

CIDADANIA E ADVOCACIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. Introdução. Transformações contemporâneas da sociedade e do Estado. 2. Os novos valores do Direito Público; participação, subsidiariedade, consensualidade e reflexividade. 3. Cidadania e advocacia. Expressão constitucional. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DA SOCIEDADE E DO ESTADO

As grandes transformações históricas sempre foram demoradas e espaçadas. Gerações e gerações se sucederam sem que houvessem percebido mudanças relevantes em seus modos de vida. A Antropologia nos indica que a primeira grande revolução da história humana foi o advento da linguagem. O desenvolvimento de um sistema de comunicação, primeiro por gestos e, depois, por palavras, foi decisivo para o progresso das diferentes culturas e para o aparecimento, mais raro, das civilizações.

A conquista da linguagem precisou de milhões de anos, seguindo-se novas grandes revoluções históricas: a descoberta da utilização do fogo, depois a do bronze e a do ferro, que levaram, cada uma delas, vários milênios para lograr introduzir modificações perceptíveis no modo de vida das pessoas.

Nem mesmo as grandes civilizações da Antigüidade, desde as mais arcaicas, surgidas nos vales férteis do Nilo, do Tigre, do Eufrates, do Indus, do Ganges e do Yang-Tsé, às clássicas, de Grécia e de Roma, foram muito diferentes no que se refere ao domínio da natureza e ao padrão de vida humano. Tampouco, durante a Idade Média, as mudanças produziram sensíveis impactos sobre a vida das pessoas senão na perspectiva de alguns séculos.

(*) Apresentado ao XXI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Belo Horizonte, Minas Gerais, em 19 de novembro de 1996.

Foi a partir do Renascimento que o processo civilizatório começou a se acelerar. A descoberta ou redescoberta de novas técnicas e de novas expressões produziu um dinamismo cultural que se reforçaria e se propagaria para marcar as próprias características fundamentais do que passou a se considerar como a Civilização Ocidental. Ainda assim, foram necessários mais quatro séculos para que sobreviesse a Revolução Industrial e dois mais, para que ocorresse a Revolução das Comunicações, dois magnos acontecimentos que não só mudaram profundamente costumes, instituições e valores até então sedimentados, como o fizeram de modo inédito na história: aceleradamente.

Mantida essa aceleração, que já hoje produz mudanças perceptíveis no curto espaço de poucos anos, será muito provável que o século entrante experimentará transformações tão vertiginosas que necessitará de uma excepcional capacidade de adaptação do homem, que terá que se habituar a compreender e assimilar alterações substanciais em seu modo de vida de um ano para outro ou, quiçá, no espaço de meses.

Esse novíssimo fenômeno, que aqui fica apenas debuxado, da aceleração dos processos civilizatórios, compromete, como não poderia deixar de ser, todos os campos do agir humano, envolvendo relações sociais, econômicas, artísticas, científicas e, por certo, políticas e jurídicas.

Assim é que o Direito, que só tardiamente, em todo esse longo processo histórico, veio a receber sua estrutura e sua conceituação básica, tal como hoje difundidas e dominantes, com o rigor que nos legou o gênio romano, quase coincidentemente com a Era Cristã, necessitou, desde então, cerca de dezoito séculos para desenvolver conteúdo e forma apropriados aos progressos juspublicísticos trazidos, laboriosamente, pelas três grandes Revoluções Políticas da Era Moderna: a Revolução Gloriosa inglesa, que consolidou as instituições parlamentares; a Revolução Americana, que criou as instituições constitucionais; e a Revolução Francesa, que nos legou as instituições do Direito Administrativo. Graças a elas, o Direito também se acelerou no seu processo institucional, logrando evoluir mais em duzentos anos do que em toda História, produzindo o seu ramo mais sofisticado, que é aquele que se propõe a dominar o poder em escala política, ou seja, domar o Minotauro.

De qualquer modo, essas três Revoluções juspolíticas da Idade Moderna também levaram muito tempo para se difundir e disseminar suas conquistas, propiciando o amadurecimento dos conceitos e das instituições jurídicas em todo o mundo civilizado, embora, por vezes, a sua positivação tenha sido e ainda o seja apenas formal.

É compreensível, portanto, que o homem contemporâneo se ressinta dos contínuos choques que a velocidade com que se processam as mudanças vem causando sobre o indivíduo, a sociedade e até sobre o Estado, deixando-os aturdidos e perplexos ao constatarem o envelhecimento de institutos que lhes pareciam perenes e o surgimento de tantos outros por vezes surpreendentes.

Alcançados na inexorabilidade dos processos sociais e abalados em sua segurança jurídica ou, pelo menos, no como a percebem, as pessoas reagem diferentemente, havendo desde aquelas que procuram ignorar as mudanças até as que tentam a elas se opor, embora a maioria esteja sempre disposta a entendê-las e a elas se adaptar, com diferentes graus de dificuldade.

Este final de século e de milênio acumula, assim de modo particular e sem precedentes, um grande número de transformações que vem produzindo profundos reflexos na Política e no Direito. Passamos todos, indivíduos, entidades de todo gênero, nações e organizações transnacionais, a viver condicionados, mesmo sem que o saibamos ou desejemos, por um conjunto de mobilidades que nos cercam, fruto da explosão das comunicações em escala global. Essa difundida e poderosa influência, ao atuar sobre certos vetores da vida contemporânea, tem determinado a tendência ao globalismo e ao surgimento de instituições ecumênicas que, pouco a pouco, se substituem às expressões mais limitadas.

Pode-se mencionar, entre outras, a **mobilidade da informação**, que altera o tempo e a distância, notadamente pela informática e pela telemática; a **mobilidade da produção**, que muda os fluxos de comércio, de matérias-primas para o de produtos acabados e, mais adiante, para o comércio de insumos, decretando a obsolescência do modelo fordista de produção, que havia resistido desde a Revolução Industrial, e tornando irrelevante o local da produção; a **mobilidade financeira**, que põe na ponta dos dedos fabulosas somas de dinheiro de investidores privados para transferi-las instantaneamente a qualquer ponto do planeta, abrindo a era do sociocapitalismo, em substituição às formas anteriormente dominantes, do capitalismo industrial, do capitalismo burocrático e do capitalismo estatal, de curto fôlego; a **mobilidade social**, que se desdobra na pluralização das relações de interesses interpessoais, não apenas como antes se a entendia, no sentido vertical, caracterizando a ascensão social entre classes sedimentadas, mas no sentido horizontal, permitindo a modificação constante e caleidoscópica dos papéis econômicos e sociais de cada pessoa numa sociedade pluralista; e, finalmente, mas não com menor impacto, a **mobilidade política**, que se tornou possível graças ao fim dos radicalismos e das posturas ideológicas, que proliferaram na transição do Estado Monoclasse ao Estado Pluriclasse.¹

Pode-se tentar resumir toda a complexidade desse processo de aceleração das mobilidades pondo em evidência o que talvez seja seu principal efeito político: a **expansão da consciência**, a nível individual e coletivo, quanto aos **interesses** e quanto às correlatas **responsabilidades** de cada um e de todos.

Com efeito, o velho e contido modelo do Estado nacional, com sua estabilidade, tal como se o concebia no início deste século, o Estado Monoclasse, na denominação de MASSIMO SEVERO GIANNINI, uma instituição dedicada ao serviço das classes dominantes, vem se transformando num moderno e dinâmico Estado Pluriclasse, que se volta, por definição, ao atendimento dos múltiplos segmentos da sociedade que se expressam politicamente. No começo do século vinte amadureceram as últimas expressões do Estado Monoclasse nos modelos popularizados do Estado do Bem-Estar Social e do Estado Socialista; ambos, com características gerais muito semelhantes: estatismo, dirigismo, elevada tributação, monopólios, paternalismo, assistencialismo, nacionalismo, quase sempre xenófobo, e, por isso mesmo, um nítido belicismo. Tudo, com ou sem ideologias inspiradoras, não considerando, aqui, o nacionalismo como uma ideologia **per se**.

Com o término da Segunda Guerra Mundial e, depois, da Guerra Fria, esses modelos começaram a ser contestados, tanto pelos **liberais**, que haviam permanecido décadas em silêncio, acossados pelo Estado hipertrofiado, apontando os efeitos recessivos do dirigismo econômico, da tributação elevada e do assistencialismo indiscriminado, quanto constatados pelos **sociais democratas**, embora com menor rejeição, que começaram a descobrir nas características do mega-Estado seríssimos obstáculos à realização do ideal democrático e ascensão das massas marginalizadas. De certa forma, liberais e sociais democratas acabaram se aliando, como o fizeram hoje em todas as latitudes, com o mesmo propósito: de esconjurar de vez o perigo do renascimento de ditaduras, de autocracias e de totalitarismos, ou seja, do retorno ao modelo de Estado Monoclasse, reconhecendo, como frente comum, o estabelecimento do pluralismo competitivo, notadamente com a economia de mercado.

No momento, esse risco de retrocesso é remoto, pois aqueles dois modelos políticos se tornaram em pouco tempo obsoletos ao se verem privados de seus dois maiores suportes: o econômico, que lhes proporcionava o modelo fordista de produção, que só funciona com o pleno emprego, e o ideológico, que se mantinha graças ao apelo emocional e à ausência de crítica.

Encerrado o ciclo dos Estados Monocráticos, poderosos e ciosos mentores da sociedade, arvorados a ditadores do "direito jupiteriano", sempre iluminado e inacessível, bem como da moral nacio-

nal,² desaparece também a predominância da visão coletivista e massificada da sociedade que os gerou, para dar lugar à progressiva valorização da pessoa humana, bem como de suas mais diversas expressões não-estatais, em qualquer nível.

Essa pessoa humana passa a ser um cidadão pluridimensional de uma sociedade pluralista, construtor de um Estado Pluriclasse: exaltada na política enquanto eleitor consciente; na economia, como produtor de riquezas e como consumidor exigente; e no direito, enfim, como titular de onímodos interesses, individuais e metaindividuais.

Por tudo isso, em síntese, a nova sociedade em surgimento neste final de século é **pluralista**; o Estado que a realiza é o **Estado Pluriclasse**; e o Direito que a disciplina é um **Direito Policrático**, ou seja, uma ordem jurídica plural, que admite a convivência e o intercâmbio entre várias fontes de direito, bem como a existência de várias instâncias, estatais e não-estatais, de composição de conflitos.

Essa abordagem, à maneira de M. S. GIANNINI, que vê o Estado Pluriclasse como um "centro político de uma constelação de entes políticos e administrativos",³ também é válida para descrever essa sua nova ordem jurídica em transformação, que se integra por várias subordens normativas públicas e privadas, sendo que a ordem jurídica estatal já não é mais que uma de tantas que podem validamente coexistir e se interfertilizar, embora continue a ser a expressão polar referencial e orientadora das demais, conforme o entendimento que propõe a denominada **regulática**.

Nessa impressionante moldura sócio-política contemporânea, de complexidade jamais concebida, é que se estão desenhando os novos rumos orientadores juspolíticos, as idéias-força do moderníssimo Direito Público, expressados em nítidos princípios, tais como o da **participação**, o da **subsidiariedade**, o da **consensualidade** e o da **reflexividade**.

É a partir desses princípios e sobre eles que se pode imaginar como se está edificando o Estado Democrático de Direito do próximo século e como se desenvolverá o papel que neles desempenham as renovadas instituições da cidadania e da advocacia.

2. OS NOVOS VALORES DO DIREITO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO, SUBSIDIARIEDADE, CONSENSUALIDADE E REFLEXIVIDADE

Em 1969, um sociólogo francês, representante do pensamento de vanguarda, prefaciava sua primeira edição de uma coletânea de textos de sociologia jurídica com a seguinte proposição:

"O direito é demasiadamente humano para pretender o absoluto da linha reta. Sinuoso, caprichoso, incerto, assim ele nos tem parecido - adormecido e se eclipsando, cambiando mas ao acaso, e muitas vezes recusando a mudança esperada, imprevisível tanto pelo bom senso quanto pela obscuridade! Flexível direito".⁴

Essa obra instigante e vitoriosa de JEAN CARBONNIER, subtitulada "Por uma sociologia do direito sem rigor", já em sua oitava edição, ergue um pórtico no caminho que este fim de século e abertura de milênio está abrindo para a Ciência Jurídica.

Com efeito, constata-se que o rigor juspositivista é repensado, embora sem ser abandonado, a ele agregando-se o temperamento dos princípios, que assomam, cada vez com maior importância, como travejamentos da ordem jurídica e guias para sua adequada aplicação. Cada um desses princípios porta valores, finalísticos ou instrumentais, que se vão tornando cada vez mais nítidos na sociedade, à medida que vão depositando e se afirmando à consciência, individual e coletiva. Em suma: os princípios emergem e se estruturam no Direito impulsionados pela universalização e aperfeiçoamento da consciência do social e do político.

Há, todavia, certos valores focais que, sem risco de errar, podem ser particularmente destacados nesse processo, apresentando-se como quatro marcos de especial importância na reconstrução do Direito Público, tudo com direta repercussão no conceito e na prática da cidadania e da advocacia no quadro político do que hoje se convençiona denominar de Estado Democrático de Direito. São eles: a **participação**, a **subsidiariedade**, a **consensualidade** e a **reflexividade**.

2.1. PARTICIPAÇÃO

Com efeito, todas essas profundas transformações descritas, ao avivarem a consciência cidadã, tornaram inevitáveis as crescentes demandas da sociedade por **participação** nos processos do poder, notadamente no poder estatal. Por outro lado, da idéia social do poder, que é um dado essencial à própria existência das instituições políticas, à consciência individual do poder, traço que já pode ser considerado uma característica dos estádios de maior evolução política, há todo um percurso weberiano, que se resolve na afirmação institucional da **participação**, o que dela fez o grande instrumento democrático das mudanças.

Assim é que, desde logo, o Direito se flexibiliza como consequência dessa caleidoscópica contribuição dos indivíduos e das entidades sociais participantes, reforçando-se, no processo, a **democracia**, enquanto forma de tomada de decisões políticas, e a **legitimidade**, enquanto seu conteúdo.⁵

Em obra monográfica sobre esse tema, conotado ao também espinhoso tópico da discricionariedade, já tive oportunidade de conceituar a participação política como uma forma ativa de integração de um indivíduo a um grupo, referida à sua ação nos processos do poder, notadamente o estatal, que é a preocupação central do Direito Público.⁶

Este anseio por participação manifestado tão pujantemente neste século, notadamente depois da Segunda Guerra Mundial, atinge todos os processos do poder e assim, no que toca à atuação do Estado, envolve a **legiferação**, a **administração pública** e a **jurisdição**, expressando-se, respectivamente, como **participação legislativa**, **participação administrativa** e **participação judicial**, todas com seus respectivos instrumentos e técnicas, além de instrumentar-se, de modo mais abrangente, por outros **institutos polivalentes de participação**, que atuam sobre quaisquer dessas expressões do Poder do Estado.⁷

Disso decorre que a cidadania, para ser cabalmente exercitada, necessita dos instrumentos que lhes são postos à disposição para a promoção ou defesa de interesses de qualquer nível ou natureza: individual, grupal, coletivo, difuso, privado ou estatal.

Mas se é certo que a cidadania se afirma pelo exercício desses instrumentos, é inegável que essa atuação muitas vezes necessita de especiais cuidados técnicos, não só como condição de eficiência como, até, de eficácia. Certos interesses e certos instrumentos para sua zeladoria não prescindem de precauções profissionais, para que não se enfraqueçam ou não se percam, e isso é que pressupõe a existência da **advocacia** sob todas as suas formas.

Pode-se, portanto, afirmar que **participação supõe cidadania** (embora possa estender-se algumas modalidades participativas a quem não seja cidadão como também às entidades privadas) e, por sua vez, **cidadania supõe advocacia** (embora, da mesma maneira, existam modalidades de expressão da cidadania que prescindem de assistência ou representação técnica).

Na Constituição de 1988, a **participação** se afirma como **princípio fundamental** da Nação (art. 1º, parágrafo único). Embora a soberania seja nacional, isto é, tem como titular a Nação Brasileira, em seu todo transtemporal, será sempre necessário, para que se a exercite, que um determinado segmento da sociedade, de expressão ampla, definível e delimitável no tempo e no espaço, ou seja, o **povo**, enten-

dido como conjunto dos **cidadãos**, receba uma titulação política específica. Este é o conteúdo da cidadania: participação no exercício da soberania.

2.2. SUBSIDIARIEDADE

Um segundo valor que emerge, neste fim de século, como um princípio de direito público é a **subsidiariedade**⁸ que vem apresentando um acelerado desenvolvimento teórico nos últimos anos, notadamente depois de sua colação positiva na Lei Básica de Bonn⁹ e no Tratado de Maastricht.¹⁰

Esse princípio foi desenvolvido a partir da experiência política helvética e dos ensinamentos de ética política do Papa Pio XI, na Encíclica **Quadragesimo Anno**, de 15 de maio de 1931.

O conceito de subsidiariedade diz respeito à ordem social mais apta ao pleno desenvolvimento e gozo das liberdades humanas.¹¹ Deve-se reconhecer ao indivíduo o direito e a prioridade de atuar com seus próprios meios para a satisfação de seus interesses, só deferindo às entidades da sociedade aquilo que ele não possa fazer. Essa regra se repete de grau em grau de complexidade de organização social: às sociedades privadas deve-se reconhecer o direito e a privacidade de atuar com seus próprios meios para a satisfação dos interesses que lhes são próprios, só se transferindo às entidades públicas aquelas atividades que necessitem, de alguma forma, do exercício da coação. É, ainda, a mesma regra a que deve organizar os sucessivos graus de complexidade das entidades públicas, de tal forma que os entes públicos menores tenham prioridade sobre os maiores para atuar na satisfação dos interesses locais, da mesma forma, a seguir, os entes públicos intermédios, para atuarem na satisfação dos interesses regionais e, ainda, os entes públicos nacionais, para atuarem na satisfação de todos os demais interesses que não possam ser satisfatoriamente atendidos pelos entes regionais. Finalmente, como corolário na órbita internacional, a atuação dos Estados soberanos deverá preferir sempre à das entidades inter e supranacionais, que só deverão agir quando as entidades políticas nacionais não tenham condições de satisfazer certos interesses gerais que transcendam sua capacidade de ação.

Articula-se, assim, uma **cadeia de subsidiariedades**, na qual o ente maior é sempre subsidiário do menor e, por isso, o maior só tem razão e dever de intervir quando os menores não tenham condições de atuar de modo eficiente.¹²

Em resumo, a sociedade é sempre subsidiária do indivíduo e o Estado, subsidiário da sociedade.

Dessas relações, deflui um **dever de auxílio** da sociedade para com o indivíduo e do Estado para com a sociedade e, também como

corolário, o mesmo princípio de **ação** rege também a **intervenção** do ente maior sobre o menor, o que vem a ser um tipo especial de ação imposta pela subsidiariedade¹³ "mas só enquanto seja reconhecido estritamente indispensável e necessário".¹⁴

No Brasil JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO¹⁶ debruçou-se sobre este palpitante princípio, proporcionando ao leitor de língua portuguesa um excelente trabalho, ressaltando as relações comunitárias e solidaristas que envolvem, concomitantemente, a **personalidade do homem**, com sua proteção e a garantia de seu espaço de atuação e de expansão; a **auto-regulação**, com seu espaço de atuação não-coercitiva, e a compreensão da **dimensão adequada** do Estado, na linha do que se refere ROBERT NOZIK, sem que se pregue, todavia, um novo modelo utópico, pois nele, ao contrário das utopias ideológicas, se deve considerar as divergências da vida concreta, a diversidade de experiências históricas e diferentes visões do que venha a ser o bem-estar em cada sociedade.¹⁶

Isso não significa que o Estado deva retornar às dimensões "minimalistas" do século dezenove. Esta experiência ficou no passado. Mas nem por isso se deve imaginar o Estado pretencioso, que absorve para si as iniciativas, a criatividade e condena a sociedade à inação, desestimulando-a e marginalizando-a.¹⁷

Essa concepção não exclui o Estado em tudo aquilo em que, considerado um grupo social determinado, seja útil, pois, como bem captou a pena de OLIVEIRA BARACHO, "a auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio de consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade não suprime a estrutura social muitas vezes antagônica. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos intermediários, através do consenso e da tolerância, proporcionando o máximo de convivência comunitária"¹⁸ ou, em outros termos, de interação histórico-cultural entre os vários agentes, individuais e coletivos, de cada sociedade específica.

Como se pode observar até este ponto, tanto a participação quanto a subsidiariedade, são princípios intimamente articulados nas instituições juspolíticas que os expressam, de modo que, em cada hipótese histórica e em cada nível de participação, se busque garantir o **máximo de liberdade de ação do ente menor**, a partir do próprio indivíduo, singularmente considerado, e o **mínimo de intervenção dos entes maiores**, sobretudo daqueles dotados de concentração institucional de poder político.

A participação, por conseguinte, será **ordinária**, quando contiver orientação sobre a ação do ente maior, e **extraordinária**, quando veicular reação contra a intervenção do ente maior; mas, em ambos os casos, o cidadão, ou quem quer que tenha título para, de algum modo, participar, encontrará no princípio da subsidiariedade o fundamento para atuar, seja positiva, seja negativamente, em relação às entidades maiores da sociedade e do Estado.

Em outros termos: neste quadro, a advocacia se destaca e se alteia como uma **instituição essencial** para assegurar a regularidade dessa cadeia de relações subsidiárias que, em última análise, assegura o primado do princípio da **liberdade** das pessoas, individual ou coletivamente consideradas, já que a atuação participativa de cada indivíduo está capilarizada em todos os níveis e modos de relações humanas.

2.3 CONSENSUALIDADE

Este terceiro princípio incorpora também o valor liberdade, considerando-se, porém, a sua expressão negocial, na dimensão do **pacto**: um ajuste entre duas ou mais pessoas para a satisfação de interesses.

Do mesmo modo que os indivíduos não podem prescindir de acordos de toda natureza quanto à disposição de bens e de serviços necessários à satisfação de suas necessidades, também as entidades não-estatais e estatais têm necessidade de se valer de prestações voluntárias para realizar seus fins.

O Estado, por certo, pode valer-se, no que seja necessário, da **coerção**, para obter recursos, bens e serviços, mas há um limite ético para o exercício da compulsoriedade, ainda porque o livre acordo sempre representa uma relação social mais justa e, por isso, menos conflituosa.

O Estado contemporâneo, não só em razão da multiplicação de interesses do conjunto da sociedade, quase sempre cometidos a seus cuidados, agravando suas condições de prestá-los todos **diretamente**, quanto pela impossibilidade de obter suficientes recursos pela via impositiva para fazer face aos investimentos de capital necessários, passa a valer-se, sempre mais, dos **contratos** e dos **acordos**, em geral, e, em especial, dos **pactos de adesão**, modalidade pela qual convoca a co-participação da sociedade para melhor satisfazer aquilo que ela própria necessita.

Imemorialmente, o **poder estatal** se afirma pela coerção. Disso decorre o conceito clássico de Estado como organização monopolista da coerção. Ocorre, porém, que, como todo o poder tende a reforçar-

se e a expandir até que encontre limites, a história registrou uma propensão à proliferação das formas autoritárias, arbitrárias e totalitárias de exercício do poder, que deveria ser, em princípio, público. No passado, o único limite provinha da **moralidade**, por vezes impregnada de sentido religioso. Com o advento do Estado de Direito surgiu um limite objetivo: a **legalidade** e, mais recentemente, com a afirmação do Estado Pluriclasse e da democracia, o limite de **legitimidade**.

A **legalidade** se observa pela submissão do agir do Estado à **ordem jurídica** que ele mesmo outorga, e a **legitimidade**, pela submissão da própria ordem jurídica e das ações dela decorrentes à **vontade popular**, recolhida pelos meios regulares estabelecidos como "as regras do jogo", na expressão divulgada de NORBERTO BOBBIO.¹⁹

Não obstante todos os avanços dos sistemas de contenção de poder, nada impediu que a hipertrofia do Estado chegasse ao zênite alcançado neste século, ao ponto de um decepcionado LUDWIG VON MISES declarar que ele viria a ser identificado com a "Era do Estatismo".²⁰

Esgotada a coação, o pêndulo se volta à colaboração. Observa-se que atuando consensualmente o Estado pode realizar tanto ou mais do que compulsoriamente, sem deixar de estar submetido, do mesmo modo, aos limites da moralidade, da legitimidade e da legalidade.

O certo é que se tem observado na Sociologia Política contemporânea, que através da consensualidade o Estado mobiliza e utiliza melhor o potencial criativo da sociedade, desenvolvendo uma vertente de **colaboração** muito mais rica de alternativas e muito mais eficiente que a da **imposição**. Com isso, o Estado reduz seus custos, concentra-se nas atividades que não podem prescindir da coerção, atende às demandas reprimidas, torna-se mais legítimo e põe em prática a distribuição de tarefas segundo o princípio de subsidiariedade.

A consensualidade pode contribuir efetivamente para uma série de resultados que dificilmente seriam obtidos sem recorrer a ela, como agilizar, flexibilizar, legitimar e baratear a execução de várias funções do Estado. Desde logo, a sua própria produção normativa, pela aceitação da validade das fontes alternativas do direito, submetidas ou não a normas gerais de orientação e balizamento ditadas pelo Estado, atividade que corresponde ao campo pouco explorado da **regulática**, estabelecendo-se uma parceria normativa sociedade-Estado na instituição de uma ordem jurídica em sucessivos níveis de subsidiariedade quanto à eficácia.

A consensualidade pode ajudar extraordinariamente o Estado a executar suas tarefas na administração pública, seja pela adoção de

formas alternativas de prestação de serviços, sob várias modalidades pactuais: o contrato, o ato complexo e a promessa de recompensa; seja pela aceitação da eficácia pública da colaboração reconhecida do setor privado, diferenciando-se os campos afins da **delegação** e do **reconhecimento**. Quanto ao contrato, poderá ser, ainda, público ou privado, conforme exista ou não prestação indisponível. Quanto ao ato complexo, poderá assumir qualquer das modalidades hoje mais utilizadas, como o consórcio, o convênio ou o acordo de programa. Finalmente, quanto à promessa de recompensa, abre-se o campo institucional privilegiado do Fomento Público.

Por derradeiro, a consensualidade pode estar presente na solução dos conflitos através dos institutos de composição alternativos, com crescente utilização das modalidades de conciliação e de arbitragem preferentemente através de processos extrajudiciais, ou parajudiciais, neste caso a cargo de entidades intermédias dotadas de uma parcela do poder público para esse efeito.

2.4 REFLEXIVIDADE

Este quarto valor se prende ao conceito que se vem desenvolvendo de **auto-reflexão do sistema jurídico**, a partir da fixação teórica de um "núcleo constitutivo de identidade" que permita garantir uma capacidade de prestação de uma Constituição e, naturalmente, da ordem infraconstitucional derivada, em face da sociedade e dos cidadãos.²¹

Para efetivar-se essa auto-reflexão, Estado e sociedade, por seus operadores jurídicos, devem ter aberto e garantido um canal crítico para uma permanente avaliação do sistema jurídico, a partir, necessariamente, da Constituição, sempre tendo como referência a efetividade do referido núcleo constitutivo de identidade.

É mais particularmente em relação ao cidadão que esse quarto princípio avulta em importância, como derivação do igualmente valioso **princípio da participação igualitária**, que faz repousarem as liberdades não sobre apriorismos religiosos, políticos, econômicos ou ideológicos, mas sobre o **senso compartilhado de justiça**, que desde Aristóteles tem sido o elemento estruturante fundamental de um pólis.²²

Este senso é o coração do núcleo constitutivo de identidade das Constituições e, nas palavras do próprio RAWLS, "Ao princípio da liberdade igualitária, quando aplicado ao processo político constitucionalmente definido, me refiro como princípio da participação (igualitária)"²³ exige a participação da cidadania para sua realização.

Dai a definição constitucional e infraconstitucional de instituições que se prestem a definir **standards** para avaliar antigas e novas instituições à luz do senso compartilhado de justiça, capazes de apreçar e de indicar quais devem ser mantidas, alteradas ou excluídas.

Não por outro motivo J. J. GOMES CANOTILHO, em recente e profunda revisão crítica da discutida tese da Constituição Dirigente, insiste na defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo.²⁴

A ordem jurídico-constitucional que se propõe a ser efetiva deverá basear-se em três premissas: 1ª) a existência de um mínimo de conteúdo ético na Constituição, em que o legal encontre o lícito e o legítimo; 2ª) a presença de fundamentos portadores de uma teoria da justiça desvincilhada de compromissos ou de particularidades e de casuísmos; e 3ª) o reforço do consensualismo, como solução recuperadora, ao mesmo tempo, da legitimidade e da efetividade, dando ênfase à concertação em vez de fixar-se na imposição.

A exigência da reflexividade se refere muito mais que à Constituição, envolvendo toda a ordem jurídica, embora a sede constitucional deva ser a definidora do que RAWLS denomina de "exigências constitucionais mínimas", ou seja, para CANOTILHO, "o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica intocáveis pelas maiorias parlamentares".²⁵

3. CIDADANIA E ADVOCACIA

Se no passado o **princípio da defesa técnica**, fundamento da advocacia, se revelou indispensável para garantir a igualdade na aplicação contenciosa do direito e, por isso, para a existência do próprio Estado de Direito, hoje esse princípio tem multiplicada importância para garantir a igualdade não apenas na aplicação contenciosa do direito como na sua própria criação e no seu controle axiológico e, por isso, indispensável à existência do Estado Democrático.

Em outros termos, não há democracia sem cidadania e não há cidadania sem advocacia.

Nessa linha, a cidadania não pode ser mais entendida restrita a seu aspecto meramente político, mas, como se pretende demonstrar, deve ser tomada como uma potencialidade juridicamente garantida de realização da justiça inerente à personalidade humana.

Não mais se esgota o conceito na sua velha dimensão eleitoral: é preciso que o cidadão esteja permanentemente apto a exercer multifários deveres que se estendem desde a própria defesa de seus interesses à defesa dos interesses de seu grupo social secundário, dos

interesses de todos e, eventualmente, dos interesses do Estado. Para tanto é mister que esteja assistido ou representado, conforme o preceito a ordem jurídica, de modo a garantir-se os melhores resultados possíveis de sua ação. A ampliação conceitual dos interesses admitidos e judicialmente dedutíveis vem criando novos campos de ação para a advocacia, extremamente úteis para alimentar a auto-reflexão do sistema jurídico.

Assim como a cidadania se expandiu além do político, a advocacia a acompanhou para ser prestante no equacionamento e defesa de suas novas responsabilidades ampliadas pela participação, pela subsidiariedade e pela reflexividade.

A advocacia dá lastro e sentido à **participação** cidadã, garantindo seu adequado exercício sempre que se demande conhecimento teórico e experiência prática adequados. Do mesmo modo, a advocacia atua como garantidora da **subsidiariedade** da ação do Estado sempre que esteja expressa na ordem jurídica e como impulsionadora, para introduzi-la onde seja necessária para expandir o campo da liberdade cidadã. No que toca à **consensualidade**, a advocacia garante a regularidade dos pactos firmados e age na defesa dos interesses neles envolvidos. Finalmente, no que se refere à **reflexividade**, sua missão é ainda mais importante, atuando, a advocacia, como consciência crítica do direito, seja na sua operação diuturna, seja na meditação teórica dos gabinetes.

Por todos esses motivos, a expressão constitucional do novo conceito de advocacia, assim expandido, como manifestação complementar indispensável à cidadania integral, ganhou relevo e detalhe como **função essencial à justiça**, incluída na "Organização dos Poderes do Estado", exercendo, portanto, um **poder estatal** sem, contudo, constituir-se num Poder do Estado.²⁶

Essa inserção, além da fixação das funções a nível constitucional, confere nível **juspolítico** à advocacia, ao lado das funções decisórias, legislativa, executiva e judicial, com o reconhecimento não apenas de sua utilidade mas de sua **essencialidade** na construção da justiça, tomada em seu sentido mais amplo, que é aquele adotado por RAWLS ao referir-se ao "senso compartilhado de justiça"²⁷ e, por isso, envolvendo a essencialidade na manutenção e no aperfeiçoamento do Estado Democrático, pela tutela da legalidade do Estado Democrático e pela tutela da legitimidade e na edificação do Estado de Justiça, pela tutela da licitude.

Isso vale para os dois ramos da advocacia: o ramo privado, que é a advocacia geral (art. 133, CF), e o ramo público, que ficou subdividido em três advocacias públicas no sentido lato: a advocacia dos interesses indisponíveis (arts. 127 a 130), a advocacia dos interesses

cometidos ao Estado (arts. 131 e 132) e a advocacia dos necessitados (art. 134).

Desse modo, o legislador constitucional cobriu suficientemente todos os interesses e correlatos direitos que têm reconhecimento na ordem jurídica do Estado Democrático de Direito brasileiro.

4. CONCLUSÃO

Estabelecida a essencialidade da advocacia para o exercício da cidadania plena no Estado Democrático de Direito, só resta abordar o tema, sempre presente, de seu aperfeiçoamento.

Ao dizer que o legislador constitucional cobriu perfeitamente os campos de interesses reconhecidos na ordem jurídica, não se quis afirmar que o fez da melhor maneira. Em extensão, parece satisfatório, mas funcionalmente ainda deixa muito a desejar, com o tratamento assimétrico dado às diferentes expressões orgânicas da advocacia. Basta lançar mão de um simples critério quantitativo para ficar em relevo a disparidade, pois aos quatro alentados artigos dedicados ao Ministério Público, com dezenas de parágrafos, itens e incisos, a advocacia de Estado tem apenas dois artigos, omitida a advocacia dos municípios, a advocacia dos necessitados, apenas um artigo, e, por incrível que pareça, a advocacia, geral, **tout court**, matriz das demais, também apenas um artigo. Isso só considerado o critério quantitativo, mas que, no caso, espelha razoavelmente o critério qualitativo, pois o tratamento diferencial se estende ao plano das prerrogativas e das garantias, não obstante a idêntica dignidade e imprescindibilidade de todas as modalidades advocatícias.

Impende, pois, à guisa de conclusão, reinvoocar a atenção para o que se deve entender como contido hoje na advocacia: a sua essencialidade à cidadania e, assim, ao Estado Democrático de Direito, para reivindicar uma revisão do Capítulo IV, do Título IV, da Constituição, de modo a eliminar a assimetria que, em última análise, só contribui para ensejar reivindicações corporativas, deformar as vocações e, o que é mais grave, dar uma falsa idéia de supremacia, hierarquia ou superioridade apriorística de interesses, justamente numa sociedade juridicamente organizada que, não obstante, tem erigido a princípios fundamentais idéias opostas: nos conceitos de cidadania, de dignidade da pessoa humana, de liberdade e de igualdade perante a lei.²⁸

NOTAS

1. A referência é à notável obra de abertura do *Trattato di Diritto Amministrativo*, dirigida por GIUSEPPE SANTANIELLO, sob o título "L'Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporanea".

- neo", Padua Ed. Cedam, 1988, v., Cap. VII, p. 35.
2. Aqui a referência é a um dos três tipos de Direito, como se depreende do artigo de FRANÇOIS OST, in *La Force du Droit*, Paris, 1991, p. 241 ss.
3. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *op. cit.*, pp. 17 e 81.
4. JEAN CARBONNIER, *Flexible Droit*, 8ª ed., Paris, L.G.D.J., 1995, p. 6, n/tradução.
5. V. JOSÉ EDUARDO FARIA, que em *Poder e Legitimidade*, S. Paulo (Ed. Perspectiva, 1978, p.62) também associa o problema da legitimidade à noção de democracia no mundo moderno.
6. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Direito da Participação Política*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1992, pp. 18ss.
7. V. n/*op. cit.*, pp. 99 ss.
8. V. EGIDIO TOSATO, *Persona, Società Intemedie e Stato*, Milão, Ed.Dott. A. Guiffè, Milão, 1989, 238.
9. Como bibliografia alemã referente ao tema, v. de A. F.UTZ, *Socialethik*, I, *Die Principiendes Gesellschaftslehre*, Heidelberg, 1958.
10. Art. 5º.
11. "Gravissimum illud principium quod neque moveri neque mutari potest" (Quadragesimo Anno)
12. V. EGIDIO TOSATO, *op. cit.*, 236 e 87;
13. "L'intervento della società astrattamente considerata, e quindi, di qualsiasi società esistente, é e deve essere sussidiario, e solo sussidiario" (EGIDIO TOSATO, *op. cit.*, 237).
14. EGIDIO TOSATO, *op. cit.*, p. 90.
15. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução". RDA, 200: 21-54 abril/jul. 1995.
16. ROBERTO NOZIK, *Anarquia, Estado e Utopia*, Rio de Janeiro, Zahar, 1991, p. 335.
17. ROBERT CROZIER, *Estado Modesto, Estado Moderno*, Paris, Ed. Fayard, *passim*.
18. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, V. 20, abr./jun. 1995, p. 24 (na publicação, por equívoco, Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Revolução).
19. A referência é à obra *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Turim, Ed. Einaud, 1984.
20. *Apud* LAWRENCE W. REED, "A Ordem Pública e a Expansão da Comunicação à Revolução da Privatização", artigo publicado em tradução portuguesa no nº 23/1996, na *Coletânea Ensaios e Artigos*, IL - RJ.
21. Tal como propõe NIKLAS LUHMANN, em "Rechtstheorie", 1979 e ss, *apud* *Direito Constitucional*, de J.J. GOMES CANOTILHO, 5ª ed., Coimbra, Ed. Livraria Almedina, 1991, p. 1.142.
22. A respeito, JOHN RAWLS, em *Theory of Justice*, Bellknap Press, Harvard University, 1971, p. 243.
23. JOHN RAWLS, *op. cit.*, p. 221 (n/trad.).
24. J.J. GOMES CANOTILHO, "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo", in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. S. Paulo, R. T., A. 4, nº 15, abril/junho de 1996, pp. 7-17.
25. J.J. GOMES CANOTILHO, artigo citado, p. 16.
26. Constituição Federal de 1988, Título IV, Capítulo IV, arts. 127 a 135.
27. Ver nota 22, *supra*.
28. Art. 1º, II, III; art. 3º, I, e art. 5º, *caput*, da Constituição.