

Dialética da tensão.

Poder estatal — Direitos do Homem

GERALDO ATALIBA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo e Adjunto da Universidade de São Paulo.

a) *Preliminares*

Os debates em torno dos esquemas de organização do Estado que ora se desenvolvem no Brasil — tendo em mira equacionar adequadamente a questão da segurança do Estado, de um lado e os direitos do homem de outro — para serem fecundos e conduzirem a uma fórmula duradoura, não podem deixar de ser iluminados pela compreensão das exigências da clássica teoria da tripartição do poder, posta na raiz do constitucionalismo.

É aspiração universal o pleno estabelecimento do estado de direito. Este, na aguda observação de BALLADORE PALLIERI, se caracteriza pela subordinação do Estado à lei, e também pela submissão do Estado à

jurisdição. Não basta, pois, para se ter o império do direito, que o Estado se subordine à lei. É preciso que também se sujeite, como qualquer outra pessoa, à jurisdição independente, em igualdade de condições jurídicas.

O equilíbrio da fórmula a ser adotada dependerá da lucidez dos responsáveis por sua adoção e institucionalização. Tudo é preciso fazer para evitar, de um lado, o Estado fraco, inerte diante das forças de desagregação e doutro o Estado super-forte, destruidor dos direitos individuais.

Sempre atual e válida é a advertência de BENJAMIN FRANKLIN: quem sacrifica a liberdade, em nome da segurança, não merece nem segurança nem liberdade.

Esta sábia afirmação parece ter sempre estado presente no pensamento das elites responsáveis pela preservação e desenvolvimento das instituições políticas mais tradicionais — e, por isso, mais sólidas — do mundo: as norte-americanas.

Dela precisamos saber extrair pleno proveito agora, sob pena de incidirmos na maldição que traz implícita.

Para se construir um esquema institucional, é preciso definir qual ou quais os bens fundamentais que desejamos promover e proteger.

Quer-se um Estado suficientemente forte para amparar a Nação, mas, cuja força não possa, em nenhuma hipótese, ofender, menoscar, ferir a liberdade dos seus componentes.

O valor supremo a ser promovido e protegido, pois, é a liberdade.

b) *Liberdade, como supremo bem do homem*

A luta do homem na sociedade sempre foi dirigida à conquista de um clima de liberdade. O drama individual e social do homem é o eterno desafio consistente entre as exigências da autoridade e da liberdade. Estas noções não se excluem, mas se completam. O ideal está na existência de autoridade firme que, precisamente, garanta a liberdade.

Todos os movimentos políticos, todas as teorias políticas sempre tiveram por centro e fim a equação do problema da liberdade. Só se compreende o homem em estado de liberdade. O homem só é homem se for livre. A liberdade é exigência da própria natureza humana.

A própria sociedade só se explica como instrumento de libertação: libertação das servidões naturais, em primeiro lugar. Libertação das outras servidões, logo depois. Ambas são essenciais ao homem, que par-

ticipa concomitantemente do mundo da cultura e do mundo da natureza. O homem engendra as diversas sociedades em razão de exigências de sua própria natureza, exatamente para se libertar do frio, da fome, das agressões da natureza e, em segundo lugar, para estruturar em torno de si uma vida social que lhe garanta a própria liberdade.

É crença universal que o homem foi feito livre pelo Criador. Que esta liberdade é um dom essencial que o próprio Criador respeita e quer ver respeitado. É uma inclinação inexorável, inelutável, do próprio homem. O clima do homem é a liberdade. Sua natureza exige a liberdade. Sem liberdade não paga a pena viver. Estas idéias fundamentam o maravilhoso documento que é a declaração de independência das colônias inglesas na América do Norte. Elas lastreiam toda a revolução burguesa, que se estendeu pelo mundo ocidental inteiro, inclusive a América Latina. Daí a circunstância de todos os Estados americanos — tanto do sul quanto do norte — possuírem instituições semelhantes.

Foi por causa da liberdade que o homem lutou, expôs sua vida, deu seu sangue e arrostou os maiores sacrifícios e renúncias, ao longo da história. O altruísmo dos heróis levou muitos homens a renunciarem à própria liberdade, na luta pela liberdade dos outros. Os movimentos políticos do século XVIII, de caráter revolucionário, tomaram em seu conjunto o nome de revolução burguesa. Sua expressão jurídica foi o que costumamos designar por constitucionalismo.

É postulado fundamental do chamado mundo ocidental e cristão — que a nós incumbe construir, preservar e desenvolver — a existência de um verdadeiro direito natural à liberdade, anterior e superior ao próprio direito do Estado.

Liberdade de ir e vir, liberdade de crer, liberdade de pensar, de se reunir, trocar idéias, associar-se, usufruir dos dons materiais que estão à nossa disposição, para nosso aperfeiçoamento.

Este rol de liberdade e direitos fundamentais, oponíveis ao próprio Estado — já que assegurados nos diplomas constitucionais dos Estados que adotam este tipo de constituição — consta da declaração de direitos do homem e do cidadão, formulada pela revolução francesa e adotada *mutatis mutandi* por todos os Estados ocidentais.

Hoje, a ONU levou a maioria dos Estados participantes a assinar declaração de igual conteúdo.

A maioria dos Estados ocidentais já assegura, em seus textos constitucionais, pelo menos os direitos mais fundamentais (Carta Constitucional de 1969 — art. 153).

Eis as liberdades fundamentais que o homem afirma trazer consigo, como título de grandeza, oponíveis ao próprio Estado. Efetivamente, o Estado moderno foi construído, da forma que o conhecemos, exatamente

para preservação desta liberdade, para torná-la o mais efetiva possível. A pedra fundamental de todas as construções político-jurídicas modernas é a liberdade do homem.

Pois, foi deste ideal que surgiu a teoria da tripartição do poder, que encontra em MONTESQUIEU o seu primeiro pregador moderno e sistematizador completo. E MONTESQUIEU fora buscar na Inglaterra, no princípio básico do constitucionalismo inglês, aquilo que lá se designava por "rule of law" (governo das leis e não dos homens).

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO esclarece bem que tal fórmula "não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o *Bill of Rights*, de 1688" ("Curso de Direito Constitucional", 4ª ed., 1973, pág. 76).

DALMO DALLARI demonstrou como, a partir das categorias de Aristóteles, esta doutrina foi sendo construída gradativamente ("Elementos de Teoria Geral do Estado", Ed. Saraiva, S. Paulo, pág. 188). E relata que "já no século XIV, no ano de 1324, aparece a obra *Defensor Pacis*, de Marsílio de Pádua, estabelecendo uma distinção entre o Poder Legislativo e o Executivo".

E depois traz à colação a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) cujo § 5º proclama que "os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário" (*op. cit.*, pág. 190).

Merecem ser lidas com detença as lições de DALMO DALLARI a respeito, pela clareza didática aliada a rigor científico e acuidade teórica.

As leis são universais, abstratas e genéricas: não podem comportar qualquer capricho, qualquer partidarismo, preconceito ou perseguição. Devem ser aplicadas assim aos amigos como aos inimigos, inexoravelmente, toda vez que se verifique a hipótese prevista pelo seu enunciado normativo. O "governo das leis e não dos homens", exatamente, exclui a aplicação casuística de critérios que variem, conforme a pessoa sujeita à lei.

Este postulado foi trazido para o ideário do constitucionalismo moderno, alicerçando a teoria da tripartição do poder. Se os órgãos da representação popular formulam as leis como normas primeiras, genéricas, abstratas e universais e, se estes órgãos parlamentares, com função legislativa, estão limitados exclusivamente a esta função (o enunciado destas normas), decorre que esses órgãos não ofenderão a liberdade. Isto porque, dada a generalidade e universalidade das normas que formulam, elas serão aplicadas a todos.

Por isso CIRNE LIMA afirma que o "traço essencial da lei é a generalidade".

Nada faz o Estado, sem uma lei que o determine ou autorize. E a lei só será verdadeira lei (e, portanto, obrigatória) se for genérica e abstrata.

Esta é exigência fundamental do constitucionalismo; postulado básico do estado de direito.

Daí sublinhar o constitucionalista CELSO BASTOS: “qualquer que seja a atividade estatal, deverá sempre ser precedida por normas... abstratas e gerais” (“Elementos de Direito Constitucional”, Ed. Saraiva, 1976, 2ª ed., pág. 96), expondo lição de validade universal, antes tão bem explicada por SEABRA FAGUNDES, no seu incomparável “Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”.

Em segundo lugar, porque, da própria idéia de constituição decorre a existência de umas tantas normas superiores às próprias leis, contendo limites ao exercício da função legislativa, de forma a não lhes permitir a infração daqueles limites fundamentais que, exatamente, não de constar do texto constitucional, uma vez que são a sua justificação e porque a sua preservação é o objetivo final da idéia de constituição.

Mas, a aplicação destas leis aos casos concretos, a execução destas leis, quando esteja a cargo do Estado, deverá ser desempenhada por outros conjuntos de órgãos, independentes e autônomos, órgãos estes que ficarão adstritos à sua (da lei) integral observância, obrigados a verificar a ocorrência das hipóteses previstas na lei e à aplicação estrita dos mandamentos nela previstos.

Destarte, também estes órgãos — exercendo a função pública, desempenhando o poder público — não poderão oprimir o homem ou violar a liberdade, já que não lhes é dado acrescentar, ampliar, diminuir ou suprimir aquilo que na lei se contenha.

Se, neste esquema, os órgãos que praticam os chamados atos particulares forem obrigados a obedecer a um critério prévio, normativamente fixado, também eles não podem favorecer ou perseguir a quem quer que seja. Ao aplicar a lei ao caso concreto, devem ater-se rigorosamente aos mandamentos da lei.

“Os atos concretos — enfatiza CELSO BASTOS — só serão legítimos na medida em que forem praticados com fundamento nas normas gerais” (*op. loc. cit.*).

Não há, no estado de direito, ato jurídico concreto, de compulsão a alguém, que se não funde ou baseie em norma precedente.

Esta atividade subordinada à lei se denomina administrativa.

Seu gabarito, critério, justificação, fundamento e limite é a própria norma legal.

E, na hipótese de surgirem conflitos ou contendas — em torno da aplicação daquela norma genérica aos casos concretos — o Estado deverá, se necessário com uso de sua força, assegurar a rigorosa observância da norma abstrata, bem como o respeito às normas superiores constitucionais, através de um outro conjunto de órgãos igualmente autônomo e independente. A única função deste terceiro conjunto de órgãos é a rigorosa obediência à lei. Tais órgãos terão poder para impor esta rigorosa observância das normas.

Tal tarefa corresponde à função judiciária, consistente em “dirimir, em cada caso concreto, as divergências surgidas por ocasião da aplicação das leis... Tanto esta quanto a executiva, são atividades de aplicação da lei a casos concretos” (CELSO BASTOS, *op. loc. cit.*).

Na base desse princípio, explica BALLADORE PALLIERI, “está o conceito segundo o qual a multiforme atividade exercida pelo Estado pode ser dividida segundo uma fundamental tripartição, em atividade legislativa, executiva e judiciária. Cada uma destas três atividades seria, por suas características próprias e intrínsecas, e por sua natureza, diversa das outras”.

A idéia da distinção entre atos gerais e atos especiais é de ARISTÓTELES. A teoria da “separação dos poderes”, exposta magistralmente por MONTESQUIEU, fora consagrada na Inglaterra, de forma bastante explícita pelo *Bill of Rights*, de 1688.

A Inglaterra chegou evolutivamente a esta estrutura constitucional, que foi imposta na Europa pela revolução francesa, animada pela exposição do autor do “Espírito das Leis” que, precisamente, descreve os princípios informadores do sistema constitucional inglês.

Esta doutrina cuja formulação científica se deve a MONTESQUIEU, salienta que é de fundamental importância a distinção entre atos gerais e especiais.

Há, efetivamente, atos que se voltam individualmente a pessoas ou a casos determinados ou determináveis: são os atos pelos quais se nomeiam aqueles que vencem um concurso público, a exigência de tributos de uma determinada pessoa, a chamada às armas de determinada classe; todos estes atos se dizem especiais. Há, pelo contrário, atos que se referem abstratamente a pessoas ou a situações não determinadas no momento em que o próprio ato surge: a norma do código penal que prevê, como crimes, certas ações, a norma tributária que prevê o pagamento do imposto, a norma que dispõe a obrigatoriedade do serviço militar, não são emanadas com referência a pessoas determinadas; são regras que atingem quem quer venha a se encontrar em determinada situação.

Estes atos são chamados atos gerais, porque se referem a situações abstratas, gerais e não a situações individuais e concretas. A teoria da

divisão dos poderes postula que quando o Estado pretenda exercitar qualquer atividade deve, antes de tudo, predispor-la preventivamente, regulando-a por meio de atos deste último tipo, isto é, atos que contenham normas gerais. O Estado não pode iniciar concretamente a sua ação em um ou outro campo e expedir comandos a um ou outro súdito sem antes ser disciplinada a matéria de modo geral, ditando em abstrato as regras para a própria atividade, os limites e modalidades destas. Só em seguida poderá passar à ação concreta, sendo esta última vinculada pelas normas gerais e não as podendo contravir.

Porque a atividade voltada para a emanção de atos gerais se denomina atividade legislativa e aquela concreta atividade voltada para a emanção de atos especiais ou dirigida à ação material se denomina atividade administrativa, a teoria da divisão dos poderes termina por afirmar que a atividade administrativa deve ser precedida da legislativa e nesta encontra seu guia, o próprio fundamento e os próprios limites.

A teoria da divisão dos poderes sustenta, enfim, que devem ser distintos os órgãos propostos a uma ou outra atividade, de tal forma que os primeiros órgãos — emanando suas normas gerais, sem descer a providências concretas — e outros tomando somente providências concretas nos limites das normas gerais, nenhum deles possa exercer opressão, ou favorecer a qualquer pessoa.

O mérito do pensador francês não está na originalidade do discernimento entre atos gerais e atos de aplicação, já distinguidos desde ARISTÓTELES, mas, no preconizar que tais funções devem corresponder a órgãos distintos e autônomos (independentes e harmônicos, reciprocamente). “À divisão funcional, deve corresponder uma divisão orgânica” (CELSE BASTOS, *op. cit.*, pág. 97).

DALMO DALLARI enfatiza que esta fórmula foi engendrada “para assegurar a liberdade dos indivíduos”, sublinhando que “quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Executivo, não há liberdade” (“Elementos de Teoria Geral do Estado”, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1972, pág. 186). É, pois, a tripartição do poder “artifício eficaz e necessário para evitar a formação de governos absolutos” (*op. loc. cit.*). Isso se deve obter por tal mecanismo, como assinala MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, de modo que “nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais” (“Curso de Direito Constitucional”, Ed. Saraiva, 4ª ed., 1973, pág. 76).

DALLARI não deixa de ser bastante insistente em salientar que “a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial” (*op. cit.*, pág. 188).

Há, entretanto, uma terceira atividade do Estado: toda norma geral pode dar lugar a discussões e incertezas na sua aplicação aos casos

concretos. Pode sempre haver dúvida sobre se o ato concreto da autoridade administrativa ou a ação das pessoas particulares é conforme com essas normas, dando ensejo a controvérsias a esse respeito. Há, portanto, uma outra atividade do Estado voltada à solução de controvérsias que surgem por ocasião da aplicação das normas gerais, atividade esta que se denomina jurisdicional.

A teoria da divisão dos poderes sustenta que também para esta atividade devem ser instituídos órgãos distintos dos legislativos ou administrativos, numa "divisão funcional de poder" (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *op. cit.*, pág. 76).

d) *Atos e funções estatais*

De forma tal que, em última análise, pela teoria da divisão dos poderes, há três distintos grupos de órgãos: a) os que emanam normas gerais, b) os que tomam providências concretas, dentro dos limites traçados pelas primeiras e, por fim, c) aqueles que, em caso de controvérsia, decidem da conformidade dos atos particulares com o disposto nas normas gerais.

BALLADORE PALLIERI prefere referir por administrativa a atividade do Poder Executivo, para não sugerir o erro de se entender que a este incumbe somente a mera execução das leis. A autoridade administrativa tem bastantes poderes discricionários e sua tarefa não é tão simples como apenas dar execução à vontade legislativa, mas implica muitas iniciativas, avaliações, tomadas de posição, decisões etc. Mas, o que juridicamente caracteriza sua atividade, segundo o magistério insuperável de RUY CIRNE LIMA, é "atuar debaixo da lei", ou como diz SEABRA FAGUNDES: "administrar é aplicar a lei de ofício".

Não é exato, entretanto, por outro lado, dizer que a lei funciona para a administração só como limite. É necessário ter bem presente que o Estado fica, no que respeita à lei, em posição bem diversa do indivíduo.

Este último desenvolve uma série de atividades, trabalha, escolhe seus objetivos profissionais, transfere-se de um lugar a outro, tudo segundo seus critérios individuais, encontrando na lei apenas limites para sua ação.

Para o Estado, a atividade legislativa é, pelo contrário, o fundamento de toda e qualquer ulterior atividade. As autoridades administrativas não podem decidir empreender atividades não previstas, ou ampliar as tarefas do Estado, por si mesmas.

É sempre necessária uma norma geral, que constitua o fundamento de sua ação.

Assim, o princípio pelo qual “o que não é proibido é lícito”, só vale no direito privado e para as pessoas privadas. No direito público, vige o princípio da estrita legalidade de toda a ação pública.

Prosseguindo, BALLADORE PALLIERI mostra como em tal sistema se pode obter “o máximo de garantia para os indivíduos, diante do Estado”. Este sistema exige que o Estado desempenhe ação concreta só depois de haver atentamente avaliado as conseqüências e precisado os limites e o modo mais equânime e imparcial para todos.

Emanando normas abstratas e gerais, é muito difícil para o legislador favorecer ou causar dano deliberadamente aos interesses particulares de uma determinada pessoa. Por outro lado, a lei, uma vez feita, torna-se independente de seus autores, porque a aplicação e interpretação da lei é confiada a outros órgãos, distintos e independentes do legislador (que teve sua função limitada à abstrata enunciação da norma), sem possibilidade de induzir a uma falsa aplicação aos casos concretos.

A ulterior concretização da norma é confiada à autoridade administrativa, a qual, vinculada pela lei, não pode desobedecê-la, estando sujeita, se necessário, a ser obrigada à observância da lei, pelos órgãos jurisdicionais.

Assim, fica (também com relação à autoridade administrativa) excluída a possibilidade de atos arbitrários. Compreende-se, pois, como nos tempos modernos, quando se procurou uma enérgica defesa do indivíduo contra qualquer arbítrio estatal, a doutrina da divisão dos poderes teve sucesso desconhecido por qualquer outra formulação política, já concebida.

Por isso, o que hoje se entende por estado de direito não é simplesmente aquele sujeito ao direito mas, aquele onde o Estado, como outra qualquer pessoa: a) está sujeito ao direito, submetido a certos princípios jurídicos fundamentais e, especialmente, aquele que b) é subordinado à lei c) e à jurisdição, como o demonstrou também CARL SCHMIDT.

A divisão dos poderes produz uma primeira e notável conseqüência, que é também uma das mais salientes características do Estado constitucional. Enquanto nos Estados absolutos, o supremo poder de governo do Estado se concentra em um órgão só (nas monarquias absolutas se concentrava no monarca, diante do qual todos os outros órgãos e funcionários eram subordinados), por efeito da divisão dos poderes temos, no vértice do Estado, órgãos reciprocamente independentes, cada um dos quais age na própria esfera de competência, sem receber comandos dos outros.

Aquele supremo poder que, no Estado absoluto, se concentra em uma única mão, é aqui repartido entre diversos órgãos, cada um dos

quais só detêm uma parte desse poder. É precisamente no fato de que cada órgão só exercita uma parcela do supremo poder e que sua atividade deve integrar-se com aquela dos outros órgãos, que está a garantia de que não se cometerão arbítrios ou abusos, bem como a garantia de que a atividade do Estado não será dirigida a fins diversos daqueles que lhe são próprios.

Os órgãos que se acham no vértice da organização estatal denominam-se órgãos constitucionais, donde ser possível concluir que, no Estado absoluto, há um só órgão constitucional, ao qual todos os demais órgãos são hierarquicamente subordinados, enquanto que, no Estado constitucional, onde haja divisão de poderes, há diversos órgãos constitucionais, coordenados entre si.

Este esquema — de maneira geral prevalece em todo o mundo ocidental — é o que melhor assegura a liberdade e os direitos fundamentais do homem, já que limita o poder do Estado e contém nas órbitas próprias as competências dos órgãos que exercitam esse poder.

Por isso a teoria do autor do *Esprit des lois* é apresentada como “técnica posta a serviço da contenção do poder pelo próprio poder...”, características do Estado constitucional ou de direito (cf. CELSO BASTOS, *op. cit.*, pág. 97). A Constituição Americana, instituindo o sistema de *checks and balances*, realiza com perfeição o *desideratum*.

Ao conter o poder do Estado e ao exigir que seja exercido pelos três conjuntos de órgãos reciprocamente autônomos e independentes e ao mesmo tempo iguais, este esquema permite evitar a tirania, o abuso do poder, a opressão e possibilitar a salvaguarda e proteção aos direitos individuais e sobretudo do bem supremo do homem e da sociedade: a liberdade.

e) Conclusão

Podemos aprimorar de modos diferentes nossas instituições, adaptando-as às nossas peculiaridades evolutivas e características étnicas.

Podemos tentar contrabalançar o “fortalecimento” inexorável do Poder Executivo, moderando-o, no exercício de certas funções políticas capitais, mediante a adoção de um Conselho de Estado, que o tutele nos momentos de crise, aprovando e contrastando seus atos.

Não temos o direito, porém, diante de nossos pósteros, de abandonar o esquema da tripartição do poder, enquanto não concebermos algo melhor. Não temos direito de abrir mão de um sistema institucional de proteção à liberdade, em troca de uma segurança destituída de significado, se ensejar o sacrifício do supremo bem: a liberdade. Na verdade, deduzindo conseqüências do pensamento de B. FRANKLIN: por que segurança, sem liberdade? Se pusermos esta em risco, não receberemos nem uma, nem outra.