

O Estado de Direito: código de acesso para a democracia contínua*

Rule of Law: Access Code for a Continuous Democracy

Dominique Rousseau¹

Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, França
dominique.rousseau@univ-paris1.fr

Resumo

O artigo discute a noção de Estado de Direito como mecanismo central para a defesa de direitos fundamentais e consequente acesso à democracia, realizando o que chamamos de democracia contínua. Em um primeiro momento, analisamos como a Revolução Francesa de 1789 impactou no surgimento da Modernidade constitucional ao atribuir autonomia ao corpo de cidadãos por meio da proteção de direitos notadamente individuais. Na segunda parte, discutimos como o Estado de Direito assume a expressão linguística de direitos subjetivos presentes na sociedade, antes mesmo de se constituir em um princípio norteador do Estado.

Palavras-chaves: Direito Constitucional; Estado de Direito; Democracia Contínua; Sistema Político.

Abstract

The article discusses the notion of the Rule of Law as a central mechanism for the defense of fundamental rights and consequent access to democracy, achieving what we call continuous democracy. At first, we analyze how the French Revolution of 1789 impacted the emergence of constitutional Modernity by attributing autonomy to the body of citizens notably through the protection of individual rights. In the second part, we discuss how the Rule of Law assumes the linguistic expression of subjective rights present in society, even before becoming a guiding principle of the State.

* Artigo inédito em versão francesa. Tradução e adaptação por Anderson Vichinkeski Teixeira.

¹ Professor Emérito de Direito Constitucional da Escola de Direito da Sorbonne. Université Paris 1. Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne. Rue Malher, 9, 75181, Paris, França.

Keywords: Constitutional Law; Rule of Law; Continuous Democracy; Political System.

Introdução

Nestes tempos tortuosos, é preciso admitir que apresentar o Estado de Direito como o código de acesso à democracia, mesmo que contínua, é no mínimo uma afirmação contraintuitiva e, no pior, uma provocação lançada ao pensamento dominante. Com efeito, por todos os lados, e em todos os continentes, denuncia-se o Estado de direito – entendido simplesmente como a submissão de todas as instituições ao respeito pela lei, seja qual for a sua fonte, natureza e substância. Para alguns, isso está na origem da crise contemporânea da democracia. Segundo as análises de Marcel Gauchet (2007), por exemplo, a democracia seria composta por três elementos: o político, isto é, o quadro no qual uma coletividade de indivíduos se enquadra e controla seu destino; o jurídico, isto é, o princípio de legitimidade deste enquadramento; e o histórico, ou seja, a preocupação com o futuro desta coletividade. Assim, a situação da democracia depende da qualidade, da composição e da articulação desses três elementos. Ou eles se equilibram e a democracia vai bem, ou um dos três prevalece e a democracia vai mal. Fora assim que ocorria, diz ele, na primeira metade do século XX, quando a predominância do elemento político provocou uma “crise do liberalismo” pela afirmação de fortes poderes estatais, trazendo sob a sua autoridade e reduzindo, ou mesmo reprimindo, sob a figura unitária da Nação toda a diversidade social e humana. É o caso hoje em que a dominação do elemento jurídico provoca uma “crise da democracia” por meio da afirmação dos direitos subjetivos do indivíduo, estreitando constantemente o papel do Estado e significando por sua universalidade o fim da história. Resume Marcel Gauchet (2007, p. 39): “Não são mais os delírios do poder que devemos temer, são os estragos da impotência”. O contencioso constitucional, enquanto recorda aos políticos que tudo não podem fazer, por outro lado aos constitucionalistas permite que se maravilhem com esta proteção constitucional dos direitos fundamentais, seria obviamente o responsável por esta “crise da democracia”. O Direito sufoca a democracia, escreve o professor Bertrand Mathieu (2017); a democracia por meio de eleições dá lugar à democracia por meio do Direito e, como consequência lógica, a República dos cidadãos dá lugar à República dos juízes. Para outros, o Estado de Direito é a forma política pela qual o liberalismo econômico expressa e oculta a proteção dos interesses privados e garante, por meio dessa objetivação jurídica, sua dominação social. O Direito é, assim, uma forma sutil de escravização dos indivíduos, pois acreditando obedecer a uma ordem regulada por leis gerais e impessoais, na realidade estão sujeitos à economia política dos poderosos.

Segundo esses discursos, hoje dominantes, o Direito seria o código de acesso ao governo dos juízes e/ou ao governo das forças econômicas, de modo que os indivíduos deveriam abandonar o Direito para ter acesso a uma vida livre e a uma sociedade democrática.

Contrariando este pensamento, não por espírito de contradição e menos ainda de provocação, mas pela convicção gradualmente adquirida de que tais teorias assentam numa

singular representação do direito que não tem a ver com a realidade política atual do Direito, sustentar-se-á nas páginas a seguir que o Direito é, no atual contexto sócio-histórico, ou seja, em um momento de esgotamento de todas as formas e referências de legitimação, aquilo “que ainda traz alguns meios pra manter unidas as sociedades complexas e centrífugas, que sem isso se desintegrariam”, nas palavras de Habermas (2018, p. 219), em entrevista comigo para a *Revue du droit public*.

A singularidade do Direito trazida pelas teorias aqui discutidas é a redução do Direito a um conjunto de técnicas e meios de governo e a confusão entre a legislação produzida por seus meios e o Direito em si. No entanto, esta representação não desvela a realidade de um Direito que faz uma distinção fundamental entre lei e Direito. O artigo 11 da Declaração de 1789 define a livre manifestação de pensamentos e opiniões como um dos direitos individuais mais preciosos e deixa ao Direito a determinação dos abusos dessa liberdade; o parágrafo 7 do Preâmbulo de 1946 estabelece a greve como direito social e deixa à lei a definição de seu exercício; o artigo 7º da Carta Ambiental afirma o direito de todos a participar na elaboração das decisões públicas com impacto no ambiente e deixa ao critério da lei a definição das suas condições e limites. A realidade jurídica que se mostra é de uma distinção entre Direito e lei que torna impossível a fusão ou mesmo redução do Direito à mera legislação. A lei não estabelece o Direito; este se constrói em uma série de documentos – Declaração de 1789, Preâmbulo de 1946, Constituição de 1958, Carta Ambiental, convenções internacionais etc. – e a lei se resume à condição de mero documento que implementa o Direito. Essa distinção entre Direito e lei é fundamental na medida em que abre um espaço onde se pode discutir a maneira como a lei fez o Direito viver ou morrer. E dessa distinção surge uma política que dá acesso à democracia contínua, uma vez que o Direito implica uma separação entre os cidadãos e o poder (1) e porque o Direito é a linguagem dos cidadãos (2).

O Direito, expressão da autonomia constitucional do corpo de cidadãos

Retornemos a 1789, onde começou a Modernidade constitucional, para um jurista. No preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, os revolucionários justificam a exposição em uma Declaração solene dos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem por três razões:

(...) a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral.

Estas palavras, que foram “esquecidas”, são, no entanto, fundamentais na medida em que afirmam a disjunção entre o poder e o Direito, na medida em que colocam a lacuna entre o

corpo de representantes, que detém o poder, executivo e legislativo, e o corpo de cidadãos, que tem o direito de comparar e reivindicar. Registram com muita precisão a ruptura com a localização do poder em um corpo, isto é, o do Rei, como defendia Luís XV em seu discurso ao Parlamento de Paris, em 3 de março de 1766: “os direitos e interesses da Nação, que se ousa fazer um corpo separado do monarca, estão necessariamente unidos ao meu e repousam apenas em minhas mãos. Não permitirei que se introduza um corpo imaginário que só poderia perturbar a harmonia.” (Citado por Guimar, 1974, p. 39) Em 1789, os revolucionários certamente quiseram e acreditaram separar esses dois corpos; pensaram mesmo que o ato revolucionário estava aí, nesta audaciosa afirmação da autonomia do corpo da Nação em relação ao corpo do Rei.

No entanto, os homens de 1789 reconstituíram a unidade dos corpos apenas dando à Nação um novo corpo no qual se fundir: o corpo dos representantes. Esta continuidade constitucional foi sem dúvida ditada menos pela continuidade doutrinária do que pelos constrangimentos da luta política pela legitimidade em 1789: contra a unidade do corpo do Rei os revolucionários não podiam, politicamente, opor a diversidade social do povo; eles tiveram que afirmar a unidade do corpo povo-nação, sob pena de enfraquecer a já incerta legitimidade de sua pretensão ao poder. Porém, ao fazê-lo, comprometeram a Revolução no caminho não de uma ruptura com o Antigo Regime, mas de uma simples “modernização” do sistema político de representação da Nação. Primeiro, porque o povo físico desapareceu, absorvido no e pelo conceito de Nação; em seguida, e por necessidade lógica, pois a Nação como um ser abstrato, só poderia se expressar por intermédio do povo físico autorizado a representá-la. No fim do caminho, a (con)fusão do povo e da Nação, a (con)fusão dos representantes da Nação e do povo-nação: já que o povo é a Nação e a Nação só pode se expressar por meio de seus representantes, não pode haver outra expressão da vontade do povo senão a expressa pelos representantes da Nação. O que Sieyès claramente reivindicou quando afirmou sem rodeios que “o povo só pode falar, só pode agir por meio de seus representantes”.

E desde aquela data, poder e Direito se confundem no corpo dos representantes da Nação, a vontade parlamentar se identifica com a vontade geral, e o Parlamento não com o representante do soberano, mas com o Soberano em si, como descreveu Carré de Malberg (1984). A passagem do sufrágio censitário ao sufrágio universal, o desenvolvimento dos partidos políticos, a ascensão do Parlamento e, mais recentemente na França, a eleição popular do Chefe de Estado não mudam fundamentalmente a realidade das coisas se possuem a condição de modificar as aparências. O sistema representativo parece, de fato, democratizado com a gradual introdução do povo no espaço político, manifestada principalmente pela generalização do voto. A linguagem jurídica ou política também contribuiu para essa visão e credencia a ideia de uma metamorfose democrática do sistema representativo: o ato de votar é, geralmente, apresentado como o instrumento de participação cidadã na tomada de decisões políticas; a dissolução da Assembleia como meio de fazer com que o próprio povo resolva um conflito de poder; o voto da maioria como o sistema que permite aos eleitores decidir pela escolha de um programa político. Em suma, para relembrar títulos fetichizados, a “democracia sem povo” (Duverger, 1967), onde os representantes

decidem sozinhos e entre si sobre suas alianças e a política nacional, transforma-se em uma “República dos cidadãos” (Duverger, 1982), onde estes exercem escolhas políticas e decidem sobre as orientações gerais do país que os eleitos devem implementar. O povo teria assim entrado no regime representativo, eliminando ao mesmo tempo a “enorme diferença” estigmatizada por Sieyès entre democracia e governo representativo.

Não obstante o rigor e o brilhantismo dessas demonstrações, não obstante o efeito de evidência comum que produzem, não é certo que os alquimistas modernos tenham conseguido, como afirmam, transformar chumbo em ouro, isto é, o regime representativo em uma democracia. Todas as instituições, todos os instrumentos ou mecanismos apresentados como vetores de participação direta dos cidadãos na tomada de decisão política são também instituições, instrumentos e mecanismos que reforçam e aperfeiçoam a delegação de poderes. O sufrágio universal legitima a representação tanto ou mais do que dá ao povo o controle sobre as decisões; os partidos políticos organizam e reproduzem a representação tanto ou mais do que dão aos seus membros ou cidadãos os meios para intervir nas escolhas políticas. A própria realização do regime representativo nunca é alcançada por essas modernas tecnologias políticas. O povo talvez seja mais referido, mais solicitado, mas permanece sempre às portas do espaço destinada à deliberação. As constituições valorizam, sem dúvida, a figura do cidadão e todas enunciam o princípio do “governo do povo pelo povo e para o povo”, mas consagram a maior parte das suas disposições a despojar o povo do seu poder, organizando e legitimando a existência e fala dos representantes e conseqüentemente a ausência e o silêncio dos representados. “Em nome de...” continua sendo a regra gramatical fundamental da forma representativa de governo nas sociedades políticas.

Voltar a 1789 é redescobrir, contra Sieyès, a disjunção entre Poder e Direito. No próprio momento em que estabelece o princípio da representação, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reconhece a existência do corpo de cidadãos e sua impossível absorção pelo e no corpo de representantes e a necessidade que o primeiro tem de se beneficiar de uma autonomia. Assim, o primeiro ato dos representantes do povo francês fora reconhecer que todos os membros do corpo social possuem direitos naturais, inalienáveis e sagrados, cuja prévia e pública enunciação, em declaração solene, tem a função explícita de constituir um limite à sua ação. O corpo de cidadãos é posto como existindo independentemente do corpo de representantes e definido por um conjunto de direitos; e, entre eles, encontra-se a livre manifestação de pensamentos e opiniões descritas como “o direito mais precioso do homem”. Ao reconhecer, no artigo 11 da Declaração, de 26 de agosto de 1789, que qualquer cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente, os representantes admitem que os cidadãos podem se expressar não por eles, como diz Sieyès, mas fora deles, até contra eles.

Na ordem constitucional, essa disjunção entre poder e Direito se manifesta pelo controle de constitucionalidade.² Em cada decisão de um Tribunal Constitucional desenrola-se a mesma cena: os atos votados pelo corpo de representantes – as leis – são julgados em função dos direitos do corpo dos representados – a constituição. Isto implica não só o

² Está em jogo aqui a lógica do controle de constitucionalidade e não de sua atual organização pela Constituição de 1958.

reconhecimento de dois espaços distintos portadores de duas vontades normativas potencialmente contraditórias – a da lei e a da constituição –, mas também a irreduzibilidade destes dois espaços, a impossibilidade da sua fusão. Antes ou sem a existência e desenvolvimento de um controle de constitucionalidade, a atividade legislativa dos representantes era diretamente imputada à vontade do povo sem que este possa reclamar, uma vez que, por definição, ele não está separado e independente, não pode ter qualquer vontade diversa da expressa pelos representantes. Com o controle de constitucionalidade, os representantes continuam a ter o direito de expressar a vontade do povo, mas a fusão das duas vontades já não é mecânica: pelo espaço dos direitos fundamentais que ele constrói e que desenha o espaço do corpo de representação autônoma dos cidadãos, o juiz constitucional está sempre em condições de mostrar – “tendo em vista a constituição”, como está escrito nos votos de cada decisão – e, se necessário, sancionar a lacuna entre as exigências constitucionais e suas traduções legislativas feitas pelos representantes.

Ao contrário de uma apresentação ainda prisioneira da ideia de representação-fusão, o controle de constitucionalidade não é a introdução de um elemento “liberal” ou “aristocrático” no sistema político: é o elemento que mostra e mantém a distância entre governantes e governados enquanto constitutiva do princípio democrático.³ Essa lógica disjuntiva do controle de constitucionalidade explica a longa hostilidade da França ao seu estabelecimento e, hoje, a forte crítica ao seu desenvolvimento. Um Parlamento é Poder, um Tribunal Constitucional é Direito e esta separação marca o fim da monopolização do Direito pelo Poder por meio da possibilidade de se discutir a validade da lei do Poder sob a ótica do Direito. Onde o regime representativo opera na fusão dos corpos, a democracia contínua inaugura, desde 1789, uma forma política que garante a autonomia do corpo de cidadãos.

Essa separação se materializa em espaços próprios a cada corpo; o espaço estatal para o corpo do Poder, o espaço público para o corpo dos cidadãos e o espaço relacional para a deliberação dos corpos sobre a sua vontade geral, distinção produzida pelo Direito, entendido como um conjunto de direitos subjetivos, princípios e liberdades constitucionais. Essa compreensão relacional dos direitos humanos pode surpreender, pois é habitual pensá-los sob o signo da individualidade. Ao qualificar a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão como “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, os autores da Declaração de 1789 teriam dado credibilidade à ideia de que esses direitos, enraizados na natureza humana, pertencem ao indivíduo constituído como um sujeito de direito. Esta leitura não é apenas defendida por pensadores liberais, ela se junta, mas obviamente numa perspectiva crítica, à análise de Marx (1968) para quem os direitos individuais consagram o triunfo do individualismo, “a separação do homem com o homem”, o “egoísmo burguês” que torna cada indivíduo um ser isolado, uma “mônada”.

No entanto, é possível uma outra leitura que conceba os direitos humanos não como liberdades individuais, mas como “liberdades de relacionamento”, segundo a expressão de Claude Lefort (1980). Quando o artigo 6 da Declaração de 1789 reconhece o direito dos

³ Daí a importância, para a construção da sociedade democrática “depois”, de (re)fundar uma verdadeira justiça constitucional independente.

cidadãos de contribuir para a formação da lei, ele convida os cidadãos a se relacionarem entre si para definir a vontade geral; quando o artigo 4º define a liberdade como o poder de fazer tudo o que não prejudique os outros, ele convida os indivíduos a levar em consideração a existência e os direitos dos outros; quando o artigo 11 proclama a liberdade de manifestação de pensamentos e opiniões, ele convida o indivíduo menos a fechar-se em si mesmo do que a abrir-se aos outros, a entrar em contato com outros indivíduos. Em outras palavras, a Declaração de 1789 quebrou o sistema fechado de ordens do Antigo Regime e o substituiu por um sistema aberto. O que os direitos humanos inauguram não é a constituição de um espaço privado que seria fechado e no qual cada indivíduo estaria encerrado e se encerraria, mas a criação de um espaço público no qual o corpo e as ideias de cada indivíduo, podendo circular livremente, necessariamente se confrontam com os corpos e as ideias dos outros.

Essa configuração política implica que os corpos entrem em deliberação para produzir a vontade geral. Uma vez que, de fato, não se “localiza” numa única instituição, uma vez que a vontade do Parlamento não é, em si, uma vontade geral, só pode ser o produto de um processo deliberativo, de uma troca argumentativa entre os diferentes atores do regime de fabricação da lei. Quando o sistema repousa sobre um único ator ou quando coloca a identidade de vontade entre o corpo do povo e o corpo de representantes, não há necessidade de deliberação ou debate para construir a vontade geral: ela se situa no corpo de representantes e basta, pois há uma identidade que o Rei, o Presidente ou o Parlamento – em suma, o Poder – exprime pelo fato de sua vontade ter a qualidade de lei. Por outro lado, quando os corpos estão separados e ninguém pode pretender ser titular sozinho da vontade geral, a deliberação se impõe como princípio constitutivo e ativo do modo de produção da vontade política.

Por essa separação dos corpos que produz, o Direito assegura e garante a autonomia política dos cidadãos, característica primeira da forma contínua da democracia.

Direito, a linguagem da sociedade

Assim como a expressão “democracia representativa” sugere que a democracia se realiza plenamente pela representação, a expressão “Estado de Direito” sugere que o Estado está sujeito ao Direito. Todos podem discutir as formas desta sujeição. Para alguns, pelo Direito que produz, o Estado obriga-se a respeitá-lo, submete-se à constituição que adota, de modo que, como escreve Jellinek (1913, p. 132), “a sua vontade só será juridicamente válida na medida em que respeite o quadro por si fixado”. A esta autolimitação do Estado pelo Direito, outros opõem a heterolimitação por considerarem que o Direito existe antes do Estado, independentemente da sua vontade, na natureza do mundo ou na natureza das coisas ou na natureza humana ou na natureza social que limita seu poder. Outros ainda, com Kelsen, entendem que o termo “Estado de Direito” é um pleonasma, sendo o Estado apenas uma ordem jurídica na qual, escreve ele, “as normas jurídicas são hierarquizadas de tal forma que seu poder fica assim limitado”. É a famosa figura da pirâmide que põe em representação uma produção de normas jurídicas limitadas pela obrigação, por serem válidas, de estarem em conformidade com as normas superiores.

Qualquer que seja a relação Direito/Estado, todos concordam que o Estado fala pelo Direito, aquele que ele produziu ou aquele que o produz. No entanto, a experiência dos estados de exceção nos convida a questionar essas construções teóricas. Vendo o Estado se libertar ou operar à margem do Direito que criou – o Conselho de Defesa da Saúde e não o Conselho de Ministros, no caso francês – torna-se difícil sustentar que o poder do Estado é limitado pelo Direito, pelos procedimentos, pelas instituições de que dispõe. A contradição da teoria da autolimitação de Jellinek, denunciada por Michel Foucault, revela-se plenamente à luz dos estados de exceção onde o Estado deixa de lado o Direito que deveria limitá-lo e inventa uma outra forma de normatividade conforme sua vontade e suas necessidades. Traduzida para a linguagem comum, essa contradição poderia ser assim expressa: “Meu Direito me limita se eu quiser e enquanto eu quiser; se não quero mais, já que sou eu que faço o Direito, edito um que me permita fazer o que outro Direito que eu criei não me permitia”. O Direito não é mais uma limitação interna do poder do Estado, é sua justificação, sua vestimenta. Porém, o hábito do Direito não faz um Estado de Direito.

Sem dúvida, essas observações poderiam ser relacionadas apenas aos fenômenos excepcionais de estados de exceção. Todavia, Maurice Hauriou (1929, p. 385) observou há quase um século e com alguma relevância que “as crises agem como uma lupa, revelando a verdadeira natureza do governo político ordinário”. Essa conclusão não poderia significar a impossibilidade de se pensar a limitação do poder do Estado que permanece, como argumentou Duguit, a questão essencial para a ciência jurídica. Entretanto, o estado de exceção mostra que, mesmo em tempos ordinários, essa limitação não encontra sua ação no Direito, mas naquilo que Michel Foucault (2004) chama de “a arte de governar” ou a razão governamental ou mesmo “a economia política”. O Estado, tanto em situações ordinárias quanto em situações excepcionais, nunca é livre para tomar suas decisões; é limitado, é constrangido pela distribuição e evolução de forças dentro da esfera do Estado, mas também e talvez sobretudo dentro de seu ambiente, nas esferas econômicas, sociais, nacionais e internacionais. Governar é calcular. Calcular o que é possível fazer e não fazer não em relação ao que o Direito, a constituição ou os direitos constitucionais proibiriam ou permitiriam, mas em relação ao que os interesses eleitorais, políticos, econômicos proíbem ou permitem. O “bom” político é aquele que sabe identificar os diferentes interesses concorrentes, que sabe avaliar sua força respectiva, que sabe antecipar o retorno do investimento dessa ou daquela política pública e, ao final, conclui com um balanço de custo-benefício sobre o que ele pode ou não fazer. O Direito nunca é um elemento decisivo nessa arbitragem de interesses envolvidos; melhor, ou pior, se aparece como obstáculo a uma política que todos os outros interesses permitem, modifica-se. Nessas hipóteses, o Direito se apresenta – a palavra é interessante – como um “grilhão”: grilhão do direito do trabalho, grilhão do serviço público, grilhão da liberdade acadêmica etc. E para “libertar” desses grilhões, a política elabora um programa de “reformas legislativas” para “libertar” o mercado de trabalho, “libertar” a pesquisa, “melhorar a gestão” dos serviços públicos. Não se trata, para retomar a célebre fórmula de Louis Favoreu, do fato de que “a política se apodera do Direito”, mas sim de que a “política é

apoderada pelos interesses econômicos". O Direito é ele mesmo alienado⁴: o direito ao emprego, o direito dos trabalhadores à determinação coletiva das suas condições de trabalho, o princípio da independência dos professores universitários, ou mesmo o direito dos "utilizadores do sistema de saúde" de participar na escolha dos tratamentos e nas decisões médicas são descartados em favor de conselhos e comissões formados ad hoc por especialistas nomeados pelo governo. Tony Blair bem resumiu em uma frase o princípio de ação do Estado: "o que importa é o que funciona".

Se é a ordem em que, hoje, o Estado se representa voluntariamente, o Direito não é a ordem pela qual ele fala. O Estado apresenta-se como o Estado de Direito, mas o Direito não é o princípio que o funda, a racionalidade que o orienta ou o quadro que o constrange.

Se o Direito não é a linguagem do Estado, é a da sociedade. Voltando novamente a 1789, à Declaração dos Direitos e mais precisamente ao seu artigo 16 que afirma: "não tem constituição qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes". "Qualquer sociedade" e não "qualquer Estado". Além disso, a revolução que os homens de 1789 provocaram não visava apenas o Estado do Antigo Regime, mas também a sociedade do Antigo Regime. E a sua Declaração tinha a ambição declarada e assumida de estabelecer os princípios desta nova sociedade: a igualdade, a liberdade, a propriedade, o direito de responsabilizar qualquer funcionário público, a livre comunicação de ideias etc. Em outros termos, é pelo Direito, entendido como um conjunto de princípios, direitos e liberdades enunciados na Declaração, que a sociedade é fundada em 1789, como o é pelo Direito, entendida como um conjunto de direitos, princípios e liberdades enunciados no Preâmbulo de 1946 que a sociedade é reconstruída após "a vitória conquistada pelos povos livres sobre os regimes que tentaram escravizar e degradar a pessoa humana". Não é só nas palavras que pensamos, para usar Hegel, é nas palavras que existimos, nas palavras da Bíblia que existimos como cristãos, nas palavras do Alcorão como muçulmanos, nas palavras da Constituição como cidadãos.

Aí, de fato, se encontra a "força própria" do Direito, muitas vezes mal compreendida, que é, para usar a definição de Bourdieu que, no entanto, não gostou muito dela, "estabelecer, isto é, fazer existir, para dar vida ao que afirma". E as declarações de direitos não criam apenas uma abstração – a Nação, o Povo –, elas dão vida aos "membros do corpo social", nas palavras de 1789. Os direitos declarados são para "todo indivíduo", "todos os cidadãos", "os membros da sociedade": "o exercício dos direitos naturais de cada homem", dispõe o artigo 4º, "tem limites apenas naqueles que asseguram aos demais membros da Sociedade o gozo desses mesmos direitos"; "todos os cidadãos têm o direito de contribuir pessoalmente ou através dos seus representantes" para a formação da lei, afirma o artigo 6º que prossegue afirmando que "todos os cidadãos" são iguais perante a lei; "ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei" – artigo 7º – e "ninguém deve ser incomodado pelas suas opiniões" – artigo 10º; "todo o cidadão", diz o artigo 11º, "pode falar, escrever e imprimir livremente". E as declarações de direitos subsequentes reforçam essa lógica política ao conectar "todos" com sua realidade vivida, com seu ambiente social, com sua singularidade. O

⁴ Sob reserva de um controle de constitucionalidade.

preâmbulo de 1946 confere às mulheres direitos iguais aos dos homens – parágrafo 3º –, aos trabalhadores o direito de participar da gestão de seus negócios – parágrafo 8º –, às crianças, mães e velhos trabalhadores o direito à proteção da saúde – parágrafo 11 –, às crianças e aos adultos o direito à educação e à cultura – parágrafo 13. Seguindo essa lógica, a Carta Ambiental de 2004 considera o indivíduo em seu meio natural: “todos têm direito a viver em um meio ambiente equilibrado e respeitoso da saúde” – artigo 1º –, “todos têm o dever de participar na preservação e melhoria do ambiente” – artigo 2º –, “todos têm direito ao acesso à informação relativa ao ambiente na posse das autoridades públicas e a participar na elaboração das decisões públicas com impacto sobre o meio ambiente”, artigo 7.

Não é preciso voltar ao jusnaturalismo para entender essa “própria força do Direito”. Esses direitos não caíram do céu; eles são o produto de contradições sociais e muitas vezes de lutas políticas e intelectuais longas, muitas vezes violentas, para obtê-los. Como escreveu Camus (2008, p. 79): “Na prova cotidiana que é a nossa, a revolta desempenha o mesmo papel que o cogito na ordem do pensamento: é a primeira evidência. Mas essa evidência tira o indivíduo de sua solidão. É um vínculo comum que funda o primeiro valor em todos os indivíduos. Eu me revolto, logo nós somos”. Os direitos humanos são todos fruto da revolta e, nesse sentido, são a preocupação de todos os indivíduos, são o lugar comum de todos os homens, assinam a solidariedade de todos os indivíduos. Disso, eles são uma política, como escreve Claude Lefort. E, muito precisamente, uma política da sociedade contra o Estado.

Hoje, em todos os continentes, “os membros do corpo social” se expressam na linguagem do Direito para ver inscritos nas constituições ou convenções internacionais direitos que serão tantos como pontos de apoio para se opor, criticar, constranger a política de poder do Estado que encontra sua fonte e suas palavras no cálculo de interesses. O princípio da independência dos acadêmicos é “o ponto de apoio” para a crítica à política do Estado na área de pesquisa; o princípio da preservação do meio ambiente, “o ponto de apoio” da contestação da política de Estado em matéria climática; o princípio da fraternidade, “o ponto de apoio” para obrigar o Estado a rever a sua política de acolhimento de estrangeiros. Esses “pontos de apoio” são chamados na linguagem do Direito de “normas de referência” e o juiz constitucional⁵ é aquele que, para usar os termos da Declaração de 1789, acolhe as denúncias e coloca em efeito a comparação entre as “normas de referência”, ou seja, os princípios e direitos constitucionais, por um lado, e os atos do poder legislativo, por outro.

Considerações finais

A configuração política assim desenhada é clara: de um lado, o “poder”, o do Estado que toma suas decisões com base no cálculo de interesses; de outro, o “contrapoder”, o da sociedade que fundamenta sua crítica da razão de Estado nos direitos dos “membros do corpo social”. E essa configuração constitucional faz sentido não em direção a uma forma de

⁵ Por “juiz constitucional” é preciso entender o princípio do controle de constitucionalidade e não o Conselho Constitucional francês em sua atual organização.

democracia onde os movimentos sociais sejam a fonte contínua dos direitos impostos ao Poder.

Tendo em vista que constrói a autonomia política do corpo de cidadãos em relação ao corpo de representantes e que é a linguagem pela qual os membros do corpo social se opõem à linguagem do Estado, o Direito, entendido como conjunto de direitos subjetivos, princípios e liberdades, é, no contexto sócio-histórico atual marcado pelo desenvolvimento do populismo, o código de acesso a uma forma de democracia aberta continuamente à defesa e reconhecimento de novos direitos face ao cálculo dos interesses do Poder.

Referências

- CAMUS, A. 2008. *L'Homme revolte*. Paris, La Pléiade
- DUVERGER, M. 1967. *La démocratie sans le peuple*. Paris, Seuil.
- _____. 1982. *La République des citoyens*. Paris, Ramsay.
- FOUCAULT, M. 2004. *Naissance de la biopolitique (1978-1979)*. Paris, Gallimard.
- GAUCHET, M. 2007. *L'évènement de la démocratie*. Tome 1: *La révolution moderne*. Paris, Gallimard.
- GUIOMAR, J.-Y. 1974. *L'idéologie nationale*. Paris, Champ libre.
- HABERMAS, J.; ROUSSEAU, D. 2018. Pensar o direito com Habermas? Entrevista de Dominique Rousseau com Jürgen Habermas. *RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, **10**(2)219-224.
- HAURIOU, M. 1929. *Précis de droit constitutionnel*. 2 ed. Paris, Sirey.
- JELLINEK, G. 1913. *L'Etat moderne et son droit*. Paris, Giard et Brière, tome II.
- LEFORT, C. 1980. Droits de l'homme et politique. *Libre*, **7**:3-42.
- MALBERG, C. de. 1984. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris, Economica.
- MARX, K. 1968. *La Question juive*. Paris, UGE.
- MATHIEU, B. 2017. *Le Droit contre la démocratie?* Paris, LGDJ, 2017.

Submetido: 09/09/2022

Aceito: 06/12/2022