

MINORIAS, LOCALIDADE E INCLUSÃO SOCIAL : UMA PROPOSTA PARA O RESGATE DA LEGITIMIDADE ESTATAL

MINORITIES, LOCALITY AND SOCIAL INCLUSION : A PROPOSAL TO RECOVERY THE STATE LEGITIMACY

Antonio Celso Baeta Minhoto¹

Resumo : o tema das minorias parece ter atingido um ponto importante de maturidade dialética no meio acadêmico. Em Estados democráticos, como são a maior parte dos estados contemporâneos, surge como algo premente a questão da inclusão social, da integração de todos os componentes, grupos e pessoas, neste projeto de construção de uma sociedade que seja, de fato, para todos. Sem isso, por outro lado, não há como se falar em legitimidade estatal, em legitimidade do poder político constituído. Hoje, a questão da inclusão social das minorias passa a ser não apenas uma opção, mas uma necessidade, se de fato quisermos conferir ao Estado democrático uma legitimidade popular genuína. Neste sentido, a valorização da comunidade local pode ser uma opção interessante, fazendo o Estado e a sociedade retornarem a uma situação de legitimidade mais evidente.

Palavras-chave : minorias, inclusão social; localidade; poder; legitimidade

Abstract : the subject of the minorities seems to have reached an important point of dialectic maturity on the scientific milieu. In democratic states, as they are most of the contemporaries states, appears as something pressing the question of the social inclusion, of the integration of all the components, groups and people, in this project of construction of a society that is, in fact, for all. Without this, on the other hand, it does not have as if to speak in state legitimacy, in legitimacy of the political power. Today, the minorities social inclusion issue becomes not only an option or possibility, but a need, if we want to give to the democratic state a genuine popular legitimacy. In this way, increase the local community

¹ Doutorando em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; Professor Titular de Direito Público e Direito Constitucional na Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP, Brasil; Advogado e autor de obras jurídicas.

value, could be an attractive option, making state and society returns to a more evident legitimacy situation.

Key-words : minorities; social inclusion; locality; power; legitimacy.

SUMÁRIO : 1. INTRODUÇÃO; 2. PODER E ESTADO; 3. LEGITIMIDADE; 3.1. Legitimidade formal : o Estado de Direito; 3.2. Legitimidade e sociedade : o Estado Democrático de Direito; 3.3. Democracia e legitimidade : a questão das minorias; 4. Conclusão : o resgate da legitimidade estatal pela valorização da comunidade e das minorias; Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo dedica-se a temas de alto relevo dentro do debate acadêmico, científico, social e político da atualidade. Itens como inclusão social, direito das minorias, exercício do poder, legitimidade, estado, comunidade e localidade estão na ordem do dia nos mais diversos segmentos e nos mais variados discursos.

Parece ter se tornado voz corrente e incontroversa a noção de que um Estado democrático de direito deve estar, forçosamente, fundado numa sociedade democrática o que atrai, também de maneira inevitável, a questão da inclusão social, a questão de uma sociedade efetivamente baseada nos direitos, particularidades, diferenças, sonhos, projetos e principalmente nos valores de todos os seus integrantes.

Neste ambiente, acima delineado de modo bastante sucinto, é que se insere o presente estudo cujas pretensões, contudo, são mais modestas do que a grandeza e amplitude dos temas aqui destacados : analisar a questão do poder, das minorias e da legitimidade e, num segundo momento, o intercruzamento de tais conceitos com o aspecto da localidade, da comunidade, algo que pode ser analisado como meio ideal para implementação de um objetivo maior e final, qual seja, resgatar a legitimidade estatal e tornar a nossa sociedade, humana, em algo concretamente inclusivo, em algo que seja para todos e formado por todos.

Se reflexões sobre os temas acima destacados forem suscitadas pela leitura do presente trabalho, entendemos que seu objetivo central terá sido alcançado. Por fim, meu muito obrigado ao Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva pela leitura e sugestões ao presente texto.

2. PODER E ESTADO²

O poder é, seguramente, uma das questões mais presentes na história humana, na trajetória do homem sobre a face da Terra. O estudo do direito, já se disse desde há muito, está intimamente vinculado ou ligado à idéia de poder. Ressalta de modo mais ou menos evidente, contudo, que o poder, em si, possui existência anterior ou pelo menos independente com relação ao direito³.

O decálogo ou os dez mandamentos contidos na Bíblia, por exemplo, é uma demonstração de poder, já que contém efetivamente ordenamentos ou comando comportamentais que devem ou deveriam ser seguidos por determinadas pessoas, no caso o povo judeu que, através de Moisés, recebia tal rol de condutas diretamente de Deus, segundo a crença desse mesmo povo.

² As idéias contidas neste tópico foram tratadas, ao menos boa parte delas, em outra obra do autor intitulada “*Teoria Geral de Direito Público*”, São Paulo : Juarez de Oliveira, 2004, p. 3-7;

³ Assim, os homens da pré-história, incivilizados, cavernícolas desprovidos de uma organização social mais evidente ou sutil, exercitavam entre si, de um modo ou outro, o poder. Um grupamento humano que, por exemplo, detivesse o acesso a uma fonte regular de água de uma dada região, poderia, com margem razoável de certeza, utilizar tal aspecto de modo vantajoso em face de outros grupamentos que quisessem ou necessitassem acessar tal fonte. O próprio domínio do fogo ou de sua geração de modo artificial, pelo homem, se insere com toda a certeza também no campo em destaque. Desse modo, a utilização de um recurso, no caso natural, com vistas a criar uma vantagem ou interesse adicional até então inexistente em prol de determinados sujeitos, nos exhibe a prática de um poder ou a prática do poder, numa de suas facetas. Sobre a criação e o surgimento da própria idéia de poder não somente na sociedade, mas antes disso, no próprio homem, há interessante análise a esse respeito : “*Os grupos sedentários vão se situando em regiões climaticamente mais estáveis, geralmente à beira dos grandes rios ou lagos, com o que aprendem os rudimentos da agricultura, pela observação da renovação natural das estações e safras, perdendo gradativamente a belicosidade sobrevivencial, pela substituição da racionalidade produtiva. O direito costumeiro e de tradição, que se faz em nível de convivência, é necessariamente mais harmônico, permitindo que as famílias cresçam, com maior estabilidade. Os grupos nômades, ao contrário, sendo obrigados a enfrentar condições mais adversas, emigram constantemente para fugir ao frio, à falta de caça, na busca de condições melhores. São mais agressivos, ativos, guerreiros, embora menos criativos que os sedentários. Vivem da caça e de um pastoreio rudimentar, ou seja, daquele pastoreio que permite que os animais os acompanhem em permanente peregrinação. As famílias são menos numerosas, posto que as crianças resistem menos às dificuldades que enfrentam e seu direito costumeiro é mais rude e impiedoso. O encontro entre os dois grupos sempre representa a predominância dos grupos nômades sobre os sedentários, constantemente por eles saqueados, no início dos tempos, posto que menos acostumados às artes guerreiras*”, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*, Vol. 1, Saraiva : São Paulo, 1988, p. 13. Sobre o mesmo tema, ver CROUZET, Maurice. *História geral das civilizações*, São Paulo : Difel, 1978;

Por meio de tais mandamentos, Deus exige dos judeus, como povo escolhido, a submissão deste aos Seus desígnios ou à Sua vontade⁴. Temos, assim, um elemento essencial a qualquer relação de poder que é a submissão, ou seja, toda relação de poder conterà em seu bojo ou sua manifestação, a exigência, pelo sujeito ativo desse poder, da submissão do sujeito passivo dessa mesma relação.

O que difere uma relação de poder de outra, portanto, não é a presença ou a ausência de submissão, esta última elemento fundamental dessa natureza de relacionamento ou manifestação, mas sim em que se fundará a submissão buscada.

Um criminoso certamente exige a submissão da vítima à sua vontade, qual seja, a de obter a vantagem patrimonial buscada pela obtenção do dinheiro ou bens da mesma vítima.

Tal submissão, todavia, é baseada no medo ou temor e, exatamente por isso, possui um caráter circunstancial, pois, se por alguma razão o mesmo criminoso vier a ser desprovido da arma que empunha, seja por ato seu, da vítima ou de terceiro, a submissão buscada cessará e com ela também a relação de poder originalmente firmada deixará de existir.

Numa relação empregatícia também podemos encontrar uma relação de poder, já que o empregado, em regra, deve acatar as determinações de seu empregador, sob pena de ver caracterizada sua própria insubordinação, com a conseqüente possibilidade de ser demitido. Todavia, já não há mais que se falar numa submissão obtida pelo medo ou temor incutido no sujeito passivo da tal relação, o empregado, muito embora tal elemento até possa existir.

Num caso assim, teremos, provavelmente, uma submissão embasada na conveniência, já que o empregado, ainda que não reconhecendo a vontade que se pretende suprema (do empregador) como a melhor ou mais convincente, acata-a por entender ser possível, tolerável e vantajoso a ela se submeter em face de outros valores que lhe são mais caros, interessantes ou importantes, como, por exemplo, manter seu emprego.

⁴ Apenas a título de ilustração do ora comentado, veja ser de largo conhecimento a passagem bíblica em que Deus determina à Abraão o sacrifício do único filho deste último, Isaac, como prova de sua temência divina. Ao final Isaac não é sacrificado e a atitude de Abraão é louvada : *“O Anjo disse : não estendas a mão contra o menino ! Não lhe faças nenhum mal ! Agora sei que temes a Deus : tu não me recusaste teu filho, teu único”* (Gênesis, 22, 12).

Pode ocorrer, contudo, que, numa relação de poder, a submissão não seja obtida pelo temor ou pela conveniência, mas pela legitimidade. Pode-se mesmo dizer que esta é a situação ideal de uma manifestação de poder.

O pai, quando diz ao seu filho “*hoje você não sairá com seus amigos*” ou “*não lhe emprestarei o carro para que você saia ou viaje*”, possui uma expectativa bastante razoável de que seu filho acate o seu comando ou a sua ordem, de que seu filho se submeta à sua vontade, de forma espontânea, mas principalmente que veja nela uma fonte legítima de autoridade e poder exercitada pelo pai em face de seu próprio filho.

Se o filho reconhece no pai legitimidade para exercer o poder manifestado pelos comandos normativos emitidos pelo pai, exibirá a tendência natural a se submeter de modo espontâneo ao poder paterno, ou seja, se submeterá de modo voluntário ao sujeito ativo da relação de poder ou, numa só palavra, obedecerá.

Entendemos que o raciocínio ou raciocínios aqui expressos são vitais para que possamos entender de modo mais eficiente toda a problemática que envolve o exercício do poder na sociedade pelo Estado, o poder político, manifestado em suas diversas vertentes.

A questão da legitimidade adquire especial relevo com o surgimento do Estado moderno, suas características e inovações, como a introdução clara de uma idéia de tolerância e liberdade religiosa e, principalmente, trouxe consigo a concepção de uma visão do Estado como uma entidade dissociada da religião – posteriormente também dissociada da figura do rei – e detentora de razões próprias, as chamadas razões de Estado^{5/6}.

⁵ O Estado, em sua feição moderna, surgiu ao final da chamada *Guerra dos Trinta Anos* (1618-1648), com a assinatura da *Paz de Westfália*, conflito que envolveu praticamente toda a Europa. O aparecimento ou formação do Estado moderno trará consigo alguns itens básicos importantes para o próprio direito : território rigidamente definido; população identificada com esse território; exército próprio – e não mais legiões mercenárias tão comuns ao período feudal – e; soberania, atributo dado ao Estado e que o faz detentor de um poder incontestável dentro de seu próprio território. Hegel pontua a questão do exército próprio ao discorrer sobre a necessidade do Estado Moderno estar preparado para a guerra e nela ver algo que lhe é contingente, inerente. “*A força armada do Estado torna-se um exército permanente, e a vocação para a defesa vem a constituir uma classe permanente pela mesma necessidade por que os outros elementos, interesses e profissões particulares constituem uma solidariedade : a classe industrial, comercial ou política*”, HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*, São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 299. Interessante notar, ainda sobre o tema em questão, que há Estados sem exército. O próprio Vaticano é efetivamente um Estado e não possui exército. A Alemanha, após a II Guerra Mundial, mantém uma força de segurança mínima e constitucionalmente veda a utilização dessas forças em conflitos internacionais. Todavia, é importante destacar esta característica

De outra vertente, o poder e seu exercício na sociedade passa a ser muito mais racionalizado, sistematizado e formalizado com a inserção do Estado moderno segundo as características que acima mencionamos como elemento novo na estrutura social.

O Estado passa a ser o único detentor e legítimo possuidor do *poder político*, com este se identificando de modo umbilical. Vem gestado o Estado moderno, assim, numa espécie de legitimidade prévia, conquanto de caráter meramente formal então.

O poder qualificado como político deve ser entendido, aqui, como aquele que permite ao seu detentor o uso da força, se necessário for, para alcançar seus objetivos, daí porque Norberto Bobbio e Max Weber comentam numa mesma linha de raciocínio :

(...) reduzido o conceito de Estado ao de política e o conceito de política ao de poder, o problema a ser resolvido torna-se o de diferenciar o poder político de todas as outras formas que pode assumir a relação de poder (...) o poder político vai-se assim identificando com o exercício da força e passa a ser definido como aquele poder que, para obter os efeitos desejados, tem o direito de se servir da força, embora em última instância (...) ⁷

Tal como os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o Estado consiste numa relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores ⁸

que, a uma, caracterizou, à ocasião, os lineamentos modernos do Estado e, a duas, mostrou-se e ainda se mostra como característica encontrada na imensa maioria das nações, mesmo contemporaneamente;

⁶ O tema atrai análise ampla e suscita discussões profundas sobre o papel da soberania no próprio Estado e também no direito, tema que gera bastante controvérsia, também, quanto à titularidade da soberania. Já há bastante tempo, Jaques Maritain afirmava que “*em face de uma sã filosofia política não existe Soberania, isto é, não existe nenhum direito natural e inalienável a um supremo poder transcendente ou separado na sociedade política. Nem o Príncipe, nem o Rei, nem o Imperador eram realmente soberanos, embora detivessem a espada e os atributos da soberania. Assim também não é soberano o Estado como não o é o próprio povo. Só Deus é soberano (...).*” MARITAIN, Jacques. *El hombre y el Estado*. Buenos Aires : Guillermo Kraft, 1952, p. 45;

⁷ *apud* SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo : Malheiros, 2002, p. 21;

⁸ WEBER, Max. *Ciência e Política : duas vocações*, São Paulo : Cultrix, 1993, p. 57. O texto de Weber, e de Bobbio também, nos colocam à frente, portanto, de pelo menos dois aspectos importantes para este nosso estudo : o Estado, que se coloca como ordem soberana dentro de sua área de atuação (território), possui a exclusividade do emprego da violência e da força de modo sistemático, sendo que o próprio uso dessa força se dá como um exercício de poder cujo objetivo final e ideal, por parte do próprio Estado, é o de obter o reconhecimento de tal situação pela sociedade ou pela população de modo voluntário, o que confere a esse mesmo poder legitimidade. Dito de outro modo, o Estado sempre persegue a legitimidade de seu poder frente à sociedade e aos demais Estados, porque sabe que esta irá conferir a si mesmo uma facilidade muito maior para implementar seus objetivos e fazer com que sua vontade seja de fato suprema e, mais do isso, reconhecida como suprema.

Desse modo, o Estado, como qualquer outra fonte de poder, persegue a submissão voluntária da sociedade, a obediência, a adesão desta mesma sociedade aos seus comandos e disposições.

Quanto mais legitimidade possuir o Estado, maior obediência provavelmente obterá de seus comandados, maior adesão às suas determinações e menor necessidade de fiscalizar o cumprimento destas mesmas determinações ou comandos que, assim, naturalmente tenderão a serem acatados de modo espontâneo pela obediência ou adesão manifestadas por seus comandados (a sociedade)⁹.

Mas, parece ser até mesmo intuitiva a observação de que a própria dinâmica social e estatal trouxe questionamentos, detalhamentos, peculiaridades, problemáticas ligadas a essa legitimidade inicial que não somente eram impossíveis de se resolver naquele momento inicial, como nem mesmo se saberia como equacionar tais pontos.

Se o Estado era legítimo do ponto de vista puramente formal, era isto uma característica tida como plenamente satisfatória àquela época, algo que, como veremos, não se manteve ao longo do tempo.

3. LEGITIMIDADE

3.1. Legitimidade formal : o Estado de Direito

Contemporaneamente, encontramos estudiosos defendendo visão semelhante. Com efeito, Friedrich Muller chama a atenção para o papel da “*institucionalização da violência*” como manifestação de uma legitimação da ordem jurídica, *apud* ROTHENBURGH, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito : a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 94;

⁹ Justamente por essa busca de legitimidade é que devemos relativizar as posições de Bobbio e Weber com relação à força como fundamento do Estado, observando que não é este o único elemento de fundamentação da atuação estatal. Cademartori observa, a esse respeito, que “*o poder nunca se apóia exclusivamente na força. É impensável uma relação política que descansa exclusivamente na coerção dos súditos, mas antes exige-se uma fundamentação para o mesmo. Com efeito, a força é elemento indispensável para o exercício do poder, mas ela nunca pode ser o seu fundamento exclusivo*” Em outra passagem, na mesma obra, o autor em foco ainda afirma que “*a dominação distingue-se da força porque a primeira tem a capacidade de obter a obediência dos sujeitos que não repousa exclusivamente na força, mas sobretudo, na adesão*”. CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade : uma abordagem garantista*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 91 e 95.

A legitimidade, como vimos de modo parcial acima, é tema dos mais candentes dentro do estudo do direito, da política e da sociologia. Se antes, contudo, era concebida como um atributo formal e aceito como pré-existente de modo espontâneo – notadamente dentro do escopo de atuação do Estado – foi pouco a pouco sendo questionada quanto à sua existência real, concreta, palpável, numa determinada situação.

Para diferentes propósitos e em diversas direções, a legitimidade passou a ocupar, gradativamente, um espaço mais amplo e ao mesmo tempo mais sutil de verdadeira regulação social e política¹⁰.

Com o incremento do ideal democrático em tempos modernos, a partir dos movimentos revolucionários do final do século XVIII, mas de maneira especialmente marcante a partir de meados do século XX, percebeu-se uma busca por uma maior densidade da idéia de legitimidade como apoio fundamental da atuação estatal, uma análise mais acurada sobre a identificação entre tais elementos.

Em suma: o tempo mostrou que a legitimidade é algo dinâmico e não estático, mostrou que se trata de elemento construído e não dado, podendo ser consolidada ou fragilizada, perdida ou conquistada, ampliada ou reduzida, enfim, sujeita à dinâmica social e não mais um elemento objetivo do Estado como seu território, seus exércitos ou a população nele existente¹¹.

O conceito do objeto em foco, a legitimidade, se liga fundamentalmente a valores. Essencialmente, não difere do exemplo que demos acima acerca da submissão voluntária do filho ante seu pai, amparada tal submissão – expressa ou materializada na obediência aos comandos emanados pelo pai em face do filho – no respeito existente na relação, especialmente do filho em relação ao pai.

¹⁰ “Por trás da idéia de legitimidade, como se vê, está a necessidade de cada sistema político de institucionalizar formas e procedimentos capazes de regular, disciplinar e reprimir conflitos. As funções específicas de seu ordenamento jurídico consistem assim quer na resolução de antagonismos e tensões entre indivíduos, grupos e classes, quer na tentativa de ordenação racional das vidas pública e privada – o que se dá mediante um intrincado processo de prevenção e desarme dos conflitos desagregadores da ordem estabelecida”, FARIA, José Eduardo. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*, Porto Alegre : Fabris, 1985, p. 14.

¹¹ Neste mesmo sentido, ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 98.

Muito embora utilizando-nos de uma ilustração em um estado ideal de manifestação, vê o filho no pai conhecimento, ascensão, confiança, bondade, experiência, o que resumimos na idéia central do respeito.

No caso do Estado, o transporte de tal estrutura pode ser feito, mas, claro, com outros valores como base ou suporte. O respeito filial cede espaço para um sentimento essencialmente similar, mas instrumentalmente diverso, ou seja, a própria legitimidade.

Neste sentido, Dimitris Dimoulis diz que legitimidade “*é a adequação do direito em vigor em vista dos ideais democráticos e dos anseios sociais*”, idéia expressa de modo conciso e objetivo, correta, mas que se volta a uma situação de democracia, algo específico de um ambiente social e político com tais características e aspecto que não necessariamente conduz à legitimidade de um modo geral¹². Voltaremos, no entanto e mais à frente, à questão da democracia e da legitimidade.

De todo modo, e neste momento, convém nos atermos a um aspecto mais concreto da formação da legitimidade no direito, levando-a ou conduzindo-a a uma situação de virtual essencialidade na articulação dos elementos integrantes do universo jurídico.

A ordem jurídica moderna, por outro lado, se funda em elementos típicos da própria idade moderna em que se viu inserida e como fruto de movimentos, de idéias e de forças observadas num momento de verdadeiro expurgo dos elementos centrais do direito natural.

Ao expurgo aqui noticiado, some-se, ainda, a influência iluminista, cientificista, antropológica, situação que possibilitou ao direito, através de seus artífices, mas notadamente pelos juriconsultos de então, ser visto, ser enxergado como ciência, podendo, assim, exigir-

¹² Muitos foram os regimes considerados autoritários, ditatoriais, tirânicos, até mesmo de exceção que contaram com expressivo apoio popular e outros que, muito embora suportados por escolhas operadas em ambientes democráticos, com certames escorregios e regulares, não lograram obter o necessário apoio, e conseqüente legitimidade, às suas ações. Movimentos como o nazismo e o fascismo não poderiam ter sido desenvolvidos sem o proverbial apoio popular a lhes sustentar, mesma situação de regimes como o de Getúlio Vargas no Brasil (Estado Novo), Josef Stalin na União Soviética, Mao Tse Tung na China ou Fidel Castro em Cuba. Por outro lado, o ex-presidente do Haiti, Jean-Bertrand Aristide, escolhido democraticamente para o cargo em 2003, foi deposto pela própria população ainda em 2004, acusado de corrupção e desmandos em proveito próprio. O ideal democrático, no caso, não foi suficiente para legitimar o desempenho da função pública correspondente. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 102, parece não concordar com nossa visão ao afirmar que “*democracia e legitimidade são conceitos de recíproca e permanente implicação*”.

lhe todos os rigores formais e cartesianamente lógicos que se podia esperar de qualquer outra ciência.

O direito passa a ser visto, desse modo, como ferramenta social cuja utilização deveria seguir os mesmos ditames econômicos vigentes, ou seja, deveria obedecer e se submeter às mesmas condições, preceitos, premissas, valores, forma, objetivos e prevalência de certas estipulações sobre outras, no universo pré-concebido do estado liberal. O exercício da justiça já havia, assim, se despreendido suficientemente da figura do rei e da autoridade papal.

Faltava fixar o novo foco de poder.

Esse foco foi cimentado na lei, tomando-se por legítimo, por justo e por defensável por toda uma nação só e somente só o que estivesse previsto e amparado em lei¹³ e sendo esta lei exclusivamente estatal, legítimo também era o estado que produzia a lei.

No mesmo sentido acima comentado, vemos Miguel Reale afirmando situar-se “*no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade*”, indicando o saudoso mestre, assim, que “*dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade*¹⁴”, pensamento que bem expressa a questão da norma ou regra de natureza jurídica formalizada, tornada lei, lei escrita, algo que lhe conferia uma legitimidade em si e por si, ou seja, simplesmente por ser lei¹⁵ e, ainda mais, por ser expressão de um poder, o poder político de titularidade exclusiva do estado¹⁶.

¹³ A lei legitimava e protegia o indivíduo, bem como regulava a ação Estatal, mas, em contrapartida, a este último era dado o monopólio da violência. A política adquiria outros contornos, pelo que podemos entendê-la como a alocação autoritária de valores ou como o poder de gestão da sociedade sobre seu próprio destino (...) é preciso obedecer não apenas porque a função dos mecanismos de controle social é evitar a desagregação social mas, ainda, porque o sistema político, dado o monopólio da violência, pode alocar autoritariamente valores e instaurar normas jurídicas. cf. FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade : uma introdução à política do direito*, São Paulo : EDUSP, 1976, p. 9. *O império da lei*, máxima que até hoje é utilizada para justificar as mais variadas ações para as quais se busca legitimidade e obediência, foi, especialmente nos EUA, levada a um extremo bastante pronunciado, criando ali um outro adágio : *só a lei pode corrigir a lei*. O destino da nação, a segurança interna e mesmo o interesse da pátria deveriam se submeter ao corpo normativo vigente, dele não podendo se divorciar em hipótese alguma o que, em última análise, é a própria síntese do liberalismo nessa área.

¹⁴ *Filosofia do Direito*, São Paulo : Saraiva, 1986, p. 594.

¹⁵ Mais do que isso, as positivizações passam a ter um papel fundamental, os documentos escritos já não tinham o caráter simplório de um mero pacto entre o povo e seus governantes de outros tempos, passando a fazer parte de todo um sistema jurídico-legal posto, com estrutura rígida e regras internas bem definidas. O que era jurídico, era legal, o que era legal, era justo. Tomava importância, ainda mais, o procedimento e o resultado dali advindo, ambos submetidos ao *império da lei*, pelo que se tinha a segurança de que uma decisão, uma *decisão legal*, seria

Rompia-se, por outro lado, com a concepção jusnaturalista e aristotélica de ligação umbilical entre direito e moral¹⁷ para adotar uma visão mais prática e, como afirmamos acima, utilitarista do direito. O direito passou a observar regras e formas que o modificaram profundamente¹⁸ e passou a apresentar características totalmente distintas de qualquer outro modelo anteriormente observado, formando uma espécie de dogmática jurídica liberal, eis que concebida com base e em harmonia com os ditames do ideal liberal e capitalista então dominante e vigente¹⁹.

obtida, justa ou não, mas de todo modo, segura. Assim, um cunho utilitarista passou a permear o exercício do direito.

¹⁶ “(...) dizer que um poder é legítimo equivale a assegurar que é justo, que é merecedor de aceitação, isto é, significa atribuir-lhe uma valoração positiva”, CASTIGNONE *apud* CADEMARTORI, *op. cit.*, p. 93;

¹⁷ O raciocínio sobre o rompimento entre direito e moral como base de criação e desenvolvimento do direito dentro do Estado Liberal, é feito quase que como um aviso em MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*, Notre Dame Press : University of Notre Dame, 1984, p. 184. Immanuel Kant foi talvez um dos mais destacados doutrinadores a se dedicar sobre o tema. Kant dizia que a são 3 os requisitos da ação moral : a) *é realizada somente para obedecer à lei do dever*; b) *não é cumprida por um fim, mas somente pela máxima que a determina*; c) *não é movida por outra inclinação a não ser o respeito à lei*. Sobre o Direito, Kant dizia que este traz *um dever externo, porque legalmente eu sou obrigado somente a conformar a ação, e não também a intenção com a qual cumpro a ação, segundo a lei, enquanto o dever moral é dito interno porque moralmente eu sou obrigado não somente a conformar a ação mas também a agir com pureza de intenção*, cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, Universidade de Brasília : Brasília, 1993, p. 54 e 57; Já no século XX, Hans Kelsen se notabilizou por sua chamada teoria pura do direito, em que defende que o pensamento jurídico não está autorizado a promover julgamentos morais ou avaliações políticas sobre a experiência jurídica, devendo encarar as relações sociais concretas exclusivamente pela ótica das prescrições normativas, ou seja, pela relação de imputação entre sanções e atos considerados ilícitos. *Assim e enquanto técnica de organização social, o direito não seria um fim em si mas, um simples meio ou instrumento; e suas normas ao estabelecerem uma relação de imputação entre atos ilícitos e sanções, dão origem a uma sucessão de deveres jurídicos – o elemento primário de toda ordem normativa; esses deveres, por sua vez, não tem qualquer significado moral : como as idéias morais estão acima de toda experiência e como seu conteúdo varia ao infinito, ao direito positivo importa apenas o estabelecimento de sanções como consequência do descumprimento das prescrições normativas. Em suma : o ato ilícito não é, em si, necessariamente imoral ou eticamente condenável; é, apenas e tão-somente, uma conduta contrária àquela fixada pela norma*, Cf. FARIA, *op. cit.*, p. 45/46. Para um entendimento mais completo do pensamento de Hans Kelsen, ver sua obra *Teoria Pura do Direito*, Lisboa : Amênio Amado, 1974;

¹⁸ Didaticamente, poderíamos elencar as características que esse Direito, hoje já com caráter tradicional, tomou a partir das modificações acima citadas : a) *crença no Direito como entidade autônoma; crença no governo das leis*; b) *atenção especial sobre a norma e sua clareza : busca da racionalidade*; c) *foco no procedimento e na racionalidade, liberando o jurista de aplicações “sociais” da norma*; d) *legitimidade e legalidade como sinônimos. O que é legal, é legítimo*. Itens retirados, por interpretação do autor, da obra de CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia : a regra da maioria como critério de legitimação política*, São Paulo : EDUSP, 1991;

¹⁹ Esta dogmática jurídica liberal tem por elemento característicos : a) *estatização do Direito* : só o Estado podia dizer o Direito e não mais o Rei e a Igreja, como antes; b) *formalismo/procedimentalismo* : valorização dos procedimentos e das formas de encaminhamento dos pleitos e dos processos em geral, bem como da própria vivência do Direito. A forma pré-determinada e igualmente conhecida de modo prévio, ganhava contornos de essencialidade; c) *previsibilidade* : conhecimento prévio não só do conteúdo do comando normativo em si, mas também dos processos e procedimentos necessários à proteção ou tutela dos direitos; d) *segurança jurídica* : decorrência natural da previsibilidade e da legalidade, transmitia a idéia de que haveria um decisão e de que esta seria baseada em regras pré-estabelecidas e; e) *legalidade* : só é jurídico, a partir dessa nova dogmática, o que está na lei. A lei confere, por si, legitimidade às ações nela própria baseadas. Legalidade passa a ser sinônimo de legitimidade. A presente disposição foi retirada de CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 57-58;

Para este estudo interessa sobremaneira a questão da adoção da lei como instrumento manifestante, em si mesmo, da legitimidade necessária às ações estatais, elas próprias pautadas pela mesma lei.

Era, assim, uma legitimidade típica do Estado de direito²⁰.

Algo observado até hoje com nuances algo diferenciadas, mas essencialmente nesta configuração ora exposta²¹. De todo modo, o direito concebido neste ambiente tornava-se ele próprio também dependente das características ali encontráveis e perceptíveis.

Bem por isso, o direito abandonava um aspecto fundamental que era sua construção no fazer, na prática, um certo empirismo que foi nota fundamental do direito natural e, agora, perdia espaço.

A funcionalidade, a performance, a dinâmica do direito passava a ser mais importante que a obtenção da justiça, algo agora concebido como uma consequência desejável, mas não

²⁰ Comentamos em outro estudo nosso, apoiados em José Afonso da Silva, que as características principais do Estado de Direito são : a) *supremacia da constituição* : a constituição se coloca como instrumento fundamental para garantir o Estado de Direito. É suprema pois confere validade e legitimidade aos poderes estatais no modo e proporção por ela determinados; b) *separação dos poderes* : a origem da idéia da separação dos poderes no Estado Moderno, como vimos, remonta à Montesquieu e sua obra “*O Espírito das Leis*”. As idéias do pensador francês foram reforçadas, ainda, pela doutrina de John Locke, grande ideólogo do liberalismo, na Inglaterra do século XVII. O objetivo da separação dos poderes é conferir equilíbrio e contra-pesos (ou freios) ao Poder Estatal (*checks and balances*), através da convivência harmônica, mas independente entre si dos poderes estatais, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário; c) *superioridade da lei* : de clara inspiração liberal, sendo mesmo um de seus pilares, cf. MINHOTO, Antonio Celso Baeta, *Teoria geral de direito público*, São Paulo : Juarez de Oliveira, 2004, p. 52-53. A superioridade da lei no Estado de Direito se funda no fato de que, como nos ensina José Afonso da Silva, ser “*a lei um ato de decisão política por excelência já que emanada da vontade popular. É adotada pelo Estado para propiciar o viver social segundo modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses*”, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo : Malheiros, 1999, p. 76;

²¹ Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, em preciosa lição sobre o tema, diz que “*a lei é uma relação entre idéias, entre abstrações, e não entre coisas concretas. A lei unifica o diverso. A lei só existe no mundo da inteligência, pois não é particular nem individual. A lei é o plano concebido do que vai acontecer. É a fórmula da ordem. Não é por menos que se tem a lei como um ato geral e impessoal. (...) A lei é uma espécie do gênero norma jurídica. E duas são as espécies de normas jurídicas. A primeira relativa a ações que podem ser exigidas. A segunda relativas às ações proibidas. Na primeira categoria, as normas mandam que as ações sejam praticadas, sob pena de serem prejudicadas aquelas pessoas em benefício das quais as normas preconizaram as ações. Aos lesados é autorizada a reação, isto é, a exigir as ações não praticadas. Daí, as normas da primeira categoria serem mandamentos e autorizações*” in <http://www.uff.br/direito/artigos/perling2.htm>, acesso em 14 de novembro de 2008. O tema, contudo, está longe de representar uma ilha de paz no universo jurídico. Muitos são os que contestam não apenas a ligação lei-legitimidade, mas até mesmo a ligação entre povo e legitimidade ou a concepção de que se a lei é feita a partir de uma demanda popular, é ela justa de forma apriorística. Um renomado doutrinador afirma que “*É inútil acrescentar que a vontade do povo não é soberana no sentido espírito de que tudo o que agrada ao povo deve ter força de lei. Uma lei não se torna justa pelo simples fato de exprimir a vontade do povo. Uma lei injusta, ainda que exprima a vontade do povo, não é lei*”, MARITAIN, Jacques. *El hombre y el estado*, Buenos Aires : Guillermo Kraft, 1952, p. 47;

essencial nesta estrutura. A idéia supostamente paradoxal segundo a qual o direito não oferece como resultado de seu próprio exercício necessariamente a Justiça, poderia bem exprimir o que pretendemos aqui dizer. Immanuel Kant é bastante didático ao comentar este aspecto :

O jurisconsulto pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito (*quid sit iuris*), ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram; mas se é justo o que estas leis prescrevem e o critério universal por meio do qual é possível reconhecer em geral o que é justo ou injusto (*iustum et iniustum*), permanece-lhe completamente obscuro, se não abandonar por um certo tempo aqueles princípios empíricos, e se (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fios condutores), não buscar as origens daqueles juízos na razão pura como único fundamento de qualquer legislação positiva possível²²

O Direito, ainda mais, deixa de exibir aquele caráter mais livre, informal, típico do direito natural, para se tornar algo eminentemente racional e, como diz Tércio Sampaio Ferraz Junior, “*isso não quer dizer que o Direito passasse a ser criado e construído pelos professores, mas sim que a doutrina passava a ocupar um lugar mais importante do que a praxis e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os práticos*”²³.

Neste modelo de legitimidade formal e presumida, desenvolveu-se o Estado de direito e desenvolveu-se também o próprio direito ao longo de largo período de tempo.

No entanto, especialmente a partir das revoluções do início do século XX, notadamente a russa, mas também a mexicana e a “revolução” de idéias trazidas pela constituição alemã de Weimar, somadas, posteriormente aos dois pós-guerra (1914-1918 e 1939-1945) que incrementaram fortemente as demandas por conquistas sociais, veremos um Estado de direito que não mais se sustenta singelamente numa legitimidade formal e se vê obrigado a não somente introduzir de modo forte, expresso e ostensivo o elemento da democracia, como igualmente se vê na contingência de articular tais elementos de modo a legitimar-se, apercebendo-se de modo incontornável do fato de que esta realidade, a da legitimidade, é essencialmente dinâmica, como comentamos acima.

²² *apud* BOBBIO, *op. cit.*, p. 67;

²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo : Max Limonad, 1999, p. 54-55;

Sem prejuízo do elemento democrático como aspecto inovador dentro desta vivência do Estado de direito, se mostra de boa cautela destacar que também o Estado democrático de direito, ponto a ser tratado neste texto logo adiante, pode se mostrar igualmente formalista, até porque, sendo contemplado num instrumento de caráter formal, a constituição, terá aspectos formais a serem observados. Como informa Cademartori²⁴ :

A única coisa que decide a legitimidade da autoridade política é o fato de ter sido obtida de acordo com princípios formais gerais, como por exemplo, regras eleitorais (...) o poder legitimador das regras constitucionais formais vigora enquanto as elites governantes as cumprirem e enquanto os governados evitarem modos de conduta política não cobertos pelo leque de opções oferecido pela constituição

Mas, como dito, veremos logo adiante como se articulará e como se dará a dinâmica do Estado democrático de direito, como expressão de um passo evolutivo na linha de existência do Estado de direito visto neste tópico.

3.2. Legitimidade e sociedade : o Estado Democrático de Direito

Muitas vezes se ignora, na análise do Estado de direito e mesmo na evolução do liberalismo que inspirou e gerou condições para a criação deste modelo estatal, que a democracia moderna ou liberal, hoje vista como par constante ou qualificativo imperioso do Estado de direito, não lhe acompanhou desde sempre ou desde seu surgimento.

Essa ligação direta entre um e outro elemento, historicamente e em seus primórdios, não existiu. Bem por isso podemos recordar, sobre tal ponto, que *“a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito”*²⁵

²⁴ op. cit., p. 112.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo : Saraiva, 1991, p. 16;

Tal perfil é inclusive de utilidade marcante ao se analisar a própria democracia liberal ou democracia moderna, uma vez que a titularidade do poder nas mãos do povo, tomando-se o acima comentado em referência, não se dava exatamente por uma suposta ou potencial admiração pelos traços originais da democracia original, oriunda da Grécia antiga, mas muito mais pela constatação de que estando a titularidade do poder político com o povo, muito mais dificuldade haveria e menos espaço teria o governante para tomar para si tal titularidade e governar de modo autoritário.

Desse modo, “*a democracia moderna nasce como democracia liberal. Assim, na visão ‘ocidental’ da democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissoluvelmente combinados*”²⁶.

Neste contexto, o elemento democrático cumpre uma função muito mais formal e de garantia no atingimento de uma meta principal, a limitação do poder e a proteção ao arbítrio, do que uma genuína inserção popular nos negócios do estado, como seria de se supor numa abordagem inicial.

Na gênese do Estado de direito se inscrevia, portanto, a questão da limitação do poder fundamentalmente pela lei. E a democracia, que veio qualificar este Estado de direito tempos depois, já no século XX, foi claramente haurida por este fundamento essencial organizador do estado de direito e, importante, a ele se submeteu.

Ou seja, e em outros termos, também a democracia foi mais um aspecto contemplado dentro da organização estatal e, respeitando as características deste, foi disposta, regulada, fixada e garantida pela lei²⁷, o que lhe garantiu o mesmo caráter formal de todos os demais itens integrantes do Estado de direito.

Porém, e como já vimos, a democracia moderna ou liberal não é, em verdade, um componente vital na organização do Estado de direito, mas sim uma qualificação *considerada* como vital, *tomada* como fundamental, com *status* de essencialidade, mas cuja eventual falha

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo : Saraiva, 1989, p. 275.

²⁷ Desse modo, pretendendo ser uma evolução do estado social, o estado democrático de direito busca inserir no seio do estado a idéia de que só a democracia pode de fato garantir a fruição, o gozo e o pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais. Valoriza de maneira formal a soberania popular, defendendo esta como algo fundamental à uma sociedade que se pretenda justa, solidária e livre. Tenta fixar, sempre de maneira formal, que o poder emana do povo e não só em seu nome deve ser exercido, mas também em seu proveito.

de aplicação ou integração concreta na vivência deste estado de direito, não retira deste seu regular e eficaz funcionamento.

A constatação destacada é bastante importante para que possamos entender as diversas problemáticas que perpassam a dinâmica do Estado e da democracia na atualidade.

Deveras, ignorar o formalismo da democracia moderna poderia nos levar a uma situação de interpretar os evidentes problemas de sua aplicação na atualidade como uma espécie de enigma insolúvel.

Ficar-se-ia com um sentimento de paradoxo pretensamente intransponível : se a democracia é inerente ao estado de direito e ao liberalismo – como é bastante comum se observar em diversas análises – por quê, afinal, enfrenta ela tantos entraves de aplicação, reconhecimento efetivo e concreta observação ? Aceitar que este princípio democrático é algo formal, tão formal como qualquer outra disposição contida no sistema jurídico-político-normativo positivado, pode ser um primeiro passo interessante²⁸.

Não somente a vivência da Democracia, o dia-a-dia, mas mesmo uma análise mais detida, uma visão menos idealizada do Estado Democrático de Direito, cuidará de exibir sua inserção no Estado de Direito com integral e completo atendimento, observação, e mesmo submissão, às características integrativas desse mesmo Estado, tais como a supremacia da constituição e a superioridade da lei.

Torna-se difícil, desse modo, aquiescer com o comentário do Professor José Afonso da Silva no sentido de que o elemento ou princípio democrático integra ou vem integrar o Estado de Direito como um *componente revolucionário de transformação do status quo* (nota 28).

²⁸ Insista-se, uma vez mais, que não levar tal constatação em consideração pode gerar visões excessivamente otimistas ou idealizadas, como as que defendem que o estado democrático de direito “*reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo*”, cf. AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 116. Na mesma obra, o professor em destaque ainda afirma : “*deve ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado* (p. 125).

Podemos até afirmar, tomando o aqui debatido por referência, que é a democracia, ao ser inserida no Estado de direito, que se submeterá aos ditames deste – especialmente a questão da lei como instrumento político, regulatório e modificativo da realidade – e não o inverso, como vimos logo acima com a suposição de que tal princípio democrático pudesse realmente revolucionar a transformar a realidade ditada pelo estado de direito *de per se*.

Estamos cientes de que a presente postura pode gerar dois efeitos potencialmente criticáveis: de que estaríamos falando sobre o óbvio e/ou que estaríamos sendo céticos ou materialistas em demasia. Se comentamos sobre o óbvio, menos mal. Afinal, tratamos aqui de temas já bastante estudados e analisados.

De mais a mais, rememorar o óbvio tem a evidente utilidade de nos fornecer uma referência correta ou pelo menos confiável. Já a qualificação de céticos ou materialistas não seria adequada. O princípio democrático presente no Estado Democrático de Direito contemporâneo é, inegavelmente, uma conquista da sociedade e uma avanço na história e na evolução do Estado.

Todavia, imaginar que tal conquista gera, por si, em si e automaticamente, uma voltagem energética social cujo desdobramento principal é a modificação ou, ainda mais, uma revolução modificativa nesta mesma sociedade, é, a nosso ver, algo que, em verdade, dificulta o avanço da aplicação deste mesmo princípio democrático, eis que o mascara sob a visão utópica de uma alteração social por si mesma – automática, inerente, pela simples presença de tal elemento democrático na sociedade – uma realidade bastante diversa e por vezes distante dessa espécie de éden democrático carente de concretude, algo piorado, num ambiente de suposta democracia, pela virtual legitimidade conferida pela participação popular, ainda que, no mais das vezes, apenas e tão-somente do ponto de vista formal²⁹.

Sem embargo das ponderações acima expendidas, inegavelmente a democracia impôs um modelo amplamente aceito e prestigiado em nossos tempos, razão pela qual “*o paradigma*

²⁹ Sobre esse ponto, notadamente a questão do uso plástico que se pode fazer do termo legitimidade, Tércio Sampaio Ferraz Junior comenta : “(...) a expressão legitimidade tem a força sedutora de um lugar-comum, que todos podem reclamar para todos e para cada um de per si : todos são favoráveis ao legítimo e contra o ilegítimo, a legitimidade é ponto de partida comum para o desenvolvimento de argumentações, cujas especificações, ainda que divergentes, não põem em risco o ponto de partida”, Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia, São Paulo : Atlas, 1989, p. 16.

de legitimação que se impôs eficazmente no nosso século é o democrático”³⁰. Assim, não estamos aqui a negar a relevância do modelo democrático, mas apenas situá-lo de modo mais realista, menos salvacionista, com um caráter mais compromissório do que simplesmente formal, como veremos no tópico seguinte.

3.3. Democracia e legitimidade : a questão das minorias

Muito embora cientes de todo o aspecto formalístico permeador do conceito de democracia inserido no contexto do Estado de direito, devemos registrar, como já fizemos acima, que há efetivamente um movimento, notadamente doutrinário, mas que já influencia decisões em órgãos públicos, instâncias de decisão e especialmente junto ao Poder Judiciário, cujo mote pode ser dividido em duas partes : busca constante e incondicional da inclusão social de todos os grupos existentes na sociedade – notadamente aqueles aliçados da dinâmica social democrática – e conferir à atuação do Estado uma base de legitimidade real, ampla, de fato popular, qualificando esta ação estatal com o selo da adesão popular deliberada, da obediência consciente desta mesma sociedade. Evidente, por outro lado, que os dois elementos em foco se inter cruzam e se inter-relacionam.

Mesmo não sendo o foco central desse estudo, convém mencionar, como exemplo contemporâneo dessa busca por uma vivência democrática de fato, o movimento dos chamados neoconstitucionalistas que, partindo de uma realidade de constituições democráticas, como são a maioria das constituições atuais no mundo, defendem uma inserção desses princípios democráticos em tudo, para tudo e com relação a todos.

É um movimento que, na verdade, vai além e defende inclusive uma ligação umbilical e necessária entre direito e moral, notadamente em relação “*a situações de direito constitucionalizado, onde os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre Direito e Moral*”^{31/32}.

³⁰ BECKER, Werner. El liberalismo clásico y el liberalismo democrático, Madrid : Revista Sistema, nº 47, Marzo 1982, p. 47

³¹ Comanducci pontua que esta visão traz riscos bastante conhecidos, já que é extremamente subjetivo e arriscado fixar-se em que norma moral poderia basear-se um dado julgamento e, ainda mais, se adotarmos como verdadeira a premissa segundo a qual “*é uma norma moral que deve justificar uma decisão judicial*”, então

É o que Paolo Comanducci, um dos mais destacados representantes desse movimento, nomina de “*constituição invasiva*”, presente em todas as relações. É uma idéia que, por sua vez, intenciona por um fim na observação já feita acima sobre o formalismo excessivo dos compromissos democráticos, presentes nas constituições e mesmo em documentos supranacionais, mas cuja eficácia e efetividade se mostram bastante questionáveis e isso já há algum tempo.

E o que as minorias têm a ver com esse resgate de legitimidade e com essa busca por uma aplicação efetiva de valores e ideais tão caros presentes nas constituições contemporâneas, invariavelmente de cunho democrático ? Pensamos, de nosso lado, que muito.

A democracia moderna, como modelo ideológico, surgiu num mundo e numa sociedade reconhecidamente mais simples do que a atual. A idéia de democracia representativa, ofertada em substituição a uma inviável democracia direta, típica da Grécia antiga, satisfazia uma população cuja composição era bem menos complexa e cujos problemas eram igualmente mais elementares.

Hoje, ao lado de problemas igualmente elementares, se somam questões relevantes e típicas, tais como o aquecimento global e outras questões ambientais de amplitude global como o comprometimento irreversível dos oceanos, ao que devem ser somadas outras tantas problemáticas como narcotráfico internacional, regulação do sistema financeiro mundial, erradicação da pobreza e intermediação de problemas étnicos e religiosos que, por vezes, opõem nações de modo grave e profundo.

teremos a moral como simples forma de normativismo, equiparando a própria moral ao positivismo normativo. *Formas de (neo) constitucionalismo : un analisis metateorico*, in “Neoconstitucionalismo”, Miguel Carbonnel (org.), Madrid : Trotta, 2003, p. 75-98. Comentando sobre o neoconstitucionalismo, Luis Prieto Sanchís, defende ser ele “*um modelo que não se limita a fixar as regras do jogo, mas participar do mesmo, condicionando com maior ou menor detalhamento as futuras decisões coletivas a respeito do modelo econômico, da ação do Estado na esfera da educação, do saneamento, das relações de trabalho*”, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in “Neoconstitucionalismo”, Miguel Carbonnel (org.), Madrid : Trotta, 2003, p. 123-158.

³² Neste sentido, há quem diga que não haver mesmo condições de se manter a divisão entre direito e moral típica do juspositivismo clássico, especialmente num ambiente de atividade política democrática, eis que o Direito produzido em tal ambiente “*se for despolitizado, estaria privado de legitimação e resultaria fundado sobre a mera autoridade, mas, se assim fosse, não poderia oferecer razões suficientes para justificar ações*”. NINO, Carlos S. *Derecho, moral y política*, Barcelona : Ariel, 1994, p. 14-15;

Objetivamente, nada disso existia há cem anos.

As minorias, o grupo social mais vulnerável, aliado e discriminado existente na sociedade e composto de uma gama tão variada como minorias religiosas, refugiados de guerra, idosos, crianças, portadores de deficiência, chegando até às maiorias numéricas que igualmente demandam especial proteção, como negros e mulheres, justamente esse grupo como um todo é que pode transformar a democracia contida no estado de direito em algo de fato popular, representativa, inclusiva e, via de consequência, legítima.

A democracia se ressentida quando não se mostra representativa da realidade social em que se encontra inserida e aplicada. Deveras, num ambiente de globalização de certos valores, invariavelmente ligados a uma noção de democracia liberal, se questiona quem esta última está, de fato, representando.

É fato que entidades ou instituições civis, como ONG's (Organização Não-Governamental) e OCIP's (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) tentam cumprir este papel ou tentam preencher essa lacuna, mas não há ainda indicativos seguros de que seja isso suficiente. Essa dinâmica, em particular e por outro lado, deita consequências também sobre a própria legitimidade em que se escora a democracia moderna³³.

Além do mais, se nos lembrarmos que o Estado é que se propõe democrático, se o Estado, representativo de toda a sociedade – o Estado-nação – busca ser apenas a manifestação de poder político, sendo esta exercida em nome e por conta da sociedade, e se, por fim, esta característica democrática é em si mesmo algo inclusivo e representativo, por mais que possamos admirar a articulação de entidades civis como ONG's e OCIP's, mostra-se como fato incontestado a conclusão de que são elas também prova da incapacidade do Estado democrático em contemplar e representar formalmente, em seu seio ou interior, as demandas e interesses dos integrantes destas mesmas entidades.

³³ Estudiosa portuguesa, acerca da questão democrática no presente, observa a existência de uma divisão dentro da doutrina internacional sobre a “quantidade de democracia” a ser admitida em nossa sociedade, pontuando, com lucidez, que “*as situações de conflito entre os princípios de legitimidade que agitam a nossa época têm a sua refração fundamentalmente nas posições dos autores que querem mais democracia (Habermas, Offe, Macpherson, Barber, Green, Wolf) ou menos democracia (Hennis, Crozier, Greven, King, Luhmann, Guggenberger, Schelsky)*”, CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra : Coimbra, 1994, p. 28.

A democracia moderna tem por elemento fundamental a maioria e a formação de um consenso baseado e a partir desta maioria. Se o consenso baseia-se numa maioria, e de fato é isso que ocorre, mais vozes, com maior variedade de interesses manifestados, irão representar um consenso médio mais rico, mais amplo e, principalmente, mais real no que tange ao reflexo de como e de que modo se compõe aquela determinada sociedade³⁴.

O contrário, um consenso médio excludente ou não inclusivo, gera problemas recorrentes de baixa representatividade e baixa legitimidade do modelo democrático em si mesmo, acumulando frustrações³⁵.

Ocorre que essas frustrações represadas acabam por gerar interferências desarmônicas na sociedade, o que redundará numa perda de legitimidade da democracia oriunda da descrença desses mesmos grupos frustrados em face de um sistema incapaz não somente de atender seus anseios, mas até mesmo de simplesmente representá-los. Um estudioso do tema é bastante taxativo a esse respeito³⁶ :

“A regra majoritária, possibilitando a igual participação no processo decisório de indivíduos ou grupos diferentemente inquietos com a questão, perverte sua condição de refletir corretamente a expectativa das partes, subtrai reflexividade à decisão (...) Na verdade o critério da maioria seria incapaz de refletir fielmente os particularismos das sociedades atuais, altamente complexas e diferenciadas”

A esse respeito, convém citarmos aqui Niklas Luhmann que, numa afirmação bastante objetiva, diz haver na sociedade moderna *“(...) muito mais dissenso que consenso, já que cada*

³⁴ Na formação do consenso médio, que irá se manifestar justamente na formação de um rol de valores dessa maioria, há uma planificação, há a suposição formal e intrínseca à essa forma de organização social e política que aquela maioria espelha uma dada média de valores sociais, tornando-a apta a decidir por toda a sociedade, incluindo as minorias e mesmo os descontentes. Nas palavras de respeitada estudiosa do tema : *“Numa democracia moderna, reduz-se as variáveis da vontade humana a um núcleo mais ou menos unitário em que, ao menos idealmente, estaria expresso um rol de valores comuns, aceitos numa dada média geral. Substitui-se a concordância fática pelo consenso presumido”*, FERREIRA, Sílvia Sette Whitaker. *Participação Popular : a cidadania ativa e a produção do direito*. São Paulo : EDPUC-SP, 1994, p. 48.

³⁵ Com isso queremos nos alinhar, dentre outros, a Habermas quando este diz que *“no basta sostener que la validez de las normas se encuentra en el consenso, sino que hay que localizar un principio crítico que nos permita distinguir entre la multiplicidad de consensos, aquéllos que tienen un carácter racional”*, apud CADEMARTORI, op. cit., p. 121.

³⁶ CAMPILONGO, op. cit., p. 65;

*indivíduo tem, a priori, expectativas próprias*³⁷, o que geraria, para o sociólogo alemão, mais frustração. No passado, porém e como já dito, a busca desse consenso se afigurava mais palpável e até mesmo mais simples.

As expectativas próprias referenciadas por Luhmann, ainda que frustradas, geravam uma desarmonia residual, reduzida, circunscrita, o que não ocorre com a inserção desta nova configuração de expectativas mais abrangentes, mais gerais, mas igualmente frustradas³⁸.

Se, como vemos, essa representatividade, paradoxalmente, pouco ou nada representa para muitos grupos ou indivíduos, tampouco se poderá esperar que a democracia em si possa representar, como que isoladamente, alguma coisa a esses indivíduos ou grupos. A democracia é tanto mais positiva e forte quanto mais seus integrantes se sentem nela representados o que, atualmente e muitas vezes, não ocorre.

E, neste contexto, o surgimento de entidades de organização puramente civil, sem qualquer participação do Estado, como acima citamos, não logra, por si só, gerar um efeito pretensamente produtivo ou positivo como se imagina e isso, se não por muitas, por pelo menos uma razão, qual seja a de que há uma clara dicotomia entre a criação e a existência de, por exemplo, uma ONG e, na outra ponta, seu poder real de influenciar e atuar como um efetivo e concreto ator social na tomada de decisões e exercício do poder na sociedade. É justamente este ponto o destacado por um estudioso do assunto :

Se se trata de criar um espaço público, num mundo globalizado e complexo, as vozes a serem escutadas não podem ficar restritas a uma representação formal dos governos. Certamente, o maior desafio para conseguir uma autêntica democratização da política internacional consiste em produzir um

³⁷ *Apud* CAMPILONGO, *op. cit.*, p. 69;

³⁸ Importante se destacar, no particular ora tratado da formação do consenso e da regra da maioria, notas típicas da democracia moderna, que alguns estudiosos vêem nos direitos fundamentais um círculo compreensivo de valores intocáveis por questões ligadas à manifestação da maioria, o que é especialmente relevante quando tratamos das minorias e seus correspondentes direitos. Neste sentido, Villalón comenta que “*en cierto modo, lo que hay en cuanto defensa de los derechos fundamentales es una legitimidad de la minoría, la legitimidad de una esfera que se garantiza a todos los ciudadanos, en todo caso, con independencia de la voluntad mayoritaria*”, VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in “Legitimidade e legitimação da justiça constitucional”, 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra : Coimbra, 1995, p. 85-90.

espaço público de acesso relativamente irrestrito e com capacidade real de influir no processo decisório sobre questões globais³⁹

No entanto, também aí é preciso cautela, para que o ato de se ouvir a sociedade através de entidades não governamentais não se torne, também ele, algo puramente formal. Bem por isso, podemos frisar e ratificar que obrigar o Estado ou instâncias formalizadas de poder a simplesmente escutar o que ONG's tem a dizer não é um desafio tão grande quanto o de se observar que efeitos concretos as eventuais opiniões ou considerações formuladas por tais instituições tiveram na formação de uma dada decisão concreta adotada no plano formal da política, um efeito certamente desejado, mas não necessariamente observado.

São, portanto, duas situações distintas.

Desse modo, e como decorrência desta representatividade, podemos ter problemas, ou melhoras, na formação do consenso médio, elemento tão caro à democracia moderna ou liberal como vimos. O consenso forma uma média de valores representados nas diversas instâncias públicas, especialmente junto ao Estado, mais especialmente relativamente ao parlamento, instância destacada de expressão da participação popular pela via da representatividade.

O consenso médio é nutrido, formado e composto pelos valores informados por seus integrantes, tomados ou considerados numa determinada média. Para essa formação, é vital ocorrer ou se verificar uma representatividade, a mais alta possível, o que irá gerar, por sua vez, legitimidade crescente ao sistema democrático.

Como veremos no item seguinte, este estudo traz consigo uma proposta, sendo que esta parte do pressuposto dos elementos essenciais da democracia aplicada à dinâmica social e estatal, passa pelo que comentamos, dentre outros trechos, também quanto ao que consta neste tópico, e deságua na construção de um modelo de sociedade e de Estado mais compromissado com seus próprios ditames e princípios constitutivos.

³⁹ LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia : necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional*, in "Revista Brasileira de Ciências Sociais", São Paulo, nº 28, ano 10, 1995, p. 55-72;

4. Conclusão : o resgate da legitimidade estatal pela valorização da comunidade e das minorias

Conquanto tomemos o Estado como algo vital às nossas vidas pelo modelo social em que vivemos, o fato é que, historicamente, se trata de uma criação moderna, contando com pouco mais de trezentos anos.

Evidentemente, estamos adotando como parâmetro o Estado moderno.

Durante todo este tempo, ou durante estes últimos trezentos anos, o Estado cumpriu um papel importante de organização social e de estruturação do poder, algo pré-existente ao Estado, mas a ele conformado posteriormente.

E, neste sentido, observamos que a idéia de um Estado de direito, de um Estado gerado, regulado, limitado, conformado e direcionado por um sistema jurídico-legal, tornou-se uma espécie de idéia-motriz da sociedade moderna, a tal ponto não se poder imaginar – pelo menos até o presente momento – outro modelo, concebido em outras bases, ainda que elucubrações teóricas tomem espaço a esse respeito.

Ocorre que o Estado de direito é, por excelência e definição, o estado liberal em sua plena manifestação. Não é, portanto, um modelo inerte ou neutro em termos ideológicos. Isso foi, e é até hoje em boa parte, a razão de sua bem sucedida adoção em todo o planeta, mas, de um outro lado, também se revela como um ponto de desgaste e incertezas quanto ao seu próprio futuro. Precisamos, em resumo, discutir o que fazer com o Estado de direito, com a democracia que lhe qualifica, e, principalmente, com as pessoas que o integram.

O fato é que o desafio não é tentar salvar o Estado de sua própria morte, uma vez que as chances disso vir a ocorrer são remotas nas condições atuais, mesmo com o risco nada desprezível de uma ruptura social profunda.

A recente crise de cunho financeiro, ainda em curso, que alguns dizem ser algo estrutural e outros defendem como algo efêmero, cuidou de mostrar a importância do Estado, instituição que literalmente ocorreu em auxiliar o antes tão valorizado mercado que, na

concepção liberal ortodoxa, seria capaz de uma auto-regulação continuada, totalmente baseada nas regras desse mesmo mercado (*laissez-faire*), livre de interferências estatais, premissa literalmente pulverizada pela realidade atual⁴⁰.

Mas, voltemos ao ponto central de nosso estudo, qual seja o da inclusão social das minorias. A democracia, nota distintiva dos Estados contemporâneos necessita de dois elementos fundamentais para sua existência : participação popular na vida política, nos negócios do Estado, nos interesses sociais de um modo geral e; liberdade.

Neste âmbito de atuação, observamos que a idéia de inclusão social de grupos marginalizados, por uma ou várias motivações, se dá numa arena que, adormecida por séculos, retoma novo fôlego e adquire uma relevância renovada, que vem a ser a comunidade local, a vila, o vilarejo, a cidade, o Município.

A proposta que apresentamos, portanto, é a de que o Estado em si pode, e a nosso ver *deve*, ante a situação vivida e observada especialmente em nosso dia-a-dia atual, voltar-se mais para a comunidade que, na verdade, foi quem lhe deu a verdadeira razão de ser, estar e existir⁴¹ e parece ser daí, da comunidade, de algo inclusive extra e supra-estatal, que poderá ser gestado um Estado de fato *participativo* e *popular*⁴² como se pretende seja um Estado democrático numa acepção contemporânea.

⁴⁰ OHMAE, um estudioso que defendia o fim do estado há poucos anos atrás, afirmou o seguinte : “*Como os mercados globais de todos os ‘is’ – investimento, indústria, informação e indivíduos (consumidores individuais) – funcionam perfeitamente por conta própria, os Estados-Nações já não precisam exercer seu papel de formadores do mercado. De fato, levando-se em conta seus próprios problemas, que são consideráveis, na maioria das vezes eles acabam atrapalhando. Se permitido, soluções globais fluirão para onde forem necessárias sem a intervenção dos Estados-Nações. Além do mais, os fatos atuais demonstram que elas fluem melhor na ausência dessa intervenção*”. OHMAE, Kenichi. *O fim do Estado-Nação*, Rio de Janeiro : Campus, 1999, p. 20-21. Ante a intensa e profunda crise dos mercados financeiros mundiais – notadamente a partir do próprio sistema financeiro norte-americano – em torno de setembro de 2008, gerando, somente nos EUA, a aprovação de um pacote de fundos estatais emergenciais da ordem de US\$ 700 bilhões como forma de socorrer o mercado, a beira de um colapso, vemos que o entendimento em foco foi amplamente superado pelos fatos.

⁴¹ Bastante elucidativa, no sentido sugerido, a afirmação de Rafael Bielsa : “*El municipio ha sido el precursor del Estado Moderno. El suprimió las trabas jurídicas que separaban las varias clases sociales y deban el carácter de privilegio a la libertad civil y la participación en la vida pública (...) La división y la organización de las varias ramas de la administración central tomaron también sus líneas fundamentales del regimen municipal. El municipio es la unidad administrativa más simple*”, apud ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O município no sistema constitucional brasileiro*, Belo Horizonte : EDUFMG, 1982, p. 45.

⁴² “*A participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender a locução ‘Estado Democrático’ (figurante no preâmbulo da Carta de outubro) como sinônimo perfeito da locução ‘Estado Participativo’*”, Carlos Ayres Brito, *Distinção entre ‘controle social de poder’ e ‘participação popular’*, Revista Trimestral de Direito Público, vol. II, 1993, p. 85. Na verdade, nota-se ser já voz comum entre

Como o presente estudo tem nas minorias um de seus focos mais destacados de análise, de rigor registrar-se aqui, contudo, não se tratar a presente proposta de adentramento em acalorada discussão no âmbito dos direitos humanos entre universalistas e multiculturalistas⁴³.

Nosso alvo é outro.

Particularizando ou generalizando, o que propomos é a valorização do local, da localidade, no espaço geográfico mais elementar e próximo às pessoas.

O continente europeu, berço do Estado moderno e de boa parte dos valores que hoje defendemos como essenciais, desde sempre defendeu essa valorização da comunidade local, algo que vem, sem embargo, recebendo especial incremento neste início de século XX⁴⁴.

Essa “viragem” do Estado em direção da comunidade mais elementar é vital não somente para sociedade em geral, mas com muito mais pungência o é também neste verdadeiro processo de resgate e inclusão das parcelas sociais mais discriminadas e marginalizadas.

muitos estudiosos que o poder deve se municipalizar mais, aproximando-se da população. Com relação a esta municipalização, e voltando-se objetivamente para o Brasil, vemos que “*a federação brasileira pode ter novos caminhos, e estes devem ser construídos por meio da experiência diária que permita, pelas modificações na estrutura constitucional, o estabelecimento efetivo de um poder municipal assentado sobre novas bases, que resgatem a integridade territorial do Município, construída sobre uma identidade econômica, cultural, filosófica e de identidade de perspectiva de construção de um futuro comum. Logo, o atual modelo de repartição territorial tem que ser reformulado e, a partir de então, reestruturado, assim como dificultadas quaisquer tentativas de modificação territorial da base sócio-econômica e cultural do Município*”, MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal : paradigmas para o estado constitucional brasileiro*, Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 118;

⁴³ Recomendamos duas obras para um aprofundamento maior sobre tal discussão : FINKELKRAUT, Alain. *A derrota do pensamento*, São Paulo : Contraponto, 1994; MODOOD, Tariq. *Multiculturalism*, London : Polity, 2007, esta última citada por KYMLICKA, Will. *Multiculturalismo liberal e direitos humanos*, in “*Igualdade, diferença e direitos humanos*”, Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (orgs.), Rio de Janeiro : Lúmen Iuris, 2008, p. 217-243. Kymlicka, como se sabe, é um ardoroso defensor do multiculturalismo, como podemos ver em trecho de sua obra ora citada : “*No meu ponto de vista, a inclinação ao multiculturalismo somente pode ser entendida como um novo estágio do desenvolvimento gradual da lógica dos direitos humanos, e, em particular, da lógica da idéia de igualdade inerente dos seres humanos, tanto como indivíduos quanto como povos (...) o multiculturalismo pode ser contido com segurança dentro dos limites do constitucionalismo democrático e das normas de direitos humanos*”, *op. cit.*, p. 220-221-228.

⁴⁴ HRBEK, Rudolf. *Federalismo e processo de integração na Europa*, in “*Federalismo na Alemanha e no Brasil*”, Orgs. Wilhelm Hofmeister e José Mário Brasileiro Carneiro, Série Debates, nº 22, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 112-130. No mesmo sentido : FIORI, José Luís. *O federalismo diante do desafio da globalização*, in “*A federação em perspectiva : ensaios selecionadas*”, Orgs. Rui Brito Álvares Affonso e Pedro Luiz Barros Silva, São Paulo : FUNDAP, 1996, p. 17-35. Para uma visão mais extensa e profunda da questão municipal na nova conformação estatal, ver MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Globalização e direito : o impacto da nova ordem mundial sobre o direito*, São Paulo : Juarez de Oliveira, 2004.

De fato, nos grandes centros, nas grandes metrópoles, e mesmo em cidades de médio porte, itens como ausência de perspectivas; falta de lazer, cultura e convívio; desesperança e itens mais objetivos com violência, miséria e narcotráfico, tem nas minorias em geral, especialmente aquelas presentes nas periferias e camadas mais pobres da população, suas primeiras e mais sentidas vítimas⁴⁵.

Incluir esses grupos, inserir esses seres na estrutura que, para eles, é apenas formalmente popular e participativa, é, repita-se, talvez a única saída viável para o modelo de sociedade que se diz desejar. Mais do que isso, e neste mesmo ensejo, a participação da sociedade acadêmica e científica se revela como um ponto adicional da máxima relevância.

Neste sentido, pesquisadores, doutrinadores, professores, estudiosos da sociedade em geral precisam refletir sobre o risco de desempenharem um papel meramente enunciativo, cuja virtual ineficiência, inefetividade e inaplicação concreta termina por cancelar e ratificar a situação de exclusão hoje observada de modo generalizado, risco este que alguns parecem se considerar imunizados assim que seus estudos são publicados⁴⁶.

Há, destarte, um desafio a todos nós, e este é o de fazer reviver, ao menos em parte, as idéias de Platão sobre o Estado e sua noção extremamente altruísta e solidária de sociedade, uma postura que busca retomar um pouco daquela grandeza simples e direta advogada pelo pensador discípulo de Sócrates, cuja explicação para a existência do Estado repousava

⁴⁵ “Uma das conseqüências mais importantes do narcotráfico, nesse sentido, é a ruptura das fronteiras tradicionais entre o mundo da legalidade e o da infração, o mundo do trabalho e o da delinqüência. Recrutados em massa nos redutos dos ‘excluídos’ e nos guetos marginalizados, sem qualquer possibilidade de acesso à economia formal, crianças e adolescentes exercem o papel de verdadeiros trabalhadores assalariados. Como afirma um dos mais respeitos dos analistas da violência urbana no país, eles são levados em sua ‘profissão’ a uma acirrada competitividade, alimentada por um individualismo exacerbado e por uma desconfiança extrema que, radicalizando-se, culmina em chacinas e conflitos entre quadrilhas. Justamente por isso, ‘esses jovens são desde cedo socializados para o ingresso na guerra e para lidar com a morte e sua iminência ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança : violência, crime e Justiça Penal na sociedade brasileira contemporânea*, São Paulo : EDUSP, 1996, p. 31.

⁴⁶ É sabido que Karl Marx concebia o direito como algo dependente do modo econômico existente numa sociedade. Direito é superestrutura alicerçada sobre o modo de produção, a infra-estrutura. Neste sentido, dizia Marx que “*não se deve esquecer que tanto o direito como a religião não têm história própria*”. A visão de Marx foi combatida e rechaçada por diversos pensadores do direito ao longo do tempo, mas a cada etapa social em que o direito é chamado a participar e tomar parte dos acontecimentos, somos levados à reflexão sobre as idéias do autor do *Capital* sobre o tema. Se o direito pode, como alguns defendem, atuar de modo concreto na realidade sobre a qual se debruça, buscando sua transformação – contrariando de modo finalístico o vaticínio de Marx – deve assumir isso como um compromisso real e não meramente formal sob pena de, ciclicamente e ante diversos desafios históricos, confirmar, a contragosto, a tese do pensador alemão acima destacado. A citação de Marx foi retirada de NAVES, Márcio Bilharinho. *Marx : ciência e revolução*, São Paulo : Moderna, 2000, p. 34.

singelamente na mútua cooperação entre os homens, já que *como temos muitas necessidades e fazem-se mister numerosas pessoas para supri-las, cada um vai recorrendo à ajuda deste para tal fim e daquele para tal outro; e quando esses associados e auxiliares se reúnem todos numa só habitação, o conjunto dos habitantes recebe o nome de cidade ou Estado*⁴⁷.

O ensinamento acima pode parecer excessivamente ingênuo ou idealista para os tempos em curso, em que a mera cooperação entre indivíduos pode parecer idéia circunscrita à simples retórica quando falamos de Estado, mas o fato é que esse resgate parece ser mais necessidade do que hipótese, uma vez que o Estado, em si, pode até não estar correndo nenhum risco de sobrevivência no ambiente político-social atual, mas um Estado democrático de direito realmente amplo, eficaz, legítimo, abrangente, inclusivo, fomentador dos valores por ele mesmo defendidos, que cumpra efetivamente sua função, ou seja, representar o povo que o ampara e servir à essa mesma base humana.

Isso só poderá ser de fato implantado se essa mesma população, se esse mesmo povo, de alguma forma dele se aproximar, inspirando-o a ouvir as vozes que, se já não o influenciam e prestam-se a simplesmente dar um verniz de representatividade e/ou legitimidade aos seus atos, podem e devem mudar tal situação, dirigindo esse mesmo Estado a um caminho em que possa ser mais representante de uma vontade popular que representação de outros interesses, a ser, enfim, algo mais vivo e pulsante do que um mero instrumento para implante de medidas cujo resultado ou é duvidoso ou é restrito a um pequeno grupo de interessados, que possa, enfim, ser um instrumento a expressar uma sociedade humana de fato mais evoluída.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança : violência, crime e Justiça Penal na sociedade brasileira contemporânea*, São Paulo : EDUSP, 1996.

⁴⁷ PLATÃO, *A República*, Martins Fontes : São Paulo, 1991, p. 46;

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo : Malheiros, 1999.

BECKER, Werner. *El liberalismo clásico y el liberalismo democrático*, Madrid : Revista Sistema, nº 47, Marzo 1982.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*, Brasília : Universidade de Brasília, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, São Paulo : Saraiva, 1991.

BRITO, Carlos Ayres. *Distinção entre ‘controle social de poder’ e ‘participação popular’*, Revista Trimestral de Direito Público, vol. II, 1993.

CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra : Coimbra, 1994.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade : uma abordagem garantista*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia : a regra da maioria como critério de legitimação política*, São Paulo : EDUSP, 1991.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo : un analisis metateorico*, in “Neoconstitucionalismo”, Miguel Carbonnel (org.), Madrid : Trotta, 2003.

CROUZET, Maurice. *História geral das civilizações*, São Paulo : Difel, 1978.

FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade : uma introdução à política do direito*, São Paulo : EDUSP, 1976.

FERREIRA, Silvia Sette Whitaker. *Participação Popular : a cidadania ativa e a produção do direito*. São Paulo : EDPUC-SP, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988, vol. 1*, São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo : Saraiva, 1989.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988. Legitimidade. Vigência e eficácia. Supremacia*, São Paulo : Atlas, 1989.

_____. *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo : Max Limonad, 1999.

FINKELKRAUT, Alain. *A derrota do pensamento*, São Paulo : Contraponto, 1994.

FIORI, José Luís. *O federalismo diante do desafio da globalização*, in “A federação em perspectiva : ensaios selecionadas”, Orgs. Rui Brito Álvares Affonso e Pedro Luiz Barros Silva, São Paulo : FUNDAP, 1996.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*, São Paulo : Martins Fontes, 2003.

HRBEK, Rudolf. *Federalismo e processo de integração na Europa*, in “*Federalismo na Alemanha e no Brasil*”, Orgs. Wilhelm Hofmeister e José Mário Brasiliense Carneiro, Série Debates, nº 22, Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Lisboa : Amênio Amado, 1974.

KYMLICKA, Will. *Multiculturalismo liberal e direitos humanos*, in “*Igualdade, diferença e direitos humanos*”, Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (orgs.), Rio de Janeiro : Lumen Iuris, 2008.

LEIS, Héctor Ricardo. *Globalização e democracia : necessidade e oportunidade de um espaço público transnacional*, in “*Revista Brasileira de Ciências Sociais*”, São Paulo, nº 28, ano 10, 1995.

MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*, Notre Dame : University of Notre Dame, 1984.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal : paradigmas para o estado constitucional brasileiro*, Belo Horizonte : Del Rey, 1997

MARITAIN, Jacques. *El hombre y el Estado*. Buenos Aires : Guillermo Kraft, 1952.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*, Vol. 1, São Paulo : Saraiva, 1988.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Teoria Geral de Direito Público*, São Paulo : Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Globalização e direito : o impacto da nova ordem mundial sobre o direito*, São Paulo : Juarez de Oliveira, 2004.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marx : ciência e revolução*, São Paulo : Moderna, 2000.

NINO, Carlos S. *Derecho, moral y política*, Barcelona : Ariel, 1994.

OHMAE, Kenichi. *O fim do Estado-Nação*, Rio de Janeiro : Campus, 1999.

PLATÃO, *A República*, Martins Fontes : São Paulo, 1991.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in “*Neoconstitucionalismo*”, Miguel Carbonnel (org.), Madrid : Trotta, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, São Paulo : Saraiva, 1986.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O município no sistema constitucional brasileiro*, Belo Horizonte : EDUFMG, 1982.

ROTHENBURGH, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito : a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 94;

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *A natureza das leis e o conceito de direito na visão de Gofredo Telles Junior*, in <http://www.uff.br/direito/artigos/perling2.htm>, acesso em 14 de novembro de 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo : Malheiros, 2002.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in “Legitimidade e legitimação da justiça constitucional”, 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra : Coimbra, 1995.

WEBER, Max. *Ciência e Política : duas vocações*, São Paulo : Cultrix, 1993.