reunião, sair do país etc.) ou uma não razoável restrição dos demais direitos individuais; mas assim não só saímos da esfera do Estado de Direito mas também da do Estado de Bem-Estar.

21. A LIBERDADE DO CONSUMIDOR

Uma das críticas que inicialmente foram feitas à planificação e ao Estado de Bem-Estar, é que eles suprimem a liberdade econômica de escolha por parte do consumidor, ao lhe impedir comprar o que quer e forçá-lo a adquirir somente aquelas coisas que o planificador quer que consuma: “se a oferta está fixada rigorosamente em qualidade e em quantidade pelos planificadores a liberdade de escolha estará extremamente reduzida”.⁴⁴

Na realidade, é necessário distinguir entre “liberdade de consumir” e “obrigação de consumir”. Nem uma nem outra existe plenamente num ou noutro caso, segundo veremos.

A liberdade do consumidor se estrutura geralmente ao redor dos seguintes elementos:

1.º) dentro do sistema do mercado livre, as instituições permitem aos consumidores eleger os bens e serviços que lhes dêem maior satisfação; o livre jogo da empresa privada, pois, maximiza a satisfação do consumidor;

2.º) através da liberdade de comprar o que quer o consumidor pode influir mediante sua demanda sobre os planos de produção, condicionando-os para as atividades para as quais haja maior procura.⁴⁵

21.1. CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DO CONSUMIDOR

Refuta-se a primeira afirmação de que não existe verdadeiramente “liberdade do consumidor” posto que:

44. Lambert, M. P., “Les principaux types de planification”, no livro “Les problèmes de la planification”, Universidade Livre de Bruxelas, Bruxelas, 1962, págs. 33 e 27 e segs.

45. Lambert, M. P., *op. loc. cit.*

1.º) o mercado atende àqueles que possuem numerário para gastar, sem que importe a distribuição do numerário entre os indivíduos;⁴⁶ em outras palavras, o acesso do consumidor ao mercado está bloqueado pelas instituições econômicas;

2.º) o consumo dos indivíduos se vê determinado pela sua escala de necessidades, porém esta é por sua vez uma resultante de pautas sociais,⁴⁷ de “hábitos de consumo” que são criados pelo meio social, a propaganda empresarial⁴⁸ etc., com o que sua “liberdade” acaba afetada; afirmou-se, inclusive, que o consumidor atua por **determinismo**;⁴⁹

3.º) acrescenta-se por fim que a satisfação do consumidor não é alheia à planificação e que esta pode também maximizar a satisfação através de uma análise da “estrutura da demanda dos consumidores” e da sua influência sobre os preços relativos do mercado.⁵⁰

Assevera-se também que a planificação em realidade não vem a suprimir essa liberdade relativa que existe num sistema não planificado; que não pretende impor um consumo determinado, mas que o consumidor sempre terá a opção final entre consumir ou não, ou entre que coisas consumir. Afirma-se que a liberdade do consumidor “não ficaria mais suprimida do que pela introdução de um sistema de racionamento análogo ao aplicado em tempo de guerra e que só permite ao consumidor adquirir quantidades determinadas dos diferentes

46. Hagen, Everett E., *Planeación del desarrollo económico*, México, 1964, pág. 23.

47. Bettelheim, Charles, *Problemas teóricos y prácticos de la planificación*, Madrid, 1962, pág. 27.

48. Ver Austruy, Jacques, *Le scandale du développement*, Paris, 1965, págs. 72 e 73. Desde logo, não pode deixar de ser visto o clássico livro de Packard, Vance, *The hidden persuaders*, sobre as sutis formas que a propaganda assume.

49. Bettelheim, Charles, *op. loc. cit.*

50. Dobb, Maurice, artigo “Planificación”, no *Diccionario de economía política*, de Napoleoni, Claudio, Madrid, 1962, págs. 1.299/1.324, que acrescenta, com referência à planificação soviética: “... se se analisam as recentes variações dos preços, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, pode-se comprovar que os artigos que se oferecem em quantidades insuficientes em relação com sua demanda tendem a ser aumentados no período seguinte de planificação, e que a medida de tal aumento depende da medida da insuficiência da oferta.

produtos. Porém, **racionamento** e **planificação** não são idênticos. Pelo contrário, veremos que **não há possibilidade de planificação racional, além dos limites de uma certa liberdade de consumo**".⁵¹

21.2. AVALIAÇÃO DAS CRÍTICAS

Contudo essas observações pecam em parte por serem forçadas. É certo que a planificação não substitui a **opção pura** — que por outra parte não existe — pela **ordem pura** — que seria absurda e irracional; entretanto não é certo que a relativa liberdade de consumir que existe num mercado livre, não sofra alteração alguma ao passar-se para um sistema planificado. É evidente que essa **relativa** liberdade de escolha se vê transformada numa **nova** relativa liberdade de opção ainda que de natureza e alcance distintos. O consumidor já não estará, talvez, bloqueado pelas instituições econômicas, porém em lugar de seus hábitos de consumo estarem determinados por pautas sociais ou pela propaganda empresarial, estarão agora determinados por pautas governamentais e pela propaganda governamental; a maximização da sua satisfação, em lugar de obtê-la de forma principal, diretamente através de seu poder de compra, a obterá indiretamente mediante as valorações dos organismos de planificação.

Também não é certo que planificação e racionamento nunca cheguem a confundir-se: se se adota o princípio da **gratuidade** de alguns produtos como foi ensaiado em alguns países socialistas é evidente que ao faltar o parâmetro dos preços que funciona como elemento de repartição (compra quem quer e também tem o dinheiro para fazê-lo), deve criar-se um novo sistema de repartição: tal sistema só pode ser autoritário, similar aos racionamentos de guerra, já que o produto gratuito ter-se-á de entregar às pessoas que acreditem que não o tenham recebido anteriormente, que se encontrem dentro das condições legais estabelecidas para recebê-lo etc.; em outras palavras, que tenha o vale ou **ticket** de racionamento ou figura na lista que para esse fim se confeccionou.⁵² Como se adverte, a supressão dos preços leva, inevitavelmente, a um sistema

51. Bettelheim, *op. cit.*, pág. 27.

52. Lambert, *op. cit.*, págs. 33 e 34.

de racionamento⁵³ e isto, tanto socialistas como não socialistas estão de acordo, não conduz à satisfação do consumidor.⁵⁴

21.3. A LIBERDADE DE ESCOLHA DEPENDE DO SISTEMA DE PLANIFICAÇÃO ADOTADO

Destarte, é óbvio que os extremos absolutos não devem e nem podem existir em matéria de liberdade do consumidor. Em outras palavras, o que ocorre é que a uma falta de liberdade absoluta se substitui outra falta de liberdade absoluta: por isso, para poder estabelecer que a planificação altera ou não a liberdade do consumidor, é necessário determinar de que natureza é essa nova liberdade relativa que suplanta a anterior: isto por sua vez se consegue analisando qual é o tipo de planificação empregado.

Se a planificação é imperativa e unilateral, então pareceria não haver dúvida de que a anterior liberdade relativa foi substituída por outra de maior relatividade ainda: a maximização da satisfação do consumidor será conseguida somente se o órgão técnico acerta na escolha que tomará unilateralmente e sem consulta à comunidade; ademais sua decisão transformar-se-á numa imposição para toda economia. Por outro lado, se a planificação é indicativa e se o plano só se elabora em plena harmonia com os representantes da comunidade, através de comissões mistas que nele trabalham então, sim, não se pode verdadeiramente afirmar que a planificação limita a liberdade de opção do consumidor, nem que resulte numa restrição da sua satisfação na preferência do consumo que vai ser realizado; pelo contrário, a planificação elimina alguns e não todos, pois isso resultaria impossível — os obstáculos que fazem relativa a liberdade do consumidor e lhe dá nessa medida um grau maior de liberdade de consumo. Desde logo, a **absoluta** liberdade do consumidor nunca poderá existir, seja

53. Lambert, *op. cit.*, pág. 34.

54. Lambert, *op. cit.*, pág. 34. Já citamos acima Dobb, Maurice, quando afirma que "racionamento e planificação não são idênticos... não há possibilidade de planificação racional mais do que no marco de uma certa liberdade de consumo" (*op. cit.*, pág. 27). Quando o bem é gratuito, ninguém se vai privar de consumi-lo, com o que a liberdade de consumo na prática não existe; e para evitar que seja consumido, de forma não igualitária, impõe-se um sistema de controle que não é outra coisa que um racionamento.

num sistema planificado imperativa ou indicativamente ou num sistema não planificado; porém isso não é algo específico do direito de consumir que se deseja, mas comum a todos os direitos, se se tem presente que nenhum direito é absoluto.

Ademais, também tem sua importância para determinar o grau de otimização que se pode obter na satisfação do consumidor, saber se existe ou não uma autêntica liberdade de imprensa: se ela não existe a imprensa só terá algumas críticas anedóticas e mínimas sobre os defeitos do sistema de planificação em satisfazer ao consumidor;⁵⁵ se, por outro lado, “a democracia política é real, se a liberdade de imprensa é real pode haver um controle da qualidade infinitamente mais eficaz”.⁵⁶

22. ORDEM E LIBERDADE

O que acabamos de dizer acerca da falta de absoluta liberdade do consumidor em qualquer sistema e da inutilidade de uma divisão autoritária similar aos racionamentos de guerra, como maximização da satisfação do consumidor, nos leva também ao problema fundamental da ordem e da liberdade.

“Estado e indivíduo, ordem e liberdade: a tensão encerrada nestas idéias sintéticas é insolúvel”,⁵⁷ já se afirmou, porém, não se deve pensar que assegurar simultaneamente a ordem e a liberdade seja impossível:⁵⁸ a tensão ou o conflito não é insolúvel ainda que a obtenção de um equilíbrio dinâmico entre ambos deva ser uma das mais difíceis e delicadas tarefas da ciência moderna. Não é de se estranhar então que apareçam muitas “soluções” que sacrifiquem a ordem pela liberdade ou a liberdade pela ordem.⁵⁹

55. Tal é o caso da revista *Kokodril*, na União Soviética, conhecida por seus gracejos às falhas de qualidade da produção soviética, e que mais que uma crítica do povo a seu governo, “é a crítica dos subordinados pelos chefes”, como acertadamente o indica Lambert, *op. cit.*, pág. 31.

56. Lambert, *op. cit.*, pág. 31.

57. Hass, Diether, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, pág. 7.

58. Schumacher, E. F., “Betrachtungen zur Wirtschaftslenkung in Grossbritannien”, no livro *Planung ohne Planwirtschaft*, dirigido por Alfred Plitzko, Tübingen, 1964, pág. 25.

59. Schumacher, *op. loc. cit.*

Sem embargo, as posições antagônicas que sacrificam um extremo ao outro, em última instância se assemelham: a ordem absoluta em que a liberdade é apenas uma exceção não é senão uma aparência de ordem⁶⁰ e a liberdade absoluta em que a intervenção ordenadora do Estado é também a exceção, não é senão uma aparência de liberdade. É que em definitivo uma existência humanamente valiosa não é possível nem em absoluta liberdade, nem na absoluta ordem: a questão central da política é então: “onde liberdade? onde intervenção ordenadora?”⁶¹ Isto nos leva à questão de determinar não só o tipo de planificação que adotaremos, mas também o tipo de liberdade que queremos alcançar e assegurar e o tipo de ordem que queremos admitir.

23. A DISTINÇÃO ENTRE LIBERDADE POLÍTICA E LIBERDADE ECONÔMICA

Pois bem, já esboçamos nas páginas anteriores uma distinção entre liberdade política e liberdade econômica ou entre liberalismo político e liberalismo econômico, que é de fundamental importância para o tema da planificação e a liberdade. Desde logo se se identifica o termo genérico “liberdade” com liberdade tanto política como econômica estamos dando uma definição semelhante à do *laissez-faire*.

Entretanto, essa assimilação total é inexata: primeiro porque se bem que seja verdade que o liberalismo econômico freqüentemente vai acompanhado do liberalismo político,⁶² não resulta certo o contrário, ou seja, que a falta de liberalismo econômico (o intervencionismo do Estado) seja necessariamente causa de uma supressão das liberdades políticas. Exemplo desse último pode sê-lo a Inglaterra debaixo de governos trabalhistas, país que se pode caracterizar em tais circunstâncias como economicamente intervencionista e contrário ao

60. Schumacher, *op. loc. cit.*

61. Schumacher, *op. loc. cit.*

62. A inexistência de controles econômicos só ir acompanhada da inexistência de restrições políticas, embora isto não seja uma regra absoluta, como o assinalamos na nota seguinte. Igualmente, é freqüente que as pessoas liberais em matéria política sejam também liberais em matéria econômica, quer dizer, que participem plenamente da velha idéia do *laissez faire*.

laissez-faire, porém politicamente liberal e sumamente cioso das liberdades públicas.⁶³

De tudo isso tiramos a conclusão de que ambos os tipos de liberdade se dissociam e que uma não é necessariamente determinante da outra. Pelo contrário, procuraremos indicar nas páginas que seguem que a união da plena “liberdade econômica” com a liberdade política resulta de fato negatória ou atentatória contra a segunda; em outras palavras, que a liberdade política não existe de fato plenamente quando haja também, ao mesmo tempo, um completo liberalismo econômico caracterizado pela clássica máxima do *laissez-faire*.

Ao contrário, deverá notar-se igualmente que a existência de liberdade econômica sem liberdade política também resulta, em última instância, irreal. Isto nos leva à aparente contradição entre o conceito “liberal” de liberdade (ausência de toda restrição de qualquer natureza por parte do Estado) e o conceito socialista de liberdade (que a organização social permita às pessoas o máximo de expansão)⁶⁴ pois, se se pensa bem, ambos os valores coincidem no seu fim último, divergindo, por outro lado, em qual seja o meio pelo qual esse fim deve expressar-se. Sobre isso trataremos a seguir.

24. O TIPO DE PLANIFICAÇÃO E A LIBERDADE POLÍTICA

Contudo é conveniente recordar novamente que o tipo de planificação que se adote sempre tem uma certa força atrativa em relação aos caracteres mutuamente similares. Não se deve esquecer que ainda que seja possível fazer uma planifi-

63. Ademais, a afirmação de que o liberalismo econômico leva ao liberalismo político nem sempre é exata: pode servir de exemplo disso o caso da Rodésia, que sob o presente regime pode ser considerada um país economicamente liberal, porém politicamente autoritário: em igual situação se encontra provavelmente a África do Sul.

64. Janne, Henri, em seu estudo sociológico sobre *Les problèmes de la planification*, no livro de igual título da Universidade Livre de Bruxelas, págs. 117 e segs., e, pág. 123, considera que ambos sistemas de significação são antinômicos; sem embargo, cremos melhor, como o indicamos no texto, que têm uma profunda coincidência valorativa, e que só se diferenciam por outro lado, embora radicalmente, nos meios com os quais cada um considera que devem ser obtidos os fins buscados.

cação economicamente intervencionista, parcialmente imperativa, porém politicamente liberal, será muito difícil que a planificação seja politicamente liberal se além de economicamente intervencionista é socialista, centralizada, total, completamente imperativa.⁶⁵

25. O EQUILÍBRIO ENTRE LIBERDADE E EFICÁCIA

Como diz Medina Echevarría: ⁶⁶ “As formas totalitárias — soviética e de outros tipos — serão, talvez, mais eficazes em muitos casos, porém o homem, herdeiro da melhor tradição européia, preferirá sempre a possibilidade de diálogo ou se se quer, o valor intangível da **legitimidade** sobre o pragmatismo da **eficácia**”. “É evidente que nunca existiram regimes perfeitos nem momentos sem mácula — nem a própria Atenas de Péricles — porém todo o esforço europeu consistiu em manter, à inglesa, um mínimo de equilíbrio entre o poder civil e militar, o temporal e o espiritual, o político e o econômico, o administrativo e o parlamentar. Momentos claros foram quando isso se conseguiu: os momentos escuros, quando se impôs a confusão ou o predomínio transitório de um ou outro”.

É necessário então buscar e encontrar, ao empregar a planificação como instrumento de desenvolvimento econômico e social, equilíbrio entre a eficácia e a liberdade e procurar que nenhum deles seja sacrificado pelo outro; devemos buscar a eficácia, porém nunca à custa da liberdade. Lamentavelmente “as mais nobres entre as palavras que o homem inventou são como facas sem ponta pelo uso”; “Por desgraça não há palavra mais desgastada que “liberdade”. Importa, sem embargo, invocá-la novamente, com a esperança de apreender seu sentido primogênito”.⁶⁷

65. Ampliar em nosso livro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, 1973.

66. Medina Echevarría, José, *Consideraciones sociológicas sobre el desarrollo económico*, Buenos Aires, 1964, pág. 129.

67. Medina Echevarría, *op. cit.*, pág. 130.