

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

DIOGO DE SOUZA MARTINS

**A INFLUÊNCIA DA DEMOCRACIA NA INTERPRETAÇÃO DA
AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A ATIVIDADE
LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO:**

Uma abordagem pela ciência política da democracia como
princípio constitucional fundamental do estado brasileiro.

Vitória
2006

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

DIOGO DE SOUZA MARTINS

**A INFLUÊNCIA DA DEMOCRACIA NA INTERPRETAÇÃO DA
AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A ATIVIDADE
LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO:**

Uma abordagem pela ciência política da democracia como
princípio constitucional fundamental do estado brasileiro.

Dissertação desenvolvida com vistas à
obtenção do título de Mestre em Direito
Constitucional pelas Faculdades de Vitória
– FDV.

Orientador: Professor Dr. Geovany
Cardoso Jeveaux.

Vitória

2006

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

DIOGO DE SOUZA MARTINS

**A INFLUÊNCIA DA DEMOCRACIA NA INTERPRETAÇÃO DA
AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A ATIVIDADE
LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO:**

Uma abordagem pela ciência política da democracia como
princípio constitucional fundamental do estado brasileiro.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

Orientador

Prof.

Prof.

Vitória, ____ de _____ de _____.

Apesar de ciente da injustiça que pratico ao não relacionar alguns nomes, dedico este trabalho a todas as mentes argutas e sagazes que me servem de estímulo à vida. Pessoas que nunca conheci e nem o farei por absoluta impossibilidade, algumas com quem troquei um cumprimento ou poucas palavras, amigos mais próximos e até mesmo parentes. Alguns juristas, outros de profissão distante do universo jurídico, quase todos vivos, alguns não tanto. Muitos conhecidos entre si, alguns que nunca chegarão a tanto, mas todos com um único ponto comum, uma tal capacidade intelectual que me provoca admiração e certa dose de paixão.

(em ordem alfabética)

Alvaro Manoel Rosindo Bourguignon
Ana Maria Machado
Angel Rafael Mariño Castellanos
Antônio Carlos Marcato
Carolina Bonadiman Esteves
Cassio Scarpinella Bueno
Cleanto Quimarães Siqueira
Dauray Cesar Fabrizz
Elisângela Leite Melo
Flávio Cheim Jorge
Flávio Luiz Yarshell
Geovany Cardoso Jevaux
Gilberto de Aguiar Carvalho
Hans Kelsen
Jean Jacques Rosseau
Jeanne Bilich
Ludwig Wittgenstein
Luiz Henrique Antunes Alochio
Michel Serres
Paulo Henrique Cunha da Silva
Roberto José Ferreira de Almada
Sandra de Souza Martins

Agradecimentos

Gostaria de registrar meus agradecimentos especiais a Carolina Bonadiman Esteves e Sandra de Souza Martins que nunca me deixaram sequer cogitar a desistência da conclusão deste trabalho.

*Tal é a conclusão aceite atualmente:
Só deve merecer a liberdade e a vida
quem para as conservar luta
constantemente.*

(GOETHE, Fausto. 2ª parte)

RESUMO

A democracia surge como fenômeno humano em constante processo de construção, apresentando uma série de contradições defendidas com paixão pelos filósofos, políticos e juristas. Sendo conquista histórica, fruto da evolução humana, a democracia percorreu longo caminho, passando por modificações de interpretação e de exercício. A idéia básica apresentada é traduzida pela influência da democracia na interpretação da autorização constitucional brasileira para a atividade legislativa do poder executivo. Partindo da premissa de que a democracia, muito mais do que um princípio constitucional, é a base fundante do estado brasileiro, sendo considerada como pressuposto do estado e constituição brasileira, o trabalho enfoca o fenômeno da democracia sob a ótica da ciência política, analisando a democracia direta, semidireta e representativa. Conferindo maior ênfase à democracia representativa, a investigação parte para a análise da legitimidade do poder político exercido pelo estado, tomando como ponto primordial desta análise a necessidade de se ter o maior grau de legitimidade – especificamente no estado democrático – possível no exercício da atividade legislativa. Estabelecido que no estado democrático a legitimidade para a criação de normas jurídicas (atividade legislativa) é coletiva, foram apontados os mecanismos básicos pelos quais a coletividade pode transferir certa dose desta legitimidade aos mandatários políticos (processo de legitimação), resultando, em especial, no procedimento eleitoral. Analisando os sistemas eleitorais majoritário e proporcional sem juízo de valor, o trabalho apurou a melhor adequação do modelo proporcional para permitir, em tese, a aproximação da vontade coletiva à atividade legislativa estatal. Para que um estado seja de fato democrático deve ele estar investido de legitimidade não pela simples maioria, mas pelo caráter heterogêneo da coletividade (vontade coletiva), resultante de uma equação não meramente matemática e sim pelo consenso resultante do dissenso. Analisando os atos típicos de governo praticados pelos estados em nome da vontade coletiva, afluíram a atividade legislativa como a atividade mais importante em função de ser precedente da estruturação legal das três atividades (legislativa, executiva e judicial). Estudando a autorização inserta no art. 62 da constituição brasileira de 1988 (edição de medidas provisórias) e verificando que a abordagem do grau democrático da constituição não poderia levar à inconstitucionalidade do

próprio texto constitucional, conclui-se que a interpretação da autorização para a atividade legislativa do poder executivo brasileiro, escolhido pelo sistema majoritário, deve ser feita de forma restritiva quando analisados os aspectos da norma: o da oportunidade (relevância e urgência), o do objeto (conteúdo material) e o formal (limitações de tempo de vigência e número de reedições).

ABSTRACT

The democracy appears as human phenomenon in constant process of construction, presenting a series of contradictions defended with passion by philosophers, politicians and jurists. Being historical conquest, fruit of the evolution of mankind, democracy passed through a long way, suffering interpretation and exercise modifications. The presented basic idea of this paper is the influence of democracy in the interpretation of the Brazilian constitutional authorization for the legislative activity of the executive. From the premise that democracy, more than a constitutional principle, is the main base of the Brazilian State, considered as the base of Brazil and its Constitution, the work focuses on the phenomenon of democracy through the optics of political science, analyzing direct, referendum and representative democracy. Conferring more emphasis to the representative democracy, this study passes to the analysis of legitimacy of the political power exercised by the State, having as the primordial point of this analysis the necessity of having as much legitimacy as possible – specifically in a democratic state – in the exercise of the legislative activity. Established that in a democratic state the legitimacy for the creation of laws (legislative activity) is collective, being pointed the basic mechanisms of transferring some legitimacy from the people to their political representatives (legitimation process), resulting, specifically, in the electoral procedure. Analyzing the majority and proportional electoral systems without any judgment, this work selected the best adequacy of the proportional model to enable, in thesis, the approach of the collective will to the state legislative activity. In order for the state to be really democratic it must be invested in legitimacy not only by the simple majority, but also for the heterogeneous character of the people (collective will), resultant of an equation not mere mathematical, but by the consensus resulting of the dissent. Analyzing the typical government acts practised by the states in name of the collective will, the legislative activity arose as the most important one because it is the precedent of the legal structure of all three activities (legislative, executive and judicial). Studying the authorization included in article 62 of Brazilian Constitution of 1988 (“medidas provisórias” publication), and verifying that the approach of the democratic level of the Constitution could not take to the unconstitutionality of the constitutional text itself, it concludes that the interpretation of the authorization for the

Brazilian executive legislative activity, chosen by the majority system, must be done in a restrictive way when analyzed the aspects of the law: opportunity (relevance and urgency), object (material content) and formality (limitations on time in force and on number of reeditions).

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
1.1	Objeto, tema, delimitação do tema e área de concentração	12
1.2	Problema e hipótese principais e problemas e hipóteses secundários.....	13
2	A DEMOCRACIA COMO PRESSUPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
3	A DEMOCRACIA COMO FENÔMENO – BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS.....	25
4	OS PRIMADOS DA DEMOCRACIA.....	31
4.1	A supremacia da vontade popular	31
4.2	A Igualdade.....	32
4.3	A liberdade.....	34
4.4	Da contraposição da supremacia da vontade popular e da liberdade.....	36
4.5	Da contraposição da liberdade e da igualdade	39
5	DAS FORMAS DE EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA.....	45
5.1	Do exercício da democracia pela forma direta.....	46
5.2	Do exercício da democracia pela forma semi direta	49
5.3	Do exercício da democracia pela forma representativa	51
5.4	Dos sistemas eleitorais majoritários e proporcionais	59
6	DA LEGITIMIDADE	64
6.1	Do significado da legitimidade	64
6.2	Da legitimidade primária (originária) e secundária (derivada).....	68
6.3	Do desdobramento da legitimidade primária (originária) em secundária (derivada).....	70
6.4	Dos procedimentos de transferência da legitimidade (legitimação)	76
7	DA LEGITIMIDADE DOS ATOS DE GOVERNO	82
8	DA EFICÁCIA.....	89
9	DO ATO DE GOVERNO DE NATUREZA LEGISLATIVA	95
9.1	Dos atos de governo	95
9.2	Dos atos de governo de natureza legislativa	97
10	O ESTADO COMO REPRESENTAÇÃO DA VONTADE COLETIVA	103
10.1	Do estado constitucional ao estado democrático de direito	103
10.2	A vontade individual, individual social, geral e coletiva	107
10.3	A identidade da vontade coletiva e da vontade estatal no estado democrático de direito.....	111
11	A ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS ESTABELECIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988	116
12	A LEGITIMIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS ORIUNDAS DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	120
13	CONCLUSÃO	124
14	REFERÊNCIAS	129

1 INTRODUÇÃO

1.1 OBJETO, TEMA, DELIMITAÇÃO DO TEMA E ÁREA DE CONCENTRAÇÃO

Este trabalho tem como objetivo contribuir com elementos provocativos para o aperfeiçoamento da discussão da democracia como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, mas também como fenômeno político em processo de constante construção. Para que não se perca o foco do objeto, cumpre previamente estabelecê-lo.

Por objeto entende-se o que será pesquisado, englobando tanto a definição do tema a ser pesquisado como a área de concentração. No caso específico deste trabalho, o objeto de pesquisa engloba a natureza da democracia no ordenamento jurídico brasileiro e sua repercussão na interpretação da autorização constitucional para a criação dos atos de natureza legislativa pelo poder executivo pela edição de medidas provisórias no estado democrático brasileiro.

A área de interesse a ser investigada envolve não só a natureza da democracia para o ordenamento jurídico brasileiro, mas também os limites e requisitos de validade no exercício da atividade legislativa do poder executivo na edição de medidas provisórias no estado democrático de direito, analisando especificamente a questão da legitimidade como requisito de maior ou menor caráter democrático das próprias normas jurídicas, e por consequência do próprio estado brasileiro.

A delimitação exata do tema pretende estabelecer até que ponto de fato existe a necessidade da legitimidade para que se considerem válidas as normas jurídicas criadas pelo poder executivo, sem que com isto seja desconfigurado o estado democrático de direito. Pretende também estabelecer como esta legitimidade é conferida para que o ato legislativo não seja válido apenas porque efetivo (fundado no poder de coerção e na força).

A área de concentração do tema é a do direito constitucional, e mais especificamente dos direitos fundamentais, uma vez que toca a questão da democracia como fenômeno e como direito fundamental, não só no sistema constitucional brasileiro, mas de uma forma geral como base fundante dos estados democráticos de direito.

1.2 PROBLEMA E HIPÓTESE PRINCIPAIS E PROBLEMAS E HIPÓTESES SECUNDÁRIOS

Uma vez estabelecidos o objeto e o tema, delimitado o tema e estabelecida a área de concentração, cumpre informar ao leitor o problema principal que será enfrentado, a hipótese principal que se apresenta – a suposta resposta para este problema -, os problemas secundários ou derivados do problema principal e suas conseqüentes hipóteses secundárias – também supostas respostas para os problemas secundários. Não necessariamente o corpo do trabalho se limitará a estas questões, podendo também, por um momento ou outro, flexibilizar sua jornada, mas deverá percorrer todo o problema principal e suas questões secundárias, confirmando ou não as hipóteses ora apresentadas.

A dificuldade específica que será enfrentada no estudo está em se responder **como a democracia está estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, e mais especificamente, como a democracia afeta a interpretação da autorização constitucional para que sejam criadas normas jurídicas pelo poder executivo.**

A hipótese que se apresenta inicialmente é no sentido de que a democracia é um pressuposto do estado brasileiro, servindo como fundamento do poder político exercido pelo estado, e no governo do estado, razão pela qual a interpretação da autorização para que o poder executivo crie através das medias provisórias normas jurídicas, ou seja, para exerça atividade legislativa, deve ser interpretada sempre em consonância com o pressuposto da democracia, e portanto, deve ser interpretada de forma restritiva seja no aspecto da sua oportunidade (relevância e urgência), seja no aspecto do objeto da norma (conteúdo material da norma), seja finalmente no

aspecto formal do procedimento (limitações procedimentais de tempo de duração e reedições).

Por problemas secundários são entendidos aqueles que necessariamente deverão ser enfrentados para que o problema principal possa ser respondido com um mínimo de coerência e caráter científico do estudo. No caso específico deste trabalho, estes problemas tocam a questões laterais, derivadas, antecedentes e subseqüentes à questão principal, sendo eles:

- a) Como deve ser considerada a democracia no sistema constitucional brasileiro?
- b) Em que consiste exatamente a legitimidade? A legitimidade somente é conferida pelo sufrágio na modalidade do voto, por outros mecanismos, inclusive pelo cumprimento das normas jurídicas (eficácia), pela sua aceitação na sociedade?
- c) A eficácia das normas também constitui uma modalidade de legitimidade posterior ao ato praticado válida em um estado democrático de direito?
- d) A democracia exige a participação das minorias no processo de legitimação dos atos de governo, ou pode a legitimação ser conferida pela maioria à revelia da participação da minoria?
- e) Uma eventual maioria, ao ignorar a minoria na condução do governo, retira o caráter democrático do estado? É, portanto, a participação das minorias uma forma de legitimar e perpetuar a essência da democracia?
- f) Deve o ato de governo de natureza legislativa ser praticado por um poder (legislativo ou executivo) constituído necessariamente de forma proporcional no preenchimento de seus membros como forma de garantir a legitimidade destes atos de governo?

- g) Como a falta de legitimidade afeta a norma jurídica no estado democrático de direito? E como esta falta afeta do próprio estado democrático de direito?

As hipóteses secundárias – supostas respostas as questões secundárias - serão aquelas que, respondendo hipoteticamente aos problemas secundários, resultarão nas seguintes conclusões caso confirmadas:

- a) A democracia deve ser compreendida no sistema constitucional brasileiro como um princípio constitucional, mas também deve ser considerada, como base fundante do estado brasileiro, ou seja, verdadeira premissa da criação deste estado;
- b) A legitimidade constitui uma faculdade originária e genuína de uma determinada pessoa ou coisa, e é conferida especialmente pelo voto, mas também por outras modalidades de sufrágio, é portanto antecedente e independente do estado. A eficácia pode, ou não, traduzir certa dose de legitimidade ao ato de governo, tanto quanto maior for a aceitação e cumprimento do ato de governo pela coletividade, sem que este cumprimento esteja adstrito ao mero poder coercitivo do estado. Nesta última hipótese, por estar fundada exclusivamente na coerção (submissão), a eficácia perde a capacidade de legitimar o ato de governo, ainda que não perca sua validade. Assim, a legitimidade não pode ser identificada com a mera legalidade ou validade.
- c) A mera eficácia das normas jurídicas não constitui em forma de legitimação das normas jurídicas no estado democrático de direito. A teoria do direito de resistência e insurgência por si não permite que se possa considerar a eficácia da norma jurídica como modalidade de legitimidade.
- d) A legitimação pode ser conferida sem a participação da minoria, não deixando de ser o sistema democrático, mas a participação da minoria aumenta o grau de legitimidade do ato. Uma das essências da democracia está na supremacia da vontade popular (coletiva) traduzida pela maioria, mas, tanto

quanto mais esta supremacia contar com a participação das minorias na equação das vontades individuais sociais da qual resulta a vontade coletiva, melhor será configurada a democracia. A democracia moderna pressupõe a participação das minorias como regra típica do processo democrático.

- e) A falta de participação das minorias no processo democrático não retira a natureza democrática da decisão coletiva, mas minimiza seu grau de democracia. A participação das minorias ajuda na perpetuação da democracia, legitimando o processo democrático e respeitando a típica regra democrática de alternância dos grupos no poder.
- f) Não há obrigatoriedade na utilização do sistema proporcional na escolha e preenchimento do poder que irá praticar atos legislativos. Entretanto, para que um estado seja considerado mais democrático, não basta que o processo eletivo conte com a participação das minorias, mas também será mais democrático na medida em que o preenchimento dos cargos do poder legislativo seja efetuado pela forma proporcional, projetando ao mandato eletivo da casa legislativa (tempo de duração dos mandatos eletivos) a participação das minorias por todo o período que perdurar.
- g) A presença da legitimidade em algum grau é condição de validade da norma jurídica criada por qualquer poder no estado democrático de direito. A falta absoluta de legitimidade pode acarretar duas conseqüências distintas, ou a norma é inválida ou o estado não pode ser considerado democrático. Por outro lado, tendo a norma jurídica alguma legitimidade, não será inválida no estado democrático de direito, sendo por conseguinte o caráter deste estado cada vez menos democrático. Logo, existe uma correlação proporcional entre a legitimidade das normas jurídicas de um estado e sua caracterização como estado democrático de direito.

2 A DEMOCRACIA COMO PRESSUPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Fazendo uma análise da constituição Federal brasileira de 1988 é possível verificar a evidente opção pelo modelo democrático de governo escolhido pelo constituinte. Além da própria intenção declarada no preâmbulo da constituição¹, no sentido de que o intuito dos constituintes foi o de instituir um estado democrático, ou seja, um estado tivesse conteúdos e características mínimas capazes de identificá-lo desta forma, existem ainda diversos outros pontos positivados na constituição de 1988 que identificam o caráter democrático do estado brasileiro.

Logo no primeiro artigo da constituição, acresceu o constituinte a característica do estado brasileiro como um estado que, além de democrático, fosse também um estado de direito. Evidentemente, a falta de identificação ou não do estado brasileiro como um estado de direito no preâmbulo da constituição nada significa, seja porque tal característica foi estabelecida já no primeiro artigo da constituição, seja porque o que torna na verdade um estado em estado de direito não é apenas a menção no texto constitucional.

Assim, antes da própria identificação do estado brasileiro como um estado democrático de direito, é necessário, a guisa do interesse de aprofundar neste momento no tema do estado de direito e do estado democrático, ao menos estabelecer o conteúdo mínimo do que pode ser denominado um estado democrático de direito.

Para que um estado seja democrático, independentemente de qualquer outra característica, há a necessidade de que por algum mecanismo de governo, o controle do poder político – aqui compreendido por ora, apenas como o poder de governo do estado – não seja exercido de forma autocrática, ou seja, por alguma

¹ O preâmbulo da Constituição de 1988 menciona apenas a natureza democrática, não mencionando a intenção de que fosse um estado de direito.

forma concentrada num único indivíduo (monocracia), ou em poucos indivíduos (aristocracia)².

Em outras palavras, é necessário que o poder político que redunde no poder de governo deste estado esteja pluralizado de forma tal que afaste completamente a idéia do poder concentrado em uma única pessoa, e também de forma que permaneça concentrado apenas num grupo restrito de pessoas. Deve portanto, em maior ou menor grau, ter este estado, uma forma de governo estabelecida pelos mais diversos procedimentos, que permita a maior participação possível do maior número de pessoas possíveis.

Conquanto tal afirmação soe, como de fato é, bastante genérica, por ora, é suficiente, uma vez que o estabelecimento dos procedimentos que permitirão a utilização do poder político pela pluralidade³, ou ao menos pelo maior número de pessoas possíveis, pode variar de estado para estado, passando desde as formas mais tradicionais como as assembleias populares com participação direta das pessoas, até formas mais modernas como as eleições para escolha de representantes e os referendos de forma geral.

Já no que se refere a um estado de direito, também ainda sem a pretensão de se exaurir o tema, é possível identificá-lo por ora apenas como aquele estado que pauta sua organização e governo por um sistema jurídico separado do seu governo. Mais ainda, um estado em que os governantes atuando em nome do próprio estado tem de respeitar as limitações estabelecidas pelas normas jurídicas – aqui o mais preciso seria o conjunto de normas materialmente constitucionais – como garantia de determinados direitos e liberdades dos cidadãos. É necessariamente um estado que garante pelo próprio ordenamento jurídico, limitações de sua atuação pela proteção dos direitos fundamentais⁴.

² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 18/19

³ Aqui a referência e utilização do termo pluralidade não é feito como sinônimo de democracia, até mesmo porque os termos são diferentes. Pluralidade e democracia caminham no mais das vezes de *pari passu*, mas é possível identificar a existência de uma sem a outra em diferentes estados. A este respeito: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 58/59.

⁴ GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo: UnB, 2004, p. 401

O que se resume das premissas acima, que passam efetivamente a ser uma premissa do presente trabalho, é que o estado democrático de direito é considerado como aquele estado em que a forma de governo do próprio estado é não autocrática, com maior ou menor grau de participação do seu povo, e também necessariamente pautada e regulada por um ordenamento jurídico que restrinja a atividade estatal através do estabelecimento e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Conquanto a premissa da característica democrática do estado ainda esteja, por ora, estabelecida pela forma negativa – negação da forma autocrática de governo – é suficiente neste momento em razão da variação de graus e formas de funcionamento dos instrumentos democráticos nos mais variados estados. A este respeito convém registrar duas brilhantes conclusões de Bobbio. A primeira no sentido de que um estado democrático está em constante e infinita transformação⁵, e a segunda de que “existem democracias mais sólidas e menos sólidas, mais invulneráveis e mais vulneráveis; existem diversos graus de aproximação do modelo ideal.”⁶

A conclusão que emerge é que o caráter democrático pode variar de um estado para o outro sem que se possa negar que sejam ambos democráticos, e ainda sem que se possa estabelecer esta diferença de forma estática, pois esta natureza democrática irá variar além do espaço geográfico – de estado para estado – também no tempo – em momentos de maior ou menor democracia na condução do governo do estado.

Não obstante esta possibilidade de variação, o estado brasileiro pode ser identificado como um estado democrático de direito – sem que seja possível precisar com exatidão se num grau maior ou menor de democracia em relação aos demais – na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro, a iniciar pela constituição Federal, mas também sem prejuízo do ordenamento infraconstitucional, estabelecem

⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 09

⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 37/38.

procedimentos e instrumentos que denotam e revelam a natureza democrática do estado.

Estes procedimentos e instrumentos estabelecidos no conjunto constitucional material brasileiro, apesar de insuficientes por si para garantir a natureza democrática – uma vez que outros aspectos sociológicos também são necessários além do ordenamento jurídico – são absolutamente necessários para o governo democrático. Em suma, o ordenamento em si não é suficiente, mas é imprescindível para que no estado brasileiro a natureza democrática seja exercitada na condução do estado.

Paralelamente a natureza democrática, o constituinte de 1988 foi bastante específico ao elencar alguns direitos fundamentais do cidadão brasileiro – muitos também extensíveis a não cidadãos e a pessoas jurídicas – no título II da constituição brasileira, dentre eles os direitos individuais, os direitos sociais, os direitos políticos, os direitos de nacionalidade e ainda os direitos de organização, criação e funcionamento de partidos políticos.

Neste conjunto de garantias alguns itens se destacam para a natureza democrática do governo como princípios que se interagem com a democracia, podendo ser listados as liberdades em sentido lato (expressão, credo, locomoção, pensamento, manifestação, reunião, associação), a publicidade dos atos de interesse público como regra geral⁷, a privacidade dos assuntos e interesses privados como regra geral (correspondência, telefônica, fiscal, bancária), a igualdade formal (proteção contra a discriminação, igualdade de direitos de forma geral, igualdade de direitos quanto a raça, credo, sexo). Todos estes itens, mencionados acima sem nenhuma pretensão exaustiva, são sem dúvida complementares e entrelaçados com o exercício da democracia, sendo, apenas para mencionar um exemplo, difícil imaginar um estado democrático onde a liberdade e a igualdade não sejam sequer formalmente estabelecidas – ainda que o mero aspecto formal não seja por si suficiente.

⁷ A este respeito, ou seja, a publicidade como característica da democracia, em especial para a legitimidade dos atos públicos nos processos legislativos, ver LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 154.

Entretanto, mesmo fazendo o registro destes princípios e direitos fundamentais, é necessário registrar que a essência do regime democrático de governo está justamente no exercício do poder político de um estado. Por poder político é considerado para fins deste trabalho, como “o poder que está em condições de recorrer em última instância à força (e está em condições de fazê-lo porque dela detém o monopólio)”⁸. Este critério de definição do poder político parte do pressuposto da forma com que um determinado poder utiliza para obter os efeitos desejados. Evidentemente, o poder político também pode ser classificado por outros critérios, mas sem dúvida, utilizando o critério do meio pelo qual os poderes (político, econômico, ideológico) obtêm os efeitos desejados, o poder político pode ser considerado o principal poder, ou ainda, o poder que permite distinguir a classe dominante em uma determinada sociedade.⁹

Em suma, num estado, o poder¹⁰ político pode ser resumido como o poder exclusivo que alguém detém, dentro de um determinado grupo social (o estado), para através da força induzir os elementos do grupo a obediência¹¹.

O tema da força como forma de alcance dos objetivos no poder político não se esgota de forma simples e permite uma complexidade de desdobramentos muito interessantes, mas que não poderão ser abordados no presente trabalho sob pena e se perder o foco. Mas, um dos aspectos que toca a força como meio de obtenção da obediência de um grupo é, especificamente para a democracia, o problema da legitimidade.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 82.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 83.

¹⁰ “Se entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceitual pode ir desde a capacidade geral de agir até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito mas também o objeto do poder social.” (STOPPINO, Mario. *Poder. Curso de introdução à ciência política*. Brasília: UnB, p. 109).

¹¹ Mais especificamente sobre a capacidade de determinar o comportamento dos outros: STOPPINO, Mario. *Poder. Curso de introdução à ciência política*. Brasília: UnB, p. 112.

A legitimidade merece abordagem mais específica, o que será adiante realizado em capítulo próprio. Entretanto, é necessário registrar desde já que no sistema democrático o problema da força se apresenta sob duas óticas fundamentais. O que é, e o que deve ser. Pressupondo a pergunta sobre a suficiência da força como base fundante do poder político, a resposta será afirmativa do ponto de vista da efetividade. Se por outro lado a indagação tiver como ótica a legitimidade, a resposta será negativa.

Em outras palavras. Seja qual for o regime de governo a força como base fundante do poder político somente serve para justificar a efetividade do poder, mas não a legitimidade deste poder. Logo, com mais especificidade no regime democrático, a mera possibilidade de utilização da força como base fundante do poder político é insuficiente para garantir legitimidade a este poder político, sob pena de não ser possível configurar este sistema como democrático¹².

Sobre este tema, com peculiar propriedade, Bobbio reproduz uma indagação de natureza axiológica, que bem traduz a impropriedade de se ter a base fundante do poder político apenas e exclusivamente na força, ao aduzir que “se se limita a fundar o poder exclusivamente sobre a força, como se faz para distinguir o poder político do poder de um bando de ladrões?”.

A resposta para tal indagação está justamente na legitimidade do poder, ou seja, na fonte, na base, no princípio fundante, além da força, sobre o qual determinado poder político foi estabelecido. Basicamente duas são as possibilidades de se fundar do ponto de vista ético/moral o poder político para além da mera força, a primeira tendo como derivação a autoridade divina, a segunda tendo como derivação a autoridade do povo¹³.

¹² BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 86/87.

¹³ Seria possível ainda inferir uma terceira modalidade, talvez imprópria, baseada na tradição, ou no tempo, ou seja, pelo fato de que durante anos, décadas ou séculos o poder foi exercido por determinado grupo, pessoa ou família, etc. Entretanto, imiscuindo-se na fonte anterior, e assim sucessivamente, também seria a base ética/moral deste poder uma derivação da autoridade divina, e não a mera tradição.

Disto resulta que o poder político deve ser exercido com base na autoridade¹⁴ do povo para ser justificado moralmente, e porque não dizer eticamente, nos sistemas democráticos.

No caso do estado brasileiro não é diferente. A disposição constitucional estabelecida no parágrafo único do artigo 1º da constituição de 1988¹⁵ demonstra claramente a preocupação do constituinte com a justificação ética e moral do poder político.

Ao estabelecer a base fundante do poder político do estado brasileiro como sendo o povo, o constituinte se afastou da mera efetividade para buscar a legitimidade do poder exercido pelo estado brasileiro.

A conclusão a que se chega neste momento é no sentido do que muito mais do que uma característica do estado brasileiro, a democracia é um direito fundamental do cidadão individualmente – mas também do povo como conjunto – garantido e possível de ser exercido através dos diversos instrumentos e procedimentos estabelecidos quer no bojo da constituição formal, quer fundamentalmente na constituição material brasileira.

Além de ser direito fundamental, e muito além de ser característica do estado brasileiro, a democracia deve ser observada como princípio fundante do estado brasileiro, e portanto, deve manter-se como pano de fundo em toda interpretação de normas, regras e princípios jurídicos do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive na interpretação do próprio texto constitucional.

¹⁴ Para Stoppino “como poder legítimo, a autoridade pressupõe um juízo de valor positivo em sua relação com o poder. A este propósito, deve-se notar em primeiro lugar, que o juízo de valor pode ser formulado pelo estudioso no âmbito da filosofia ou da doutrina política; mas pode também ser destacada pelo pesquisador como juízo de pessoas implicadas na relação de autoridade no âmbito dos estudos políticos ou sociológicos de orientação empírica. ... Portanto, a expressão poder legítimo deve ser entendida aqui no sentido de poder considerado como legítimo por parte de indivíduos ou grupos que participam da mesma relação de poder.” (STOPPINO, Mario. *Autoridade. Curso de introdução à ciência política*. Brasília: UnB, p. 92).

¹⁵ Art. 1º ... *omissis*...
Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.

Aqui uma das tarefas, talvez não de forma exauriente, a que se propôs o trabalho foi cumprida, qual seja, a de responder a indagação sobre a natureza da democracia no sistema constitucional brasileiro. É portanto inafastável a conclusão de que no estado brasileiro, mais do que uma mera característica, mais ainda do que um princípio constitucional, a democracia é pressuposto de fundamento do próprio poder estatal, é portanto um princípio fundante do estado brasileiro.

3 A DEMOCRACIA COMO FENÔMENO – BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

A democracia surge como fenômeno tipicamente humano e social de forma aparentemente irreversível e cada vez mais festejada, na atualidade, como pressuposto de civilidade e progresso do homem contemporâneo. Pode ser considerada mesmo como direito fundamental dos homens, na medida em que o estabelecimento do direito ao autogoverno e autodeterminação dos povos garante em última instância uma reserva coletiva contra os abusos de poder dos governantes, afastando como pressuposto de paradigma a ser seguido não só as ditaduras, mas também as formas de governo colonialistas e aristocráticas, afastando por assim dizer qualquer forma autocrática de governo.

A primeira concepção de democracia surge na Grécia antiga. Não guarda entretanto semelhança prática com a democracia atualmente praticada. Isto porque inicialmente os gregos somente aplicavam o sistema democrático para os cidadãos¹⁶, excluindo do conceito de povo para fins de tomada de decisões a parcela mais substancial dos habitantes das cidades-estado, como os escravos, artesãos, comerciantes e servos em geral¹⁷.

Não obstante, a formatação filosófica da democracia grega serviu como semente para a concepção atual, na medida em que trouxe alguns elementos como a separação das coisas públicas e privadas, e a noção de que os homens livres têm direito ao autogoverno¹⁸.

Por evidência, entre a primeira concepção na Grécia antiga do significado da democracia a concepção atual, ocorreu uma complexa gama de modificações,

¹⁶ Neste sentido: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 54.

¹⁷ Também neste sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 135-136.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 124.

adaptações e aperfeiçoamentos, havendo passado por momentos de maior esquecimento durante toda a idade média.

Com a evidência do fracasso do modelo feudal de característica eminentemente plural – na medida em que existia uma diversidade de fontes de poder – e a necessidade de se combater invasões estrangeiras no mundo ocidental, ocorre o fenômeno da concentração do poder na figura do monarca, sendo elaboradas diversas teorias justificadoras da monarquia e da aristocracia, como única forma de governo capaz de manter a ordem e garantir a defesa contra invasões.

Surge, ou melhor, ganha maior relevo e destaque a teoria do estado como fenômeno de concentração de poder e fonte única do direito e da coação pela força. Juntamente com estas idéias, novas teorias sobre soberania, território e povo como elementos formadores de um estado (termo até então não utilizado de forma uníssona para definir o poder político organizado e institucionalizado na sociedade) ganham destaque inicialmente justificados na autoridade da tradição ou na autoridade divina.

Posteriormente, a formação de uma nova burguesia pela modificação dos modos de obtenção de riqueza, que deixam de estar na simples propriedade da terra e passam gradativamente para a comercialização de especiarias, e posteriormente para a produção nas cidades, começam a surgir teorias e pensamentos contrários à situação vigente de governo pela monarquia¹⁹.

Estes movimentos e teorias certamente têm como causa a modificação econômica do modo de acumulação de riquezas, a modificação do modo de pensar ocidental mais centrado no indivíduo, as idéias liberais e iluministas, mas também passam por questões menos argentárias como o desejo de alguns reis de contrair novo matrimônio, e a conseqüente ruptura com a Igreja Católica, o que levaria por

¹⁹ Talvez um dos melhores exemplos sobre este fenômeno esteja retratado em “Do Espírito das Leis” de Montesquieu, em especial no terceiro livro que trata dos *princípios dos três governos*, onde Montesquieu analisa o governo republicano democrático, o governo monárquico e o despótico. (MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S/A, 1985, p. 52)

conseqüência à necessidade de uma reformulação ideológica que legitimasse os monarcas²⁰.

Sem embargo dos motivos que levaram à derrocada do sistema feudal de produção e governo, e finalmente do modelo monárquico, o fato histórico é que movimentos populares ingleses (revolução inglesa)²¹ em 1689, norte-americanos (independência das colônias americanas)²² em 1776 e franceses (revolução francesa)²³ em 1789, acabaram por exaltar alguns princípios básicos que conformaram e moldaram a democracia como atualmente conhecida.

Nestes movimentos populares, os ideais de igualdade de direito entre os homens, a liberdade – em sentido lato – dos homens e a supremacia da vontade popular foram traços comuns marcantes e determinantes para o apoio popular em massa aos movimentos liderados pela burguesia na qualidade de mentora intelectual.

São, contudo, conquistas antes de qualquer coisa, pois ainda que doutrinariamente se possam sustentar tais primados como naturais e inerentes ao homem, historicamente foram conquistados com muita luta²⁴. Este aspecto é importante para

²⁰ Assim, a idéia de que os reis têm legitimidade originária para exercer o governo em razão de serem descendentes diretos dos apóstolos de cristo cai por terra, abrindo caminho para novas teorias justificadoras da legitimidade ou ilegitimidade dos monarcas.

²¹ A Revolução Inglesa conta com menor participação popular, sendo fermentada no âmbito do parlamento inglês com o apoio da Burguesia, que pretende fundamentalmente a limitação dos poderes tributários e legislativos do rei. A contraposição das idéias de Hobbes e Locke é pano de fundo para a mobilização das forças sociais da época.

²² Mesmo tendo sido um movimento de natureza popular, a independência das colônias tem em seu traço a idéia de que os homens são livres, iguais e tem direito ao autogoverno. Entretanto, os ideais democráticos ainda não estão demasiadamente arraigados, permanecendo vícios fortes como a inferioridade da mulher e a existência da escravidão como fatos aceitáveis na sociedade que se reformulava.

²³ O traço mais marcante da Revolução Francesa, que a difere dos demais movimentos revolucionários, é a participação maciça do povo, inclusive das mulheres, através do discurso sustentado de Rousseau, um sapateiro de origem humilde que dissemina ideal de igualdade absoluta entre os homens, e também mulheres. É bem verdade entretanto, que após a derrocada da monarquia, os debates nas Assembléias Populares Francesas acabaram por retirar das mulheres, que participaram ativamente dos movimentos de rua, o direito ao sufrágio na Assembléias.

²⁴ Ainda que o Rudolf Von Ihering não seja um típico autor sobre democracia, ciências políticas e teoria geral do estado, e sequer direito constitucional, não destoia um trecho de sua obra, onde ao introduzir o tema de sua obra assim dispõe: “Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza. O direito não é uma teoria, mas uma força viva.” (VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo direito.*, 22 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 1). Mais adiante, na mesma obra, pontua ainda o autor “Não é o simples hábito mas o sacrifício que forja

que se tenha em mente que toda a base da democracia, ainda que teoricamente possível de se construir em princípios e direitos fundamentais, é fruto de lutas históricas, sucessivas, infindáveis e talvez até inesgotáveis, que crescem no conflitivo e inacabado processo democrático.

Estes três primados²⁵ - liberdade, igualdade e supremacia da vontade popular - são pressupostos aceitos neste momento como válidos para o presente estudo. Assim, são para tais efeitos aceitos como condição mínima para a configuração de um modelo democrático, ainda que não suficientes e satisfatórios para a configuração plena da democracia²⁶. Os primados serão singularmente abordados adiante em ponto específico.

A idéia de requisitos mínimos, mas não satisfatórios e suficientes, é decorrente da constante reformulação do significado da democracia, sendo portanto necessários, além dos primados básicos, algumas outras condições e desdobramentos de difícil consecução como publicidade no governo²⁷, impessoalidade, transparência, oportunidade, alternância de poder, apenas para mencionar alguns assuntos que se entrelaçam com a formação e aprimoramento da democracia.

entre o povo e o seu direito a mais sólida das cadeias, e, quando Deus quer a prosperidade de um povo, não lhe dá aquilo de que ele necessita, não lhe facilita mesmo o trabalho para o adquirir, mas torna-lho mais duro e mais difícil. Não hesito, pois, em proclamar a este respeito – a luta que exige o direito para desabrochar não é uma fatalidade mas uma graça.” (VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo direito.*, 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10).

²⁵ Estes três primados também são elencados por José Afonso da Silva, ainda que nominando-os de outra forma, “A doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Aristóteles já dizia que a democracia é o governo onde domina o número, isto é, a maioria, mas também disse que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais. A igualdade, diz, é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e fim da democracia. E assim ele acaba concluindo que toda democracia se funda no direito de igualdade, e tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 129-133).

²⁶ O entendimento adotado aqui é de que a democracia não é algo que admita um enquadramento taxativo e definitivo, sendo instituto de natureza eminentemente humana, e portanto em constante construção e reformulação. Por tal razão, uma determinada situação hipotética nunca pode ser classificada como antidemocrática em absoluto, ou democrática em extremo oposto, posto que todas as situações sejam hipotéticas ou reais, estarão sempre posicionadas em algum ponto de uma longa escala entre o autoritarismo absoluto (anti democracia) e a democracia absoluta (situação utópica).

²⁷ “A democracia é idealmente o governo do poder visível, ou do governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública. As instituições de um país livre não podem durar muito tempo, escreveu no século passado Maurice Joly em seu Diálogo no inferno entre Maquiavel e Montesquieu, se não agirem à luz do sol (*au grand jour*).” (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4 ed. Tradução de José Ferreira. Brasília: UnB, 1987, p. 208).

Não obstante estes primados da idade moderna, por uma série de questões, muitas limitações práticas para a democracia continuaram a existir – principalmente no que diz respeito à definição do sentido da palavra povo, e por consequência, no que diz respeito à definição de que povo (quem dentre o povo) estar-se-ia autorizando a participar do processo democrático.

No período do fim do século XVII e durante o todo o século XVIII, o conceito de participação popular e, por consequência, de participação do povo, alijava do processo como regra geral as mulheres, os escravos, os analfabetos e os miseráveis.

Notadamente a democracia somente vem a ganhar contornos em direção à universalização da participação no processo democrático a partir do século XX, e com maior força após a segunda guerra mundial com a criação da ONU – Organização das Nações Unidas – e com a elaboração da Declaração Universal dos direitos Humanos²⁸.

Por outro lado, durante o período entre o século XVIII e o ressurgimento revigorado e remodelado da democracia na idade contemporânea, alguns institutos, hábitos e práticas foram consolidados, constituindo uma herança político-jurídico-social rica para a compreensão do fenômeno.

Não obstante, a conceituação do que seja efetivamente a democracia não é exatamente uma tarefa fácil. Isto porque a palavra democracia pode ser utilizada como um adjetivo para qualificar determinada forma de governo, como um substantivo para exemplificar um sistema político social ou ainda contornos de fenômeno político pelo qual ocorre participação igualitária entre os homens na tomada de decisões.

²⁸ Em especial o item 1 do art. 21 da declaração universal dos direitos humanos trouxe em 10 de dezembro de 1948 uma disposição abrindo caminho para a universalização do voto, ainda que neste período, diversos países já começassem a permitir o voto sem distinção de sexo, raça e grau de instrução: “Artigo 21º - 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar-se periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.”

Mesmo estas qualificações seriam incompletas em razão da imensidão e diversidade do fenômeno, sendo tarefa ingrata a de exaurir com exatidão o conceito de democracia²⁹, e ainda tarefa mais difícil a encontrar um consenso sobre a questão.

Ainda assim, alguns aspectos e características podem ser apontados, sem que se pretenda exaurir a questão. Toma-se neste momento como pressuposto que, por ser instituto de grande abrangência, a democracia somente pode ser vista ou observada por partes. Metaforicamente, assim como uma montanha muito grande somente é vista parcialmente por quem quer que seja, uma vez que mesmo uma ampla visão ao longe (de um mirante), permitindo a observação do contorno da montanha, não permite que se aviste o lado oposto. Mas muito menos do que o lado oposto, não permite que se vejam os detalhes pequenos que somente um alpinista conseguiria.

Abandonando a metáfora, o que se quer esclarecer é a impossibilidade, senão ao menos a falta de intenção, de exaurir a análise do fenômeno.

²⁹ Quem bem demonstra esta dificuldade é José Afonso da Silva, ao afirmar que “democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. [...]. Podemos, assim, admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 126-127).

4 OS PRIMADOS DA DEMOCRACIA

4.1 A SUPREMACIA DA VONTADE POPULAR

A supremacia da vontade popular é um dos alicerces da democracia segundo o qual a vontade do povo deve prevalecer no que se refere às decisões de governo que afetem a vida deste mesmo povo, em detrimento de qualquer outra vontade. Por este enfoque, ou seja, pelo fato de prevalecer a vontade do povo como forma soberana sobre as demais vontades, é este primado a essência da democracia, pois um governo do povo tem como pressuposto a vontade deste próprio povo.

Seria assim, em tese, uma vontade soberana e portanto acima de qualquer outra vontade, sem limitações natureza política, derivada do fato de que a origem do poder político está justamente na autoridade do povo. Por tais motivos, a vontade popular pode modificar leis, afastar governantes, provocar e levar a cabo processos revolucionários, sendo capaz até mesmo de desfazer e refazer, total ou parcialmente – um ordenamento jurídico e uma constituição³⁰.

Entretanto, mesmo uma vontade suprema popular encontrará limites de ordem natural – fenômenos naturais climáticos e geográficos - e de ordem temporal sendo incapaz de modificar os fatos do passado ou de determinar, sem restrições, fatos do futuro.

A essência está justamente no exercício da soberania pelo próprio povo, em seu próprio proveito e conforme sua vontade particular. Parte dos mistérios da democracia está justamente em se estabelecer sem distorções o que seja esta vontade popular, mas sem dúvida, ainda que com maior ou menor grau de incerteza, a supressão total da vontade popular no governo de um povo retira qualquer possibilidade de configuração de um estado democrático.

³⁰ Nem mesmo os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada teriam a capacidade de impedir e obstacular a vontade popular nos processos revolucionários. Evidentemente, nos processos não revolucionários existem limitações a esta vontade popular que usualmente são estabelecidas justamente pelos atos jurídicos perfeitos e pela coisa julgada, mas também pelo conteúdo juridicamente imutável de um ordenamento jurídico, ou seja, pelo que doutrinariamente se denomina conteúdo pétreo de uma constituição.

4.2 A IGUALDADE

A igualdade entre os homens já é aspecto de preocupação entre os filósofos de toda a história humana, mas ganha maior importância com os movimentos democráticos do século XVII e XVIII, em especial através de Rousseau³¹ e Montesquieu³², que chegou a afirmar que “o amor da república numa democracia consiste no próprio amor da democracia; e o amor da democracia é o amor da igualdade”³³.

Segundo o pensamento que predominou durante a revolução francesa, a igualdade dos homens é pressuposto do estado de natureza, sendo a desigualdade fruto de condições sociais de acumulação de riquezas e distorções históricas.

Sendo as desigualdades social e econômica óbices de difícil transposição³⁴ e até mesmo prejudiciais ao homem³⁵, durante a revolução francesa o discurso que era praticado era o da igualdade jurídica entre os homens³⁶. Em síntese, muito embora todos os homens fossem diferentes em sua essência, em sua condição social e em sua condição econômica, sendo estas diferenças fruto de distorções históricas, ao menos do ponto de vista da democracia todos deveriam ser iguais, o que foi consumado por uma igualdade jurídica do homem.

Assim, todos os homens teriam direito ao mesmo peso jurídico na configuração do estado, ou seja, todos seriam iguais na formação e participação do estado, através

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 121-193.

³² MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora TecnoPrint S/A, 1985, p. 65-70.

³³ MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora TecnoPrint S/A, 1985, p.65.

³⁴ Idéias neste sentido somente viriam a ser defendidas por Karl Marx já no fim do século XVIII e início do século XX, pela ideologia do comunismo.

³⁵ Neste sentido, registra Montesquieu que a igualdade sem limites, ou a igualdade extrema também é causa de corrupção da democracia. “O princípio da democracia corrompe não somente quando se perde o princípio da igualdade, mas ainda também quando cada qual se apodera do espírito de igualdade extrema, e quando cada qual quer ser igual àquele que ele escolhe para o governar” (MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora TecnoPrint S/A, 1985, p. 52).

³⁶ Merece registro que muito embora as mulheres tenham lutado lado a lado junto aos homens nos três movimentos populares (Inglaterra, América e França) somente chegou a ser cogitado o direito ao voto feminino na França, mas mesmo assim, tal idéia perdeu força após a implantação da república.

do seu sufrágio, mas também todos receberiam o mesmo tratamento do estado pelas normas jurídicas.

Esta forma de igualdade interpretada como uma igualdade em sentido literal, foi predominante durante todo o movimento democrático, e assim foi predominante até meados da segunda metade do século XX, com a nova corrente do estado Intervencionista, ou *Well Fare State*, que viria a ocupar o espaço do estado Liberal até então predominante.

Atualmente o conceito de igualdade entre os homens que dá arrimo à democracia tem uma interpretação diferente. A idéia de uma igualdade formal foi substituída paulatinamente por uma igualdade de possibilidades³⁷, onde o estado passa a ter mais flexibilidade ao ter a possibilidade de tratar os desiguais desigualmente de forma a proporcionar iguais chances e oportunidades aos homens, e por conseqüência, evitar a rigidez da interpretação liberal que somente servia à manutenção das diferenças entre os homens.

Sendo pressuposto do raciocínio, e portanto tendo-se como fato que a desigualdade é artificial – fruto de fatores históricos e regras de determinaram a propriedade e os modos de produção e enriquecimento -, resta evidente que, tomando a interpretação da liberdade de forma extrema, a ideologia do liberalismo levou a uma hiper maximização da liberdade como fundamento único da democracia e acabou servindo de instrumento para aumentar ainda mais as desigualdades entre os homens.

É por força deste raciocínio que surge o estado Intervencionista que tem, entre outras funções, o propósito de tratar os homens igualmente, mas não no sentido formal da palavra, e sim no sentido de dar aos homens uma igualdade de possibilidades, tratando-os justamente de forma desigual³⁸.

³⁷ Neste sentido: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 259.

³⁸ Mesmo Montesquieu impregnado pelas idéias liberais, já reconhecia tal necessidade ao afirmar que “toda a desigualdade na democracia deve ser extraída da natureza da democracia e do próprio princípio da igualdade. Por exemplo: pode-se ali temer que indivíduos que necessitem de um trabalho contínuo para viver se tornem muito empobrecidos pela ação de uma magistratura, ou que negligenciem as suas funções; que artífices se tornem orgulhosos; que os libertos, se muito

Segundo Bobbio, a idéia de que ‘todos os homens’ sejam ‘iguais em tudo’ traduz a idéia e doutrina do igualitarismo. Citando um exemplo do que viria a ser na prática a doutrina igualitária, aduz “que todos devam ter um lugar para morar (que é uma característica de qualquer doutrina igualitária) não significa que todos devam morar em um lugar igual”³⁹

E esta parece ser a única interpretação válida para que se consume a democracia, uma vez que a desigualdade levada aos seus extremos acaba por corromper a idéia de democracia, a idéia de que todos são iguais e de que, portanto, o estado é uma estrutura jurídica representativa da coletividade.

4.3 A LIBERDADE

A liberdade que inicialmente era interpretada somente como a liberdade de ir e vir, de livremente contratar, ou fundamentalmente o direito de não sofrer a intervenção do estado nos negócios e na vida particular, rogando como primado máximo as leis naturais do equilíbrio entre oferta e demanda, se mostra demasiadamente cruel ao fim do século XIX na França, Inglaterra, Itália, Rússia, Alemanha e em boa parte dos países industrializados culminando em movimentos revolucionários de massas que dariam ao ideal socialista e comunista visibilidade internacional.

É evidente que a hiper valorização do ideal da liberdade – patrocinado pela nova burguesia comercial e industrial europeia – que encontrou respaldo ideológico e filosófico e serviu de fundamento para o fim da Monarquia, se mantém como modo de pensar quase unânime até a idade moderna. Esse pensamento predominante levou à distorção da própria idéia de democracia, atrasando o processo - iniciado pelos movimentos populares que derrubaram a Monarquia e deram início ao período das Repúblicas - de aperfeiçoamento da democracia.

numerosos, se tornem mais poderosos do que os antigos cidadãos. Nesses casos, a igualdade entre os cidadãos pode ser suprimida na democracia, para utilidade dessa mesma democracia.” MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S/A, 1985, p. 68

³⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: A filosofia política e as lições dos clássicos. 3 tir. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 300

Montesquieu já apontava, ainda que sem muito eco no corpo social, que a liberdade se distingue sensivelmente da independência, uma vez que a liberdade não deveria ser compreendida como a mera faculdade de se fazer o que se quer, e sim em “se fazer aquilo se deve querer, e em não ser constrangido a fazer aquilo que não se deve querer.”⁴⁰

Como bem aponta Campilongo⁴¹, a regra da maioria, ou da escolha majoritária livre, redundante de certa forma em uma falta de liberdade⁴² para a minoria, uma vez que a sobreposição da liberdade da maioria sobre a minoria equivaleria a uma falta de democracia, ou ainda, em um paradoxo aparentemente insuperável se tomado como literal o sentido de liberdade de cada pessoa. Isto no fundo é fruto do pluralismo do estado contemporâneo⁴³, onde as sociedades cada vez mais complexas apresentam uma multiplicidade de fontes de participação política na formação da vontade coletiva.⁴⁴

A liberdade não pode ser interpretada, portanto, como uma simples possibilidade de escolha. A questão não está adstrita a uma maior ou menor quantidade de liberdade dos homens, mas sim ao grau e qualidade da liberdade destes homens.

⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S/A, 1985, p. 132.

⁴¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 124.

⁴² Neste sentido: BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: A filosofia política e as lições dos clássicos*. 3 tir. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 428/454.

⁴³ “Para definir a democracia são necessárias duas negações: a negação do poder autocrático, em que consiste a participação, e a negação do poder monocrático, em que consiste o pluralismo.” (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4 ed. Tradução de José Ferreira. Brasília: UnB, 1987, p. 28).

⁴⁴ Neste sentido, Bobbio esclarece que “quando hoje se fala de pluralismo ou de concepção pluralista da sociedade, ou coisa semelhante, entendem-se mais ou menos claramente essas três coisas. Antes de tudo, uma constatação de fato: nossas sociedades são sociedades complexas. Nelas se formaram esferas particulares relativamente autônomas, desde os sindicatos até os partidos, desde os grupos organizados até os grupos não organizados, etc. Em segundo lugar, uma preferência: o melhor modo para organizar uma sociedade desse tipo é fazer com que o sistema político permita aos vários grupos ou camadas sociais que se expressem politicamente, participem, direta ou indiretamente. Em terceiro lugar, uma refutação: uma sociedade política assim constituída é a antítese de toda forma de despotismo, em particular daquela versão moderna do despotismo a que se costuma chamar de totalitarismo”. (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4 ed. Tradução de José Ferreira. Brasília: UnB, 1987, p. 16).

Evidentemente, encontrar o ponto de equilíbrio desta liberdade e mesmo a qualidade da liberdade de cada pessoa não é ponto de fácil consenso. Entretanto, é de fácil aferição que a mera liberdade levada ao extremo em sua visão egocêntrica leva à desigualdade entre os homens e, portanto, fere outro postulado da democracia.

A verdadeira distorção da questão está na forma como a liberdade é tomada no ponto de partida de interpretação. Se o enfoque for o ser individual e particular, o indivíduo como pessoa singular, toda e qualquer interpretação da liberdade culminará no máximo na afirmação de que a 'liberdade de um acaba quando inicia a do próximo'.

Como bem pontua Dallari⁴⁵, o homem é um ser social, e a liberdade em questão é fruto desta sua condição, devendo portanto a interpretação da liberdade ser apurada tomando como ponto de partida a condição social do homem, ou seja, como parte de um todo, parte de um ser coletivo.

Evidentemente, a liberdade interpretada sob este enfoque levará a uma compreensão de que a liberdade de cada indivíduo, muito mais do que limite, tem responsabilidade para com o corpo social, e que desta forma, questões como a finalidade e função pública da propriedade, do contrato e do exercício do direito devem ser levadas em conta quando do estabelecimento das liberdades.

4.4 DA CONTRAPOSIÇÃO DA SUPREMACIA DA VONTADE POPULAR E DA LIBERDADE

Um dos primados da democracia está justamente na supremacia da vontade popular onde a vontade do povo deve prevalecer sobre a vontade de um único indivíduo, ou de um grupo menor de indivíduos, como pressuposto para a existência da democracia.

⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 258-259.

A idéia de que o povo não possui conhecimento, discernimento, cultura e outros predicados necessários para a tomada de decisões foi erigida como óbice à supremacia da vontade do povo durante longo período. Entretanto, este argumento em si é amplamente rechaçado pela doutrina política atual⁴⁶ sob o argumento de que o entendimento de que a decisão popular é boa ou ruim já é, por si só, um contra-senso, pois a pessoa que realiza o julgamento sobre a qualidade da decisão popular, ao fazer este julgamento, traz consigo sua opinião e impressão pessoal sobre o mérito da decisão popular, sem que tenha para tanto legitimidade.

Também se argumenta, contra a idéia de limitação da vontade popular, que mesmo uma decisão ruim tomada de forma democrática é melhor do que a melhor das decisões tomada de forma arbitrária^{47 48}, até mesmo em razão da necessidade de aperfeiçoamento da consciência popular sobre temas relevantes, que se amadurece muito através do próprio exercício da tomada de decisões. Em síntese, é a prática e o hábito de tomar decisões coletivas de forma democrática que também traz a maturidade para o corpo coletivo e, se este corpo coletivo nunca tomar suas próprias decisões, e por conseqüência arcar com os seus ônus, nunca amadurecerá suficientemente para decisões futuras.

Entretanto, não é possível ignorar que a supremacia da vontade popular pode se encontrar em situação de oposição à liberdade em situações concretas, ainda que, abstratamente, não sejam valores antagônicos. Isto porque, sendo a vontade popular soberana e sendo esta vontade colhida pela utilização das regras majoritárias de tomada de decisões coletivas, é possível que, ao tomar uma determinada decisão, a maioria vá de encontro a uma minoria ou a um único indivíduo, tolhendo a liberdade deste grupo ou indivíduo.

Nesta situação o que se apresenta é uma contraposição da vontade majoritária a uma vontade minoritária, devendo por pressuposto lógico prevalecer a vontade

⁴⁶ Neste sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 257-258.

⁴⁷ De forma não totalmente explícita este também é o entendimento de Campilongo ao analisar a questão da democracia majoritária em contraposição à tecnocracia elitista. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 43-54).

⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 257.

majoritária. Entretanto, esta conclusão aparentemente simples leva a uma contradição intrínseca e fundamentalmente a uma resposta dupla e contraditória, ou seja, a uma aporia⁴⁹.

É que a preservação da liberdade de cada indivíduo é também pressuposto da democracia, sendo também evidente, sob a ótica racional, que o respeito à vontade e direitos da minoria deve prevalecer, ou ao menos ser respeitado, para que se configure uma democracia.

Contrário senso, ao prevalecer a vontade majoritária sem restrições, não se configuraria uma democracia, mas sim uma maioria tirânica, o que é intrinsecamente conflitante com a idéia de democracia, em especial com a liberdade dos indivíduos, ainda que em posição minoritária. Aparentemente angustiado com esta questão, Campilongo⁵⁰ provoca e indaga, afirmando que “diversas situações práticas põem em dúvida o caráter democrático da regra da maioria. O maior número pode decidir pela supressão dos direitos da minoria?”.

O reverso da moeda também não resolve o problema, pois mais evidente ainda que a vontade minoritária não possa prevalecer sobre a vontade majoritária, sob pena de restar configurada uma tirania ou uma oligarquia.

A resposta para tal conflito está justamente no equilíbrio entre a vontade majoritária que prevalecerá em contraposição à liberdade individual ou minoritária, sem contudo aniquilar esta vontade. Em síntese, a prevalência da vontade majoritária com limitação da vontade individual (sem contudo sua eliminação).

⁴⁹ Para fins específicos deste estudo o significado da palavra aporia é empregado como uma questão que apresenta aparentemente, duas respostas contraditórias e racionais para um mesmo problema, ou em outras palavras, “Dificuldade lógica oriunda do fato de haver ou parecer haver razões iguais, tanto pró quanto contra uma dada proposição. Quando as duas razões parecem comprovantes, a aporia torna-se antinomia.” (*Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*, São Paulo: Melhoramentos, 2005).

⁵⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 49.

Bobbio, ao tratar deste conflito hipotético entre a democracia e a liberdade⁵¹ a democracia, bem apontou que a solução deste conflito não é possível de forma definitiva, sendo tais primados “necessariamente irmãos inimigos em aliados”⁵², que sempre se encontrarão em níveis mais altos de conflito.

Por evidência, não é fácil estabelecer este limite, sendo tarefa ingrata o estabelecimento de regras fixas e pré estabelecidas. Não é demais, entretanto, concluir que o caminho a ser trilhado para a solução dos impasses entre maioria e minoria está justamente nos casos concretos, onde a decisão democrática surge do conflitivo e nunca terminado processo democrático, onde a vontade majoritária prevalece, sem que contudo ocorra a homogeneização do corpo coletivo pela perda da particularidades de pensamento e direito das minorias.

4.5 DA CONTRAPOSIÇÃO DA LIBERDADE E DA IGUALDADE

A liberdade e a igualdade não se contrapõem em abstrato numa análise preliminar e superficial. Por evidência, é absolutamente possível que os valores de igualdade e liberdade entre os homens sejam absolutamente harmônicos em tese, sendo razoável imaginar que todos os homens possam ser iguais e livres em sua essência, convivendo harmonicamente. Para Rousseau, o conjunto dos dois primados constitui o maior de todos os bens de cada ser humano⁵³.

⁵¹ Para ser fidedigno ao pensamento de Bobbio, convém ressaltar que a análise foi feita entre o confronto da democracia e do liberalismo, e não entre a democracia e a liberdade, ainda que seja absolutamente evidente que os mesmos pontos conflituosos encontrados por Bobbio sejam aplicados aos primados em apreço.

⁵² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 97.

⁵³ “Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade, porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela. Já expliquei o que é a liberdade civil: quanto à igualdade, não se deve entender por essa palavra que sejam absolutamente os mesmos os graus de poder e de riqueza, mas, quanto ao poder, que esteja distanciado de qualquer violência e nunca se exerça senão em virtude do posto e das leis e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja suficientemente opulento para poder comprar um outro e não haja nenhum tão pobre que se veja estrangido a vender-se.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 66).

Em sentido oposto, a prática e a história demonstram que o conflito pode existir, conforme o grau de interpretação que se dê aos dois postulados. Tomando-se a igualdade como absoluta, ou ainda em sentido literal, põe-se a figura de que todos são e devem ser iguais no que se refere à coletividade e, por conseqüência, sendo iguais perante a coletividade – ou seja, tendo os mesmos direitos na qualidade de indivíduos que compõem o ser coletivo -, são também iguais perante o estado.

Não se trata aqui da mera interpretação de uma igualdade em sentido gramatical, ou igualdade jurídica positiva. De fato, do ponto de vista da ciência política, a igualdade dos homens está na formação do ser coletivo, assentado na democracia a idéia de que todos têm igual valor, sendo portanto traduzida pela máxima “um homem, um voto”.

A universalidade⁵⁴ do voto tem como fundamento básico a igualdade entre os homens, sendo condição de exequibilidade da democracia. Ensina Luhmann⁵⁵ que os processos eleitorais políticos tem três princípios básicos: a universalidade do voto, onde exceto as restrições de natureza funcional, todos participam do procedimento; a igualdade do peso dos votos; e o segredo da votação.

Por seu turno, esta igualdade pressupõe que todo homem tenha igual valor para a coletividade, não sendo um melhor ou mais importante que o outro. Sendo todos iguais, merecem, de certa forma, o mesmo tratamento do estado no que se refere aos direitos.

⁵⁴ Ainda que não em sentido literal pela sua evidente impossibilidade, mas no sentido de se ampliar tanto quanto possível a participação do povo na tomada de decisões coletivas, desde que respeitados princípios básicos da ‘liberdade da escolha’ e da ‘consciência da escolha’.

⁵⁵ “A distribuição de papéis e a diferenciação do processo legal de eleição e, conjuntamente, do sistema político numa limitação importante do sistema, são garantidas principalmente por meio de três princípios, segundo os quais se organizam hoje as eleições políticas livres, designadamente mediante a universalidade do acesso ao papel de eleitor para toda a população (excetuando as restrições de base funcional para menores, incapacitados, criminosos), através da igualdade de peso dos votos e mediante o segredo da votação.” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 134).

Evidentemente, este conceito de igualdade vem recebendo uma leitura cada vez mais flexível, sendo interpretado como igualdade de oportunidades⁵⁶. Entretanto, ainda que tal seja a interpretação, existe limite para o tratamento diferenciado empregado pelo estado para proporcionar estas igualdades de oportunidades.

Deste modo, mesmo com pequenas margens de flexibilidade com o fito de igualar as oportunidades, o estado, como instituição formalizada do ser coletivo, tem limitações de natureza intrínseca que lhe obrigam, sob pena de ferimento dos preceitos básicos da democracia, a conceder tratamento demasiadamente diferenciado a um homem em relação a outro.

Estabelecido este limite abstrato e hipotético, há necessidade de que se desenvolva o raciocínio do limite da liberdade, de forma tal que, estabelecidos os limites de tratamento do estado em relação aos dois primados, estará justamente a contraposição dos primados.

A liberdade é antes de qualquer coisa uma condição humana. Ainda que se possa questionar a origem desta liberdade do homem e se possa até refutar que seja na sua essência um ser individual livre - objetando a essência de tal idéia ao jusnaturalismo, como fez Bobbio⁵⁷, aduzindo a possibilidade do ser humano ser naturalmente um ser social, e portanto, não livre individualmente, mas livre somente em coletividade -, em nada muda a idéia de que homem é livre, seja individualmente, seja coletivamente.

Mesmo que a liberdade não seja necessariamente uma liberdade individual, ou seja, mesmo que não exista uma individual liberdade de cada pessoa, não há como se

⁵⁶ Neste sentido Félix Oppenheim justifica a igualdade de oportunidades privilegiando a meritocracia, que se por um lado é injusta, por outro é muito justa, na medida em que igualdade não pode ser confundida com igualitarismo. "Naturalmente não existe contradição em considerar a meritocracia igualitária e justa ao mesmo tempo. Pode até ser considerada injusta, mas desejável por outras razões: injusta porque a capacidade de um indivíduo depende, em parte, de fatores que ele não controla, como a inteligência inata, a educação ou o treinamento (pelo menos na ausência de uma igualdade completa); todavia, desejável, sob o ponto de vista utilitarista, porque os incentivos a uma maior produção aumentarão o bem estar de todos. Os princípios normativos não podem ser deduzidos de generalizações de fato; a igualdade e a desigualdade de uma característica pessoal não implicam a desiderabilidade do igualitarismo ou do inigualitarismo." OPPENHEIM, Félix E. *Igualdade*. Dicionário de Política. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo: UnB. 2004, p. 605

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 11-13.

afastar a idéia de que dentro da coletividade há um determinado grau de liberdade dos componentes individuais, sob pena de configurar a tirania da maioria, ou seja, uma anti-democracia.

Por outro turno, a liberdade de cada ser, sob a ótica da coletividade, também deve encontrar limites. Isto porque a liberdade extremada de cada indivíduo também levaria ao tolhimento da liberdade da coletividade e, por conseqüência, dos demais indivíduos.

Não se trata da equivocada máxima, ‘o direito de um acaba quando inicia o do outro’, mas sim da compreensão de que as liberdades individuais se entrelaçam e confundem, não podendo ser compartimentadas ou separadas de forma estanque. A questão está no enfoque da liberdade, devendo ser interpretada como uma liberdade do homem individual que participa de um corpo coletivo.

O limite desta liberdade está justamente no ponto em que se confronta com a igualdade. A liberdade de cada ser individual, que faz parte do corpo coletivo, está adstrita ao ponto em que por sua liberdade exercida este ser individual afeta a igualdade de oportunidade do outro homem que também é parte do ser coletivo⁵⁸.

Esta oposição, ainda que de difícil constatação abstrata, é facilmente verificada pelo excesso de liberdade individual – liberdade contratual, por exemplo – que impede a igualdade de oportunidades entre os indivíduos na medida em que por sua própria desigualdade intrínseca resulta em aumento da desigualdade – desigualdade econômica entre contratantes, por exemplo.

⁵⁸ Sobre esta oposição de valores Bobbio apontou que “velha disputa, portanto, aquela que opõe democracia e liberalismo, nada menos do que igualdade e liberdade. O que há de novo, aquilo que a torna nova, e portanto, não obstante as repetições, talvez não supérflua, é a diferente perspectiva histórica na qual se insere.” e mais adiante complementa “Considerou-se que o processo de democratização, seja formal, seja substancial, não deveria ocorrer – e nos países em que mais intensamente se realizou, não ocorreu – com prejuízo dos princípios liberais. Considerou-se antes, que ele deveria constituir uma integração do liberalismo clássico, um avanço do princípio de liberdade, e que por isso os novos institutos da democracia formal e substancial (do antigo sufrágio universal ao nivelamento das propriedades) não deveriam suplantiar aqueles próprios dos regimes liberais (que se resumiam na garantia jurídica de alguns fundamentais direitos de liberdade).” (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: A filosofia política e as lições dos clássicos*. 3 tir. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 271).

Nesta hipótese, o que se apresenta é que quanto maior a desigualdade inicial entre os contratantes, e quanto maior a liberdade de contratação, maior será a desigualdade resultante dos contratos. A história e o direito apresentam inúmeros casos concretos de tal ciclo vicioso, sendo as relações de trabalho durante a revolução industrial, talvez, o exemplo mais típico. O resumo deste ciclo vicioso é que quanto maior a liberdade maior será a desigualdade⁵⁹.

Em contraposição a este extremo, a igualdade levada a extremo também leva ao fim da liberdade. Se as relações jurídicas forem tratadas pelo estado sempre com o fito máximo da igualdade dos homens, as relações jurídicas terão cada vez mais, e sempre, a intervenção do estado (intervencionismo), que, por consequência, acaba retirando a liberdade dos indivíduos⁶⁰.

Levada ao extremo a idéia de igualdade, a autonomia da vontade das partes, e assim a essência dos contratos, perde a sua razão de existir, passando as relações jurídicas a ser instituídas pelo estado, ou seja, deixam de ser contratuais e passam a ter natureza de instituição.

O fato é que nem a liberdade extremada nem a igualdade extremada permitem a configuração da democracia, uma vez que ambas, levadas aos seus respectivos extremos⁶¹, significam a redução ou aniquilamento da outra.

⁵⁹ Outra não é a conclusão de Jean-Jacques Rousseau, ao concluir que a desigualdade dos homens tem sua origem na propriedade, em especial na propriedade da terra, fruto da liberdade que se concedeu 'tacitamente' ao primeiro homem que demarcou uma área de terra e proclamou sua propriedade sobre ela. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 166-193).

⁶⁰ Discorrendo sobre o excesso de igualdade entre as pessoas Montesquieu assim aponta; "Quanto mais ele parecer auferir vantagens de sua liberdade tanto mais aproximar-se-á o momento em que deverá perdê-la. Formando-se então pequenos tiranos, os quais possuem todos os vícios de um só. Dentro em breve tempo, aquilo que restar de liberdade tornar-se-á insuportável; um único tirano se elevará, e o povo perderá tudo; até mesmo as vantagens de sua corrupção. A democracia tem portanto dois excessos a evitar: o espírito de desigualdade, que conduz à aristocracia e ao governo de um só, e o espírito de igualdade extrema, que a conduz ao despotismo, como também o despotismo de um só acaba pela conquista" (MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S/A, 1985, p. 107)

⁶¹ Os extremos dos primados quando levados a termo pelo estado, podem acarretar a um estado liberal capitalista selvagem, como comumente denominado, ou simplesmente a um estado Liberal Clássico, enquanto que em outra vertente, pode levar a uma situação de intervenção total, ou seja, a um estado Comunista ou Socialista, em que o individuo está em detrimento da coletividade, e por tal razão, perde direito a liberdades simples com ir e vir, pensar, manifestar-se, etc.

A solução para este conflito está justamente no ponto médio em que nem a liberdade é extremada do ponto de vista individual e nem a igualdade é ponto cego a ser atingido de forma literal, ou seja, está no equilíbrio entre uma liberdade mínima individual que promove o desenvolvimento do corpo social, uma liberdade individual que tem como premissa ser o indivíduo parte de um coletivo, e uma igualdade interpretada como suficiente para minimizar as desigualdades naturais e artificiais⁶², capaz de proporcionar um mínimo de oportunidades que favoreçam à livre movimentação⁶³ dos indivíduos no corpo social.

⁶² Sobre a questão das desigualdades de ordem natural e artificial, bem tratou do tema Rousseau, denominando as desigualdades como naturais quando decorrentes de questões de saúde, idade, forças corporais e qualidades do espírito, e de outro lado as desigualdades morais ou políticas - neste trabalho denominadas artificiais - como sendo aquelas decorrentes de critérios introduzidos pelo próprio homem, como poder, riqueza, respeito e coerção moral. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 121-122).

⁶³ Leia-se aqui, uma movimentação em relação à condição econômica, cultural, educacional, dentre outras questões.

5 DAS FORMAS DE EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

A concepção da palavra democracia não poderia deixar de lado a percepção de sua origem etimológica. De origem grega, a palavra tem como raízes duas palavras distintas: *demos*, que significa povo, e *kratos* que significa poder. Em síntese, pode-se dizer que a democracia significa etimologicamente o poder do povo.

Entretanto esta mera análise etimológica pouco diz e explica efetivamente o que vem a ser o fenômeno da democracia. O instituto parece ser demasiadamente complexo para ser enquadrado num conceito, e muito menos para que receba razoável harmonia entre a doutrina em sua definição.

Este aspecto difícil da conceituação somado a falta de consenso doutrinário não deve ser óbice ao estudo do fenômeno, enquanto fenômeno jurídico e político-social. Isto porque a paradigma moderno de estado vigente é justamente o do estado democrático de direito como primado não só da grande maioria das constituições ocidentais, mas, acima de tudo, um valor universal em voga quando se discute a questão do homem e da democracia.

Mas por si só a menção constitucional de que um estado é democrático de nada vale. Do ponto de vista da democracia muito mais importante é a existência de mecanismos democráticos do que a mera menção no texto constitucional de que o estado é democrático. E isto parece evidente uma vez que os mais totalitários estados, através de seus governantes se arvoram avidamente para imprimir em seu texto constitucional a qualificação de um estado democrático, sem que de fato exista na prática qualquer mecanismo efetivo que garanta a participação popular.

Talvez o melhor exemplo do que aqui se refere esteja justamente nos estados que adotam sistema unipartidário para preenchimento dos cargos políticos dos poderes. Ainda que a simples estrutura do sistema unipartidário não pressuponha por si a inexistência da democracia, é por demais forçoso reconhecer que dificilmente o processo de governo será democrático sem a permissão para a livre manifestação da diversidade de pensamentos.

A democracia é fenômeno demasiadamente complexo. Entretanto, exatamente por esta razão o homem ao longo da história estabeleceu uma série de diferentes formas de exercitá-la, ou ainda, de praticá-la. As formas de democracia, que vêm sendo praticadas durante a história da humanidade, podem ser classificadas em direta, semidireta, e indireta ou representativa⁶⁴.

Cada uma das formas apresenta limitações, aporias⁶⁵, vantagens e desvantagens, sendo que estas características não retiram necessariamente a possibilidade de aplicação de mais de uma forma de democracia ao mesmo tempo, em um mesmo estado ou unidade comunitária de pessoas.

A questão das formas de exercício da democracia é ponto de ímpar importância para a compreensão da democracia e também para o estudo da legitimidade dos atos democráticos. Isto porque a figura do mandato político é que sustenta todas as democracias modernas, sendo ponto de necessária reflexão, de modo que se deve retornar à questão da democracia como um todo.

5.1 DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PELA FORMA DIRETA

Na forma direta de exercício da democracia, o próprio povo, seja qual conceito de povo for adotado, é quem toma as decisões de governo, praticando diretamente os atos decisórios executivos, legislativos e judiciais, conforme o caso, sem participação de representantes ou intervenção de outras instituições de qualquer natureza.

Rousseau⁶⁶ já reconhecia a dificuldade da democracia direta ao estudar a possibilidade daquilo que denominou uma verdadeira democracia. Para o autor, a

⁶⁴ José Afonso da Silva também adota a dualidade de termos 'indireta' ou 'representativa' (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 136).

⁶⁵ A este respeito melhor explica Celso Fernandes Campilongo (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 43-54).

⁶⁶ Neste sentido, referindo-se a democracia, aduziu que "tomando-se o termo no rigor da acepção, jamais existiu, jamais existirá uma democracia verdadeira. É contra a ordem natural governar o grande número e ser o menor governado. Não se pode imaginar que permaneça o povo continuamente em assembleia para ocupar-se dos negócios públicos e compreende-se facilmente que não se poderia para isso estabelecer comissões sem mudar a forma de administração."

própria ordem natural das coisas não permitira que o povo como um todo ocupasse todo o seu tempo, ou a maior parte dele nas questões de governo.

Pode-se resumir que na democracia praticada pela forma direta o povo exerce diretamente e pessoalmente em sua totalidade os atos de governo, exercendo seu poder político sem intermediários, e mais ainda, em sua plenitude, e não apenas parcialmente.

Esta forma de exercício da democracia, conquanto seja a mais pura de todas, uma vez que o próprio povo se governa sem os intermediários, apresenta também muitas limitações de ordem prática. Talvez a maior delas seja o quantitativo de pessoas dos estados e também das cidades⁶⁷ que compõem estes estados, importando em inúmeros problemas de ordem prática não só para as votações, mas de forma mais grave e talvez até insuperável nos processos de discussão e deliberação das matérias que serão objeto dos atos de governo.

Montesquieu, reconhecendo a necessidade de atuação pelo próprio povo, mas também suas limitações, defendeu que tudo aquilo que o povo possa fazer através de seu próprio esforço deve sê-lo feito, ao passo que o que não puder ser feito pessoalmente deve ser feito por intermédio de seus representantes⁶⁸.

Historicamente, somente as Cidades-estado gregas e alguns cantões suíços chegaram a praticar esta forma de democracia para empreender seu governo. No primeiro caso, há a peculiaridade das Cidades-estado gregas terem uma restrição bastante forte no conceito de povo, o que fatalmente facilitava com a reduzida base de tomada de decisões com quantitativo reduzido e pessoas.

Já no que se refere aos cantões suíços melhor crítica quanto a prática de democracia direta não poderia deixar de ser feita. Como regra geral esta prática vem sendo paulatinamente abandonada, mesmo assim, no que ainda remanesce,

(ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Coleção "Os pensadores". 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 84).

⁶⁷ Cidades em sentido lato, uma vez que alguns estados dividem-se em estados, municípios, condados, cantões, regiões.

⁶⁸ MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S/A, 1985, p. 46.

pressupõe uma série de atos praticados por autoridades e representantes populares para decidir o que e em que forma as questões serão submetidas ao povo para deliberação. É evidente que o processo deliberativo, que pressupõe a possibilidade de proposições e discussões pelos participantes, e não a mera tomada de decisão (votação), fica prejudicado, havendo legítima dúvida quanto a real prática da democracia direta.

Evidentemente, o conceito da democracia direta, conquanto não seja demasiado polêmico, não permite que a configuração ou tipificação do caso concreto – processo democrático de um determinado estado – seja tão facilmente enquadrado com harmonia. Sempre haverá um pequeno pormenor, ou um detalhe, que poderia remeter a conclusão de que na verdade o processo democrático está sendo praticado pela forma semidireta.

Ainda que a forma direta seja em tese a mais pura forma de democracia, uma vez pressupõe que cada um do povo manifeste seu desejo e vontade, apurando a vontade coletiva deste extrato de vontades individuais. Não obstante, é também a de mais difícil consecução, uma vez que mesmo em coletividades relativamente pequenas, a base para a tomada de decisões ainda é bastante grande, suficiente para desestimular os povos a exercitá-la com regularidade.

Isto porque, mesmo que fosse possível reunir todo um determinado povo para deliberar⁶⁹ determinado assunto de interesse coletivo, utilizando-se a mais moderna tecnologia de comunicação existente, ainda haveriam limitações de ordem temporal, uma vez que a completude dos atos de governo necessários no mundo contemporâneo exigiria de cada participante das decisões uma dedicação quase que absoluta, impedindo por conseqüência a prática dos demais atos da vida social, econômica e pessoal do participante.

Também é oportuno mencionar que na deliberação de temas e matérias de complexidade inerente, como aquelas relativas à medicina moderna e engenharia molecular, apenas para citar dois campos de difícil penetração para o cidadão

⁶⁹ No sentido literal da palavra, ou seja, além da decisão ou votação sobre determinado tema, a deliberação pressupõe discussão, argumentação e reflexão sobre o que irá ser decidido.

comum. Não é por outro motivo que a democracia é pouco, ou quase nada, praticada pela forma direta sendo, quando muito, praticada em pequenas comunidades ou nichos de decisões coletivas, sem maiores destaques para a entidade coletiva compreendida em seu todo (estado).

5.2 DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PELA FORMA SEMI DIRETA

A segunda classificação é a do exercício da democracia pela forma semidireta. Aqui estariam compreendidas todas as formas de exercício da democracia onde o povo participa na tomada das decisões, mas não de forma absoluta.

Em outras palavras, todas as formas de exercício da democracia onde o povo pratica parcialmente um determinado ato de governo, e uma outra entidade ou poder da coletividade (estado) formaliza a outra parte do ato de governo para que este seja plenamente configurado.

São típicos exemplos de exercício da democracia semidireta o plebiscito⁷⁰, o referendo⁷¹, a iniciativa popular⁷², o veto popular⁷³ e o *recall*⁷⁴, onde o povo participa do início, do meio ou do fim da elaboração do ato de governo, mas não em sua totalidade.

O exercício da democracia semidireta não é tão puro quanto o da democracia direta, uma vez que entre a participação do povo no processo de formação do ato de governo, e a ultimação desta formação, há necessidade de participação de outros atores. Não por isto, o exercício pela forma semidireta perde suas vantagens, uma vez que com a limitada participação popular e contando com a participação de

⁷⁰ Consulta prévia à elaboração do ato de governo feita ao povo.

⁷¹ Consulta posterior ao ato de governo praticado pelo próprio governo que é feita ao povo para ratificar a vigência e validade do ato de governo.

⁷² Possibilidade de o povo propor modificações legislativas ou atos de natureza executiva, sendo caracterizada mais pela iniciativa do povo no processo de formulação de um ato de governo.

⁷³ Consulta posterior a elaboração do ato de governo pelo próprio governo, mas antes e de forma condicionada à vigência do ato. Sem a aprovação do povo o ato não surte efeitos jurídicos.

⁷⁴ Possibilidade prevista no ordenamento jurídico para que o povo revogue um determinado mandato político outorgado à um representante do governo. Historicamente, também foi utilizada uma única vez, de forma distorcida, nos EUA para revogar uma decisão da Suprema Corte.

outros atores, o próprio exercício da democracia fica mais fácil, e por consequência, mais freqüente.

Quando a democracia é praticada na forma semidireta o que soe ocorrer é a prática parcial dos atos de governo pelo povo, que pode ser parcialmente realizada pela iniciativa de um ato de governo (iniciativa popular), aprovação de um ato de governo a ser praticado (plebiscito ou referendo consultivo), ratificação de um ato de governo praticado (referendo), e até mesmo pela substituição de um governante (mandatário político) ou de um ato de governo (julgamento ou lei) praticado por representantes indiretos (hipótese do recall).

Já reconhecia Montesquieu que o ideal seria que o próprio povo fizesse as leis em sua totalidade, mas que sendo tal impraticável em diversas ocasiões – e talvez até na maioria dos casos – que as normas fossem feitas por terceiros em nome do povo, mas sempre que possível fosse utilizado o “vantajoso” mecanismo de experimentar a lei antes de torná-la perpétua⁷⁵.

Portanto, na modalidade semidireta há a participação do povo no ato de governo mas apenas de forma parcial, uma vez que sempre haverá necessidade de complementação do ato por atores que não são o próprio povo, mas que quando muito podem ser representantes populares (mandatários políticos). De resto, sempre haverá necessidade de um ato prévio ou posterior para que o ato de governo seja configurado e gere seus efeitos em sua plenitude.

De toda forma, ainda que mais freqüente que a democracia direta, o exercício da democracia semidireta não pretende substituir a terceira forma de exercício, que é a indireta ou representativa⁷⁶.

A forma semidireta parece apontar mais para um terceiro caminho, ou uma forma de legitimar – processo de legitimação – com mais força os atos praticados pelos

⁷⁵ MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora TecnoPrint S/A, 1985, p. 48.

⁷⁶ É importante notar que numa escala histórico-temporal a primeira forma de exercício da democracia é a direta, seguida pela indireta (representativa), e mais adiante, pela semidireta, como forma de dar mais legitimidade aos atos formados pela forma indireta, e também de aprimorar a democracia como um todo com o maior envolvimento da população nas questões de governo.

representantes populares que detêm mandato político. Por este prisma, ainda que sendo forma de difícil e custosa efetivação, uma vez que pressupõe ou a arrecadação de grande volume de assinaturas ou o comparecimento em votações universais, os estados contemporâneos parecem buscar no exercício semidireto da democracia uma boa forma de extrair a vontade popular nas questões mais importantes e polêmicas da vida coletiva.

5.3 DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PELA FORMA REPRESENTATIVA

A democracia exercida pela forma representativa apresenta-se em contraposição a democracia exercida pela forma direta, ou ao menos, em contraposição⁷⁷ analítica e axiológica. Em outras palavras, a diferença da democracia dos antigos (direta) e dos modernos (representativa) repousa na compreensão que os antigos e modernos tinham sobre a democracia. Para os antigos, a democracia pressupunha uma assembléia popular onde cada indivíduo era chamado a participar da tomada da decisão, já para os modernos a idéia de democracia está diretamente ligada ao voto, ou ao menos, a escolha de um ou vários representantes, em suma da seleção de líderes.

O exercício da democracia pela forma representativa pressupõe que o povo conceda poderes a um representante integrante deste próprio povo, para praticar atos de natureza política em nome do próprio povo (coletividade). Esta representação se dá pelo que ordinariamente se denomina mandato⁷⁸ político⁷⁹ para que sejam praticados, em nome do povo os atos de governo.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: A filosofia política e as lições dos clássicos*. 3 tir. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 371/372.

⁷⁸ Do latim a expressão mandato deriva de *manus datio*, ou mãos dadas, uma vez que o mandato se configurava pelo aperto de mãos entre o mandante e mandatário.

⁷⁹ Existe razoável divergência quanto ao nome que deve ser empregado para esta figura jurídica, havendo quem sustente que a denominação “mandato” não é a mais perfeita, uma vez que o instituto não guarda semelhança contratual com o mandato privado originário do direito romano. De toda sorte, ainda que não seja o termo mais apropriado, a origem histórica do que se denomina mandato político é justamente o mandato privado, razão pela qual não sendo o foco principal no momento, a expressão continuará a ser utilizada.

Por sua vez, os atos de governo são aqueles atos de natureza jurídica⁸⁰ e de caráter público (não necessariamente transparentes) que digam respeito à coletividade como um todo. Ainda que nem todos os seres que compõem esta coletividade sejam atingidos pelo ato, ele ainda assim é de interesse coletivo, na medida em que é praticado em nome da coletividade.

Logo, sendo os atos de governo praticados em nome da coletividade, são sempre atos de interesse coletivo, ainda que não toquem diretamente no interesse jurídico direto da totalidade coletiva.

Uma vez que sendo o estado a personificação da coletividade através da estrutura jurídica⁸¹, serão todos os atos praticados pelo estado considerados atos de governo desde que toquem na esfera jurídica das relações do estado. Por outro lado, nem todos os atos de governo serão atos do estado, pois os atos de governo podem e hipoteticamente pressupõem a própria criação do estado.

Neste aspecto é necessário reconhecer que, se admitindo como premissa a soberania popular e o contrato social como formação da sociedade, os atos de governo não só podem e têm de anteceder a criação do estado, como também têm o condão e capacidade de se sobrepor aos atos de estado, criando, modificando e destruindo estrutura jurídicas estatais, e porque não, o próprio estado.

Os atos de governo podem então ser divididos entre atos de governo estatais e não-estatais, os primeiros quando praticados dentro da permissão e limite do arcabouço

⁸⁰ Sobre a necessária natureza jurídica do ato de governo, ainda que também política, será aprofundada a questão adiante.

⁸¹ Neste sentido, Norberto Bobbio, ao tratar da coletividade como sociedade civil, bem apontou a dualidade da coletividade, sendo presente como pressuposto de formação da superestrutura do estado, e como destinatária desta superestrutura: "Se se olha a sociedade civil como termo da antítese estrutura/superestrutura, o fim do estado é a superação do momento superestrutural no qual sociedade civil e política estão em equilíbrio recíproco; se se olha a sociedade civil como momento da superestrutura, o fim do estado é uma reabsorção da sociedade política na sociedade civil. A aparente ambigüidade depende da real complexidade do bloco histórico, tal como Gramsci o teorizou: ou seja, do fato de que a sociedade civil é momento constitutivo de dois movimentos diversos, do movimento que vai da estrutura à superestrutura e do que se processa na própria superestrutura. De dois movimentos que se processam interdependentemente, mas sem superpor-se: o novo bloco histórico será um bloco no qual também essa ambigüidade será resolvida, graças à eliminação do dualismo no plano superestrutural, precisamente, a eliminação em que consiste, no pensamento de Gramsci, o fim do estado". (BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3 reimpr. Rio de Janeiro: Graal, 1994, p. 52-53).

jurídico estatal e o segundo quando praticado fora deste arcabouço, sem contudo configurar uma hipótese tipificada como crime. São exemplos dos atos de governo não-estatais os atos de constituição natural de um estado, a proclamação de uma constituição democrática, as revoluções populares – modificações no sistema jurídico com violação do próprio sistema, mas com apoio e base nos movimentos populares.

Em outra dimensão os atos de governo estatais serão todos aqueles atos praticados em nome da coletividade que estejam previstos pelo ordenamento jurídico. Seriam assim os atos que, utilizando o poder da coletividade, ditam as normas jurídicas de conduta, enfim, os atos jurisdicionais.

Neste aspecto convém esclarecer que os atos jurisdicionais não dizem respeito exclusivamente ao poder judiciário de cada estado, pois a atividade jurisdicional não se encerra de forma limitada na mera subsunção do fato a norma jurídica hipotética. Na verdade a atividade jurisdicional, por sua própria origem etimológica – dizer o direito – é praticada tanto pelos atos que dizem o direito através da criação de normas jurídicas abstratas, que dizem o direito através da execução destas normas jurídicas, e que também dizem o direito através do julgamento de questões e casos conforme as normas jurídicas inicialmente criadas.

Seria correto afirmar que os atos de governo estatais serão todos os atos que, praticados em nome e com autorização da coletividade, encerram alguma atividade jurisdicional de natureza legislativa, executiva ou judicial.

Retornando a questão das formas de prática da democracia, e em especial a questão da forma representativa ou indireta, volta-se novamente ao ponto central da questão da legitimidade. Isto porque, sendo a forma mais facilmente verificada nas sociedades modernas, mas especialmente nos estados democráticos de direito, existem alguns aspectos importantes que resultam desta forma de prática da democracia que tocarão mais adiante a interpretação jurídica das normas quanto a validade pela presença ou não da legitimidade.

A democracia praticada pela forma indireta ou representativa é aquela em que o povo não pratica diretamente nem a totalidade do ato de governo, e nem parcialmente o ato de governo, mas apenas atua na constituição deste ato de governo através de um representante, seja eleito – mandatário político -, seja investido em cargo público por concurso – magistrados, funcionários públicos, agentes públicos e concursados em geral -, ou investido em cargo público por escolha de um mandatário – ministros de tribunais superiores ou outras autoridades públicas nomeadas por mandatários políticos.

A importância desta questão é ímpar para a democracia e compreensão de suas garantias constitucionais pela simples razão de que a maioria dos atos de governo é praticada pela forma indireta, ou seja, através dos agentes públicos – que alcançaram esta condição através de concurso, eleição ou indicação por algum dos agentes anteriores.

Não sendo a maior parte dos atos de governo praticados pelo próprio povo, sequer parcialmente, há necessidade de que os limites e regras para exercício destes atos sejam estudados e estabelecidos para manutenção e aprimoramento da democracia como fenômeno, garantindo o caráter democrático ao estado.

A origem do mandato político remonta da França e Inglaterra após os processos revolucionários populares mencionados. Com o surgimento de novos valores políticos e com arrimo na idéia de igualdade de direito dos homens, nestes estados foram inicialmente estabelecidas Assembléias Populares para tomada de decisões coletivas.

Tratando do assunto em questão, Rousseau⁸² afirmou que “todos necessitam, igualmente, de guias. A uns é preciso obrigar a conformar a vontade à razão, e ao outro, ensinar a conhecer o que quer”, aparentando inicialmente que a idéia dos representantes poderia estar ligada a uma espécie de liderança.

⁸²ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Coleção “Os pensadores”. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 56.

Um pouco mais adiante no mesmo texto, alinhou o discurso a forma coerente de seu pensamento, aduzindo que “então das luzes públicas resulta a união do entendimento e da vontade no corpo social, daí o perfeito concurso das partes e, enfim, a maior força do todo. Eis onde nasce a necessidade de um legislador”. Assim, demonstra que a expressão guias utilizada na primeira parte do raciocínio, nada mais significava para Rousseau do que a figura do legislador.

As evidentes questões e problemas relativos à quantidade de cidadãos com direito ao voto não permitem que muito se gaste explicando a dificuldade de apuração da vontade coletiva⁸³. A pretensão não é fugir do tema, mas evitar a mistura indevida de raciocínios, razão pela qual a questão será de toda sorte melhor abordada adiante.

Assim, paulatinamente o instituto do mandato particular foi sendo utilizado e sucessivamente transfigurado para se adaptar a natureza da representação política. Este processo de adaptação foi criando modificações substanciais ao mandato político em relação ao contrato de mandato particular, de forma tal que os dois institutos atualmente pouco se assemelham, exceto na questão principal relativa a representação⁸⁴.

Independentemente da valoração das modificações ocorridas, é possível verificar atualmente que o mandato político tem algumas peculiaridades que afetam bastante a questão da legitimidade dos atos praticados em nome – em representação – do povo.

⁸³ Há necessidade aqui de se explicitar que a vontade coletiva em muito difere da vontade geral. Enquanto a vontade geral pressupõe a totalidade da vontade de cada ser individual, a vontade coletiva é o extrato da coletividade apurado pela vontade do ser social individual. Tome-se como exemplo uma questão relativa ao pagamento de impostos. No seu íntimo a vontade individual de cada ser é não pagar impostos, o que resultaria numa vontade geral de que ninguém pague tributos. Entretanto, a vontade social coletiva dispõe o contrário, pois cada ser individual conquanto não seja agrado pelo pagamento dos impostos tem a compreensão que o melhor para a coletividade é que existam os impostos, razão pela qual a existência destes, mas não necessariamente seu quantitativo, é legítima no que se refere a vontade coletiva.

⁸⁴ “O significado deste fenômeno político representativo se coloca em oposição, por um lado, com os regimes absolutistas e autocráticos, desvinculados do controle político dos súditos e, por outro, com a democracia direta, ou seja, com o regime no qual, em teoria, deveria desaparecer a distinção entre governantes e governados. O sentido da representação política está, portanto, na possibilidade de controlar o poder político, atribuída a quem não pode exercer pessoalmente o poder. Com base em suas finalidades, poderíamos portanto definir a representação ‘como um mecanismo político particular para a realização de uma relação de controle (regular) entre governados e governantes’”. (COTTA, Maurizio. Representação política. In: *Curso de introdução à ciência política*. São Paulo: UnB, p. 6).

Dentre as muitas características do mandato político duas se sobressaem na questão, uma quantitativa e outra qualitativa em relação à legitimidade. A primeira relativa à falta de vinculação – sequer por medida de aproximação ou outro artifício técnico – entre o número de votos recebidos pelo mandatário e o poder por ele exercido. A segunda no que toca a absoluta falta de vínculo da vontade dos eleitores com os atos praticados em seu nome – através da suposta representação.

As duas questões podem ser ponto crucial para a análise da legitimidade dos atos de governo, em especial dos de natureza legislativa que são o ponto ora em enfoque. Isto porque, muito embora exista alguma dose de legitimidade nos atos praticados pelos mandatários políticos há sem dúvida certa limitação quanto à exata dimensão dos poderes que os eleitores pretenderam transmitir por ocasião da votação.

O primado da soberania da vontade popular – como regra de ouro da democracia – e não do soberano⁸⁵ e a transmissão limitada, muito embora passível de ser retomada⁸⁶, que o povo faz para o governante⁸⁷ acabam por não permitir que se saiba exatamente até que ponto o mandatário efetivamente age de acordo com os interesses dos mandantes, e até que ponto age por seus interesses ou convicções pessoais.

Se a premissa básica do sistema representativo de democracia é no sentido de que o governante deve agir em nome e de acordo com os interesses dos mandantes, a conclusão lógica é de que em não havendo esta confluência de interesse com ato de governo, carece este último de legitimidade.

⁸⁵ Aqui em sentido lato, podendo ser identificado não só pela existência de um monarca, mas de todo e qualquer governante de um estado, como presidente, ou primeiro ministro.

⁸⁶ Seja através de processos revolucionários, por revogações de mandato indireta (*impeachment*) ou diretas (*recall*).

⁸⁷ Neste sentido adotam-se como premissas os postulados de Rousseau sobre o pacto social e a soberania popular (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Coleção “Os pensadores”. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983).

Entende Daury Cesar Fabriz⁸⁸ que “poder legítimo é aquele que detém a capacidade de fazer com que suas decisões sejam aceitas como bem fundamentadas, objeto da adesão e aquiescência daqueles a quem se destina”. O entendimento é de todo correto, mas também seria correto acrescentar a idéia de que a característica que faz com que as tais decisões sejam interpretadas pelos destinatários como bem fundamentadas está justamente em atender aos anseios dos destinatários, e não necessariamente apenas num discurso ou ideologia convincente.

O ato de governo praticado pelo mandatário é realizado não em nome do próprio mandatário, mas em nome dos mandantes, e por este motivo deve estar de acordo com os interesses e vontade coletiva destes mandantes.

Complementa Daury Cesar Fabriz, ao abordar genericamente sobre os temas do poder, da legitimidade e da autoridade, ser necessária uma razoável dose de legitimidade para que o estado possa exercer sua autoridade de governo sem o uso de fatores externos de coerção, buscando no mais das vezes em sua própria fundamentação de existência o ponto de partida desta legitimidade⁸⁹.

Retorna então a questão do número de eleitores (votos) e o poder da representação do mandatário político. Se o único momento de transmissão da legitimidade fosse exatamente o processo eletivo, e com este processo fosse exaurida a legitimação dos atos praticados pelos mandatários, seria então correto inferir que tanto mais democrático seria o sistema que conferisse a cada mandatário eleito, o peso proporcional dos votos recebidos.

Esta fórmula hipotética não é utilizada. E a razão é bem lógica. Traria muitos outros problemas consigo, como a disparidade e desigualdade dos mandatários políticos, criando mandatários fracos e “super mandatários”, o que por si já seria demasiado grave, uma vez que os mandatários políticos têm uma série de funções além da legislativa, como por exemplo a fiscalizatória, onde o peso dos votos fortaleceria as

⁸⁸ FABRIZ, Daury Cesar. *A estética do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 87.

⁸⁹ FABRIZ, Daury Cesar. *A estética do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 87. De maneira que, para que a autoridade possa ser exercida livremente e sem usos externos da coerção, necessita de legitimidade. O poder institucionalizado busca em sua fundamentação fatores que lhe conceda legitimidade, base fundante da dominação”

relações corporativistas. Mas também traria uma outra questão de difícil resolução, referente ao peso dos votos conferidos aos candidatos não eleitos. Ficariam tais eleitores sem representação? Evidentemente tal hipótese seria intrinsecamente contrária a própria noção de democracia.

O enfrentamento da questão do poder de representação e dos votos recebidos pelo mandatário deve então ser solucionado de outra forma. E assim de fato o é. O mandatário, ao ser eleito, perde o vínculo direto com seus eleitores⁹⁰ e passa a ser representante de toda a coletividade. Representa esta coletividade de forma legítima, não pelo número de votos que recebeu, e nem somente em relação àqueles que nele votaram, mas sim por força dos outros mecanismos de legitimação dos mandatários supervenientes ao processo eletivo⁹¹.

São por mecanismos posteriores que os mandatários colherão a legitimidade dos mandantes, através do processo de identificação da vontade coletiva com a vontade estatal.

A segunda questão, relativa a falta de vínculo entre a vontade dos eleitores (mandantes) e dos mandatários somente pode ser resolvida também pelos mecanismos posteriores de legitimação (deslegitimação). Mas é evidente que o espírito deste mandatário, ainda que não diretamente ligado aos mandantes que lhe conferiram o voto, deva estar ligado a coletividade, e não ao seu próprio interesse.

Rousseau, ao enfrentar este tema na obra *Do contrato social*, sustentava que tendo os indivíduos uma percepção menor dos problemas, em razão do limitado alcance mensurado pelo seu relacionamento e conhecimento particular, não conseguem individualmente os mandantes perceber as vantagens de leis, ainda que privativas

⁹⁰ “O oposto ocorre na representação política da maior parte dos estados que se governam à base de um sistema representativo: o que caracteriza uma democracia é, com respeito ao ‘quem’, que o representante seja um fiduciário e não um delegado; e é, com respeito ao ‘que coisa, que o fiduciário represente os interesses gerais e não os interesses particulares. (Exatamente porque são representados os interesses gerais e não os particulares dos eleitores, nela vigora o princípio do mandato da proibição do mandato imperativo)” BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 6 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 47

⁹¹ Estes mecanismos estão abordados em tópico adiante.

de faculdades, lhe apresentam como ser individual que faz parte de uma coletividade⁹².

É portanto pautado pelo espírito da coletividade, juntamente com os mecanismos de legitimação posterior ao processo eletivo, que a solução para a questão da falta de vinculação inicial entre o mandatário e os eleitores que lhe conferiram o voto pode ser resolvida.

5.4 DOS SISTEMAS ELEITORAIS MAJORITÁRIOS E PROPORCIONAIS

Inserir-se ainda na questão da representação a forma como os cargos eletivos serão preenchidos. As duas formas mais tradicionais e antagônicas de sistemas eleitorais são o preenchimento dos cargos pela forma majoritária e proporcional.

O mais antigo dos sistemas é o majoritário e, como o próprio nome faz supor, permite que o grupo ou indivíduo que obtenha a maioria dos votos ocupe os cargos eletivos. Inicialmente, ensina Dallari⁹³, este sistema não fazia distinção à quantidade de partidos, ao número de votos, a diferença entre a maioria e a minoria (superioridade eleitoral). Aceitava-se até a apuração por qualquer maioria, não havendo inicialmente sequer a figura do segundo turno, para que fosse obtida ao menos uma maioria simples. Convém, para melhor esclarecer, que as maiorias podem ser divididas em pelo menos quatro tipos⁹⁴, conforme ensinamentos de

⁹² “Outra dificuldade merece atenção. Os sábios que desejassem falar ao vulgo na linguagem deste, em lugar da sua própria linguagem, não poderiam ser compreendidos, pois há inúmeras espécies de idéias impossíveis de traduzis-se na língua do povo. Os pontos de vista muito gerais e os objetivos muito distantes encontram-se igualmente fora de seu alcance; cada indivíduo, não discernindo outro plano de governo além daquele que se relaciona com seu interesse particular, dificilmente percebe as vantagens que pode tirar das contínuas privações que as boas leis lhe impõem.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Coleção “Os pensadores”. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 58).

⁹³ “Por este sistema, como o próprio nome sugere, só o grupo majoritário é que elege representantes. Não importa o número de partidos, não importando também a amplitude da superioridade eleitoral. Desde que determinado grupo obtenha maioria, ainda que de um único voto, conquista o cargo de governo objeto da disputa eleitoral.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p.162).

⁹⁴ Segundo o autor também existe um quinto tipo que seria a maioria relativa, equivalente a metade mais um dos votantes. Entretanto, este critério já estaria englobado pela maioria simples (metade mais um dos votos). Isto porque a idéia de *metade mais um* pode ser relativa aos votos exercidos, ou aos votos potenciais, não sendo possível até então que diferencie os votos exercidos dos

Campilongo⁹⁵, sendo eles: qualquer maioria (a maior dentre as minorias); a maioria simples ou não qualificada (metade mais um); maioria absoluta (metade mais um da base eleitoral); e maioria qualificada (dois terços; três quartos; três quintos).

O sistema majoritário ainda foi predominante e exclusivo por boa parte da história democrática, sofrendo aperfeiçoamentos, como o turno duplo de eleição⁹⁶, a exigência de que os vencedores obtivessem a metade mais um dos votos válidos, como forma de garantir maior legitimidade aos mandatários eleitos.

Posteriormente, na Bélgica, em 1900 foi criado o sistema de eleição proporcional, objetivando principalmente permitir maior participação das minorias na condução do governo, através da eleição de representantes. Este sistema foi difundido com amplitude nos países democráticos após a primeira guerra mundial, ganhando espaço mais notadamente na escolha dos ocupantes das casas legislativas.

Mesmo com o objetivo de resolver a questão da participação das minorias, este sistema proporcional não resolveu totalmente a questão, uma vez que estas ainda continuam não tendo, com os seus representantes, capacidade de impor sua vontade ao estado. E nem seria de se supor que tal intento fosse levado a efeito. Se não há justificativa para que as maiorias ignorem as minorias, menos ainda há para o inverso.

Mas a crítica mais mordaz ao sistema proporcional, com bem aponta Dallari⁹⁷, vem justamente a questão da governabilidade e da falta de responsáveis pela condução

votantes. Esta única hipótese seria possível se houvesse na base eleitoral eleitores com diferentes pesos de voto. Mas nesta hipótese, seriam infundáveis as combinações e subderivações da maioria.

⁹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 39.

⁹⁶ Sem dúvida a formulação de eleições em dois turnos confere aspecto mais democrático ao sistema eleitoral por duas razões. Em um plano permite que pequenas minorias lancem candidatos e votem nestes candidatos minimizando a preocupação com o denominado voto útil. Por outro plano, confere ao vencedor um capital político muito maior, permitindo que ao ocupar o cargo eletivo possa exercer o mandato com a plenitude conferida por uma maioria consistente em pelo menos metade mais um dos votos válidos.

⁹⁷ Neste sentido "Contra o sistema de representação proporcional muitas são as alegações, sendo a principal delas a que o causa de provocar uma diluição e responsabilidade e uma redução da eficácia do governo. Isto porque, sendo o produto de uma conjugação heterogênea, o governo não é responsável pela manutenção de uma linha política definida, ninguém sendo responsável pela ineficácia da ação governamental. Além disso, como consequência do fato de ser uma unidade heterogênea, de que participam correntes diversas e até opostas, não é possível aplicar-se a

de uma linha definida de política governamental. Em síntese, há sempre a possibilidade de uma determinada dose de ingovernabilidade, mas também de atos de governo contraditórios, sob o prisma político e filosófico, entre si.

A resposta para a primeira crítica está justamente na natureza da democracia. Não é ela um governo de minorias, e portanto, não seria justificável que a minoria pudesse impor contra a maioria a sua vontade, empenhando-a ao estado. Por outro turno, ainda é melhor ter representantes sem a capacidade de imposição, mas com poder de negociação, protesto, denúncia e, principalmente, voz ativa nos poderes do estado, do que não ter representante nenhum.

No que se refere a segunda crítica melhor sorte não lhe socorre. A democracia pressupõe a pluralidade. Pluralidade de opiniões, gostos, desejos, crenças e até aptidões político-filosóficas. Criticar o sistema proporcional por não permitir uma aplicação definida de linha política (econômica, social, diplomática, etc.), filosófica ou ideológica é negar a própria essência auto construtiva, dialética e conflitante da democracia. A idéia de falta de responsabilidade também não se sustenta. A responsabilidade é geral, é coletiva, imposta a todos que participam ou poderiam participar do processo coletivo, sejam os cidadãos, sejam seus representantes. A busca por culpados e responsáveis no mais das vezes não resulta na solução do problema.

Contudo, não se pretende defender a idéia de que o sistema proporcional é mais perfeito ou melhor do que o majoritário. Ambos apresentam virtudes e defeitos, mas antes de tudo, muito embora antagônicos, podem coexistir em um mesmo estado. Aliás, é o que comumente se verifica. Muitos estados adotam o sistema majoritário para a escolha de cargos do executivo, onde usualmente o número de membros está restrito a um indivíduo, ou pouco mais do que isto, e o sistema proporcional, em substituição às chapas fechadas, para a eleição dos ocupantes das casas legislativas.

orientação integral e uniforme de qualquer partido político, resultando um sistema de governo indefinido e muitas vezes contraditório em si mesmo e nos seus atos." (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 163).

Talvez neste aspecto haja pouco o que amadurecer na democracia, tendo sido encontrado um bom ponto de maturidade e equilíbrio. A execução dos atos de governo pelo poder executivo não parece permitir a pluralidade de opiniões tamanha sem que o prejuízo resultante seja grave para a coletividade, uma vez que a execução em si não permite muita dose de discricionariedade e, também não permite que muito tempo seja utilizado em deliberações e votações. As decisões do poder executivo são pautadas por regras jurídicas e orçamento previamente aprovados pelo poder legislativo, com maior ou menor grau relativo de discricionariedade, mas sempre muito limitado, uma vez está adstrito aos comandos do legislativo para tanto. Por outro lado, também são decisões executivas no sentido estrito da palavra, ou seja, atos executórios que necessitam de maior celeridade na sua efetivação.

Por outro turno, o poder legislativo tem muito maior grau de discricionariedade ao propor projetos de lei, deliberar sobre e alterar o ordenamento jurídico, propor a partir de um ponto zero a criação de novas regras jurídicas que afetem o patrimônio, as liberdades individuais e coletivas, os tributos, a organização e proteção da família, da infância, dos idosos, e uma série de outras questões.

Esta liberdade para deliberar sobre tais temas impõe ao poder legislativo não só mais responsabilidade, mas também maior importância, sendo inegável que a criação de novas regras jurídicas, sob o fundamento de representação da coletividade, seja feita por um conjunto de representantes com formação tão heterogênea possível quanto a encontrada no corpo social.

O que se conclui da utilização do sistema proporcional no preenchimento de cargos políticos é que com a utilização deste sistema é preservada a vontade da maioria, mas ocorre também a projeção e irradiação da participação da minoria no processo eleitoral, na condução do estado.

Estas projeção e irradiações, quando originadas no poder legislativo, têm a capacidade até mesmo de se ramificar nas questões do poder executivo e do judiciário através das normas jurídicas que regularão e pautarão as atividades destes outros poderes. A conclusão que se permite disto tudo, ocorre no sentido de

ser fundamental o sistema eleitoral proporcional, na escolha dos mandatários legislativos, como forma de aproximar o estado de uma situação cada vez mais caracterizada como democrática.

6 DA LEGITIMIDADE

6.1 DO SIGNIFICADO DA LEGITIMIDADE

A palavra legitimidade expressa uma série de significados diversos, podendo ser utilizada, como de fato é mais comumente, como adjetivo de algo que está conforme a lei (o direito).

Seria por tal premissa a característica de alguma coisa, ato ou direito que coaduna, harmoniza, tem pressuposto, no ordenamento jurídico aplicável. Para LUCIO LEVI, mais do que estar em conformidade com a lei, legitimidade é um atributo do estado obtido pelo consenso de parcela significativa da população no cumprimento das decisões estatais sem que seja necessário o uso da força⁹⁸.

Entretanto, há uma questão que incomoda ante este significado e que impede que ele seja adotado neste trabalho, que é justamente uma situação hipotética de falta de ordenamento jurídico, ou de normas jurídicas estatais, em suma da falta do estado. Conquanto o ponto de partida do presente trabalho seja correlato a democracia nos estados, e em especial no estado brasileiro, é inegável que o fenômeno democrático transcende a idéia de estado, sendo possível ser aplicado empiricamente ou hipoteticamente no universo particular dos seres humanos.

Da mesma forma, a legitimidade também guarda relação com outros poderes e fenômenos não estatais, transcendendo também a idéia de estado, e como o objeto deste trabalho toca justamente a legitimidade nos atos legislativos, o que inclui inclusive a própria formação do estado, há necessidade de que se busque uma definição que independa do estado.

⁹⁸ “Num primeiro enfoque aproximado, podemos definir 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.” (LEVI, Lucio. *Legitimidade*. In: Curso de introdução à ciência política. 2. ed. Brasília: UnB, 1984, leitura 3, p. 103).

Em uma situação hipotética, sem a existência do estado, não se poderia inferir o que poderia ser considerado legítimo. Concluí-se, portanto, que o significado do que é legítimo não pode estar vinculado, *a priori*, a idéia de lei (direito) em razão da não onipresença do direito na história do homem, e também a possibilidade da discussão sobre a legitimidade de coisas independentes do direito.

É muito mais apropriado para os fins que ora se pretende⁹⁹ que a legitimidade seja não focada no ordenamento jurídico, uma vez que com tal pressuposição poder-se-ia concluir que todo ato é tão legítimo quanto a permissão legal positiva que lhe houver investido/autorizado. Em tal situação, até mesmo as mais duras ditaduras poderiam ser consideradas legítimas uma vez que estariam sustentadas no direito positivo de um determinado estado¹⁰⁰.

Também não seria correto infirmar, nesta hipótese de uma ditadura legitimada pelo direito, que a falta de legitimidade estaria na própria norma jurídica que autorizou a ditadura, uma vez que a norma jurídica teria que estar fundada em uma outra norma jurídica para ser legítima, ou estar em desacordo com uma outra norma jurídica para ser ilegítima.

Definir a legitimidade a ser aferida a partir do pressuposto de conformidade com a norma positiva encontra um limite (problema) na medida em que toda norma jurídica por si seria legítima, o que configuraria não uma legitimidade, mas sim uma identidade desta compreensão de legitimidade com a idéia de legalidade.

Como legalidade e legitimidade não são características idênticas, cumpre encontrar um significado mais satisfatório, ainda que não exauriente, do significado da legitimidade.

⁹⁹ Pretensão de investigar a legitimidade para fins de identificação de pressupostos de validade de atos de governo de natureza legislativa, e porque não dizer, de validade da própria criação de um estado.

¹⁰⁰ Não obstante o sentido ao termo empregado por Lucio Levi, há o reconhecimento desta possibilidade pelo autor, quando afirma que “Se nos limitarmos a definir legítimo um estado cujos valores e estruturas fundamentais são aceitos, acabaremos por englobar nesta formulação também o contrário do que normalmente se entende por consenso: o consenso imposto e o caráter ideológico de seu conteúdo. A definição geral proposta no início acabou, pois, por se revelar insatisfatória, uma vez que pode ser aplicada a qualquer conteúdo”. (LEVI, Lucio. Legitimidade. In: *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo: UnB. 2004, p. 678).

Para que não se incorra no equívoco acima exposto, o significado de legitimidade deve ser encontrado fora do contexto do direito positivo, e se possível, fora do contexto do direito como fenômeno.

Numa passagem de Bobbio, discorrendo sobre a justificação e o fundamento do poder no pensamento de Kant, há uma referência elucidadora do significado da legitimidade antecedente à própria existência do estado. Esta passagem apresenta a legitimidade como a fundamentação ou justificação do poder.

Afirma Bobbio que “as teorias contratuais respeitam o problema da justificação e do fundamento do poder, enquanto as que examinamos até agora referem-se a um problema diferente... pode-se dizer que as primeiras dizem respeito ao problema da legitimidade do poder, as outras...”¹⁰¹. Esta passagem demonstra que a legitimidade pode ser compreendida também como a justificação ou fundamentação do poder, ou em outras palavras, a origem e a fonte do poder¹⁰².

Em outro trabalho do mesmo autor, refutando a possibilidade de serem idênticas a legitimidade e a legalidade, Bobbio sustenta que a legalidade está fixada na idéia do propósito do exercício do poder, enquanto que na segunda o propósito está fixado no título e fundamento do poder¹⁰³. E não é outra a abordagem do mesmo autor quando esclarece que a busca por uma fundamentação ética do poder levou a formulação pela doutrina de várias teorias sobre a legitimidade, nas palavras do próprio autor, “isto é, dos vários modos com os quais se procurou dar, a quem detém o poder, uma razão de comandar, e a quem suporta o poder uma razão de obedecer”¹⁰⁴.

Dentre os vários critérios apontados – seis ao todo - por Bobbio que seguem dois princípios básicos – “os governantes recebem seu poder da vontade de Deus ou da

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2 ed. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 28.

¹⁰² Também neste sentido: STOPPINO, Mario. Autoridade. In: *Curso de introdução à ciência política*. São Paulo: UnB, 1984, p. 93.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. Legalidade. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, leitura 2, p. 99.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 88.

vontade do povo”¹⁰⁵ – um ascendente onde o poder vem de baixo (do povo) para o governante e outro descendente onde o poder vem de cima (Deus) para o mesmo governante, este trabalho adota a idéia do poder ascendente *ex parte populi*, pelo sendo originário do princípio democrático do consenso.

Mas, voltando a idéia da legitimidade como independente do estado – sem contudo manter em foco que sobre este ponto se deverá voltar adiante – a legitimidade poderia assim ser compreendida como a característica de alguma coisa, ato ou direito (elementos), que é genuína, que é autêntica, que fundamenta e justifica, em suma, que pertence originariamente a uma pessoa ou situação (elemento). Melhor apurando a idéia, a legitimidade seria uma característica de um primeiro elemento analisado em relação a um segundo elemento, sendo considerada existente quando o primeiro elemento for genuíno, autêntico, fundante ou originário em relação ao segundo elemento.

Este significado amolda-se perfeitamente a passagem acima transcrita, permitindo a compreensão do ensinamento de Bobbio, uma vez que trata da fundamentação, justificação, origem, autenticidade do poder significa tratar da legitimidade do poder. É portanto uma característica de um elemento, que identifica este elemento como pertencente¹⁰⁶, autêntico, fundante ou originário de um outro elemento. No caso específico do poder político no estado democrático, a legitimidade decorre justamente do consenso social e não da mera legalidade da lei.

Não é aceita, portanto, a proposição de Kelsen no sentido de separar totalmente o direito da moral e da ética, ao menos no que se refere a fonte autorizativa da própria norma, ou seja, a legitimidade da norma jurídica, uma vez que no estado democrático sendo a fonte de poder ascendente (partindo do consenso do povo) torna-se possível a verificação da legitimidade justamente nos conceitos de fundamentação ética e moral do poder. O poder pelo poder não se justifica no estado democrático, mas deve estar fundado de alguma forma na coletividade.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 89.

¹⁰⁶A palavra pertencente deve ser tomada não no sentido de propriedade, mas no sentido de “precedente”.

Feita esta primeira conclusão, é necessário registrar este significado de legitimidade como característica genuína, autêntica, fundante ou originária se torna premissa para as demais questões que serão enfrentadas. No caso específico do poder do estado, é a característica que explica a origem e fundamentação do poder político exercido.

6.2 DA LEGITIMIDADE PRIMÁRIA (ORIGINÁRIA) E SECUNDÁRIA (DERIVADA)

Uma vez que foi estabelecido para este trabalho um conceito de legitimidade como origem ou fundamento de alguma coisa, e no caso específico do poder político do estado, a origem e fundamento deste poder político. E mais ainda, refinado que no estado democrático esta origem seria ascendente, ou seja, partindo do povo (ou do consenso do povo) para os governantes, cumpre estabelecer a forma de transmissão desta legitimidade, ou ainda, nas formas de legitimação (transferência da legitimidade).

Entretanto, ainda antes desta análise, algumas observações sobre a legitimidade em relação ao transmissor e o transmitido, isto é, entre aquele que confere a legitimidade – no caso do poder político do estado democrático: o povo – e aquele que recebe a legitimidade – o governante.

Quando um elemento 'B' possui uma característica que o identifica como genuíno, autêntico, originário ou fundante em relação a um segundo elemento 'A', podemos concluir que o primeiro elemento 'B' é legítimo em relação ao segundo elemento 'A'. Aqui a legitimidade é clara. Por exemplo, se uma pessoa ('A') exerce uma determinada faculdade da vida ('B') – quer da vida natural, social ou jurídica – é possível dizer que esta faculdade ('B') exercida é legítima na medida em que seja genuína ou autêntica em relação a esta pessoa ('A').

Entretanto, existe uma segunda hipótese, onde um terceiro elemento 'C' tem identificação com o primeiro elemento 'A' que guarda relação de genuína e autêntica com o elemento 'B'. Este elemento 'C' é genuíno e autêntico em relação ao elemento

‘A’, e portanto é legítimo em relação a ‘A’. Sua relação com o elemento ‘B’ não é direta, mas também pode passar a existir, resultando em uma legitimidade indireta e secundária, que poderia ser chamada de derivada, porque deriva da primeira. Por exemplo, se uma pessoa (‘C’) exerce uma determinada faculdade da vida (‘B’) – quer da vida natural, social ou jurídica – que não lhe é direta, mas que é uma faculdade direta de um outro elemento (‘A’), com o qual esta pessoa (‘C’) guarda uma relação direta genuína ou autêntica, esta pessoa (‘C’) está exercendo a faculdade (‘B’) que não lhe é diretamente genuína, mas genuína em relação à outra pessoa (‘A’). Como a pessoa (‘C’) tem também uma relação direta com a pessoa (‘A’), a faculdade (‘B’) passa a guardar uma relação indireta e secundária em relação a (‘C’).

Um exemplo da vida cotidiana pode facilitar a exemplificação. Se uma criança (‘A’) expressa uma vontade própria (‘B’), podemos afirmar que esta vontade própria (‘B’) é legítima da criança (‘A’) uma vez que é sua mesmo, ou seja, é genuína e autêntica em relação à criança. Temos aí uma legitimidade originária ou primária da vontade expressada (‘B’) em relação a criança que a expressou (‘A’).

Por outro turno, exemplificando a idéia da legitimidade derivada ou secundária, se o pai (‘C’) desta mesma a criança, que guarda um relação de genuína e autêntica em relação a criança (‘A’), e portanto é legítimo para, na qualidade de pai exercer determinados atos. Assim, quando este pai (‘C’) exercer uma faculdade (‘B’) que é legítima da criança (‘A’), terá este pai uma legitimidade secundária em relação à faculdade (‘B’). Esta legitimidade pode ser denominada secundária por ter sua fonte primária em outra legitimidade (a da criança). Mas também pode ser denominada derivada, porque deriva da primeira legitimidade.

É importante registrar que muito embora a legitimidade de (‘C’) em relação a faculdade exercida (‘B’) seja secundária ou derivada, a relação de (‘C’) com o titular originário da faculdade (‘A’), é uma relação direta, genuína e autêntica, e portanto uma legitimidade originária.

6.3 DO DESDOBRAMENTO DA LEGITIMIDADE PRIMÁRIA (ORIGINÁRIA) EM SECUNDÁRIA (DERIVADA)

Uma das questões importantes a serem abordadas está justamente na forma como uma determinada legitimidade primária se transmuta em uma legitimidade secundária.

Quando uma pessoa que é legítima originariamente para praticar um determinado ato, transfere a uma segunda pessoa o direito de praticar este ato, ocorre a transferência da legitimidade, que passará a ser derivada em relação à pessoa que recebeu a faculdade de praticar o ato.

Esta é apenas uma das formas pelas quais a legitimidade pode ser transferida, ou seja, por vontade própria o legitimado originário. Outras situações existem em que a legitimidade é transferida sem a vontade, ou ao menos, sem a vontade expressa do legitimado.

São exemplos típicos a legitimidade dos pais em relação aos infantes, dos curadores em relação aos curatelados, em suma, dos incapazes em sentido lato, em relação aos capazes que lhes cuidam. Estas legitimidades podem ser transferidas sem a vontade dos legitimados originários, justamente porque tem base de fundamento, ou seja, justificação não em contrato, mas por fundamento natural.¹⁰⁷

A questão está, entretanto, no conceito de capacidade. Se o conceito de capacidade, tomado como princípio do entendimento da legitimidade, for a capacidade legalmente estabelecida, muitos equívocos permearão o caminho. Isto porque, por exemplo, aos olhos das normas positivas, em determinados momentos a mulher, os escravos, os deficientes dentre outros, foram considerados incapazes. Também por esta ótica, a incapacidade jurídica poderia advir de um ato de guerra ou

¹⁰⁷ Discorrendo sobre as formas de poder, ensina Bobbio que “como se pode ver, trata-se das três formas clássicas do fundamento de toda obrigação: *ex natura, ex delicto, ex contractu*.” (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 79). A fundamentação do poder é justamente a ótica utilizada para abordar a legitimidade, ou seja, o conceito aceito para fins deste trabalho parte justamente da origem do poder como ponto de partida para defini-lo legítimo ou não.

dominação, e, ainda, pelas ditaduras que retiram do povo a prerrogativa de autogoverno por eleição de representantes.

Logo, a incapacidade ou capacidade em questão não está ligada ao conceito jurídico de capacidade, ainda que em muitos momentos o conceito jurídico ocorra no mesmo sentido da vida real.

A (in) capacidade a que se refere é aquela (in) capacidade da vida real para a prática de determinados atos, legitimando as pessoas que cuidam dos incapazes a por eles dizer e manifestar vontade¹⁰⁸, desde que em interesse do incapaz¹⁰⁹. Nestes casos o fundamento da legitimidade será *ex natura*, ou seja, terá um fundamento familiar natural.

Este fenômeno pelo qual a legitimidade se transfere, ou transmuta, de originária para derivada, nada mais é do que o procedimento de legitimação, ou seja, procedimento pelo qual se confere legitimidade a uma determinada pessoa ou entidade.

Este procedimento de legitimação pode decorrer de causas naturais e sociais como a questão da incapacidade real acima mencionada, mas também em razão de mecanismos formulados e construídos pelo próprio homem e pelo direito¹¹⁰ como forma de garantir legitimidade – ainda que secundária – a determinados institutos e instituições¹¹¹.

¹⁰⁸ Neste sentido “Todos os cidadãos, nos diversos distritos, devem ter direito de dar o seu voto para escolher o representante, exceto aqueles que se encontrem em tal estado de baixa que os faça considerar como não tendo vontade própria.” MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora TecnoPrint S/A, 1985, p. 135.

¹⁰⁹ A questão do que venha a ser efetivo e autêntico interesse do incapaz e a tênue linha que o separa por vezes do interesse da pessoa que cuida do incapaz, merece atenção mais detalhada, não sendo entretanto objeto de investigação no presente estudo.

¹¹⁰ A este respeito “A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 31).

¹¹¹ A legitimidade do estado para tratar de diversas questões, e em especial para ditar regras jurídicas é o melhor exemplo deste processo.

Sustenta Luhmann¹¹² que a legitimidade, quando não evidenciada diretamente pela natureza das coisas, e portanto, quando não há consenso sobre determinada coisa, deve ao menos, ser resultante de um procedimento sobre o qual exista consenso como forma adequada de se chegar a uma decisão. Em outras palavras, se numa determinada sociedade não há consenso sobre alguma coisa, ao menos, deve haver neste grupo um consenso sobre o procedimento pelo qual (p. ex. votação) se obterá uma decisão sobre o dissenso.

Dos três procedimentos fundamentais de legitimação abordados por Luhmann – eleição política, legislação e processo judicial – interessam a este trabalho somente os dois primeiros. Para o autor, a eleição política serve como procedimento de legitimação que conta com a participação e compromisso das pessoas (seja do eleitor, seja dos candidatos) na medida em que o tem em seu resultado a incerteza – possibilidades diferentes de resultado – funcionando com o mecanismo artificial de eliminação de possibilidades¹¹³. Assim, justamente pela participação e aceitação do procedimento eleitoral como procedimento para a escolha dos representantes é que surge a legitimidade da decisão (o resultado da eleição) final que eliminou as outras possibilidades (outros possíveis candidatos que perderam).

Abordando a legislação, ou em outras palavras, o procedimento legislativo, Luhmann¹¹⁴ aponta que a legitimidade do procedimento legislativo também se dá pela criação

¹¹² “Quando a legitimidade e a verdade não se evidenciam diretamente a partir da natureza das coisas, têm de se inventar caminhos para se aproximar o mais possível delas. Se não se puder chegar a um acordo quanto a determinadas soluções de problemas, então pelo menos, tem de se chegar a um acordo quanto aos processos jurídicos mediante os quais os problemas, surgidos em cada caso, são levados a uma decisão” (LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 124).

¹¹³ “Geralmente, criam-se papéis especiais como o do eleitor, do candidato, do presidente eleitoral e das suas forças auxiliares, que são limitados nas suas possibilidades de comportamento por meio de regulamentos jurídicos e, depois, postos concretamente em ação caso a caso, por ocupação. A incerteza do resultado da eleição serve como motivo essencial para a colaboração comunicativa e compromisso. É típico ainda, pois, o impulso para a decisão e a neutralização ultra-artificial de inúmeros aspectos do processo mediante a decisão: a competência, que se relaciona com o cargo a preencher, será inequivocamente transmitida ou não, independentemente do candidato ter ganho ou perdido a eleição por uma maior ou menos margem de votos, do quanto ele se esforçou e de quão influentes sejam os seus protetores.” (LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 124).

¹¹⁴ “Com isso se afirma que não é a quantidade de poder, mas sim a sua distribuição no sistema, que pode ser alterada (que aqui não é o número de votos mas sim a sua distribuição de eleição para eleição, respectivamente de processo legislativo para processo legislativo, que se pode alterar). Esta regra efetua uma simplificação artificial da avaliação do poder, que, sob circunstâncias muito complexas (especialmente as que têm uma multiplicidade de fontes de poder) se converte na base

e eliminação de possibilidades, reduzindo a complexidade das possibilidades de decisão de um conflito (conflito no sentido de diferentes interesses e opiniões). Complementa ainda, apontando um traço diferencial em relação ao procedimento eleitoral, que no processo legislativo dentre os vários resultados possíveis – ainda que reduzidos pelo próprio procedimento – já existe de antemão uma possibilidade de se avaliar o resultado provável se a decisão for tomada apenas pelo princípio da maioria. Assim, num corpo coletivo de representantes (parlamento) já é possível identificar com razoável grau de probabilidade qual seria o conteúdo de uma decisão se fosse simplesmente utilizado o princípio da maioria (regra da maioria). Esta razoável previsibilidade faz com que os partidos e representantes efetuem concessões mútuas e recíprocas objetivando um resultado que seja aceitável pela maioria. Esta análise do autor, tem como pressuposto, entretanto, que dentre as possibilidades de resultado do procedimento não existam somente duas (aceitação ou negação da proposta legislativa) mas sim uma razoável gama de possibilidades (ainda que reduzida pelo próprio procedimento), levando assim a um jogo de concessões recíprocas.

O que se pode concluir até aqui, é que o estado como criação jurídica humana não é genuinamente legítimo para nada, até mesmo em razão da obviedade de necessitar de um elemento material humano – povo – para sua própria criação. Assim, sendo um ente artificial, objeto da criação jurídica humana, toda a legitimidade que o estado possui para as mais diversas formas e campos de atuação, é uma legitimidade adquirida por transferência do próprio povo. Mas é justamente a partir da crença nesta legitimidade que advém a autoridade eficaz e duradoura do governo¹¹⁵.

fundamental numa atuação racional. Devido a uma tal estrutura do sistema, o conflito é apresentado a longo prazo. Cada perda de poder (perda de votos) leva, *eo ipso*, a um acréscimo correspondente de poder do adversário e vice-versa. Além disso, as relações de poder são claramente quantificadas e, por isso mesmo, podem ser apreciadas. Pode, portanto, conhecer-se com antecedência e avaliar o resultado numa discussão controversa. Dificilmente há incerteza quanto ao resultado da disputa e isso permite uma cedência racional através de representantes, cedência essa que pode ser fundamentada perante o representante.” (LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 146/147).

¹¹⁵ STOPPINO, Mario. *Autoridade*. Curso de Introdução à Ciência Política. Brasília: UNB, p. 94.

Este processo de legitimação, através do qual é transferida uma legitimidade originária - que se transmutará em derivada - criará, por consequência, uma outra legitimidade originária do ente que recebe a legitimidade derivada, sem contudo confundir-se com a primária.

Mais claramente isto pode ser compreendido através da exemplificação. O povo tem uma determinada legitimidade primária para seu autogoverno, ou seja, a legitimidade originária para determinar seu governo¹¹⁶.

Esta legitimidade é transferida ao estado, sendo escolhido este estado como o governo de um determinado povo. Assim, com esta legitimação (transferência de legitimidade) o estado passa a ser detentor da legitimidade secundária de estabelecer o governo do povo, criando instituições, poderes, órgãos auxiliares, e uma série de mecanismos e instituições. Isto porque o povo não teria condições de, diretamente, estabelecer todo o seu governo. Assim, quando o estado cria partições e repartições, órgãos auxiliares, ramificações de governo, está agindo em nome e por conta do povo, exercendo a legitimidade secundária que lhe foi transmitida pelo processo de legitimação.

Por outro lado, ao receber esta legitimidade secundária, passa o estado a ter uma faculdade de criar estas subdivisões, ramificações, órgãos acima referidos, passando a deter uma legitimidade originária, típica da própria condição inerente de estado, de conduzir o governo do povo.

Esta legitimidade é configurada pela capacidade jurídica de contrair direitos e deveres com cada um dos indivíduos ao exercer o governo do povo. Surge, portanto, na capacidade jurídica da contração dos direitos e deveres, em nome próprio, e para o exercício deste governo, uma legitimidade originária do estado, que lhe é inerente, autêntica e genuína, não tendo sido transmitida por terceiros, mas sim nascida de uma transmissão de outra faculdade.

¹¹⁶ Aqui especificamente a determinação do governo que está em exemplo, e não a determinação ou escolha do governante.

Certamente, tanto a faculdade de autogoverno como a capacidade jurídica da contração dos direitos e deveres com os indivíduos estão ligadas umbilicalmente, sendo correto afirmar que não fosse a transferência (processo de legitimação) dos poderes de governo, não existiria a capacidade de contração dos direitos e deveres em nome da coletividade. Entretanto, igualmente correto é inferir que esta segunda capacidade é absolutamente genuína do estado, uma vez que não poderia ser praticada pelo povo diretamente sem a figura estatal.

Uma outra questão que vem a tona é referente a forma como a transferência da legitimidade (legitimação) pode ocorrer. Este assunto merece abordagem específica, sendo oportuno, entretanto, suscitar as possibilidades que serão enfrentadas.

Sobre este assunto, o principal objetivo tratado neste capítulo é de descobrir se a legitimação somente pode ocorrer por vontade própria, expressa e livre do legitimado originário, ou se também poderá ocorrer por inércia, aceitação, submissão do legitimado originário, como que traduzindo uma idéia de transmissão da legitimidade pela eficácia imprimida pelo (pseudo) legitimado na condução de uma faculdade que não lhe é inerente e genuína.

Em síntese, pode, por exemplo, ocorrer a legitimação de um governo não escolhido pelo povo, pela simples inércia ou submissão deste povo, de forma tal que o governo imprima pela sua eficácia na condução do povo uma determinada legitimação do processo? Esta questão da eficácia como forma de legitimação, e por de validação dos atos jurídicos é de ímpar importância para o deslinde da questão maior relativa a validade dos atos jurídicos de natureza legislativa.

Para Luhmann¹¹⁷ não é possível obter a legitimação, e porque não dizer, a própria legitimidade pela mera coação e uso da força. Segundo o autor há necessidade de que se encontre um consenso dos interesses, ainda que a maioria não possa ficar

¹¹⁷ “Normalmente a informação é concebida nos seguintes termos: nenhum sistema político se pode apoiar apenas sobre uma força física de coação, mas antes deve alcançar um consenso maior para permitir um domínio duradouro. Como também é certo que um consenso atual, baseado na coerência ‘casual’ dos interesses, não constitui apoio suficiente da soberania; os rebeldes têm de poder ser dominados em caso de necessidade. Ambos, coação e consenso, têm, portanto, de existir sob qualquer forma de relação de associação.” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 29/30).

refém da minoria na hipótese de dissenso. Mas de toda sorte, o que conclui Luhmann é que existe uma outra abordagem para o fenômeno da legitimação - que não passa somente pela manifestação da vontade expressa do transmitente - mas que foca o procedimento como forma de transmissão da legitimidade, ou ainda, como forma de legitimação.

6.4 DOS PROCEDIMENTOS DE TRANSFERÊNCIA DA LEGITIMIDADE (LEGITIMAÇÃO)

Diversos são os procedimentos para transferência de legitimidade - independentemente do universo jurídico, político ou social -, sendo o exercício declarado de vontade o mais facilmente identificado. Entretanto, mesmo no universo do poder político, também é fácil a verificação da transmissão da legitimidade através da vontade declarada. Isto ocorre, por exemplo, através da eleição de representantes que é o ponto fundamental de partida para quase todo¹¹⁸ processo de legitimação, que poderá se desdobrar em atos posteriores.

Os desdobramentos acima referidos devem ser melhor detalhados, mas não sem antes um também melhor esclarecimento da questão acima. Um processo legislativo para criação de norma jurídica tem em seu bojo - seja pela discussão da matéria em veículos de comunicação seja pelos debates em locais públicos - uma parte do processo de legitimação, uma vez que este processo permite um acompanhamento popular da matéria debatida. Entretanto, é especialmente pela outorga anterior recebida por cada um dos representantes do poder legislativo - de uma faculdade originária do próprio povo de criar suas próprias leis - que o ato é praticado, e não pelo mero acompanhamento dos debates e pela discussão pública.

O poder que cada representante do legislativo tem de aprovar uma determinada norma somente existe em razão da legitimidade originária do povo para criar suas

¹¹⁸ A exceção fica por conta dos processos em que o outorgante também participa inicialmente do processo sem a participação do outorgado, ou seja, sem a participação do representante escolhido. Isso é mais facilmente verificado no que se refere ao povo, pelo exercício da democracia semi direta, uma vez que em algumas destas modalidades, o povo vai praticar diretamente, parte do ato de governo, e portanto, no que se refere a este ato de governo específico, uma parte da legitimidade é transferida diretamente pelo povo ao ato de governo, e não através de representantes.

próprias normas, que foi parcialmente transmitida por um processo eletivo de escolha do representante legislativo.

É correto afirmar que a eleição do representante¹¹⁹ é o ponto pelo qual todos os demais atos de legitimação se desdobrarão. Aqui retorna a questão apresentada por Luhmann. Segundo o autor, a legitimação das decisões – compreendidas por ele em decisões definitivas de natureza legislativa ou judicial – decorre dos procedimentos criados pelos próprios sistemas políticos¹²⁰, legitimação esta de natureza real, baseada na igualdade de probabilidades de se obter decisões satisfatórias.

Isto porque como a legitimação do poder (e por conseqüência da decisão oriunda deste poder) pressupõe a obrigatoriedade do cumprimento da decisão, o ponto central é justamente como justificar que a decisão seja obrigatória se somente alguns indivíduos da sociedade detêm o poder de decisão (legisladores, magistrados, membros do executivo). Esta justificativa está para Luhmann justamente nos procedimentos estabelecidos socialmente, enfim, pelos procedimentos estabelecidos pelo próprio sistema social de decisão¹²¹.

Estes procedimentos seriam para Luhmann os procedimentos de obtenção das decisões judiciais, os procedimentos eleitorais e legislativos¹²². Sendo o primeiro de

¹¹⁹ Seja representante de natureza legislativa, executiva ou judiciária, pouco importando a sua natureza, mas sim o fato de ter sido escolhido pelo legitimado originário.

¹²⁰ “Se se entender a legitimação de decisões como um processo institucionalizado de aprendizado, como uma transformação estrutural permanente de expectativas que acompanha o procedimento de decisão, então não se pode indicar, com a pergunta quanto à legitimação pelo procedimento jurídico, a relação jurídica com o direito processual, nem a sua crítica político-jurídica. Se as eleições correspondem ao direito de voto, a votação plenária ao regulamento das sessões do parlamento, os registros de provas à organização dos procedimentos e se os regulamentos existentes carecem ou não de reformas de caráter jurídico, isso são outras perguntas. A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa.” (LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 35).

¹²¹ “Um procedimento não pode ser considerado como uma seqüência fixa de ações determinadas.” (LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 37).

¹²² “Nos sistemas políticos encontramos, tipicamente, complexidade determinada nos âmbitos de decisão de utilização jurídica ou que expõe um objetivo, e encontramos complexidade indeterminada, ao invés, na eleição política e na legislação. As últimas servem para reduzir a complexidade das situações políticas para que a primeira possa fazer progressos. Isto acontece graças a decisões de alistamento ou programação – até mesmo graças a eleição e à legislação que

complexidade determinada (relativamente a variante de possibilidades do resultado) e os dois últimos de complexidade indeterminada, ainda que com razoável dose de redução de possibilidades feita pelo próprio procedimento. Portanto, na abordagem de Luhmann a legitimação – no caso específico aqui tratado da atividade legislativa – é obtida pelo procedimento eleitoral (decide quem serão os legisladores) e pelo procedimento legislativo (decide quais as regras de regularão a atividade legislativa), sendo, portanto, estes próprios procedimentos capazes de conferir legitimidade ao ato legislativo.

Para Luhmann¹²³ a extensão de legitimidade das decisões – aqui importando mais as decisões dos procedimentos de eleição política e de atividade legislativa – tem maior possibilidade de se estender a longo prazo na medida em que foram mais numerosas as possibilidades durante o processo, e tanto menor a possibilidade quanto menor foram as possibilidades. O raciocínio de Luhmann remete, em especial neste trabalho, a conclusão de que justamente no procedimento legislativo feito por órgão coletivo e escolhido de forma proporcional (parlamento), maior e mais duradoura será a legitimidade, uma vez que mais complexas são as possibilidades, do que no procedimento legislativo elaborado por uma única pessoa – hipótese das medidas provisórias no Brasil – em que a gama de possibilidades fica reduzida.

Sem se referir especialmente ao procedimento eleitoral e ao procedimento legislativo, não obstante a premissa legitimadora apontada por Luhmann,

estabelecem em que traços largos quem decide e o que deve ser decidido.” (LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 46/47).

¹²³ “Este espaço de manobra da decisão pode ser usado então do seu lado para encontrar decisões que satisfaçam de tal forma os interesses, que o auxílio político seja conservado e desenvolvido. As chances de encontrara essa solução e de legitimar assim a prática da decisão a longo prazo, geralmente através do consenso, são normalmente tanto maiores, quanto maior for o número de alternativas à disposição, e tanto menores quanto menor for o número de decisões específicas tratadas antecipadamente com determinados grupos de interesses. Que tais compromissos sejam sempre reaceitos, sobretudo quando o mecanismos eleitoral, só por si, não tenha conseguido crédito político suficiente, é do conhecimento geral. Mesmo então entram em função dois limiares eficazes, que permitem, em caso de necessidade, um restabelecimento da autonomia de decisão: nomeadamente a pluralidade de partidos concorrentes, que têm de cooperar nas decisões e, portanto, não fazem promessas fixas de decisão, podendo prometer apenas uma intervenção a favor de determinados interesses e a ‘condição de crise’ implicitamente aceita, que menciona perderem tais processos a validade, quando há alterações importantes nas circunstâncias políticas ou nas crises políticas, econômicas, financeiras ou outras” (LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 150).

Campilongo¹²⁴ demonstra certa dose preocupação com este ato de legitimação, aduzindo que a projeção, escala e simbolização da legalidade estão manifestamente viciadas.

De fato é preocupante investigar a questão da legitimidade e legitimação dos atos estatais, pois é justamente sobre esta premissa que repousa toda a base da legalidade dos atos estatais no estado democrático de direito. O estado só é democrático em razão de ter seu governo exercido de forma legítima, ou seja, em consonância com os anseios da coletividade, e não apenas pautado na mera coação para obtenção da obediência das suas decisões.

Mais do que mera validade e legalidade, também é sobre a legitimidade que repousa toda a governabilidade do estado, uma vez que a legitimidade do poder político é o próprio reconhecimento pela coletividade do direito que aquele poder tem de tomar decisões válidas para toda a coletividade¹²⁵.

Voltando a questão dos desdobramentos acima deixada de lado, ou seja, o processo eleitoral como ponto de partida para toda a legitimação que se desdobra nos demais procedimentos, cumpre esclarecer alguns aspectos. O legislador, em que pese todo o procedimento legislativo (procedimentos de votação, proposição, limitação material) para elaboração das normas jurídicas, somente detem a legitimidade para legislar conferida pelo procedimento legislativo, em razão deste próprio procedimento legislativo ter sido criado por uma norma anterior (normalmente constitucional) e também em razão do próprio legislador ter sido escolhido no procedimento eleitoral (a eleição propriamente).

¹²⁴ “Daí a questão: a regra da maioria é considerada o fundamento do poder normativo monopolizado pelo estado; o estado está em transformação; então, a legitimação política pela regra da maioria também está em crise? Em outras palavras, a crise do estado é também regulatória. Isto é, um momento em que os vícios de projeção, escala e simbolização da legalidade estatal são manifestos.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 111-112).

¹²⁵ “As instituições representam o poder legítimo no sentido weberiano da palavra, isto é, o poder cujas decisões são aceitas e cumpridas na medida em que consideradas como emanadas de uma autoridade à qual se reconhece o direito de tomar decisões válidas para toda a coletividade;” (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 36/37).

Por sua vez, a legislação que determina o procedimento legislativo (constituição) também foi criada e se mantém precipuamente pela legitimidade detida pelo poder constituinte originário, que por sua vez recebeu tal legitimidade de um processo eleitoral.

Evidentemente, não se pretende aqui retornar nesta jornada de forma indefinida, até mesmo porque rupturas jurídicas (movimentos revolucionários em sentido jurídico) demonstrarão que o surgimento do estado democrático pressupõe a ascensão do poder de baixo para cima, autorizando pela escolha dos constituintes originários a criação de um novo estado.

Um outro bom exemplo desta questão do desdobramento da legitimidade está na legitimidade dos membros do judiciário nos estados em que estes não são eleitos. A questão seria indagar de onde adviria a legitimidade dos membros do judiciário para aplicar a norma abstrata ao fato concreto, sendo que a resposta seria simples. Os membros do judiciário não receberam diretamente do povo a faculdade de julgamento, ou do exercício da justiça. Mas receberam esta tarefa das próprias leis que criaram os cargos, e das leis que instituíram a forma de ingresso nestes cargos. Como as leis que criaram tais condições são leis elaboradas pelo legislador, e sendo o legislador representante direto da escolha popular, tem-se que na verdade a legitimidade do julgador (e mais propriamente da decisão por ele prolatada) advém tanto do próprio procedimento estabelecido para obtenção das decisões judiciais, mas também do desdobramento da legitimidade originária do próprio povo, que foi sendo transferida inicialmente por um processo eletivo, e posteriormente por um processo legislativo, para ao fim ser finalmente transferida pelo processo, p. ex., do concurso público instituído também por leis criadas sob o mesmo fundamento de legitimação.

O fato é que a abordagem de Luhmann para a legitimação pelo procedimento não exclui a idéia da legitimação através de desdobramentos de uma legitimidade originária, ao menos enquanto tomando por base um estado democrático onde a justificação do poder político é feita, como no caso brasileiro, de forma ascendente, ou seja, de baixo para cima. Assim todos os atos de legitimação – que nada mais

são do que atos de transferência de uma legitimidade originária – são atos que têm sua origem básica no processo eletivo.

7 DA LEGITIMIDADE DOS ATOS DE GOVERNO

No que se refere à legitimidade dos atos de governo algumas questões, aspectos e premissas devem ser abordados para perfeita identificação dos sujeitos da relação.

A legitimidade de um ato seja qual for sua natureza, e aqui não se incluem apenas os atos de governo, pressupõe sempre uma primeira identificação dos sujeitos em relação a quem será atribuída a legitimidade. Ou ainda, a legitimidade é variável de acordo com a pessoa que pratica determinado ato, podendo ser o ato legítimo quando praticado uma determinada pessoa e ilegítimo quando praticado por uma segunda pessoa.

É portanto a legitimidade sempre relativa a alguma pessoa e destinada a um determinado objeto ou ação.

Um mesmo ato pode ser legítimo ou ilegítimo em relação a uma pessoa, assim como uma pessoa pode ser legítima ou ilegítima para a prática de um determinado ato. Esta conclusão pode ser evidente e simplória, mas no fundo é a premissa para a análise da legitimidade em geral, e por vezes quando distorcida pode ser utilizada como forma de configuração de pseudolegitimidades.

Isto porque todo ser humano possui uma legitimidade inerente a sua condição de humano que lhe assegura a prática de determinados atos de forma legítima pelo simples fato desta pessoa existir e ser um ser humano. Esta modalidade de legitimidade pode ser denominada de originária ou primária, uma vez que tem sua origem na própria condição de existência do sujeito.

Por outro turno, quando determinada pessoa pratica um ato não em razão da sua própria existência, mas sim em razão de exercer um papel social, e aqui em especial, um papel social representativo do ente coletivo, esta legitimidade deixa de ser originária e passa a ser secundária.

O interessante aqui é a observação de que as legitimidades secundárias sempre serão derivadas de uma primeira legitimidade originária, sem a qual a legitimidade secundária não existiria. Por esta razão a legitimidade secundária é naturalmente derivada e dependente da originária.

Esta conclusão remeterá a uma outra questão no que toca à pseudo legitimidade de alguns atores sociais quando sua legitimidade secundária não deriva de uma legitimidade originária (primária). Em configurada esta hipótese a legitimidade secundária não existirá ou então, caso esteja equivocadamente sustentada por uma legitimidade originária, será uma pseudo legitimidade.

Este aspecto será mais bem abordado adiante, onde será possível identificar com melhor propriedade este fenômeno pelo qual a sustentada legitimidade secundária é na verdade uma pseudo legitimidade na medida em que a legitimidade originária apontada como pressuposto da secundária não é transmissível, ou então não foi transmitida para aquele determinado ato.

O fato de um poder político do estado ter legitimidade para determinado ato, em razão da escolha democrática pelo voto, não significa que este poder tem legitimidade para a prática de todos e quaisquer atos de governo.

Por uma outra direção, a existência da legitimidade ou ilegitimidade em certo e determinado momento não remete a permanência da configuração da legitimidade eternamente. Em outras palavras, a questão da legitimidade para a prática de atos de governo supõe necessariamente uma determinada validade, após a qual vencida, se torna a confirmação, ou ratificação, da legitimidade original. Com isto, não se está defendendo a possibilidade de uma legitimação posterior que tenha o poder de retroagir no tempo. Ao revés, parece-me que a legitimidade também guarda uma relação com o momento temporal, relação esta impossível de ser objeto de retroação.

O que se defende é que um ato ilegítimo (ou legítimo) num determinado momento temporal, possa passar a ser legítimo (ou ilegítimo) em outro momento temporal, sem que com isso o período de ilegitimidade (ou legitimidade) anterior seja

modificado. Não se trata de legitimação a *posteriori*, e sim de modificação da própria vontade coletiva que dá suporte à legitimidade.

Também é possível que um determinado ato de governo, inicialmente ilegítimo, passe a ter legitimidade imediatamente após sua criação ou mesmo muito tempo depois. Este fenômeno, ainda que estranho, pode ser bem compreendido ao se estudar as fontes da legitimidade dos atos de governo.

A vida social pressupõe algum tipo de transferência dos poderes ou direitos individualmente compreendidos de cada pessoa, para um segundo ente coletivo (social). Esta transferência ocorre para algumas ideologias através de um contrato (contratualismo), e em outras ideologias por atos de conquista (submissão).

Existiriam ainda outras possibilidades, aqui refutadas, no que concerne a possibilidade de direitos naturais (naturalismo hereditário e conseqüente monarquia) ou fruto de vontade divina (teocracia). Isto porque já se parte da premissa de que sendo o homem a origem e centro das questões sociais, é a própria fonte onde se encontram as razões e motivos para sua própria organização coletiva.

Assim, mesmo que as formas de organização justificadas em questões hereditárias naturais (monarquia) ou na vontade divina (teocracia) tenham existido, admite-se somente que tal existência tenha como origem a própria articulação ideológica discursiva do homem. Não se parte da premissa de que a natureza, ou alguma entidade divina, possa ter influído na organização social do homem de forma a determinar que o governo fosse exercido desta ou daquela forma. Tão somente o homem como ser individual é que, dentre muitos discursos persuasivos, assim como teorias justificadoras momentaneamente plausíveis, foi quem criou as linhas de raciocínio que justificavam a questão do poder sem a premissa do próprio homem.

O ponto de partida para a compreensão da legitimidade dos atos de governo, parte da pressuposição de que o homem é a única fonte justificadora dos mecanismos de funcionamento social.

Uma vez estabelecida a primeira premissa, é necessário registrar que mesmo a divergência doutrinária sobre a transferência dos poderes (poderes do homem como indivíduo) pelo homem individual para o ser social, ser de natureza definitiva, irrevogável e irretroatável (Hobbes¹²⁶) ou ser de forma definitiva, mas condicionada a utilização desta ou daquela forma, sob pena de serem retomados os poderes transferidos, ou ao menos retirados do governo vigente (Locke e Rousseau), perde bastante importância. E perde importância porque tendo a legitimidade a característica de ser absolutamente temporal, ou seja, de ser modificada de acordo com a modificação da vontade coletiva que se modifica conforme o momento da vida social, independentemente da possibilidade de 'retomada' do poder efetivamente, o que resta certo é que todo poder deve ser exercido de forma legítima para que seja considerado democrático, e portanto, sempre coerente com a vontade coletiva, sob pena de ilegitimidade (o que levaria a conclusão mais próxima das idéias de Locke e Rousseau).

Assim, mesmo que os poderes transferidos pelo homem individual ao ente coletivo fossem transferidos de forma definitiva e irrevogável, tais poderes seriam somente os daqueles homens que formaram este hipotético primeiro momento do contrato. É que as demais gerações subsequentes, sem terem participado do momento de transferência inicial da vida coletiva¹²⁷, somente podem participar deste processo pela constante legitimação do poder coletivo e, portanto, somente este processo contínuo e sucessivo de conferência de legitimidade é que garante a própria legitimidade da coletividade (estado) para a prática de atos em nome de todos. Aqui surge uma outra questão que se refere ao estado ser estrutura institucionalizada da

¹²⁶ Entende Bobbio que o poder do estado é também para Hobbes "por excelência um poder político, o qual, legitimado por uma específica delegação de indivíduos isolados e aterrorizados, impelidos pela necessidade a sair do estado de natureza, controla tanto o poder espiritual quanto o econômico. Mesmo sob este aspecto Hobbes pode ser considerado como o primeiro e talvez o maior teórico do Estado moderno, vale dizer, do Estado cuja formação é acompanhada pela persistente idéia do primado da política". (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 85).

¹²⁷ A este respeito Locke enfatizou que "E assim o consentimento de homens livres, nascidos sob governo, que somente os torna membros dele, sendo dado separadamente a cada um por sua vez quando atinge a maioria, e não a uma multidão em conjunto, não há quem observe e, julgando que não foi feito de modo algum ou que não é necessário, conclui sejam naturalmente súditos quando se tornam homens". in LOCKE, John. Os pensadores. "Segundo tratado sobre o governo". Tradução de Anuar Aíex e E. Jacy Monteiro. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983. p.79.

vontade coletiva. Sem dúvida o paradigma pressuposto para tanto é que se trate de um estado democrático de direito.

Também é premissa a impossibilidade de que uma geração anterior efetue a transferência de poderes em nome e de propriedade da geração posterior sendo, portanto pressuposto a impossibilidade de que a geração anterior possa limitar a geração posterior¹²⁸, sob pena de que o próprio princípio majoritário perdesse sua força e razão de existir, uma vez que estaria subjugada a maioria futura por uma maioria passada. Também aponta Campilongo¹²⁹, sem aceitar esta hipotética limitação, que uma das características intrínsecas da regra da maioria que é a alternância de maiorias e minorias – uma determinada posição majoritária pode se transformar em minoritária com o passar do tempo – seria perdida, sendo tal hipótese contrária a própria essência da democracia¹³⁰.

É que, segundo Campilongo¹³¹, “a legitimação pelo procedimento majoritário é sempre parcial, no espaço e no tempo”, argumentando ainda que “se fosse lícito à maioria criar situações imutáveis, que vetassem às futuras maiorias decidir de modo diferente, o princípio estaria perdendo algumas de suas principais qualidades”.

As qualidades referidas pelo autor dizem respeito justamente à: a) possibilidade de alternância entre as maiorias e minorias; b) à garantia da liberdade das futuras gerações; c) à paridade de direitos e, portanto, igualdade de participação entre a

¹²⁸ Ainda que a limitação do ponto de vista prático não seja fácil, ela é possível de ser tentada através do enrijecimento do sistema jurídico, dificultando a modificação do ordenamento como um todo. Também pode ser feita pela consecução física de determinados atos, que por sua natureza físico-fática não permitem o retorno ao *status quo ante* (apenas a título de exemplo a demolição de um edifício público é ato impossível de ser desfeito).

¹²⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 50.

¹³⁰ Neste sentido Bobbio ao criticar a teoria das elites acaba concordando com a idéia da alternância de poder dos grupos, ainda que neste aspecto de forma negativa, asseverando que “como teoria realista da política, ela mantém firme a tese segundo a qual o poder pertence sempre a uma minoria e a única diferença entre um regime e outro está na presença de minorias em competição entre si. Ideologicamente, nascida como reação contra o advento temido da sociedade de massa e portanto não só contra a democracia substancial mas também contra a democracia formal, a sua principal função histórica mais do que esgotada foi a de denunciar, de vez em quando, as sempre renascentes ilusões de uma democracia integral.” (BOBBIO, Norberto. Teoria das elites. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, bloco 1, p. 15).

¹³¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 50.

maioria de hoje e a de amanhã; d) a garantia do direito das minorias tornarem-se maiorias.

Sendo difícil a limitação jurídica da geração futura, a geração presente até pode tentar direcionar a geração futura. Criando regras jurídicas mais rígidas no que concerne a modificação, e disseminando determinada ideologia com o fito de perpetuar suas crenças, inclusive no que concerne ao sistema jurídico e à organização da sociedade.

Evidentemente, a igualdade dos homens não se refere às condições físicas ou intelectuais, que certamente terão considerável variação quantitativa e qualitativa na observação antropológica do ser humano. A igualdade é relativa à existência como ser individual. Todo homem que existiu ou que irá existir é potencialmente igual ao seu semelhante em sua geração, mas também de gerações passadas e futuras, não sendo razoável se presumir que este ou aquele ser, desta ou daquela geração tivesse algum diferencial natural que lhe garantisse maior importância como ser componente da coletividade.

Certamente alguns sustentarão a importância deste ou daquele homem histórico, presente ou passado, de importância ímpar para a coletividade, em detrimento daqueles outros homens sequer registrados ou datados, que possivelmente não constam sequer em dados estatísticos atuais e que não têm ou terão registros históricos. Mas isto é um outro assunto. Este homem de maior relevância histórica não o é por sua condição humana, e sim pelo papel social que ocupa e interpreta, em suma tem uma desigualdade artificial ou política¹³².

O grande líder, comandante, pensador, filósofo que merece registro histórico não é mais ou menos humano que seus demais pares, podendo quando muito ser mais ou menos habilitado à prática de atos sociais importantes.

A condição do ser individual, para ser aceito como parte do ser coletivo, é apenas a de ser este indivíduo um ser humano. Portanto, a capacidade de ser um humano,

¹³² ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, p. 121.

não podendo ser maior ou menor neste ou naquele indivíduo, impede que se possa aceitar qualquer diferenciação entre os pares do corpo social. A premissa estabelecida é relativa a igualdade dos humanos no que se refere ao ente coletivo. Igualdade esta quer numa mesma geração de pares, quer em gerações passadas ou futuras, podendo ser comparado o ser humano entre as várias gerações e sempre se obtendo o mesmo resultado, ou seja, a plena igualdade do ser como um humano.

Asseverando por ocasião da elaboração da constituição de 1998, o caráter polêmico da regra da maioria, José Eduardo Faria explica que “de todas as idéias, uma que certamente será objeto de grande polêmica na reordenação institucional do país diz respeito a regra da maioria como condição legitimadora do processo constituinte.”¹³³

¹³³ FARIA, José Eduardo. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1985 p. 62

8 DA EFICÁCIA

Sem pretender exaurir o tema da eficácia e para que não se desvie demasiadamente do foco central da legitimidade, adota-se como pressuposto que a eficácia vem a ser a característica ou capacidade de uma determinada norma jurídica em produzir efeitos no mundo dos fatos.

Esta capacidade pode decorrer do simples cumprimento da norma jurídica pelos destinatários da norma, como de fato soe ocorrer à grande maioria dos homens, mas também por atos de coerção do estado, que ante a resistência do destinatário, ou do grupo de destinatários, faz cumprir o preceito legal até mesmo por atos de força. A esta capacidade do estado denomina-se poder político, ou seja, o poder pela via coativa. É portanto o poder político àquele poder¹³⁴ que numa relação entre duas pessoas (estado e indivíduo) o primeiro obtém uma determinada conduta do segundo pelo uso, ou pela possibilidade de uso, da força como bem aponta Bobbio¹³⁵.

Partindo deste pressuposto, o que interessa ao presente estudo é averiguar se a legitimidade das normas jurídicas pode também ser conferida por uma posterior eficácia da norma jurídica? Em outras palavras, se uma determinada norma jurídica inicialmente sem identificação com a vontade coletiva, pode adquirir esta identificação (legitimação) com o curso do tempo pela própria eficácia da norma?

Ao abordar a questão da validade das normas jurídicas e da eficácia delas, Kelsen¹³⁶, que é reconhecido como um dos maiores positivistas, também não

¹³⁴ “por ‘poder’ deve se entender uma relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria.” (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 78).

¹³⁵ “Além do mais, definir o poder político como o poder cujo meio específico é a força serve para fazer entender porque é que ele sempre foi considerado como o sumo poder, isto é, o poder cuja posse distingue em toda sociedade o grupo dominante.” (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 83).

¹³⁶ “Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento de validade. Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma constituição efetivamente posta,

acreditava que a eficácia por si poderia conferir à norma jurídica validade, mas sim que em última instância a eficácia poderia funcionar como critério de aferição da validade da norma jurídica, pois se determinada norma jurídica carecesse de um mínimo de eficácia, careceria automaticamente de validade¹³⁷. Mas de uma forma geral, para Kelsen o fundamento de validade das normas jurídicas está na norma antecedente que autoriza e legitima a norma posterior, e assim seria justamente a norma fundamental que dá origem ao ordenamento jurídico.

Assim, apesar da norma fundamental ser absolutamente distinta da idéia do contrato social, há nestas duas doutrinas um ponto comum relativo à irradiação da legitimidade das normas a partir de um ponto comum (norma hipotética fundamental ou contrato social). Em que pese esta observação não permita maior aproximação entre estas doutrinas (além da exclusão de uma divindade como ponto de partida), é inegável que ambas têm como pressuposto fundante do poder (fundamentação do poder) uma forma capaz de irradiar nas normas jurídicas subseqüentes certa dose de legitimidade.

Assim, um dos pressupostos de validade da norma jurídica seria, além da legalidade, a legitimidade na sua constituição (quer pelo contrato social quer pela norma hipotética fundamental). Como os atos de governo são, a rigor, atos que acarretam determinada dose de efeitos na esfera jurídica da relação do estado, não é demais concluir que muito embora as linhas de pensamento de Kelsen e Rousseau sejam diferentes, a conclusão relativa aos requisitos de validade dos atos de governo e, em especial, dos atos de governo de natureza legislativa, encontram apoio também na legitimidade.

globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta constituição e globalmente eficazes". (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. 3 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 236).

¹³⁷ "A afirmação de que uma norma é válida e a afirmação de que é eficaz são, é verdade, duas afirmações diferentes. Mas, apesar de validade e eficácia serem dois conceitos inteiramente diversos, existe, contudo, uma relação muito importante entre os dois. Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; uma condição, não a razão da validade. Uma norma não é válida porque é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é, como um todo, eficaz." KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3 ed. 2 tir. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 58

Este raciocínio certamente não será válido nos estados em que o regime de governo seja anti democrático, mas deverá ser observado com o maior rigor possível nos estados democráticos de direito, tanto quanto estes estados desejem caminhar em aproximação ao aperfeiçoamento de sua democracia.

Seria então possível que a eficácia de uma norma jurídica funcionasse como uma legitimação posterior ao ato, na medida em que o corpo coletivo cumprisse a norma jurídica (eficácia). Dallari¹³⁸ parece aceitar, ao menos parcialmente, esta proposição.

Também Rousseau¹³⁹ acreditava, sem explicitar até que ponto, na possibilidade de uma legitimação posterior da norma jurídica, desde que o soberano corpo político não se opusesse ao comando, concluindo que o silêncio nesta hipótese significaria um consentimento do povo.

Antes de qualquer coisa é preciso voltar à questão de como se dá a eficácia da norma jurídica. A eficácia pode advir do cumprimento espontâneo da norma jurídica pelo corpo coletivo, mas também pela coerção estatal exclusivamente. Também pode, como de fato é mais comum, adquirir eficácia pelas duas formas ao mesmo tempo, configurando-se tal hipótese quando uma parcela da coletividade cumpre espontaneamente a norma e outra parcela é coagida a fazê-lo pelo estado.

Evidentemente, pela própria idéia de democracia como uma forma de governo do povo, onde o próprio povo é soberano, a idéia de uma legitimação por um processo coercitivo em nada se amolda. Ao revés, mostra-se anti democrática, senão tirânica.

¹³⁸ “Mais recentemente, inúmeros autores, entre os quais avulta a figura de GEORGES BURDEAU, vêm sustentando que, muito mais do que a origem, interessa verificar a atuação do poder, para se aquilatar de sua legitimidade. Rejeitando a colocação feita por MAX WEBER, diz BURDEAU que o poder não é uma força providencial surgida no meio do grupo, mas é uma encarnação do próprio grupo, pois resume suas aspirações. A coletividade deve reconhecer seus liames com o poder, manifestando o seu consentimento. É indispensável, para que se reconheça e se mantenha a legitimidade, que haja convergência das aspirações do grupo e dos objetivos do poder. Em conclusão: poder legítimo é o poder consentido. O governante, que utiliza a força a serviço do poder, deve estar sempre atento a essa necessidade de permanente consentimento, pois se assim não for o governo se torna totalitário, substituindo a vontade dos governados pela dos próprios governantes.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 37-38).

¹³⁹ “Isso não quer dizer que não se possam as ordens dos chefes ser consideradas vontades gerais, desde que o soberano, livre para tanto, não se oponha. Em tal caso, pelo silêncio universal deve-se presumir o consentimento do povo.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*: Coleção “Os pensadores”. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 44).

O estado democrático de direito, pressuposto do presente estudo, tem como fundamento a soberania da coletividade na decisão de seus rumos. Se a norma jurídica é produzida à revelia da legitimidade coletiva (identificação com a vontade coletiva) e somente se mostra eficaz pela coerção estatal, não há outra conclusão senão a de que nesta hipótese a norma jurídica não goza de legitimidade, e tanto quanto mais democrático for este estado, mais próxima da ilegalidade por falta de validade estará esta norma.

Por outro turno, se uma determinada norma é elaborada sem o apoio e consonância da vontade coletiva, mas depois de elaborada ganha adesão da coletividade, seja porque até então a coletividade não havia sequer cogitado a possibilidade daquele comando normativo, seja porque até aquele momento não havia identificado as vantagens para o corpo coletivo que o comando traria. Então, em nada se contrapõe ao estado democrático de direito a que se repute a norma válida, decorrendo sua legitimidade de uma aceitação posterior pela coletividade através do cumprimento espontâneo. Uma forma de legitimação tácita por adesão.

Mas, estas formulações – no sentido de cumprimento espontâneo da norma - em quase nada adiantam para se concluir se estas normas jurídicas criadas sem a legitimidade inicial poderiam receber uma legitimidade posterior conferida pela identificação da vontade da norma jurídica com a vontade coletiva. Isto por uma simples razão acima abordada. Na prática a maioria, senão a totalidade, das normas tem alguma margem de cumprimento espontâneo por aceitação de parte da sociedade e uma outra margem de cumprimento não espontâneo, fruto da coerção estatal.

O reverso por sua vez é mais fácil. A identificação da perda de legitimidade – norma inicialmente legítima porque representativa da vontade coletivo - de uma norma de forma posterior, assim como a falta de legitimidade desde a sua formulação, podem ser aferidas pela total ou generalizada falta de eficácia. Em outras palavras, uma norma que perde sua eficácia com o tempo, ou que desde seu ‘nascimento’ já não a tem, é por evidência uma norma sem legitimidade. Isto porque, se houvesse legitimidade, seria a norma cumprida espontaneamente. Mas com isso não se presume, por exemplo, ser fácil a identificação deste fenômeno na prática. A

hipótese do adultério no Brasil talvez seja um exemplo. Conquanto não tenham os casamentos admitido o adultério como regra geral, não pode (ou estaria em vias de não se poder) reconhecer na regra de natureza penal um mínimo de legitimidade.

Assim, a identificação desta legitimidade posterior é tarefa difícil e ingrata, sendo possível por ora apenas retirar duas conclusões: a) tanto quanto mais for espontâneo o cumprimento da norma jurídica, maior será sua legitimidade, e tanto quanto mais for coercitivo o cumprimento da norma jurídica, menor será sua legitimidade; b) tanto quanto mais normas jurídicas que tenham de buscar sustentação posterior na eficácia tiver um estado, tanto quanto mais estará este estado longe de ser caracterizado como democrático, uma vez que na essência do estado democrático a atividade legislativa tem como pressuposto a vontade coletiva. Para encerrar a abordagem da eficácia, dois outros pontos merecem registro. O primeiro no sentido de que não se pode, *a priori*, pelos fundamentos expostos, aceitar ou rejeitar a eficácia como fonte de legitimação. Por esta razão, o processo de legitimação das normas jurídicas deve ser focado no processo de elaboração legislativa, e não no processo de cumprimento da norma legal (eficácia).

A segunda questão diz respeito a um possível argumento em favor da eficácia como forma de legitimação independentemente de ser obtida pela coerção. Durante a elaboração deste estudo, chegou-se a ventilar a possibilidade de ser a eficácia aceita como forma de legitimação, mesmo na hipótese obtenção pela coerção, tomando-se como argumento o direito de resistência e insurgência por parte dos indivíduos em singularidade ou do próprio corpo coletivo.

Sem dúvida, quando a norma jurídica vai contra a vontade coletiva há que se reconhecer, a luz dos primados da democracia, que resta à coletividade o direito a resistir contra a coerção estatal, e porque não, insurgir contra o governo (ou governantes) deste estado.

Mas esta observação de aparente utilidade para a questão da eficácia, em nada se presta para resolver o problema da legitimidade. Não é em razão do direito a resistência, de difícil consecução seja pelo poder do estado, seja pela grandiosidade da orquestração necessária para que toda a coletividade se insurja, que se poderá

presumir ser a falta de insurgência uma forma de aceitação tácita. O que leva a insurgência não é unicamente a dissonância entre a vontade coletiva e os atos praticados no governo do estado, mas sim a gravidade e repercussão destes atos dissonantes na vida diária da coletividade.

9 DO ATO DE GOVERNO DE NATUREZA LEGISLATIVA

9.1 DOS ATOS DE GOVERNO

O ato de governo é ato praticado pelo governo de um determinado estado que tenha natureza e repercussão jurídica. Evidentemente, ainda que um ato de governo também tenha natureza política e, certamente muitos tem esta natureza, somente podem ser considerados atos de governo aqueles que tocam por alguma forma o universo jurídico do ordenamento de um estado.

É que o estado como personificação da coletividade somente se manifesta com alguma dose de efetividade se o ato praticado repercutir na esfera jurídica.

Hipoteticamente, se um determinado governo praticar um ato que tenha natureza estritamente política (p.ex. declarar que abomina o terrorismo, fazer greve de fome, se recusar a receber uma homenagem ou presente, etc.), sem que com isso por qualquer forma o universo jurídico, este ato não pode ser considerado um ato de governo, uma vez que a própria definição de governo pressupõe a prática de atos que tenham repercussão no mundo real.

Esta idéia pode ser deduzida da própria noção do estado como ente personificador da coletividade através de um ordenamento jurídico que cria o estado e é criado pelo próprio estado, tal e qual dois lados de uma mesma moeda, onde a existência de um dos lados pressupõe a existência do outro. Assim está o estado para o ordenamento jurídico e o mesmo no sentido oposto.

A relação entre este estado e o povo como ente coletivo, também pode ser emocional, também pode ter um cunho filosófico, ideológico e até religioso, mas é antes de tudo uma relação jurídica, que transforma a coletividade em povo¹⁴⁰, ou seja, um conjunto de pessoas que guarda uma relação jurídica de direitos e deveres para com um estado, e entre si.

¹⁴⁰ Neste sentido: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 81-84.

É, pois, justamente na relação jurídica que repousa a ligação entre o povo e o estado, e é especificamente por ela que o estado exerce os atos de governo em nome da coletividade. Pressupondo que este estado seja democrático, este exercício dos atos de governo ocorrerá de forma legítima, ou seja, com apoio político do povo, mas sempre com repercussão jurídica, sob pena de não se configurar um ato de governo.

Não que os atos de governo – natureza jurídica – deixem de ter também um cunho ou faceta política. A bem da verdade, em maior ou menor grau todo ato de governo com sua natureza jurídica encerra também uma faceta política. Entretanto, não é a faceta política, ainda que intrinsecamente ligada ao ato de governo, que confere ao ato praticado a característica de ser de governo. É pois justamente o contrário. O fato de um determinado ato, praticado pelo estado, ter repercussão na esfera jurídica, independentemente de também o ter na esfera política, que lhe confere a característica de ser de governo. Portanto, o ato de governo por este prisma fica reduzido a um ato jurídico, que poderá ou não ter conotação política.

Finalmente, com esta distinção e estabelecimento de uma natureza jurídica para o ato ser considerado de governo, não se quer contudo defender que todos os atos do estado são meramente jurídicos. Nesta questão o melhor entendimento está com Miguel Reale¹⁴¹, ao propor a idéia dos graus de juridicidade do poder do estado. De fato o poder do estado esbarra sempre em uma qualificação jurídica, sem que perca também uma parcela substancial de natureza política. Logo, o poder do estado tanto é jurídico quanto político, em maior ou menor grau, mas somente será considerado um ato de governo aquele ato que contiver necessariamente uma repercussão na esfera jurídica da relação entre o estado e a coletividade.

Feita esta ressalva inicial, convém detalhar que os atos de governo, sendo de natureza jurídica, podem ser denominados atos jurisdicionais. Como já abordado anteriormente, a atividade jurisdicional – dizer o direito – é praticada tanto pelos atos que dizem o direito através da criação de normas jurídicas abstratas, que dizem o

¹⁴¹ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 2 ed. São Paulo: Martins, 1990, p. 106-107.

direito através da execução destas normas jurídicas, e que também dizem o direito através do julgamento de questões e casos conforme as normas jurídicas inicialmente criadas.

Assim, os atos de governo serão todos os atos que, praticados em nome e com autorização (legitimidade) da coletividade, encerram alguma atividade jurisdicional de natureza legislativa, executiva o judicial.

9.2 DOS ATOS DE GOVERNO DE NATUREZA LEGISLATIVA

Sem interesse em criar celeuma ou comparações maculadas por eventuais paixões ou mesmo corporativismo, uma das premissas do presente estudo é que de todos os atos de governo estatais existentes o mais importante é o de natureza legislativa. Esta afirmativa merece uma explicação, e resulta especificamente da origem de todos os atos de governo.

Porém, antes da abordagem da origem dos atos de governo, é necessário ressaltar que isto não significa que dentre os três poderes do estado – legislativo, executivo e judiciário – o poder legislativo seria o principal deles. Ao revés, seria possível até se concluir seja o poder judiciário o mais necessário, na medida em que a este incumbe a tarefa última de guardião da correta aplicação das normas legais.

Entretanto, na essência da atividade legislativa é que surgem as regras pela quais as atividades judiciais e executivas se pautarão ao serem praticadas. Logo, os vícios e virtudes da atividade legislativa, reverberam de forma positiva ou negativa para as outras atividades. Isto fica evidente quando se investiga a legitimidade da norma legislativa que cria, organiza e estrutura a atividade judicial. Carecendo esta norma legislativa de legitimidade do ser coletivo, certamente também será carecedora toda a atividade judicial da legitimidade do mesmo ser coletivo. O caminho oposto também segue o mesmo raciocínio, ou seja, sendo legítima a norma, também será legítima a atividade judicial.

Da mesma forma também entendeu Rousseau¹⁴², ao afirmar que “o Legislador, sob todos os aspectos, é um homem extraordinário no estado. Se o deve ser pelo gênio, não o será menos pelo ofício. Este não é magistratura, nem é soberania.”¹⁴³

Já no que se refere a variação de importância dos poderes do estado, e não da atividade – legislativa, judicial e executiva – a questão ganha alguma diferenciação de estado para estado, havendo sistemas normativos que dão maior enfoque em determinado poder e um outro estado em outro poder¹⁴⁴.

Entretanto, independentemente do poder em questão, a atividade legislativa em si é que ganha maior relevo por ser justamente a atividade que permitirá, regulará e limitará positivamente, até mesmo a realização de atos de natureza executiva e judiciária, assim como dos próprios atos de natureza legislativa. Neste sentido, convém apontar como demonstração da afirmativa que se faz, que até mesmo a interpretação autêntica, não deixa de ser um mecanismo pelo qual a atividade legislativa impõe à atividade judicial uma determinada interpretação.

Em síntese, servirão os atos legislativos como guia para que todos os demais atos de governo estatais possam ser praticados com permissão e de acordo com o ordenamento jurídico como um todo.

Ainda que esta conclusão *a priori* tenha algo de paradoxal, na medida em que os atos de natureza legislativa terão a capacidade de regular até mesmo os limites de criação de novos atos de natureza legislativa, em uma análise mais acurada não há

¹⁴² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Coleção “Os pensadores”. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 57.

¹⁴³ A mesma importância conferiu Lourival Gomes Machado ao incluir uma nota na obra de Rousseau, aduzindo que “se o legislador não é um ser mais poderoso que os outros, por isso mesmo nem terá poderes sobre eles, nem sua ação se compreenderá na existência comum da república, sendo anterior e superior a ela, e, sobretudo, uma ação particular. O legislador que passasse a governar seria o pior dos déspotas, pois os déspotas, afinal, não começam por arrogar-se as atribuições de legislador?”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Coleção “Os pensadores”. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 57).

¹⁴⁴ A análise do sistema constitucional Francês, Inglês, Norte Americano e brasileiro, permite sem maiores censuras, a idéia de que nos dois primeiros o legislativo é o poder privilegiado, no segundo o judiciário é o mais poderoso, e no quarto exemplo, também permite concluir que muito embora seja o judiciário guardião da constituição, por diversas interpretações do próprio judiciário que não se permite maiores intervenções de natureza legislativa como no caso do mandado de injunção, mas também em função da permissão para que o executivo pratique atos de natureza legislativa, que na verdade é o executivo o poder privilegiado em força.

qualquer aspecto paradoxal, pois normalmente há um limite para esta atividade legislativa que não permite seja modificada a competência e capacidade dos atos legislativos, funcionando como um mecanismo de autoregulação, ou ainda, como mecanismo de freios e contra-pesos.

Discorrendo sobre a separação dos poderes no estado contemporâneo, Clèmerson Merlin Clève¹⁴⁵ aponta no sentido de que o modelo de freios e contrapesos formulado por Montesquieu, ainda que brilhante, foi idealizado para uma sociedade específica, datada e, portanto, com tecido social diferente da sociedade atual. Defende ainda, o mesmo autor, que o modelo contemporâneo de estado, para fazer frente aos anseios sociais, necessita aparelhar o executivo com instrumentos¹⁴⁶ para dar resposta aos anseios, sendo necessário que se identifiquem e formulem novos mecanismos de controle desta atividade pelo executivo.

Não parece ser definitiva a conclusão de que os pensamentos de Montesquieu sejam datados de tal forma que sejam imprestáveis à realidade contemporânea. Em todo caso, ainda assim tanto os pensamentos como o autor são datados, e por si não podem justificar a separação dos poderes, pois elaborados em outra época e momento.

Mas ainda que não suficiente a tanto, a leitura da clássica obra de Montesquieu retrata, especialmente no que se refere a separação dos poderes, que ainda não é dispensável para a compreensão do atual quadro contemporâneo dos estados. É peculiar a afirmativa do pensador no sentido de que “quando numa só pessoa, ou num mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo se acha reunido ao poder executivo, não poderá existir a liberdade...”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 43-44.

¹⁴⁶ Especificamente instrumentos de natureza legislativa, anotando o autor que a velocidade de complexidade de anseios sociais não consegue obter resposta satisfatória do legislativo, sendo tendência do estado constitucional Contemporâneo a transferência de parte da atividade legislativa para o executivo.

¹⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S/A, 1985, p.133.

Resume Nicola Matteuci, fazendo referência a impropriedade de se tomar o dogma da separação dos poderes como formulado no século XVII¹⁴⁸, conclui que melhor analisando a obra de Montesquieu há necessidade não somente de separação dos poderes, mas também de a divisão do poder legislativo, balanceando todo o governo num sistema de freios e contrapesos. Mas no final, indaga sobre a necessidade de se separar os poderes se com o advento da democracia a idéia preponderante é de que todo o poder emana do povo.

Prosseguindo em sua investigação, Nicola Matteuci aborda a teoria de Kant no sentido de que os poderes “hão de ser autônomos e independentes em sua própria esfera”, sendo por tal razão necessariamente exercidos por pessoas distintas. Mas mesmo nesta linha de pensamento, o modelo da separação dos poderes somente ganhou relevo no presidencialismo, mais especificamente após o surgimento das repúblicas democráticas na América. Resume portanto seu pensamento no sentido de que a teoria da separação dos poderes tem pouca justificativa nos sistemas parlamentaristas, sendo mais funcional nos sistemas presidencialistas.

Esta ordem de pensamento ainda é atual e baseada na lógica de que o executor das leis que legisla, tem tendência a criar as normas sob sua ótica, logo em favor próprio, e muitas vezes em detrimento do próprio povo.

De toda sorte, mesmo que com mecanismos e instrumentos diferentes, parece que a idéia básica de Rousseau, no sentido de que as proposições de natureza legislativa necessitam de um mínimo de consentimento (processo de legitimação) dos seus destinatários (povo) ainda é válida¹⁴⁹, uma vez que o pressuposto do estado

¹⁴⁸ MATTEUCI, Nicola. *Constitucionalismo*. Dicionário de Política. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo: UnB. 2004, p. 248 -258.

¹⁴⁹ “Quando Licurgo deu leis à sua pátria, começou por abdicar a sua realza. Era costume da maioria das cidades gregas confiar o estabelecimento de suas leis a estrangeiros. As repúblicas modernas da Itália imitaram, freqüentemente, esse uso; a de Genebra assim o fez e deu-se bem. Roma, na época mais bela, viu renascer em seu seio todos os crimes da tirania e esteve em vias de perecer por haver reunido nas mesmas cabeças a autoridade legislativa e o poder soberano. Os próprios decênviros, no entanto, nunca se arrogaram o direito de ditar uma lei fundada somente na sua autoridade. ‘Nada do que vos propomos’ diziam ao povo, ‘poderá transformar-se em lei sem o vosso consentimento. Romanos, sede vós mesmos os autores das leis que devem fazer vossa felicidade”’. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Coleção “Os pensadores”. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 58).

democrático de direito traz consigo a necessidade de uma dose significativa de legitimidade dos atos legislativos em relação ao povo.

Em outras palavras, seja por atos legislativos praticados pelo próprio poder legislativo, ou por outro poder exercendo a atividade legislativa, haverá ainda assim a necessidade de um mínimo de legitimidade imposta pela natureza do estado democrático de direito, ou seja, um estado que além de estar pautado e limitado por um ordenamento jurídico, também sofre uma irradiação da democracia que deverá pautar todos os elementos constitutivos do estado. Como bem ensina José Afonso da Silva¹⁵⁰, “o democrático qualifica o estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos¹⁵¹ do estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”.

A síntese da questão se põe tanto para o ato de governo independente de sua natureza, como também sobre o ato de governo de natureza legislativa. Se tratando o estado em sua formação, como democrático, há necessariamente que se reconhecer a origem do poder soberano na figura do ente coletivo que lhe dá vida (povo), reconhecendo esta coletividade como soberana.

Este reconhecimento, por sua vez, importa em reconhecer que sendo a atividade legislativa uma atividade de governo, e sendo o estado democrático, ao exercer a atividade legislativa por qualquer dos poderes, o estado estará exercendo em nome do ser coletivo¹⁵² e, portanto, deve guardar proximidade com os anseios coletivos ao criar e modificar leis, sob pena de não restar configurada a necessária legitimidade.

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 120.

¹⁵¹ Fazendo menção expressa a propriedade do poder legislativo do povo, e a forma como deve ser conduzido sob pena de ser injusta a lei, Kant assevera que “O poder legislativo somente pode pertencer à vontade coletiva do povo. E, visto que dele deve proceder todo direito, não deve absolutamente poder causar injustiça a ninguém por suas leis. Ora, se alguém ordena algo contra outro, é sempre possível que lhe faça injustiça; porém, nunca no que decreta para si mesmo (porque *volenti non fit injuria*). Por conseguinte, a vontade concordante e conjunta de todos, enquanto cada um decide para todos e todos para cada um, isto é, a vontade coletiva do povo, pode unicamente ser legisladora.” KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 152/153.

¹⁵² Este aspecto do estado democrático de direito tendo necessariamente a legitimidade para a prática de atos de governo será abordado mais especificamente adiante.

A conclusão deste tópico remete a simples, mas absolutamente relevante, conclusão de que no estado democrático de direito a atividade legislativa deve ser sempre exercida com legitimidade em relação à coletividade (povo). A forma como esta legitimidade se dará, ou ainda, o processo de legitimação específico para a atividade legislativa deverá ser abordado especificamente.

10 O ESTADO COMO REPRESENTAÇÃO DA VONTADE COLETIVA

10.1 DO ESTADO CONSTITUCIONAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estado constitucional (de direito) visto como aquele onde o estado está submisso e limitado por um ordenamento jurídico, submetendo o poder ao direito, é uma criação moderna do homem, sendo conquista de lutas de forças sociais nos séculos XVI, XVII e XVIII¹⁵³.

A criação deste estado constitucional (de direito) teve toda sua estrutura filosófica e ideológica erguida na esteira do liberalismo, e por força de tal forma de pensar trouxe inicialmente para o estado constitucional uma série de características que não lhe eram inerentes, ou natas, e que portanto ainda que surgidas junto com a criação do estado constitucional lhe eram artificiais.

Este foco de pensamento liberal de onde surge o estado constitucional¹⁵⁴ tinha como idéia a valoração do indivíduo singularmente, sendo portanto mínima a transmissão de legitimidade de cada indivíduo para o estado. Desta forma o poder político transmitido ao estado deveria ser exercido pela forma mínima, ou seja, garantindo de forma negativa as liberdades individuais que naquela época poderiam ser reduzidas à idéia máxima da liberdade – em especial liberdade de mercado.

Paulatinamente, o modelo de estado constitucional visto como um estado de submissão do poder ao direito (estado de direito), mas também, interpretado como um estado onde o poder é dividido, as liberdades individuais preservadas e,

¹⁵³ Ainda que a primeira idéia de uma norma jurídica, capaz de limitar o poder do soberano, tenha surgido em 1215 através da Carta Magna do Rei João 'sem terra', aceita-se para fins do presente trabalho, que o referido diploma não tinha a capacidade de configurar propriamente uma constituição, uma vez que as limitações estabelecidas na Carta Magna tinham natureza eminentemente tributária não protegendo sequer um núcleo mínimo de direitos individuais de cada cidadão.

¹⁵⁴ A respeito do surgimento do estado constitucional fundamentado no liberalismo, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 34-44.

fundamentalmente, onde não há intromissão do estado nos negócios privados, vai perdendo estas últimas características eminentemente fruto do pensamento liberal, para ganhar contornos mais flexíveis.

Inicialmente, a função e o poder do estado, idealizado pelo pensamento liberal, tinham como foco principal a manutenção da ordem interna e a condução da política exterior, sem contudo se imiscuir nas relações privadas, sob pena de lhes ferir as liberdades individuais. Tinha assim, como bem aponta José Afonso da Silva¹⁵⁵, três características básicas: a) a submissão do império à lei; b) a divisão de poderes; c) a garantia dos direitos individuais. Estas características podem ser encontradas de forma positivada na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, que serviu de fonte inspiradora para textos similares em vários países da América Latina e Europa.

Diversas derivações do estado constitucional (de direito) foram criadas, com maior ou menor distorção da idéia inicial, conforme o significado que se dava a palavra direito, variando desde o estado Legal, ao estado de Justiça, podendo estas formulações formais que não indicam materialmente o conteúdo deste direito descambar para o estado feudal, estado facista e assim por diante, na medida em que estas formulações também implicam em um determinado direito, ainda que não limitador da atividade estatal.

É por este motivo que o termo utilizado preferencialmente para denominar o estado de direito criado nas raízes do liberalismo vem sendo estado constitucional, adotando ainda como premissa a idéia da adjetivação 'constitucional', não como um estado que possui uma constituição formal, mas sim aquele estado que está submisso e se pauta nas relações com seu povo, por um ordenamento jurídico que lhe restringe os poderes e garante proteção mínima aos indivíduos sociais¹⁵⁶. São, de toda forma, meras distorções, não desqualificando o avanço trazido pelas idéias

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 113-114.

¹⁵⁶ Neste sentido Bobbio ao abordar a questão do "estado de direito" assim registrou, "do estado que tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao direito, do nível mais alto, através daquele processo de legalização de toda ação de governo que tem sido chamado, desde a primeira constituição escrita da idade moderna, de 'constitucionalismo'" (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 156).

liberais que efetivamente limitaram através de um ordenamento jurídico – mas comumente por uma constituição formal – o poder estatal, trazendo grande avanço social e político para a humanidade, pelo estado constitucional, que também foi denominado de estado Liberal de direito¹⁵⁷.

Partindo do estado constitucional típico e original do pensamento liberal, o curso da organização política do homem baseada no individualismo e na idéia de uma liberdade exacerbada vai perdendo espaço para um estado Social de direito, e posteriormente para a mais moderna concepção do estado democrático de direito.

Esta passagem decorre justamente da amplitude e exacerbação das liberdades individuais, que sem nenhum tipo de intervenção e controle estatal, propiciaram campo fértil para o aprofundamento de desigualdades sociais já existentes.

A este respeito, bem traduz a idéia já abordada no sentido de que quanto maior a liberdade e maior a desigualdade inicial, maior será a desigualdade produzida pela liberdade, de forma tal que num ciclo vicioso perde-se tanto a igualdade que ao fim a parte mais fraca, ou desigual, sequer pode ser considerada livre do ponto de vista material¹⁵⁸.

Assim, com as crises sociais que têm período gestacional no fim do século XIX, e de fato eclodem no início do século XX, é que surge o novo paradigma do estado democrático de direito, fruto de uma nova filosofia dominante, que abandona a idéia do liberalismo extremo, e começa a compreender a necessidade de intervenção do estado nas relações econômicas e sociais, como necessária a um bem comum. Como bem pontua Bobbio¹⁵⁹ “a democracia moderna não só é incompatível com o

¹⁵⁷ Quem utiliza esta expressão é José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 113).

¹⁵⁸ Reitera-se aqui o melhor exemplo histórico de tal ciclo, como sendo aquele em que os atores sociais das classes operárias e empregadoras, por excesso de liberdade e uma inicial desigualdade, levaram o ciclo de aprofundamento da desigualdade a tal ponto que uma revolução em sentido sociológico e em sentido jurídico, eclodiu não como resultado do ciclo, mas como sintoma do vício.

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 37

liberalismo como pode dele ser considerada, sob muitos aspectos e ao menos até certo ponto, um natural prosseguimento”¹⁶⁰.

Encerra-se o ciclo e a crença no sentido de que a mão invisível do mercado possa dar, ao menos sem perdas muito significativas, uma resposta para as desigualdades decorrentes do liberalismo.

Citando Elio Díaz¹⁶¹, José Afonso da Silva afirma que a transição para o estado democrático de direito passa pela convergência do processo de substituição do neocapitalismo por um socialismo nos países democracia liberal, e pelo processo de fortalecimento das instituições nos países de democracia popular, em substituição às lideranças populistas no comando do poder.

Enumerando os princípios deste novo estado democrático de direito, o mesmo José Afonso da Silva¹⁶², enumera: a) o princípio da constitucionalidade; b) o princípio democrático; c) a criação e garantia de um sistema de direitos fundamentais; d) o princípio da justiça social; f) o princípio da igualdade; g) o princípio da divisão dos poderes; h) o princípio da legalidade; i) o princípio da segurança jurídica. Aponta finalmente que a finalidade do estado democrático de direito é a supressão das desigualdades e a busca da justiça social.

¹⁶⁰ Mais adiante, Bobbio explica que este natural prosseguimento somente pode ser considerado se o entendimento do que venha a ser democracia passar menos pela idéia de igualdade rousseauiana, e mais pela idéia de distribuição do poder político de forma igualitária. Somente sob este prisma é que a idéia da democracia ser uma forma de continuidade do liberalismo poderia ser aceita. (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 38 e 42).

¹⁶¹ “A passagem do neocapitalismo ao socialismo nos países de democracia liberal e, paralelamente, o crescente processo de despersonalização e institucionalização jurídica do poder nos países de democracia popular, constituem em síntese a dupla ação para este processo de convergência em que aparece o estado democrático de direito.” DÍAZ, Elio *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 121.

¹⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 122-123.

10.2 A VONTADE INDIVIDUAL, INDIVIDUAL SOCIAL, GERAL E COLETIVA

Sendo o estado uma personificação da vontade coletiva, a vontade estatal deve ter origem justamente nesta vontade coletiva. Entretanto, descobrir qual é a vontade coletiva de um corpo social não é exatamente a tarefa mais simples.

Inicialmente, cumpre destacar que existe uma diferença básica entre a vontade individual de cada pessoa e a vontade individual social desta mesma pessoa. Rousseau¹⁶³ já havia esboçado esta idéia, ainda que com outras denominações, afirmando que “cada indivíduo, com efeito, pode, como homem, ter uma vontade particular [o que aqui se denomina vontade individual], contrária ou diversa da vontade geral que tem como cidadão [vontade individual social].”

Assim, o somatório da vontade de todos, que doravante será denominado por vontade geral, e o resultado das vontades individuais sociais de cada membro deste corpo coletivo. Suponha-se que seja perguntado a cada indivíduo se ele deseja pagar tributos sobre seu patrimônio ou rendimento, e que na hipótese de não pagamento seja o seu patrimônio confiscado ou alienado para fazer frente ao imposto. A resposta individual de cada pessoa certamente tenderá para a negativa. Ou seja, nenhuma pessoa deseja pagar imposto.

Evidentemente, esse raciocínio somatório da vontade individual de todos acarretaria a impossibilidade de criação de impostos pelo estado, ou ao menos, retiraria qualquer possibilidade de que as leis de natureza tributária gozassem de um mínimo de legitimidade do corpo coletivo.

¹⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 35. Mais adiante ainda continua o autor “Seu interesse particular pode ser muito diferente do interesse comum. sua existência, absoluta e naturalmente independente, pode levá-lo a considerar o que deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda prejudicará menos aos outros, do que será oneroso o cumprimento a si próprio. Considerando a pessoa moral que constitui o estado como um ente de razão, porquanto não é um homem, ele desfrutará dos direitos do cidadão sem querer desempenhar os deveres de súdito – injustiça cujo progresso determinaria a ruína do corpo político.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 35-36).

O equívoco do raciocínio está justamente no fato de que o somatório de todas as vontades individuais não levará necessariamente ao resultado da vontade coletiva do corpo social, e sim a uma vontade geral, ou ainda, a uma mera soma das vontades individuais dos membros de uma determinada sociedade.

Muitos outros aspectos da natureza humana levariam a resultado semelhante se fosse indagado individualmente cada homem, se deseja ser mais rico, mais poderoso, ter subordinados, não trabalhar, ser inimputável, receber dádivas indevidas e assim sucessivamente¹⁶⁴. É que a questão da vontade individual está focada no individualismo de cada pessoa, e porque não dizer, em certa dose de egoísmo, ou pelo menos egocentrismo de cada ser humano.

Se a pergunta for feita de outra forma, ou seja, se for indagado a cada pessoa se deseja que todo o sistema e ordenamento tributário, que são a fonte de custeio do estado, seja eliminado para que ninguém mais pague qualquer imposto, ainda que isto resulte em uma paralisação total da máquina estatal, a resposta certamente trilhará para a manutenção do sistema tributário.

É que nesta hipótese a vontade individual deixa de ser meramente individual e passa a ser individual social, ou seja, cada pessoa se identifica perante a sociedade, como parte de um todo, e compreende que o determinado sacrifício (impostos) não só é necessário como também pode ser mais proveitoso do que a eliminação geral do sacrifício por toda a sociedade. É simples compreender. Se não houver sistema tributário, o estado não funcionará, e desta forma não poderá garantir as liberdades, a igualdade de oportunidades, a soberania nacional, a busca por uma justiça social, a legalidade como regra, e assim por diante. Neste caso, se apresenta como resultante da vontade individual social não uma vontade geral, mas sim a própria vontade do corpo coletivo, ou ainda, a vontade coletiva da sociedade (povo).

¹⁶⁴ Uma fábula tradicional já corrente no universo jocoso social, traduz o conhecimento popular sobre esta vontade individual bastante mesquinha do ser humano. Diz que uma pessoa rancorosa, egocêntrica, egoísta e sem nenhum amigo, recebe de uma entidade com poderes mágicos a graça de dois pedidos, entretanto, a mesma entidade informa que o que a pessoa desejar para si, todos os demais receberão em dobro. Depois de pensar um pouco sobre o dilema, a pessoa pede como desejo uma determinada porção de riqueza, sendo prontamente atendido pela divindade, que também concede o dobro da porção de riqueza para as demais pessoas. Ato contínuo a pessoa pede à entidade que lhe faça cego de um olho.

Comentando este momento de formação da vontade coletiva, Rousseau¹⁶⁵ afirma que este corpo coletivo ganha uma unidade equivalente a totalidade da força dos votos participantes desta hipotética assembléia coletiva, surgindo um “seu eu comum, sua vida e sua vontade”.

Não é demais enfatizar que a vontade coletiva não é produto da soma de todas as vontades individuais sociais, mas sim resultado de vontades individuais conflitantes ou ao menos parcialmente divergentes que produzem muitas vezes resultados não idealizados por nenhuma das partes envolvidas.

Alguns exemplos de física são absolutamente auto explicativos para o que se pretende demonstrar. Se sobre um determinado objeto for aplicada uma força em sentido esquerda para direita (oeste para leste) e uma segunda força de baixo para cima (sul para norte) este objeto certamente não encontrará seu percurso na idealizada de nenhuma das duas forças, uma vez que tenderá certamente a se mover em sentido diagonal (nordeste).

O mesmo ocorre com a vontade coletiva. Se for solicitado a um grupo pessoas que esbocem um determinado projeto de lei individualmente, ainda com o pensamento no corpo coletivo, para posteriormente colocar este grupo em uma sala de discussão para extrair da maioria o melhor esboço, certamente, desde que não se impossibilite a mescla das idéias constantes dos diferentes esboços o resultado será um projeto de lei absolutamente diferente de cada um dos projetos iniciais que ingressaram no recinto, sendo portanto, não fruto de um somatório de vontades, mas resultado de uma equação de forças e vontades, como vetores físicos que remetem a vontade coletiva para um ponto que não é singularmente de nenhuma das pessoas, mas sim próprio da coletividade.

Repousa neste aspecto a beleza da vontade coletiva, e porque afirmar, da própria democracia. A democracia, e também a vontade coletiva, não é mero fruto de uma

¹⁶⁵ “Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Coleção “Os pensadores”. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 33)

maioria onde qualquer quantidade superior 50% equivale a 100% do poder, e na qual a quantidade inferior a 50% equivale a 0% do poder.

Não é certamente por outra razão que em todos os sistemas democráticos modernos a atividade legislativa é delegada a um corpo de representantes (mandatários políticos) eleitos pela forma proporcional e não pela forma majoritária. A experiência humana já demonstrou que muito embora a vontade resultante dos processos proporcionais de preenchimento das casas legislativas importe em certa dose de dificuldade na governabilidade, traz consigo a possibilidade da participação das pequenas, médias e grandes minorias¹⁶⁶, e portanto, confere legitimidade aos atos legislativos até mesmo pelas partes vencidas nas proposições transformadas em lei.

A negociação política das minorias resulta de mais a mais, em flexibilização da vontade da maioria, e confere por outro lado, maior legitimidade aos anseios da maioria, de deixa neste momento de ser uma maioria tirânica, para ser uma maioria democrática.

Não é incorreto concluir que esta vontade coletiva ainda que dependente de vontades individuais sociais, é sem dúvida, diferente do somatório destas vontades individuais, sendo portanto única, singular e típica da coletividade.

¹⁶⁶ Ainda que pareça ser contraditório as minorias podem ser divididas ou classificadas em pequenas, médias e grandes, em razão de sua importância quantitativa, ou seja, do número de componentes dos blocos minoritários, que podem em muitos sistemas legislativos chegar ao extremo de obstruir a vontade de uma maioria simples ou absoluta. No caso do sistema brasileiro por exemplo, uma minoria equivalente a 2/5 mais um voto no congresso é capaz de impor a inalterabilidade do texto constitucional, sendo portanto uma maioria significativa (“grande”).

10.3A IDENTIDADE DA VONTADE COLETIVA E DA VONTADE ESTATAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao se estudar se um determinado estado pode ser classificado como estado democrático, não se conclui de forma estanque que após uma determinada linha hipotética este estado é democrático enquanto um outro é anti-democrático¹⁶⁷.

Já se explicou aqui, com apoio em boa companhia doutrinária, que a democracia é um valor em constante construção, sendo de difícil conceituação, mas menos difícil identificação de suas características, ainda que estas características evoluam, se flexibilizem, modifiquem e sejam acrescidas ao longo da história humana.

Muito dificilmente, será identificar um estado que pratique a perfeita democracia, até mesmo em razão de faltar consenso sobre onde e como estaria configurada esta situação de perfeição. Em extremo oposto, também seria tarefa ingrata identificar qual o estado, ou situação hipotética estatal, onde estaria configurada a forma de governo menos democrática possível¹⁶⁸. Para Gianfranco Pasquino, tomando-se como ponto de partida um governo democrático a bipartição clássica das formas de governo gira entre o governo parlamentar e o governo presidencial¹⁶⁹.

A razão desta dificuldade está justamente no fato de que entre a situação hipotética extrema de falta de democracia e a situação utópica de uma democracia plena,

¹⁶⁷ Seja por qual das formas de se apresentar como não democrático se imaginar, desde o estado Absolutista, ao meramente Socialista, meramente Comunista, meramente Liberal, meramente Monárquico, dentre outras possibilidades não acompanhadas pela democracia.

¹⁶⁸ A história registrada da humanidade demonstra que o homem tem sempre a capacidade de criar situações até então inimagináveis de crueldade, não dignidade, falta de fraternidade e sentimento coletivo. Umas das mais recentes evocações talvez estejam nas armas de destruição em massa, nos genocídios, no terrorismo, dentre outros “pecados capitais” coletivos que o ser humano foi capaz de criar.

¹⁶⁹ Para Gianfranco Pasquino, a idéia básica é na bipartição está na hipotética maior eficiência do sistema presidencialista em contra uma maior responsabilidade e participação da maioria parlamentar no sistema parlamentar. A este respeito, dispõe o autor que “Em conclusão, este sistema de governo presidencial que, na aparência, parece responder eficazmente à dupla exigência dos modernos governos constitucionais – estabilidade e eficiência do executivo – mas que tira grande autoridade à iniciativa parlamentar apresenta alguns inconvenientes, potencialmente bastante sérios. Enquanto não for experimentado com êxito em situação de crise, continuará a não inspirar inteira confiança.” PASQUINO, Gianfranco. *Formas de Governo*. Dicionário de Política. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo: UnB. 2004, p. 517 - 521

existe uma longa, flexível, mutável e não mensurável linha que ora aproxima a situação de um estado mais para um extremo, e ora para outro.

Não obstante, é correto afirmar que dentre outros fatores que aproximam a situação de um estado como mais próxima de uma democracia utópica plena, está a identificação entre a vontade coletiva com a vontade do estado.

Esta identificação não é tarefa fácil, não sendo desnecessário voltar a questão dos mandatos políticos, onde o sistema de representação, ainda que com várias imperfeições, vem auxiliando neste processo de aproximação da vontade coletiva com a vontade do estado.

A vontade coletiva da sociedade (povo) não é colhida diretamente por este povo, de forma usual, quando os estados necessitam praticar um ato que tenha repercussão jurídica, um ato de governo. A exceção fica por conta da democracia direta, onde este ato é praticado diretamente pela coletividade, sem intervenção do estado, principalmente através de representantes.

Nesta hipótese menos comum da democracia direta, ocorre uma quase que total identificação entre a vontade coletiva e a vontade do estado, situando-se as pequenas divergências no campo meramente hipotético, mas não pragmático, uma vez que tem se demonstrado dificultoso o amplo debate e deliberação sobre os temas, assim como também se mostra de difícil consecução a tomada da opinião de absolutamente a totalidade das vontades individuais.

Por outro turno, quando se exercita a democracia pela forma semi-direta, a vontade coletiva ainda fica, *a priori*, muito próxima da vontade do estado – não tanto quanto na direta, mas mais do que na representativa – em função do envolvimento direto da coletividade, quer nas proposições legislativas, quer na aprovação prévia ou posterior de determinados temas. Ainda que possam haver, apenas no campo hipotético, e por tal razão sem possibilidade de comprovação empírica, certas divergências entre a resultante final da vontade coletiva e a vontade Estatal configurada pelo ato de governo, por certo, a linha mestra da vontade coletiva irradia de tal forma que atinge de forma inequívoca o ato de governo praticado pelo estado.

O ponto de maior complexidade está justamente onde a democracia se exercita com maior frequência para a criação e execução dos atos de governo, que é na democracia representativa.

O cerne da questão neste ponto está em identificar¹⁷⁰ mecanismos pelos quais a vontade coletiva é transmitida aos mandatários políticos. Por evidência, o principal momento em que a transmissão ocorre é justamente através da eleição.

É neste momento em que cada vontade individual social mais se aproxima do seu pretense representante, quer pela identidade com a pessoa em si, quer pela identificação com as ideologias e filosofias partidário políticas do próprio candidato ou da coalizão pela qual esta pessoa é indicada como candidato ao cargo eletivo.

Há de certa forma uma magia no processo eleitoral quando se aborda este momento sob a ótica da democracia. Sendo valor em construção, a democracia se ressent de sucessivos processos de legitimação e confirmação da legitimação pela coletividade¹⁷¹. É justamente neste momento que ocorre a aproximação máxima, quer física, quer na comunicação, entre os mandantes e os mandatários.

O processo eleitoral não encerra por outro lado, a totalidade dos mecanismos de aproximação e identificação entre a vontade coletiva e a vontade estatal. Sem pretender minimizar a importância do processo eleitoral, aflora da análise do quadro como um todo, que no momento do processo eletivo não estão postas ainda uma série de assuntos legislativos e executivos que serão objeto de deliberação e decisão pelos mandatários políticos.

Não é preciso muito esforço para identificar a problemática do assunto. O mandatário, quer ocupando um cargo legislativo quer executivo, ao assumir seu

¹⁷⁰ E é de bom alvitre que se registre ser esta identificação muito positiva para a criação e aprimoramento de técnicas e métodos para aperfeiçoamento e aproximação da vontade coletiva com a vontade Estatal.

¹⁷¹ Neste sentido, Elaine Spitz defende a idéia de que sendo a legitimidade dos arranjos políticos finita e pequena, a regra da maioria colocada em prática no processo eleitoral funciona como forma de renovar a legitimidade dos políticos. (*apud* CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 37).

posto se depara com a mais variada gama de assuntos e decisões a serem resolvidas, muitas vezes até assuntos que desconhecia em sua totalidade, sendo evidente que nos atuais moldes dos processos eleitorais vigentes praticados pelos estados democráticos de direito não há espaço para uma discussão ampla sobre todos os temas.

Mas não fosse isto suficientemente grave, ainda surgirão fatos e questões novas, não existentes a época do processo eleitoral, sobre os quais não seria sincero sequer ventilar uma suposta manifestação tácita do eleitorado sobre o tema, e porque não concluir, sem a menor possibilidade de se inferir sequer tacitamente a vontade coletiva.

Fossem mandatário e coletividade separados em definitivo após o processo eleitoral, certamente todas as decisões do mandatário diligente e preocupado em cumprir seu mister de representação¹⁷² seriam demasiadamente angustiantes e levadas a cabo às cegas.

Estas divagações se prestam exclusivamente para demonstrar que muito embora o processo eletivo seja um ponto de fundamental importância para a identificação da vontade coletiva pelos mandatários na tentativa de aproximar a vontade coletiva da vontade do estado, é ainda insuficiente para levar a cabo esta difícil tarefa.

Rousseau¹⁷³, em *Do contrato social*, já enfrentava a questão do processo eleitoral como forma limitada de aproximar os representados dos representantes, referindo-se ao povo inglês como livre em um único dia, o dia da eleição. Com tal pensamento já identificava a falência do único contato entre representantes e representados como forma de legitimação.

¹⁷² E aqui não se olvide que a representação, mesmo a política, pressupõe necessariamente a presunção de que o interesse em foco na prática dos atos é o do representado e não o do representante.

¹⁷³ “O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo, não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade, o seu, que dela faz, mostra que merece perdê-la.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*: Coleção “Os pensadores”. 3 ed. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 108).

Outros mecanismos já existem, e não seria um exercício futurologista fútil, presumir que muitos outros ainda serão criados e aprimorados, com o objetivo de aproximar esta identificação¹⁷⁴, tomando o pressuposto já aqui estabelecido de que a democracia é processo em constante construção e aprimoramento.

Tais mecanismos vão desde a formação de pesquisas de opinião pública, às manifestações coletivas em praças e logradouros públicos, aos editoriais de jornais, às organizações de natureza civil, religiosa e política que formam na sociedade civil, o envio de cartas em papel e por meio eletrônico aos representantes, às entrevistas colhidas por jornais e telejornais nas ruas, pelo aviamento de ações populares, mandados de segurança e de injunção perante o judiciário, e todas as demais formas de exercício de sufrágio¹⁷⁵ individual e coletivo que se tem notícia.

Este conjunto de mecanismos, típicos dos estados democráticos que não só garantem a liberdade de manifestação ao seu povo, mas também instrumentos jurídicos, políticos e sociais para esta manifestação, permitem aos mandatários uma maior aproximação com a vontade coletiva, sempre com o fito de aproximar ao máximo a identificação desta vontade coletiva com a vontade do estado.

¹⁷⁴ Desde que se tenha como pressuposto que neste estado se buscará aprimorar cada vez mais seu caráter democrático.

¹⁷⁵ Aqui o termo sufrágio não está empregado como escrutínio ou voto, mas como manifestação da vontade, quer individual ou coletiva.

11 A ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS ESTABELECIDADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de abordar a questão da atividade legislativa do poder executivo de forma ampla por uma abordagem mais afeta a ciência política, é necessário fazer um exame mínimo da autorização constitucional brasileira para que o poder executivo exerça atividades legislativas.

O ponto específico que interessa no caso do estado brasileiro é a autorização conferida pelo constituinte para que o poder executivo, através do Presidente da República, exercesse a atividade legislativa com força equiparável a lei ordinária. Esta autorização inicialmente estabelecida pelo art. 62 da constituição Federal de 1988¹⁷⁶ foi feita de forma genérica sem maiores especificações.

Posteriormente no ano de 2001 foi elaborada e aprovada a emenda constitucional de nº 32/2001 que restringiu as hipóteses de competência das medidas provisórias, bem como disciplinou de forma mais restritiva a atividade legislativa exercida pelo poder executivo, limitando não só as matérias que poderiam ser objeto da atividade legislativa, mas também o tempo de vigência, a limitação a reedições, além de impor ao congresso maior responsabilidade na apreciação dos atos desta natureza encurtando o prazo de apreciação e deliberação, bem como sobrestando todas as matérias pendentes de votação até que a apreciação das medidas provisórias fosse feita, o que popularmente é denominado como ‘trancamento da pauta’ da câmara ou do senado¹⁷⁷.

176 O texto original do artigo 62 da constituição de 1988 que vigorou até a emenda constitucional nº 32/2001 estabelecia o seguinte:

“Art. 62 - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único - As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

177 Com a nova redação o texto do artigo 62 da constituição de 1988 passou a ter a seguinte redação:

Mesmo antes da restrição levada a efeito pela emenda nº 32/2001 já existiam algumas limitações a edição das medidas provisórias no que diz respeito a necessidade da edição, ou em outras palavras, utilizando as expressões do texto constitucional, a edição estava limitada a ocorrência de uma situação de relevância e, ao mesmo tempo, ou seja, cumulativamente, a existência da urgência.

Com a nova redação constitucional, além de ser mantida a limitação em relação a necessidade das medidas provisórias (relevância e urgência cumulativamente)

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.”

outras restrições de natureza material quanto ao objeto da atividade, além de restrições procedimentais, também foram estabelecidas.

Não se propõe o presente trabalho a avaliar as razões e motivos que levaram o constituinte derivado a modificar o texto constitucional de forma a restringir a atividade legislativa do poder executivo. Ainda que esta restrição aponte o mesmo caminho do presente trabalho, no sentido apontado nas hipóteses primárias e secundárias – e posteriormente acrescida das razões até aqui ericadas - de que a atividade legislativa deve ser feita por um corpo plural, escolhido pelo modo majoritário, para que seja mais democrática, a restrição feita através da emenda constitucional certamente não o foi feita somente pela ótica da ciência política.

Seria ingênuo pensar que a emenda constitucional nº 32/2001 apenas teve como escopo dar maior legitimidade ao ato legislativo, conferindo caráter mais democrático a atividade legislativa. Certamente outros motivos e razões inerentes ao jogo político¹⁷⁸, e porque não do poder, levaram a alteração do texto constitucional. Estes aspectos, conquanto também sejam relevantes, não fazem parte da presente abordagem.

O que importa para o presente estudo é que mesmo limitada a atividade legislativa do poder executivo na edição de medidas provisórias, esta possibilidade ainda está prevista na constituição brasileira, e portanto, é uma atividade legalmente válida. É uma atividade constitucional – desde que respeitadas as limitações também impostas pela própria constituição.

Como a proposta do presente trabalho é abordar a atividade legislativa do poder executivo na edição de medidas provisórias pela ótica da ciência política, e não pela ótica do positivismo jurídico, o que basta para o momento é estabelecer que com

¹⁷⁸ Sobre a questão do jogo do poder e a democracia, há um apontamento brilhante de Bobbio explanando o caráter democrático destas regras quando escreve que “em segundo lugar, uma constituição, mesmo quando perfeita, tem a função de estabelecer as regras do jogo. Não pode e não deve estabelecer como se deve jogar. Se o fizesse, não seria mais uma constituição democrática. Que o governo deve gozar da confiança do parlamento é uma regra do jogo. Mas a maneira como o governo deve conduzir o jogo para ter a confiança do parlamento, se deve colocar-se mais à esquerda ou mais à direita, se deve ir ao ataque ou fechar-se na defesa, nenhuma constituição o pode estabelecer” (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4 ed. Tradução de José Ferreira. Brasília: UnB, 1987, p. 188).

maior ou menor restrição imposta pela emenda constitucional nº 32/2001 a atividade legislativa em questão existe.

O passo seguinte é averiguar até que ponto esta atividade conflita ou harmoniza com a idéia de democracia, e fundamentalmente como deve ser interpretada esta autorização – assim como as restrições materiais e procedimentais - no conjunto do texto constitucional.

Não sendo a abordagem positivista, resta descartada a hipótese – ao menos no presente trabalho – de uma conclusão que remeta a inconstitucionalidade do próprio texto constitucional que autoriza a atividade legislativa. Além da não ser esta conclusão, sequer do ponto de vista hipotético, fácil de ser obtida, não o é, de mais a mais, uma conclusão possível no caso brasileiro quando sob a ótica da ciência política.

É que mesmo sendo questionável a legitimidade do Presidente da República para tais atos – questionável em termos de mais legítimo ou menos legítimo o poder de exercer a atividade legislativa quando em comparação com o congresso – é inegável que em nosso sistema constitucional, sendo o Presidente da República escolhido por voto direto do povo, não se pode reputar por absolutamente ilegítimo o poder por ele exercido.

Descartada a hipótese de inconstitucionalidade, ao menos neste estudo, resta averiguar as conseqüências da edição de uma medida provisória em detrimento de uma lei elaborada pelo congresso sob a ótica do aspecto democrático do estado brasileiro.

12 A LEGITIMIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS ORIUNDAS DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Feitas as diversas considerações e passagens pelos mais variados campos e áreas pertinentes à democracia, e por conseqüência também ao estado democrático de direito, cumpre enfrentar a questão da legitimidade do poder executivo para exercer a atividade legislativa em um estado democrático de direito.

A questão principal posta merece antes um pequeno registro. O problema de legitimidade das normas jurídicas não está afeto necessariamente ao poder executivo.

Na verdade as normas jurídicas terão um maior ou menor grau de legitimidade a partir do momento em que a atividade legislativa for exercida pelo próprio povo, ou por alguém escolhido pelo povo. Desta forma, é evidente que no caso do poder executivo, sendo o representante escolhido através do voto quer direto, quer indireto, do povo, algum grau de legitimidade a norma terá.

Mas num segundo momento, além da questão da atividade ser feita por um representante eleito pelo povo, ou por alguém do próprio povo – os mandatários políticos são, regra geral, parte do povo de um estado – a questão da legitimidade passa pela qualidade da representação deste povo.

Assim, no caso do exercício da atividade legislativa pelo poder executivo a questão da legitimidade pode ser questionada, também e principalmente em razão de usualmente este poder ser ocupado por um único mandatário, ou quando muito, por um grupo reduzido de mandatários¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Existem experiências de juntas presidenciais na história de alguns estados.

Portanto, sendo o mandatário do poder executivo também eleito, a questão da legitimidade não fica *a priori* estabelecida como uma total falta de legitimidade, mas sim pela menor legitimidade do poder executivo em detrimento do poder legislativo – usualmente pluralista e escolhido por eleições proporcionais.

É que esta característica do poder executivo de ter, como regra geral, somente um mandatário, fruto da utilização usual do sistema eleitoral majoritária, acaba por alijar do poder executivo a parcela minoritária e, conseqüentemente, vencida no pleito eleitoral. Assim, encontra solo fértil no poder executivo a regra de que 51%=100%, enquanto que 49%=0%¹⁸⁰. Troca-se a uma maior dose de governabilidade por uma menor participação das minorias.

Ainda que este sistema utilizado possa ser alvo de críticas, não existem evidências sólidas no sentido que outro sistema funcionaria tão bem. Por certo, seria possível argüir que o sistema parlamentarista diminui a problemática. Mas ela continuaria a existir, e seria tão somente minimizada se a origem do ato legislativo fosse exclusivamente estabelecida na figura do primeiro ministro (poder executivo). Sem dúvida, é inegável que no sistema parlamentarista há maior dose de governabilidade a disposição do poder executivo, até mesmo em razão de sua dissolução na hipótese da perda de apoio do legislativo.

Entretanto, estas características do sistema parlamentarista ainda não seriam capazes de afastar a problemática da legitimação de uma única pessoa para exercer a atividade legislativa.

A atividade legislativa é fruto de uma equação de vontades, não apenas de um somatório matemático de votos. Portanto, mesmo que o mandatário ocupante do cargo executivo tenha sido eleito com a maioria absoluta dos votos possíveis, não terá ele legitimidade para exercer a vontade coletiva em nome de toda a sociedade, já que foi rejeitado pelas minorias.

¹⁸⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 48.

Este fenômeno – alijamento total das minorias - não ocorre nas casas legislativas pluralistas¹⁸¹ que preenchem suas cadeiras pelo sistema eleitoral proporcional, uma vez que nestas casas as minorias também participam do processo legislativo, imprimindo em maior ou menor grau sua participação na formação da vontade coletiva, e com isso garantindo maior legitimidade ao ato legislativo.

Em razão da impossibilidade de se presumir a legitimidade por atos posteriores, mormente pela eficácia da norma jurídica, nem mesmo um inquestionável líder político teria, em tese, legitimidade suficiente para produzir os atos legislativos em nome da vontade coletiva, exceto na hipótese remota de ter sido este líder eleito pela unanimidade dos seus eleitores, a ainda assim, eleito para o exercício de tal atividade.

Nesta última hipótese, em que este líder ocupante do cargo executivo poderia até ter legitimidade total para a prática dos atos executivos típicos do mandato político que recebeu, não teria entretanto para os atos legislativos, uma vez que a legitimação pelo processo eleitoral pressupõe a transferência de uma determinada e específica dose de legitimidade, equivalente aos atos típicos definidos pelo ordenamento jurídico para aquele cargo eletivo objeto do processo eleitoral.

A conclusão a que se chega não impede, de forma absoluta, que em determinadas circunstâncias o poder executivo exerça a atividade legislativa de forma bastante legítima. Para tanto, deveria apenas ser constituído por uma forma plural que lhe permitisse gozar de representatividade de toda a coletividade, traduzindo não apenas a vontade da maioria, mas uma vontade coletiva, resultante típica de um corpo heterogêneo de pessoas e grupos que compõem o tecido social.

Como esta fórmula não é conhecida na prática, ou ao menos não é preponderante, a conclusão seguinte se dá no sentido de que sendo o poder executivo ocupado por uma única pessoa (ou um grupo muito restrito de pessoas) e fundamentalmente,

¹⁸¹ Sobre o pluralismo como essência da democracia, assevera Bobbio que “pluralismo evoca positivamente um estado de coisas no qual não existe um poder monolítico e no qual, pelo contrário, havendo muitos centros de poder bem distribuídos territorial e funcionalmente, o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito, o que é a quintessência da democracia.” (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4 ed. Tradução de José Ferreira. Brasília: UnB, 1987, p. 22).

sendo a escolha desta pessoa, ou do grupo, feita pelo sistema majoritário, estará a atividade legislativa exercida por esta pessoa ou grupo, acompanhada de menor grau de legitimidade em comparação com a atividade legislativa feita pelo poder legislativo pluralista e escolhido pelo sistema proporcional. Outra não poderia ser a conclusão, na medida em que o sistema democrático pluralista pressupõe não só a existência de uma multiplicidade de grupos com interesses antagônicos, mas também a possibilidade de que estes grupos encontrem uma solução (consenso) sobre o dissenso existente^{182 183}.

Esta conclusão em nada tem fundamento com a fórmula da separação dos poderes proposta por Montesquieu. O que se defende é que a atividade legislativa, independentemente de por qual poder venha a ser exercida, deva sempre ser exercida por um corpo de representantes, plural, capaz de lhe conferir maior grau de legitimidade através da identificação da vontade do estado impressa na norma jurídica com a vontade coletiva. Esta identificação deve ser feita por um processo onde a vontade do estado se amolda da forma mais perfeita possível, identificando-se com a vontade coletiva, e não o reverso. A partir deste momento – atividade legislativa mais legitimada - este estado vai caminhando cada vez mais na linha que separa os estados democráticos dos não democráticos, em direção de aproximação dos estados democráticos.

Este corpo de representantes de composição plural e heterogênea, tanto quanto mais próximo da composição do tecido social somente pode ser obtido pelo sistema eleitoral proporcional, permitindo a composição das minorias na formulação das normas jurídicas do estado democrático de direito. É justamente nesta riqueza da participação da minoria que repousa o espírito democrático de um estado.

¹⁸² Também neste sentido Bobbio assevera que “segundo o pluralismo, a sociedade é constituída por uma multiplicidade de grupos portadores de interesses diferentes mas não necessariamente incompatíveis; ... Para os pluralistas, por outro lado, a função dos partidos é representativa e mediadora, enquanto que para os marxistas ela é representativa, mas não mediadora pelo fato de o partido representar os interesses permanentes de uma só classe.” (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4 ed. Tradução de José Ferreira. Brasília: UnB, 1987, p. 24).

¹⁸³ Um pouco mais adiante o mesmo Bobbio conclui que “a prova do pluralismo não é nunca a formação de um novo bloco histórico, mas, como notou d’Entrèves, a liberdade do dissenso, ou seja, a condição reservada àqueles que não fazem parte de um bloco.” (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4 ed. Tradução de José Ferreira. Brasília: UnB, 1987, p. 27).

13 CONCLUSÃO

I. A democracia surge como fenômeno humano, sempre fruto de conquista histórica e, portanto, não como uma dádiva ou uma situação natural, ainda que tenha fundamentos teóricos também em direitos naturais. Vem sendo esta democracia aprimorada pelo homem ao longo de sua história guardando memória de vários momentos ricos da história humana e demonstrando grande capacidade evolutiva.

II. Grande parte da herança democrática do homem foi construída durante os séculos XVI, XVII e XVIII por movimentos burgueses e populares contra a monarquia até então vigente. Deste embate, ressurge a democracia com boa parte das antigas concepções gregas, mas ainda sem uma maior espectro de amplitude da participação universal.

III. Tendo sido adotada como regime durante o período de pensamento liberal, a democracia encontra solo fértil para seu desenvolvimento, sendo possível até mesmo entendê-la como desdobramento natural do liberalismo. Contudo, é somente no início do século XX que a democracia ganha maior envergadura social, através da idéia do sufrágio universal, capaz de ampliar a base de participantes do processo democrático e, com isto, fornecer mais combustível para seu aprimoramento.

IV. Os primados da liberdade, igualdade e supremacia da vontade popular constituem verdadeiro tripé onde está sustentada a democracia. Estes primados tiveram interpretação mais restrita durante o liberalismo, mas passaram a ter outra interpretação mais abrangente no século XX, com o período em que se iniciou o *Well Fare State*, através de uma postura mais ativa do estado, abandonando paulatinamente a idéia liberal de não intervenção.

V. Os primados da democracia podem se encontrar em conflito em determinadas situações, sendo superadas as diferenças conforme seja

encontrado o ponto de equilíbrio entre cada primado, uma vez que qualquer deles, visto de forma isolada, não tem capacidade de garantir o caráter democrático do estado. São indissociáveis em sua intrínseca essência para configurar um estado democrático de direito.

VI. A democracia pode ser exercida por três formas básicas: direta, semi-direta e representativa (indireta). A mais pura destas formas é a direta, mas guarda pureza em proporção direta com sua dificuldade de execução. Em que pese tenha grau de pureza bastante alto, permitindo uma boa identificação de manifestação da vontade coletiva, a semi-direta tem espectro de aplicação mais restrito não se prestando a substituir as demais.

VII. A democracia representativa surge na idade moderna como ferramenta capaz de oferecer resposta ao problema da quantidade de componentes do tecido social, mas também do demasiado tempo de dedicação que a atividade de governo passou a necessitar com a institucionalização dos estados constitucionais.

VIII. Traz o modelo representativo um problema relativo à legitimidade em razão do sistema majoritário eleitoral utilizado em larga escala que dificulta a participação das minorias no governo do estado. Este problema é parcialmente resolvido com a criação do sistema proporcional eleitoral, onde as minorias passam a ter a possibilidade de eleger também representantes, mormente para a composição das casas legislativas, o que empenha um caráter ainda mais democrático ao estado.

IX. A legitimidade é pressuposta ao ordenamento jurídico e, assim, não pode ser interpretada como mera legalidade. Tem o predicado de conferir uma relação de uma pessoa a uma faculdade, na medida em que esta faculdade lhe é diretamente genuína e originária. Pode ser a legitimidade transferida de uma pessoa originária (detentora da legitimidade genuína) para uma outra pessoa que passa a ter uma legitimidade derivada (detentora de uma legitimidade derivada/secundária). Este processo de transferência da legitimidade é denominado legitimação e tem na democracia um importante

momento no processo eleitoral que é o mais importante procedimento de legitimação do poder político estatal.

X. O estado como personificador da vontade coletiva guarda legitimidade para a condução do governo em forma diretamente proporcional com a identificação que consegue imprimir aos seus atos de governo em relação à vontade coletiva. Tanto quanto mais consiga tal identificação, mais democrático será o estado.

XI. A eficácia não pode ser, *a priori*, elencada como uma forma de legitimação posterior dos atos de governo de um estado, sendo possível que isto ocorra. Neste sentido, quanto mais for espontâneo o cumprimento da norma jurídica maior será sua legitimidade e tanto quanto mais for coercitivo o cumprimento da norma jurídica menor será sua legitimidade.

XII. Mas, sendo a eficácia forma extraordinária de legitimação tanto quanto mais normas jurídicas que tenham de buscar sustentação posterior na eficácia tiver um estado, tanto quanto mais estará este estado longe de ser caracterizado como democrático, uma vez que na essência do estado democrático a atividade legislativa tem como pressuposto a vontade coletiva. Sendo a eficácia forma extraordinária de legitimação, o processo de legitimação das normas jurídicas deve ser focado no processo de elaboração legislativa, e não no processo de cumprimento da norma legal (eficácia).

XIII. Os atos de governo são aqueles atos que podem até ter natureza política, mas que necessariamente tocam o universo jurídico da relação entre o estado e a coletividade. Estes atos de governo podem ter natureza legislativa, executiva ou judicial, não sendo tais atividades estritamente identificadas com os poderes legislativo, executivo e judiciário.

XIV. A atividade legislativa é a mais importante atividade de governo na medida em que é pressuposta às demais atividades, servindo como ordenadora das regras, fórmulas e até interpretação pela qual todas as atividades, inclusive a legislativa, serão pautadas.

XV. Cada indivíduo tem uma vontade individual e uma vontade individual social. O somatório das vontades individuais traduz a vontade geral. A resultante, não necessariamente somativa, das vontades individuais sociais forma a vontade coletiva. Por ser fruto não meramente da força da maioria, mas de um resultado de forças aplicadas umas sobre as outras, esta vontade coletiva não se identifica com a vontade do grupo majoritário, mas com a vontade própria da coletividade. Esta vontade coletiva não somente é formada pela vontade do grupo majoritário, mas pelo consenso surgido do dissenso, enfim do que resulta da pluralidade do tecido social.

XVI. No estado democrático de direito a vontade do estado deve ser o mais identificada possível com a vontade coletiva como forma de dar privilégio a soberania da vontade popular, e assim garantir o caráter democrático do estado.

XVII. No caso específico do estado brasileiro a democracia além de ser característica e princípio constitucional deve ser entendida como base fundante do próprio estado brasileiro por expressa declaração dos constituintes da sua intenção no preâmbulo constitucional, assim como todo o poder do estado é considerado como ascendente, partindo do próprio povo para o estado.

XVIII. O poder executivo tem legitimidade limitada para o exercício da atividade legislativa tanto quanto menos represente a heterogeneidade dos grupos que compõem o tecido social. Sua típica forma de composição pelo sistema majoritário eleitoral compromete sua capacidade de representação e legitimação na elaboração de atos de natureza legislativa, que deve ser *a priori* do próprio poder legislativo, na medida em que este poder seja formado pelo sistema proporcional eleitoral.

XIX. Por ser a atividade mais importante do governo, e por ser de titularidade do próprio povo no estado democrático, a atividade legislativa tanto quanto mais exercida por órgão escolhido proporcionalmente mais

próxima estará da democracia perfeita, enquanto no sentido oposto, quanto mais exercida por órgão escolhido majoritariamente menos próxima estará do ideal da democracia perfeita, conquanto também não caracterize a atividade exercida pelo órgão majoritário em uma anti democracia (autocracia).

XX. No sistema constitucional brasileiro de 1988 havia maior dose de liberdade para a atividade legislativa do poder executivo, que posteriormente foi limitada pela emenda constitucional nº 32/2001. Mas mesmo com a limitação efetuada pela emenda constitucional a atividade legislativa do poder executivo na edição de medidas provisórias não pode ser considerada per si inconstitucional.

XXI. Não podendo ser considerada inconstitucional (inválida) a edição de uma medida provisória, ao menos sob a ótica da ciência política, há que se interpretar esta autorização constitucional de forma restritiva em relação à democracia como princípio constitucional, e principalmente, como base fundante do estado brasileiro.

XXII. Sendo considerado a atividade legislativa exercida pelo corpo coletivo eleito proporcionalmente mais democrática do que a atividade exercida pelo corpo (singular ou coletivo) eleito majoritariamente, a autorização constitucional para a edição de medidas provisórias deve ser encarada como excepcional e exceção à regra da fonte ascendente e pluralista do poder no estado democrático brasileiro.

XXIII. A excepcionalidade e a restritividade que deve observar a edição da medida provisória diz respeito não somente à relevância e urgência do objeto legislativo, mas também do aspecto do objeto da norma (conteúdo material da norma), seja finalmente no aspecto formal do procedimento (limitações procedimentais de tempo de duração e reedições). Esta conclusão é obtida justamente pelo caráter antagônico que a edição da medida provisória tem em relação à democracia por não permitir a conformação mais adequada entre a atividade legislativa e a pluralidade do corpo social e vontade coletiva da sociedade.

14 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4 ed. Tradução de José Ferreira. Brasília: UnB, 1987. 215p.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2 ed. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. 266p.

_____. *Estado, governo, sociedade: Por uma teoria geral da política*. 9 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173p.

_____. Legalidade. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, leitura 2.

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. São Paulo : Brasiliense, 2005. 101p.

_____. *O conceito de sociedade civil*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3 reimpr. Rio de Janeiro : Graal, 1994. 77p.

_____. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 6 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. 171p.

_____. Teoria das elites. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, leitura 2, bloco 1.

_____. *Teoria geral da política: A filosofia política e as lições dos clássicos*. 3 tir. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 717p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *direito e democracia*. 2 ed. São Paulo : Max Limonad, 2000. 141p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : RT, 2000. 325p.

COTTA, Maurizio. Representação Política. In: *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília : UNB, 13p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19 ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1995. 260p.

FABRIZ, Daurý Cesar. *A estética do direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999. 256p.

FARIA, José Eduardo. *A crise constitucional e a restauração da legitimidade*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris. 1985 67p.

GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo: UnB, 2004. 1318p.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. 2 ed. São Paulo : Ícone, 1993, 224p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3 ed. 2 tir. São Paulo : Martins Fontes, 2000. 637p.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. 3 tir. São Paulo : Martins Fontes, 1999. 427p.

LEVI, Lucio. Legitimidade. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília : UnB, 1984, leitura 3.

_____. Legitimidade. In: *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo : UnB. 2004 . 1318p.

LOCKE, Jonh. *Os pensadores*. “Segundo tratado sobre o governo”. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3 ed. São Paulo : Victor Civita, 1983. 344p.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. In: *Curso de introdução à ciência política*. 2. ed. Brasília : Universidade de Brasília, 1984.

MATTEUCI, Nicola. Constitucionalismo. In: *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo : UnB. 2004 1318p.

Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, São Paulo: Melhoramentos, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de. *Do Espírito das Leis*. Rio de Janeiro : Editora Tecnoprint S/A, 1985, 523p.

OPPENHEIM, Félix E. *Igualdade*. Dicionário de Política. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo : UnB. 2004 1318 p.

PASQUINO, Gianfranco. Formas de Governo. *Dicionário de Política*. Tradução de João Ferreira. 5 ed. São Paulo : UnB. 2004 1318p.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 2 ed. São Paulo : Martins, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Sieni Maria Campos. Rio de Janeiro : Ediouro, 1994. 205p.

_____. *Os pensadores*. “Do contrato social”. Tradução de Lourdes Santos Machado. 3 ed. São Paulo : Victor Civita, 1983. 432p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 10 ed. 4 tir. São Paulo : Malheiros, 1994. 820p.

STOPPINO, Mario. *Poder*. *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília : UNB, 121p.

_____. *Autoridade*. *Curso de Introdução à Ciência Política*. Brasília : UNB, 98p.

VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcellos. 22 ed. Forense : Rio de Janeiro, 2003. 78p.