

# ESTADO-DE-DIREITO E LEGITIMIDADE DO PODER

Cristiane Santiago de Almeida\*

## 1. O Estado e o Direito

A relação entre o Estado e o Direito sempre constituiu tema candente entre os jusfilósofos e cientistas políticos. Seria o Direito anterior ao Estado ou vice-versa? Serve o Direito de fundamento e de limite à autoridade do Estado ou, ao contrário, é este quem determina e condiciona a autoridade do Direito?<sup>1</sup> KELSEN sustenta a identidade entre o Direito e o Estado, pelo que o Estado apenas existiria na medida e na maneira em que se exprimiria na lei -- o Estado agiria sempre dentro do Direito e um Estado que agisse fora do Direito deixaria de ser Estado.<sup>2</sup>

RADBRUCH, por seu turno, escaldado na experiência nazista, entende que o deslinde da questão exige uma postura que não pode ser limitada ao plano do direito positivo, extravasando para o campo do direito natural. Para ele, se a “garantia da segurança jurídica é que constitui o fundamento e o título justificativo do poder dos governantes para fundar e criar o direito, é conveniente agora notar que são ainda essa mesma garantia e essa mesma segurança jurídica que devem afinal servir também de limites a esse mesmo poder”.<sup>3</sup> E mais: Direito só seria aquilo que pudesse ter o sentido de justo e “quem diz justiça, diz igualdade”<sup>4</sup>. Logo, não seria direito e sim arbítrio uma disposição jurídica que só visasse alguns indivíduos e certos casos individuais.<sup>5</sup>

HELLER vislumbra uma correlativa vinculação entre o Estado e o Direito ao ponto de se conceber “o Direito como a condição necessária do Estado atual e, do mesmo modo, o Estado como a necessária condição do Direito do presente”<sup>6</sup>. A relação entre ambos “não consiste nem em uma unidade indiferenciada nem em uma irreduzível oposição”<sup>7</sup>, devendo antes ser considerada dialética. O problema da validade do Direito estaria situado, sobretudo, no caráter de formador do poder que o Direito possui, ou seja, à questão da legitimidade do poder político,<sup>8</sup> concepção que será melhor delineada adiante. HABERMAS adota esta linha de pensamento ao afirmar que “o direito constitui o poder político e vice-versa; isso cria entre ambos um nexo que abre e perpetua a possibilidade latente de uma instrumentalização do direito para o emprego estratégico do poder”, exigindo ainda como contrapartida à idéia de Estado de Direito uma legitimação constituída pelo “direito legitimamente instituído.”<sup>9</sup>

\* Defensora Pública Federal no Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> Cf. GUSTAV RADBRUCH *Filosofia do Direito*. 6ª edição, Coimbra; 1979, pág. 347/8

<sup>2</sup> Idem: pág.349.

<sup>3</sup> Idem: pág.355.

<sup>4</sup> Idem: pág.356.

<sup>5</sup> Idem: pág.357.

<sup>6</sup> HERMANN HELLER *Teoria do Estado*. (Ed. Mestre Jou) São Paulo 1968, pág. 231.

<sup>7</sup> Idem: pág.231.

<sup>8</sup> Idem: pág.231.

<sup>9</sup> JÜRGEN HABERMAS *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, 1997, pág. 211/2.

## 2. O Estado-de-Direito

NELSON SALDANHA leciona que a idéia de Estado-de-Direito adveio “liberalismo com sua pretensão de reduzir o Estado ao mínimo”<sup>10</sup>. Assinala que a expressão foi, coe-reentemente, combatida por KELSEN por considerá-la redundante na medida em que o Di-reito seria próprio de todo o Estado. Contudo, tratar-se-ia de uma concepção que moldou a consolidação do ‘Estado-moderno’ e que prossegue no Estado ocidental na medida em que em que caracterizada por “uma estrutura constitucional baseada na divisão de poderes e nas garantias de direitos”<sup>11</sup>.

É importante realçar que a estrutura formal básica do Estado-de-Direito fundada na separação de poderes e na garantia de direitos sobrevive apesar de todos os ataques sofridos desde o advento das revoluções burguesas do século XVIII. PAULO BONAVIDES, por exemplo, após render homenagens ao papel histórico da doutrina da separação de poderes, relega-a ao museu da Teoria do Estado por representar a sublimação dos di-reitos individuais de índole burguesa em detrimento dos direitos sociais.<sup>12</sup> Trata-se de concepção questionável na medida em que há quem sustente que o menosprezo devo-tado pela intelectualidade aos direitos civis por conta de sua identificação com o ideário burguês é uma das causas dos baixos índices de civilidade e de cooperação social ho-diernamente constatáveis na sociedade moderna, especialmente a brasileira.<sup>13</sup>

É certo, contudo, que o modelo clássico do princípio da separação de poderes, por si só, está longe de satisfazer o arquétipo atual do Estado-de-Direito. Levando-se em conta a marcante experiência nazista, assinala NICOLA MATEUCCI que não se pode circunscrever o constitucionalismo ao princípio da separação dos poderes acentuando que se a divisão de órgãos pode, de fato, obstar “os desígnios de um partido forte ou de uma maioria estável, é absolutamente insuficiente para garantir os direitos das minorias e para defender os cidadãos do abuso do poder, uma vez que esses órgãos podem estar nas mãos do mesmo partido”<sup>14</sup>. Daí, basear a sua concepção de Governo limitado em um tripé formado: a) por uma Constituição escrita duplamente legitimada – pelo conteúdo das suas normas e pela sua emanção da vontade direta e soberana do povo; b) pelo caráter rígido da Constituição de modo a impedir a sua modificação pela vontade legis-lativa normal; c) pela existência de uma corte judiciária que, além de dirimir os eventuais conflitos entre os diversos órgãos do Estado, zele pela justiça das leis, isto é, pela sua conformidade com as normas fundamentais.<sup>15</sup>

Basta recordar, entretanto, a forma avassaladora com que o nazismo preponderou sobre as Instituições alemãs, em plena vigência da Constituição de Weimar, para colocar

<sup>10</sup> NELSON SALDANHA *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, 1998, pág. 94.

<sup>11</sup> Idem, pág.95.

<sup>12</sup> Cf. Do Estado Liberal ao Estado Social, Forense, Rio de Janeiro, 1980, pág. 36.

<sup>13</sup> Cf. ALBA ZALUAR, “Direitos Cívicos e Direitos Humanos, uma confusão Pós-Moderna”, in Trabalho, Cultura e Cidadania, São Paulo, Scritta, pág.229.

<sup>14</sup> Cf. Dicionário de Política, op.cit., pág. 253.

<sup>15</sup> Idem, págs. 255/6.

sob questionamento a eficácia de um modelo limitador de índole positivista. Questiona-se se não haverá sempre a possibilidade de cooptação das Instituições e de reinterpretção das normas fundamentais de modo a justificar a supressão de direitos e a prática de arbitrariedades.

Numa tentativa de se evitar a repetição do genocídio nazista os internacionalistas vislumbram no movimento do direito internacional dos direitos humanos uma saída eis que este é “baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações.”<sup>16</sup> Não obstante, um modelo internacionalista parece ter a sua eficácia sujeita ao jogo diplomático patrocinado pelas grandes potências mundiais, pelo que não só pode torná-lo inócuo como, pior, redundar na manipulação do ideal dos direitos humanos como meio de satisfação de interesses inconfessáveis. Relembre-se, dentre tantos outros exemplos históricos, que a intervenção dos EUA no Panamá, apresentada como tendo fim humanitário, serviu de pretexto à destruição do exército panamenho antes da entrega da zona do canal.<sup>17</sup> Conclui, então, CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO “que o direito de ingerência pode ser um pretexto para o Norte intervir no Sul e ninguém pensa em exercer tal direito na China”<sup>18</sup>.

HABERMAS, por seu turno, ao desenvolver “os princípios do Estado de Direito na perspectiva da institucionalização jurídica da rede de discursos e negociações”<sup>19</sup>, erige como um dos sustentáculos da soberania popular “os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração”.<sup>20</sup> Ou seja, retoma a idéia da separação dos poderes, conferindo-lhe uma nova roupagem: a da lógica da argumentação. Assim, “a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da *distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos* e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos”<sup>21</sup>. Logo, a separação de poderes tem que ser dimensionada sob a ótica de uma teoria do discurso onde “as leis regulam a transformação do poder comunicativo em administrativo, na medida em que surgem de acordo com um procedimento democrático, no qual fundam uma proteção do direito garantido por tribunais independentes e no qual *subtraem* da administração implementadora o tipo de argumentos normativos portadores das resoluções legislativas e das decisões judiciais”.<sup>22</sup> Para HABERMAS “a lógica da divisão de poderes só faz sentido, se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e

<sup>16</sup> RICHARD B. BILDER, An Overview of International Human Rights Law, *apud* FLÁVIA PIOVESAN, in Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, Max Limonad, São Paulo, 1997, págs.32/3.

<sup>17</sup> Cf. CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, in Direitos Humanos e Conflitos Armados, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pág. 50.

<sup>18</sup> *Idem*, pág. 50.

<sup>19</sup> HABERMAS, *op. cit.*, pág. 212

<sup>20</sup> HABERMAS, *op. cit.*, págs. 212/3

<sup>21</sup> HABERMAS, *op. cit.*, pág. 239.

<sup>22</sup> HABERMAS, *op.cit.* pág. 238.

a retrologação do poder administrativo ao comunicativo”,<sup>23</sup> contribuindo para este quadro a “autorização do pessoal dirigente através dos eleitores, em eleições gerais” e “especialmente o princípio da conformidade à lei, de uma administração que deve estar submetida ao controle parlamentar e judicial”.<sup>24</sup>

### 3. A legitimidade do poder estatal

Define-se legitimidade “como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos”.<sup>25</sup> HELLER já dizia que “para que alguém tenha poder, isto é, para que as suas ordens sejam cumpridas de modo constante, é necessário que os que o sustentam, ou ao menos os de mais influência, estejam convencidos da legitimidade do seu poder” (op. cit., pág.231).

Estreitamente vinculada à noção de poder político ínsita ao Estado é clássica a lição de MAX WEBER em distinguir os fundamentos da legitimidade consoante as manifestações do poder em legal, tradicional e pessoal ou carismático. Assim, a legitimidade do poder legal tem seu fundamento na crença de que são legais as normas do regime, estabelecidas propositalmente e de maneira racional, e que legal também é o direito de comando dos que detêm o poder com base nas mesmas normas; a legitimidade do poder tradicional assenta no respeito às instituições consagradas pela tradição e à pessoa ou às pessoas que detêm o poder, cujo direito de comando é conferido pela tradição; a legitimidade do terceiro tipo tem seus alicerces substancialmente nas qualidades pessoais do chefe e, somente de forma secundária, nas instituições e, em conseqüência, está destinada uma existência efêmera por não resolver o problema fundamental da transmissão do poder.<sup>26</sup>

Elemento nuclear da legitimidade é o consenso, cuja dimensão varia espacial e temporalmente, a depender do grau de homogeneidade sócio-cultural da sociedade e, sobretudo, da eficácia de mecanismos de socialização que conduzam à formação e persistência de orientações e à adesão a certos valores entre os membros da população.<sup>27</sup> Contudo, o consenso está, normalmente, envolto sob o véu da ideologia, cuja função é a de legitimar o poder constituído mediante a utilização de elementos descritivos que o tornem digno de confiança. Quando o poder está em crise, incapacitado de prover às suas funções essenciais (defesa, desenvolvimento econômico, etc.), caem os véus ideológicos que camuflavam ao povo a realidade do poder e se manifesta às claras sua inadequação para resolver os problemas que amadurecem na sociedade.<sup>28</sup> Relevantes,

<sup>23</sup> HABERMAS, op. cit. pág. 233.

<sup>24</sup> HABERMAS, op. cit. Pág. 234.

<sup>25</sup> LUCIO LEVI, in Dicionário de Política, op.cit., pág. 675.

<sup>26</sup> Idem, pág.676.

<sup>27</sup> Cf. GIACOMO SANI, in Dicionário de Política, op.cit., pág. 241.

<sup>28</sup> Cf. LUCIO LEVI, op. cit., págs. 677/8.

neste ponto, os papéis desempenhados pelos intelectuais e pelos partidos políticos eis que é precisamente nestes grupos que se inicia muitas vezes a crítica às instituições e às idéias dominantes, pondo a nu o discurso ideológico e instaurando fatores de ruptura do consenso.<sup>29</sup>

A medida do consenso e, em conseqüência, da legitimidade do poder político, é ditada, pois, pelo grau de possibilidade de manifestação do dissenso. Na linha do pensamento de HABERMAS “é no âmbito do processo argumentativo, do discurso, que as diversas afirmações dos sujeitos capazes de linguagem e ação podem ser problematizadas e submetidas a uma avaliação crítica”<sup>30</sup>. Deste modo, “quanto maior for o grau de receptividade e de autocorreção do regime, tanto mais provável que o Dissenso tome formas moderadas e, correlativamente, as formas extremas sejam mais reduzidas e limitadas”<sup>31</sup>. Relevante, neste passo, é aferir “o grau de controle e de limitação que a autoridade política exerce sobre os vários instrumentos através dos quais se expressa o Dissenso: jornais, rádio, televisão, por exemplo, e sobre a possibilidade de organização dos discordantes”<sup>32</sup>. Daí, que a concepção do dissenso como modo de articulação da demanda política só ser possível em um regime democrático posto ser aquele que melhor é capaz de garantir o processo argumentativo.<sup>33</sup>

Impõe realçar que a importância da possibilidade de manifestação do dissenso não está limitada à aferição do grau de legitimidade do poder estatal. AMARTYA SEN demonstra a relevância da participação e da dissensão políticas para o processo de desenvolvimento econômico dentro da concepção da liberdade como, simultaneamente, meio e fim do desenvolvimento. A liberdade atua como fator inibidor da corrupção, da irresponsabilidade financeira e das transações ilícitas, contribuindo, assim, para garantir “as necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar: a liberdade de lidar uns com os outros sob garantias de dessegredo e clareza”<sup>34</sup>. O prestigiado economista, laureado com o prêmio Nobel, revela a conexão existente entre a garantia das liberdades políticas e a escolha, pelos cidadãos, dos valores e prioridades como meio de formação das concepções individuais de justiça e correção<sup>35</sup>. Destaca que “o êxito do capitalismo na transformação do nível geral de prosperidade econômica no mundo tem se baseado em princípios e códigos de comportamento que tornaram econômicas e eficazes as transações de mercado” e que “os países em desenvolvimento precisam atentar não apenas para as virtudes do comportamento prudente, mas também para o papel de valores complementares, como formar e manter a confiança, resistir às tentações de corrupção disseminada e fazer da garantia um substituto viável para a imposição legal punitiva”.<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Cf. GIACOMO SANI, *op.cit.*, págs.241/2.

<sup>30</sup> GISELE CITTADINO, *in* Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, Lúmen Juris, Rio, 1999, pág. 108.

<sup>31</sup> LEONARDO MORLINO, *in* Dicionário de Política, *op.cit.*, pág.364.

<sup>32</sup> *Idem*, pág.364.

<sup>33</sup> *Idem*, pág.364.

<sup>34</sup> *in* Desenvolvimento como Liberdade, 1999, São Paulo, Cia. das Letras, p.56.

<sup>35</sup> *ob. cit.*, p.46.

<sup>36</sup> *ob. cit.*, p. 303

#### 4. Alusão à experiência brasileira

É certo que o mero resguardo da manifestação do dissenso não garante, por si só, a democraticidade de uma estrutura social. É preciso avaliar também a forma como é exercido o poder político pela elite. GAETANO MOSCA já dizia no final do século passado que “a democraticidade de uma estrutura social não depende do fato de existir ou não existir uma Elite, mas das relações que decorrem entre a Elite e a massa: do modo como a Elite é recrutada e do modo como exerce seu poder”<sup>37</sup>.

Entre nós, uma garantia formal de manifestação do dissenso no seio de uma população desprovida da instrução básica por omissão deliberada de uma elite político-econômica voltada, secularmente, para a manutenção de estruturas de poder não pode induzir à conclusão pela configuração de um regime democrático, a não ser que se contente com uma idéia puramente formal de democracia. JOAQUIM NABUCO assinalou com proficiência que “o nosso caráter, o nosso temperamento, a nossa organização toda, física, intelectual e moral, acha-se terrivelmente afetada pelas influências com que a escravidão passou trezentos anos a permear a sociedade brasileira”<sup>38</sup> A pesadíssima herança escravocrata, marca indelével da origem do autoritarismo que perpassou a nossa experiência histórica, acarretou conseqüências nefastas bem delineadas na lição crua de JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES:

“Quem conhecer a História do Brasil, e mais da metade dos brasileiros a desconhece totalmente, sabe que sempre se pleiteou pelas reformas e nunca as lideranças fizeram senão pequenas e moderadíssimas concessões. A política de conciliação, de transação, teve como principal objetivo aplinar mais as divergências dos grupos dominantes que conceder benefícios ao povo. O domínio oligárquico de pequenas minorias e seus protegidos, o nepotismo, o filhotismo, o genrismo, o compadrio tornavam impossíveis as transformações sociais, as reformas estruturais. Soma-se a isso a personalização, a ausência, a omissão ou o desinteresse dos políticos pela solução dos problemas, sua impermeabilidade às idéias, a mecanização da imitação européia e depois americana, a falsidade e infidedignidade da representação”<sup>39</sup>.

#### 5. Conclusão

Contudo, se é certo que a tolerância do dissenso não é capaz de traduzir, por si só, uma garantia da efetividade de mudanças não menos certo que o regime político mais permeável à crítica ínsita ao dissenso é o mais capacitado a se adaptar às constantes transformações econômicas, políticas e sócio-culturais e, por isso, ao menos em tese, o

<sup>37</sup> *apud* Dicionário de Política, op. cit., pág.388.

<sup>38</sup> JOAQUIM NABUCO, *in* O Abolicionismo, 2000, São Paulo, pág. 04.

<sup>39</sup> *in* Conciliação e Reforma no Brasil, Nova Fronteira, Rio, 1982, pág. 110.

mais fadado à perenidade. No mundo hodierno, em meio às conseqüências das grandes inovações tecnológicas, assegurar a plena manifestação do dissenso é sintoma, sobretudo, de garantia da durabilidade do regime, evitando-se o seu esclerosamento precoce.

## 6. Bibliografia

ARAÚJO, Ângela Maria (org). *Trabalho, cultura e cidadania*. São Paulo: Scritta,1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,1999.

DICIONÁRIO DE POLÍTICA. 12ª edição. Brasília: ed. UnB, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1998.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: ed. Mestre Jou, 1968.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Amados*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. São Paulo: Nova Fronteira/PubliFolha, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Cosntitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do Direito*. 6ª edição. Coimbra (Portugal),1979.

RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e Reforma no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,1982.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras,1999.