

NORMA, PODER E LEGITIMIDADE: ANÁLISE DO CONTROLE EXERCIDO EM ESTADOS DEMOCRÁTICOS

NORMS, POWER AND LEGITIMACY: ANALYSIS OF CONTROL EXERCISED IN DEMOCRATIC STATES

Fernanda de Paula Ferreira Moi¹

<https://doi.org/10.55839/2318-8650RevParRPv35n1pa178-195>

RESUMO

O presente artigo científico teve como objetivo analisar as bases teóricas de poder, legitimidade e constituição, para tentar entender de que forma o Direito pode ser utilizado para transformar Estados democráticos em Estados autoritários, e como a norma serve como base de legitimidade na segregação de garantias de um determinado grupo e implementação de um governo autocrático. Para isso utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e o método dedutivo. Com o passar do tempo, a utilização de golpes de Estado realizados por meio do uso da força coercitiva e militar para se instaurar regimes autoritários se tornou ultrapassado, apesar de eficiente. O resultado encontrado apontou que com a consolidação do Estado Democrático de Direito e a criação de constituições como base do sistema jurídico do Estado, os próprios mecanismos constitucionais são usados para aplicação de medidas autocráticas.

Palavras-chave: Poder; Norma; Legitimidade; Constitucionalismo abusivo.

¹ Possui pós-doutorado em Direito e Políticas Públicas pelo Programa de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Possui pós-doutorado em Filosofia pelo Programa de Pós Graduação em Filosofia da UFG (FAFIL/UFG). Possui doutorado em História pela Universidade Federal de Goiás (2016). Possui mestrado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2005), tendo sido bolsista CAPES/PROSUP. Atualmente é professora associada no curso de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás e professora associada no curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Professora permanente no Programa de Pós Graduação strictu sensu em História da Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Tem experiência na área de Direito e da História, atuando principalmente nas áreas de Direito Empresarial, Direito Internacional Público, Direitos Humanos, História do Direito e Filosofia do Direito. Coordenadora do GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL INTERNACIONAL (GEDHEDPI) da PUG Goiás. Coordenadora do GRUPO DE TRABALHO EM HISTÓRIA DO DIREITO, da ANPUH. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9605188472577977>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1313-0790> E-mail: nandamoi@icloud.com

ABSTRACT

The present scientific article aimed to analyze the theoretical bases of power, legitimacy and constitution, to try to understand how Law can be used to transform democratic States into authoritarian States, and how the norm serves as a basis of legitimacy in the segregation of guarantees of a certain group and implementation of an autocratic government. For this, the bibliographical research methodology and the deductive method were used. Over time, the use of coups d'état carried out through the use of coercive and military force to establish authoritarian regimes became outdated, despite being efficient. The result found showed that with the consolidation of the Democratic Rule of Law and the creation of constitutions as the basis of the State's legal system, the constitutional mechanisms themselves are used to apply autocratic measures.

Keywords: Power; Standard; Legitimacy; Abusive constitutionalism

INTRODUÇÃO

Este trabalho procurará analisar como a norma jurídica é utilizada para legitimar estados autoritários. Buscará compreender como se dá o uso das políticas de poder como forma de controle social e a função do direito na legitimação de Estados Democráticos, e explorará as aplicações das políticas de poder do Estado na violação de direitos e garantias individuais.

A metodologia a ser empregada na elaboração do trabalho envolverá a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo. Incluirá a análise de textos, artigos científicos, livros e decisões, para demonstrar a utilização e a finalidade da aplicação das ficções jurídicas, e de conceitos filosóficos e sociológicos sobre o poder e a legitimidade. Ainda, para a viabilidade deste estudo, ocorreu o levantamento bibliográfico sobre os conceitos de poder, legalidade, legitimidade e constituição, sendo o método dedutivo utilizado como forma de interpretação dos textos levantados, partindo da generalização das teorias para a aplicação específica de implementação literária.

Na primeira seção, serão abordados temas relacionados à norma e o exercício do poder pelo sistema jurídico. Na segunda seção, dar-se-á continuidade ao debate acerca dos aspectos teóricos da legitimidade e como a legalidade e o procedimento serão características importantes para a legitimidade dos estados democráticos. Na terceira seção, será apresentado o novo fenômeno de subversão do sistema democrático e como a constituição e a norma são usadas para transformar e perpetuar regimes autocráticos.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO, PODER E LEGITIMIDADE

O estudo do Direito envolve sistematização e universalidade, o que torna embaraçado entender o fenômeno jurídico dissociado de todas as suas características e formas como se apresenta. Os conceitos de lei² e norma, justiça e moral, e do próprio direito como fato social têm de ser encarados em uma relação simbiótica, não se podendo ignorar as particularidades de cada concepção na criação do direito apresentado à sociedade como sistema legal. Para Baracho (1985, p.14):

O direito é instrumento de uma política que se efetiva através do poder [...] É nesse sentido que não devemos eliminar do direito o conceito de poder, reduzindo-o a uma categoria jurídica pura [...] A relação entre direito e poder é tema imprescindível na reflexão jurídico-política, quando o direito passa a ser instrumento de governo e de realização do exercício do poder. É a correlação entre direito e poder que leva à legitimidade do poder e à justiça da norma.

O império da norma, baseado em um sistema legal, infere-se em um Estado de Direito onde a soberania da lei limita o poder do Estado, tendo-se a lei como o exercício do poder do Estado para limitar seus governados, ao mesmo tempo em que esta limita o próprio Estado.

Assim, duas ideias são criadas: uma onde há a legalidade do poder, ou seja, onde este é exercido sob o império e concordância da lei; e outra em que a aceitação social do poder cria a legitimidade do Estado.

1.1 O EXERCÍCIO DO PODER PELA NORMA

O Estado se utiliza de várias técnicas e métodos para exercer sua função de controle da sociedade, nesse ponto, o direito serve como instrumento de manutenção das estruturas sociais. O escritor George Orwell (2009) narra que os grupos dominantes travam uma guerra contra os seus súditos, não para conquistarem territórios, ou impedirem que outros Estados os façam, mas com o simples intuito de manterem intacta a estrutura da sociedade.

Entender o fenômeno jurídico dentro da sociedade como seu produto, inserido não

² Para este trabalho os vocábulos “lei” e “norma” serão usados como expressões equivalentes. E apesar de o conceito de norma ser bastante abrangente, este será utilizado no sentido de norma jurídica.

só no campo social, mas também nos campos culturais e históricos, mas principalmente político, nos leva a analisar a norma também como discurso de poder manifestado através da linguagem, numa verdadeira disputa de narrativas. A linguagem empregada pelos grupos dominantes por intermédio da norma denota responsabilidade na tentativa de estabelecer e manter o controle social. Porém, sendo fruto da sociedade e para a sociedade, o Direito também servirá para promover mudanças e transformações quando reconhecer algumas garantias e, por meio do ordenamento jurídico, conduzi-las para a consolidação, seja pela informação e implementação de políticas públicas, seja pelo aprendizado punitivo.

[...] como o direito decorre da criação humana, isto é, da vontade da sociedade em auto-regulamentar-se, ele manifesta-se como controlador do homem social ou como sistema de controle social. 2. Sob este prisma, o direito é utilizado como instrumento de dominação da sociedade, pois esta submete-se, em grau de obediência, às regras de controle instituídas para organizar a sua convivência. Nesse processo de dominação, os que detêm o poder político em suas mãos controlam a organização social, porque impõem a sua vontade. [...] Sendo assim, os detentores do poder político valem-se da figura do Estado, como instituição política, para desenvolver seus interesses e manifestar o seu poder de controle social. (DE OLIVEIRA, 1997, p.378).

Comumente, o direito é utilizado no sentido de lei ou de norma, exercendo forma de controle social e regulando a vida em sociedade. A norma jurídica positivada tem sua principal função como a de regulação das relações sociais criando um sistema de normas que concentra o poder do Estado. E, além disso, o ordenamento jurídico também pode ser retratado como reflexo da implementação das políticas de poder do Estado. Apesar da relação Direito e norma não ser abordada diretamente como objeto, ou analisada - a ponto de se ter formulada uma teoria por Michael Foucault -, a temática é de presença recorrente em suas obras (FONSECA, 2012). Enquanto a norma, no sentido jurídico, em regimes pautados exclusivamente em sua propagação, seria responsável por um processo de normatização, em que o ordenamento jurídico rege a convivência social, a norma em Foucault ganha um contexto mais abrangente, não se restringindo a uma estrutura de compilados legais.

De uma forma mais geral ainda, pode-se dizer que o elemento que vai circular entre o disciplinar e o regulamentador, que vai se aplicar, da mesma forma, ao corpo e à população, que permite a um só tempo controlar a ordem disciplinar do corpo e os acontecimentos aleatórios de uma multiplicidade biológica, esse elemento que circula entre um e outro é a “norma”. A norma é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar. A sociedade de normalização não é, pois, nessas condições, uma espécie de sociedade disciplinar generalizada cujas instituições disciplinares teriam se alastrado e finalmente recoberto todo o espaço - essa não é, acho eu, senão uma primeira

interpretação, e insuficiente, da idéia de sociedade de normalização. A sociedade de normalização é uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação (FOUCAULT, 2005, p. 302).

Esta seria baseada em relações de poder, num processo de normalização, em que há uma distinção entre o normal e o anormal, e a norma é colocada como o parâmetro necessário para se fazer essa diferenciação: normal seria aquilo que está de acordo com a norma, à medida que o anormal seria aquilo que se coloca de maneira inversa à norma.

O poder exclui, sujeita, recusa, interdita, e o faz pronunciando a lei, a regra. Daí a designação “jurídico-discursiva” com referência a tal representação. Em todas as instâncias (do Estado à família, do príncipe ao pai, do tribunal à quinquilharia das punições cotidianas, das instâncias da dominação social às estruturas constitutivas do próprio sujeito) a forma geral do poder seria a forma do direito, uma vez que aquele se definiria pelo jogo entre o lícito e o ilícito, a transgressão e o castigo. (FONSECA, 2012, p. 97-98).

osta (2008, p. 45) aponta que é devido entender a diferença entre força e poder, que apesar de terem uma relação próxima, são conceitos complementares. O poder seria um conceito amplo que envolveria dois elementos: a força, o elemento coativo, que não deve ser confundido com o próprio exercício do poder, mas aqueles que possuem poder podem impor a sua vontade através desse elemento; e a autoridade, o elemento normativo, que gera a obrigação ou a obediência. Para ele, somente se constitui o exercício do poder se obtida a obediência.

Essa dominação terá bases normativas, e ganhará respaldo na lei, onde direitos poderão ser modificados pelo fato de usarem do processo de formação da lei corretamente. Segundo Weber (2008), assim se dá a dominação legal, que terá na dominação burocrática o seu aspecto mais puro, e terá obediência em virtude da norma, com autoridade estável e plenamente estabelecida.

A dominação, ou seja, a probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandato, pode fundar-se em diversos motivos de submissão. [...] Não obstante, a dominação que repousasse apenas nesses fundamentos seria relativamente instável. Nas relações entre dominantes e dominados, por outro lado, a dominação costuma apoiar-se internamente em *bases jurídicas*, nas quais se funda a sua “legitimidade”, e o abalo dessa crença na legitimidade costuma acarretar consequência de grande alcance. (WEBER, 2008, p. 128).

Por se tratar de uma regra condicional, está implícita a ordem como característica que emana da norma jurídica. Então, o Estado cria um sistema legal baseado na dominação, que não afasta o exercício do poder por meio de uma força coercitiva, subentendida ou evidente.

Assim, o sistema normativo, ou o direito, serve a um projeto de poder para implementação de controle social ratificando as ações do Estado. O direito, pois reduzido pelo positivismo e pela legalidade à lei, implementa uma política de poder de Estado, que tenta se perpetuar através de um sistema de normas com elementos coercitivos e coativos, regulando a conduta social baseado na obediência e na dominação.

E ainda, pensada de forma hipotética, passaria a existir a impessoalização da dominação (dominação legal-racional), baseada em uma norma legal genérica com seus critérios de legitimidade fundamentada puramente da legalidade da norma e nos requisitos de formalidade, em que o dominado faria um cálculo de utilidade entre as desvantagens e vantagens da obediência.

Considerando-se que a ordem legal é um sistema de normas públicas dirigido a pessoas racionais, temos como interpretar preceitos de justiça associados ao império da lei. Esses preceitos são os que seriam seguidos por qualquer sistema de normas que expressasse com perfeição a ideia de um sistema legal. É óbvio que isso não quer dizer que as leis obedeçam a esses preceitos em todos os casos. Mais precisamente, esses princípios provêm de uma idealização, da qual se espera que as leis se aproximem, pelo menos na maioria das vezes. Se os desvios em relação à justiça como regularidade forem muito profundos, pode surgir uma séria dúvida sobre se um sistema legal realmente existe, em contraste com um conjunto de decretos específicos destinados a promover os interesses de um ditador ou o ideal de um déspota benevolente. (RAWLS, 2016, p. 292).

Para Rawls (2016), esse sistema legal de ordem normativa-coercitiva cumpre ao objetivo de manter uma estrutura de cooperação social, de sociedade, ao mesmo tempo que rege todas as condutas, e o fato de serem justas é o que cria expectativas legítimas. Filgueiras (2012) argumenta “que a zona cinzenta entre justiça e legitimidade deve ser preenchida pelo princípio normativo do interesse público. [...] que o conceito de interesse público permite a passagem da justiça à legitimidade, e vice-versa.”. Portanto, em Rawls, não basta que a norma seja legal e cumpra requisitos de formalidade para então gerar obediência social e legitimidade, é ainda necessário que sejam baseadas em conceitos de justiça.

2 ASPECTOS TEÓRICOS DA LEGITIMIDADE

A legitimidade é um conceito amplamente discutido, os problemas³ envolvendo responder à pergunta do que torna um Estado legítimo, ou o exercício de um poder legítimo é

³ Bobbio (2007) fala também em reduzir o conceito de Estado ao conceito de política, e então o de reduzir o conceito de política em conceito de poder, o que torna também o problema a ser resolvido o de diferenciar o poder político das outras formas de relação de poder.

constante. Alguns estudiosos acreditam que a legitimidade de um poder provém do fato de este ser considerado legal, e seguir os processos formais necessários para a aprovação e aplicação de um sistema normativo e que como a própria criação das normas são submetidas às normas de formalidade, a legitimidade estaria submetida à legalidade. Outros acreditam que é a obediência e o consenso da sociedade em aceitar o exercício do poder que demonstrará legitimidade. A questão levanta grandes debates até os dias atuais, não se chegando a uma consonância, mas podendo aproveitar-se muito da controvérsia. Segundo Bobbio (2007, p. 86):

Com respeito ao poder político pôs-se tradicionalmente não só o problema de sua definição e dos caracteres que o diferenciam das outras formas de poder, mas também o problema da sua justificação. O problema da justificação do poder nasce da pergunta: 'Admitido que o poder político é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, basta a força para fazê-lo aceito por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir os seus destinatários a obedecê-lo?'

Kelsen (2002) e Weber (2008) acreditam que a possibilidade do uso da força coercitiva é o que legitima o exercício do poder, e que o elemento coercitivo proveniente da norma, é o que torna legítimo o que é legal. No pensamento de Weber (2004), o Estado deriva da relação social dominada por uma autoridade, onde a obediência dos dominados necessita do reconhecimento da autoridade como legítima, sendo um dos três tipos de dominação, aquela derivada de um sistema normativo formalmente aceito.

A "legitimidade" de uma dominação deve ser considerada somente como uma probabilidade, a de ser tratada praticamente como tal e mantida na proporção importante. Não se deve supor que a obediência [...] esteja orientada primariamente (nem sequer sempre) pela crença em sua legitimidade. A adesão pode ser fingida por indivíduos e grupos inteiros por razões de oportunidade, sendo praticada por causa de interesses materiais próprios, ou ser aceita como algo irremediável em virtude de debilidades individuais e desvalimento. Isso não é decisivo para a classificação de uma autoridade (ou dominação). (WEBER, 2004, p. 171).

Assim, obediência não pode ser considerada como elemento mais relevante para se chegar à legitimidade, pois a aceitação de uma norma pode ser simulada pelos dominados, o que traria falsa sensação de legitimidade, não sendo precisa para avaliar a legitimidade de um poder.

Enquanto a legalidade se baseia em uma valorização e validação das normas jurídicas, a legitimidade de um Estado repousaria na conexão entre os elementos coercitivos, na forma como esse exercício de poder é apresentado para a sociedade; se os fenômenos provenientes do poder são regulados pelo direito e em interpretação conjunta com normas morais, quando seguem também requisitos morais; e basicamente, na aceitação social, sendo esta o verdadeiro indício de alcance da legitimidade.

2.1 LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL E DEMOCRACIA

Como visto anteriormente, em Weber, a dominação racional justifica a estabilidade da dominação. A positivação do direito, ou seja, a legalidade do direito, é amparada por uma ordem burocrática que legitima a dominação. O ordenamento jurídico diferencia o que é ou o que não é legal, estando a legitimidade e a legalidade proporcionalmente direcionadas. A legalidade consolidada em um ordenamento jurídico burocrático justifica a dominação, dando legitimidade a essas normas jurídicas.

[...] Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias (HABERMAS, 1997, p.193).

Habermas parte do princípio da Teoria da Ação Comunicativa⁴ em que existe o mundo da vida que está estruturado em três elementos (pessoa, sociedade e cultura) formado por diversas esferas distintas que se relacionam através da ação comunicativa, por meio da linguagem, onde compete a ação comunicativa a reprodução dos simbolismos do mundo da vida. Afastando a complexidade da teoria, o que traria legitimidade ao direito decorreria de processos comunicativos que se manifestam através de uma razão procedimental. Ele tece críticas ao pensamento de Weber que afasta o conteúdo moral do direito, e acredita na inevitabilidade da moral na criação deste, sobretudo na formação de princípios formais.

[...] a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental (HABERMAS, 1997, p.203).

Para ele, a legalidade seria um elemento necessário para a legitimidade, mas não seria a base para o seu pensamento. Ele defende que como a criação das normas possui um

⁴ Pinto (1995) discorre que “[...] para Habermas, a *ação comunicativa* surge como uma interação de, no mínimo dois sujeitos, capazes de falar e agir, que estabelecem relações interpessoais com o objetivo de alcançar uma compreensão sobre a situação em que ocorre a interação [...]”.

caráter prático-moral procedimental, a legitimidade dessas normas obedeceria a uma racionalidade procedimental, mas que a legitimidade em si, seria um desdobramento da adesão racional de todos os que estariam sujeitos a ela, proveniente também de um processo interno entre direito e moral.

Com lógica parecida com a de Weber, Kelsen faz uma ligação entre os conceitos de legalidade e legitimidade, onde as duas ideias são separadas por uma linha tão limítrofe que por vezes vão se mesclar. Nele tão somente a legitimidade estaria revestida de legalidade. A efetividade de um ordenamento positivado criaria um campo de legitimidade no mesmo.

As normas de uma ordem jurídica valem enquanto a sua validade não termina, de acordo com os preceitos dessa ordem jurídica. Na medida em que uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram. As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade. (KELSEN, 1998, p. 146).

Kelsen confunde legalidade e legitimidade quando acredita que se as normas seguirem o procedimento previsto pelo ordenamento jurídico, essas serão legais e legítimas, baseadas em um fundamento de validade. Toda norma terá sua validade fundamentada em uma outra norma, até que se alcance uma norma fundamental, onde todas as outras normas estarão amparadas. A norma fundamental, ou a Constituição, seria portando o fundamento de validade - e de legitimidade - de todas as normas jurídicas do ordenamento a ela subordinada.

Niklas Luhmann (1980) analisa a legitimidade através de um procedimento organizado juridicamente que não se caracteriza por uma sequência de ações determinadas, mas pelas consequências proveniente da pluralidade de alternativas e da incerteza das resoluções. A incerteza entrega ao sistema certa complexidade entendida como a totalidade das probabilidades, que é eliminada através das decisões levando o processo legal adiante. Ele aponta que os pensadores influenciados pela Teoria Pura de Kelsen preocupados em obter um raciocínio adequado sobre o procedimento, distanciam-se do sistema sociológico envolvido no procedimento e evidenciam apenas o positivismo jurídico, afastando a sociologia do direito, e não alcançando necessariamente uma teoria sobre o procedimento legal.

Para ele, a maneira como as decisões são tomadas, a forma como as leis são votadas, entre outros atos juridicamente praticados, apresentam estágios para se alcançar a legitimação. Essas decisões, ditas como simbólicas, podem vir a apresentar outros tipos de legitimação,

entre elas pelo procedimento. A dominação racional legal de Weber encontraria problemas à medida que se aumentaria a complexidade da sociedade. Fatores como consenso e coação se tornariam recursos escassos e insuficientes para desenvolver a institucionalização da legitimidade; e a ordem social, ao se basear e institucionalizar a validade das matérias jurídicas unicamente no procedimento, tenderia a ser demasiadamente instável.

Apesar do caráter questionável da legitimação racional legal, a indubitabilidade da validade legítima de decisões obrigatórias faz parte das características típicas do sistema político moderno, é como que uma espécie de consenso básico, que se pode alcançar sem acordo quanto ao que é objetivamente justo no caso particular e que desestabiliza o sistema [...] Na medida em que cresce a complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizacional, aumentam os problemas carecendo de solução e, portanto, têm de se ultrapassar as formas mais antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato. Essas formas são substituídas por mecanismos de criação e estabilização dos símbolos, mecanismos esses indiretos e mais generalizados. (LUHMANN, 1980, p. 31).

A concepção de Luhmann sobre legitimidade está inserida dentro do contexto de sua Teoria Universal dos Sistemas. Ele define a legitimidade⁵ como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” (LUHMANN, 1980, p. 30).

Assim, um dos fatores mais importantes da legitimação seria a consistência interna do ordenamento jurídico, compreendida por meio das decisões dos participantes. A aquisição evolutiva através de acoplamentos estruturais e o processo de interdisciplinaridade do sistema jurídico, principalmente com o sistema político, concede, por exemplo, as Constituições, normas jurídicas dotadas de conjecturas demasiadamente complexas, o que prova não se poder resumir a legitimidade do direito, ou das normas, a um conceito de legalidade.

Cabe, aqui, chamar atenção à diferenciação que Habermas faz entre o sentido “mais amplo”, na esteira de Luhmann, e o “mais estrito” do sistema jurídico: no sentido “mais amplo”, o direito é um sistema de ação específico que pode subordinar a totalidade das interações reguladas por meio de normas, tendo como referência o próprio direito; no sentido “mais estrito”, o direito abrange também as interações sociais que não se orientam pelo direito, mas que podem ser responsáveis pela produção de um direito novo e reproduzi-lo enquanto tal. (MELO, 2005, p. 74).

⁵ Luhmann (1980) contextualiza a legitimidade na Idade Média como um conceito jurídico utilizado para defender a tirania e a usurpação. Esse conceito já foi enxergado como posse do poder efetivo do governante e especificamente equiparado ao princípio da legalidade, quando da positivação do direito.

Esse pensamento acarreta a correlação entre legalidade, legitimidade e democracia, já que como apontado por Luhmann, o processo de legitimação procede também da aceitação efetiva das decisões, seja por apoiar ou por temer. Por mais que a legalidade seja elemento importante na construção do Estado de Direito, e que esta seja parte essencial no processo de legitimação, é significativo entender o sistema jurídico dentro de uma realidade que transcende o próprio sistema jurídico, que não é autossuficiente, e que leva em consideração contextos morais, políticos, democráticos, sociais, históricos, entre muitos outros.

3 MOVIMENTOS CONSTITUCIONAIS E O USO DO PODER

A constituição é o documento mais importante do ordenamento jurídico. Ela constitui suporte de validade de todas as leis, e todas as normas jurídicas e demais atos normativos devem estar em conformidade com o texto constitucional.

O direito tem na legalidade uma resposta para a adequação do uso do poder e da legitimidade. Através do movimento histórico e político, denominado constitucionalismo⁶, que elucidado resumidamente, procura estudar o advento, formação, e a modificação das constituições são criados parâmetros legítimos para as ações do Estado baseados na lei maior, o Estado e seus governados passam a submeter-se à norma fundamental, onde nela repousam garantias e direitos. Assim, as constituições buscam limitar o poder dos governantes e garantir as liberdades e direitos fundamentais, ao mesmo tempo que configuram plano de legitimidade e asseguram a existência, a validade e a eficácia de todo o ordenamento jurídico.

O constitucionalismo e a democracia são dois dos principais fundamentos do pensamento político moderno. Se, por um lado, o mote principal do constitucionalismo (liberal e moderno) é a limitação do poder do Estado em favor das liberdades individuais, a democracia (liberal e moderna) ocupa-se da participação dos cidadãos no processo de tomada das decisões políticas. (GODOY, 2011, p. 8).

⁶ Não nos ateremos a explicação minuciosa do que é o “constitucionalismo”, dado o caráter encurtado deste trabalho perante a amplitude e magnitude do tema (tanto teórica, quanto histórica). Procuraremos abordá-lo apenas no que reverberar de maneira essencial para o desenvolvimento dessa obra.

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, as constituições mudam a concepção do Estado como detentor do poder, e transferem para o povo essa titularidade legítima. O Estado passa a receber a permissão do povo de maneira democrática para representar as suas pretensões, em busca de um bem-estar comum.

Portanto, questões colocadas pelo juiz Perfecto Andrés Ibañez, discípulo de Ferrajoli, sobre a corrupção, em especial, e problemas sobre a gestão da coisa pública, em geral, ao invés de terem a teoria garantista como um aliado contra essas práticas, na verdade ela pode ser uma forma de permitir a dominação política e jurídica de vertente autoritária em virtude da falta de precisão conceitual do que vem a ser um direito fundamental. A teoria do garantismo, pela possibilidade de inserir conteúdos os mais diversos no que seja um “direito fundamental”, pode legitimar, sim, formas incorretas de gestão de interesses públicos, para citarmos apenas um exemplo dentre os inúmeros que podem existir. (MAIA, 2000, p. 44).

Coppeti Neto e Fischer (2013) apontam que a Constituição é de extrema relevância na criação do Estado Democrático de Direito, estabelecendo a materialização dos direitos fundamentais e obtendo características de normatividade. Porém, o movimento constitucionalista na modernidade atribui caráter político à Constituição, limitando o poder e garantindo direitos mais em um sentido de reconhecer, do que propriamente efetivar. Surge então o constitucionalismo garantista, baseado nas ideias de Ferrajoli (2002), que procura dotar as constituições sobretudo de aspecto jurídico e normativo, em que as constituições criem instrumentos de garantia das próprias constituições, num sistema autopoiético.

O arcabouço jurídico necessário como forma de se garantir efetivamente os direitos fundamentais existentes, tanto em aspectos formais quanto em aspectos materiais, servem ao fim de se manter o ordenamento jurídico vigente. No entanto, podem ser utilizados, de acordo com orientações políticas para subverter o sistema, sendo adaptado e operado para legitimar práticas autoritárias e vistas como antidemocráticas.

Como exemplo, muitos estudiosos acreditam que o abuso na utilização de decretos presidenciais e seu uso para limitar garantias é uma característica de líderes autoritários. O Supremo Tribunal Federal esbarrou nessa questão em uma decisão da Corte, quando em 4 de setembro de 2019, o Presidente da República Federativa do Brasil editou o Decreto nº 10.003/2019, que alterava as normas e o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda), destituindo membros que estavam ainda no curso dos mandatos.

A então Procuradora-Geral da República à época, Raquel Dodge, propôs uma ação de Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no Supremo Tribunal Federal, alegando que o decreto publicado violava uma série de princípios fundamentais, dentre eles o

da segurança jurídica, da igualdade, da democracia participativa, do não retrocesso e, de maneira direta, uma clara desobediência ao princípio constitucional da proteção à criança e ao adolescente.

Em sede de medida cautelar na ADPF nº 622, o relator Ministro Roberto Barroso discorreu sucintamente sobre episódios de um acontecimento relativamente novo, que passa a ser chamado de constitucionalismo abusivo, legalismo autocrático ou democracia iliberal.

O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático. (BARROSO, 2019, p. 10).

Apesar de as Constituições, através de meios democráticos, darem legitimidade para os governantes representarem seus interesses, alguns líderes se valem dessa prerrogativa para validarem suas próprias inclinações ideológicas e predileções pessoais. Analisando o declínio na utilização dos golpes militares para tomada do poder nas últimas décadas e observando essas alterações no campo progressista, David Landau (2013) cunha o termo “constitucionalismo abusivo” para expressar o uso excessivo de mecanismos de mudança constitucional para burlar os sistemas democráticos, como emendas constitucionais e constituições de reposição⁷. Para ele, cada vez mais estão sendo utilizadas ferramentas legítimas para transformar os governos democráticos em regimes autoritários ou semi-autoritários, como foram os casos da Colômbia, com o Presidente Alvaro Uribe Velez; da Hungria, com a Fidesz – União Cívica Húngara; e da Venezuela, na figura de Hugo Chávez.

Por sua vez, o fenômeno do constitucionalismo abusivo pode ser utilizado para descrever a utilização de procedimentos, institutos e medidas próprias do direito constitucional para minar ou restringir a democracia constitucional em geral e não somente em algumas democracias, como as latino-americanas e do leste europeu. Nesse novo contexto de emprego dessa categoria, trata-se de ferramenta interpretativa mais ampla, a qual é adotada para descrever o uso de abusivo dos instrumentos constitucionais inclusive em democracias constitucionais mais sólidas [...]. (BARBOZA; ROBL FILHO, 2018, p. 86)

⁷ As constituições tradicionais são geralmente elaboradas por uma assembleia constituinte. Constituições de reposição por sua vez são constituições autenticadas por um corpo diferente daquele proveniente do poder constituinte originário.

Até então os mecanismos de proteção da democracia existentes no direito constitucional internacional comparado não se mostraram eficazes para combater o constitucionalismo abusivo. Por exemplo, normalmente, os golpes militares são realizados em evidente desacordo com a ordem constitucional vigente, porém, podem existir casos em que governos militares ditatoriais busquem legitimação legal para suas ações (LANDAU, 2013), e assim, implementem regimes autoritários através de meios legais; ou que governos efetivamente democráticos, eleitos por voto popular, passem a se utilizar demasiadamente de decretos e medidas provisórias, interferindo nos papéis postos nas constituições e violando a separação dos poderes, numa aproximação a tendências autocráticas.

Tushnet (2015) analisa um sistema de autoritarismo que parece ter as mesmas bases do constitucionalismo abusivo, ao fazer um estudo de caso sobre Singapura. Na sua visão, o constitucionalismo autoritário é um sistema que combina eleições aparentemente livres e justas com moderado controle repressivo das expressões e que impõe alguns limites às liberdades individuais.

Ao se olhar de perto pareceria um regime democrático pleno, mas ao explorar todas as ações do Estado, perceber-se-iam diversas arbitrariedades. Seria um sistema de governo aparentemente legítimo e com bases legais, ao mesmo tempo que submetesse seus adversários políticos e a própria sociedade à diversas limitações. Para Tushnet (2015, p. 449-450):

*(1) The regime, which for expository convenience I will assume is controlled by a dominant party, makes all relevant public policy decisions, and there is no basis in law for challenging whatever choices the regime makes. This is what makes the regime authoritarian. (2) The regime does not arrest political opponents arbitrarily, although it may impose a variety of sanctions on them [...] (3) Even as it employs such sanctions, the regime allows reasonably open discussion and criticism of its policies. The regime's critics find themselves able to disseminate their criticisms even after they have been sanctioned. [...] (4) The regime operates reasonably free and fair elections, with close attention to such matters as the drawing of election districts and the creation of party lists to ensure as best it can that it will prevail—and by a substantial margin—in such elections. [...] (5) The dominant party is sensitive to public opinion and alters its policies at least on occasion in response to what it perceives to be public views. [...] (6) It may develop mechanisms to ensure that the amount of dissent does not exceed the level it regards as desirable. [...] (7) Courts are reasonably independent and enforce basic rule-of-law requirements reasonably well. [...]*⁸

⁸ (1) O regime, que por conveniência expositiva assumirei ser controlado por uma parte dominante, que toma todas as decisões relevantes da política pública, não havendo base legal para contestar as escolhas que o regime faz. É isso que torna o regime autoritário. (2) O regime não prende os oponentes políticos arbitrariamente, embora possa impor-lhes uma variedade de sanções [...] (3) Mesmo aplicando tais sanções, o regime permite razoáveis discussões e críticas abertas às suas políticas. Os críticos do regime conseguem disseminar suas críticas mesmo depois de terem sido sancionadas. [...] (4) O regime realiza eleições razoavelmente livres e justas, com muita atenção a assuntos como o desenho dos distritos eleitorais e a criação de listas de partidos para garantir da melhor maneira possível que prevaleça - e por uma margem substancial - nas eleições [...] (5)

Atualmente, diversas democracias legítimas parecem estar ou já terem passado por algum tipo de governo que se utilizava de técnicas constitucionais para se manter de alguma forma e em algum grau no poder. As características apontadas por Tushnet aparecem até mesmo em sistemas jurídicos constitucionais mais consolidados, como Estados Unidos e Reino Unido, apontando que a discussão trazida a muito com a crise de legitimidade se mostra ainda bastante recorrente nas formas de poder contemporâneas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No direito, a reflexão sobre os fenômenos sociais é de extrema importância para o estudo das normas e os motivos que levam a sua criação, assim com o contexto no qual elas estão inseridas, os fenômenos sociais envolvidos, e como integram os campos teóricos e promovem a interação com as diversas ciências humanas, ciências sociais aplicadas e a ciência política. Ao analisar a norma através dos fenômenos de poder em conjunto com a análise da sociedade em que esta está inserida, percebemos a sua importância na formação da legitimidade de diversos exercícios de poder que são base para a criação do Estado Democrático de Direito. Esses fenômenos que encontram legalidade no sistema jurídico e que são importantes em uma interpretação conjunta foram analisados na primeira e segunda seções, assim como as bases teóricas que endossam esse pensamento sobre poder e legitimidade.

Por meio das análises realizadas na terceira seção, ficou demonstrado que os golpes para tomada de poder realizados por grupos militares e armados não encontram tanto apoio em regimes democráticos, sendo necessária a criação de novas formas de subversão. Então, apresenta-se o constitucionalismo abusivo ou autoritário que cria técnicas baseadas na lei para ganhar legitimidade. Esses líderes se valem das ferramentas disponíveis nas constituições e na criação de normas aparentemente democráticas e legitimam as políticas e ideais daquele determinado grupo político e ideológico, burlando o sistema democrático e implementando regimes autoritários.

Conclui-se que a norma é um reflexo do exercício do poder pelo Estado, ao mesmo

A parte dominante é sensível à opinião pública, e altera suas políticas pelo menos ocasionalmente em resposta ao que considera ser opinião pública. [...] (6) Pode desenvolver mecanismos para garantir que a quantidade de dissidência não exceda o nível que considera desejável. [...] (7) Os tribunais são razoavelmente independentes e cumprem razoavelmente bem os requisitos básicos do Estado de Direito [...]. (tradução livre)

tempo que regula e impõe limites para as próprias atuações do Estado, num sistema baseado não só no império da norma ou na legalidade, mas também no respeito às instituições democráticas e na legitimidade adquirida pelo Estado. O problema em se confundir essa legitimidade adquirida por meios democráticos com a legalidade do sistema jurídico, e então conferir legitimidade àquilo que se encontra no campo da legalidade traz verdadeiros embaraços nos Estados Democráticos de Direito.

Por ocorrer essa ambiguidade, que está diretamente ligada à dominação do Estado sobre os indivíduos, e consequentemente a legitimação do controle social, o Estado na figura de seus líderes e governantes pode se utilizar da norma para impor não os interesses da sociedade que representa, mas predileções e propensões de um determinado grupo ou até mesmo pessoais, ganhando contornos autoritários. E por isso historicamente, governos considerados legítimos foram governos extremamente autoritários e antidemocráticos.

Esse fenômeno vem ocorrendo em diversas democracias no mundo. Em democracias consolidadas, como a dos Estados Unidos da América, e em democracias recentes, como a do Brasil. Geralmente, realizado na figura do chefe do Poder Executivo, o fenômeno poderá encontrar barreiras frente à separação dos poderes, mas esses mecanismos de defesa e proteção da democracia não se demonstram tão eficazes e eficientes dentro de um sistema político conturbado em que esses governos se apresentam como legítimos e democráticos.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Legitimidade do poder**. Revista do Senado, 1985. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181611/000416863.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 29 nov. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Constitucionalismo Abusivo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12, n. 39, p. 79- 97, jul./dez. 2018. Disponível e: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/641>. Acesso em: 3 abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: por uma teoria geral da política**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 622**. Relator: Ministro Roberto Barroso. 19. abril. 2019. Brasília, DF. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5774611>. Acesso em: 7 abr. 2020.

COPPETI NETO, Alfredo, FISCHER, Ricardo Santi. **O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: A evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico.** Revista de Direitos Fundamentais & Democracia. v. 14, n. 14.2, p. 409-421, Jul/Dez, 2013.

_____. Uma perspectiva garantista do liberalismo e da democracia - Marcos históricos e possibilidades contemporâneas edificados a partir de Principia Iuris. In: Tulio Vianna; Felipe Machado. (Org.). **Garantismo Penal no Brasil- Estudos em Homenagem a Luigi Ferrajoli.** 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução Crítica ao Direito.** Disponível em: <http://www.arcos.org.br/monografias/introducao-critica-ao-direito/a-natureza-do-direito/5-direito-e-poder#topo>. Acesso em: 29 nov. 2019.

DE OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena. **O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?** Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 34, n. 136, p. 377-382, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer et al. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. p. 95-113. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2020.

FILGUEIRAS, Fernando. **Justiça constitucional, legitimidade e interesse público.** Revista Brasileira de Ciência Política Brasília, n. 7, p. 319-347, abril de 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 nov. 2019.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michael Foucault e o direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michael. **Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975 - 1976).** São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella.** 140p. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência.** Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Teoria Pura do Direito.** 5ª ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível em: <https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/08/hans-kelsen-teoria-pura-do-direito.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2020.

LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. UC Davis Law Review, Estados Unidos, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.

LEVITISKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. De Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 28 fev. 2020.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17>. Acesso em: 28 mar. 2020.

MELO, Rúrion Soares. Habermas e a estrutura "reflexiva" do direito. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 67-78, mai. 2005. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35263/34058>. Acesso em: 28 fev. 2020.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 2009.
PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. **Paidéia (Ribeirão Preto)**, Ribeirão Preto, n. 8-9, p. 77-96, Aug. 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X1995000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 fev. 2020.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2016
TUSHNET, Mark. Authoritarian Constitutionalism. **Cornell Law Review**. v. 100 p. 391-462, janeiro 2015. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss2/3>. Acesso em: 2 abr. 2020.

WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: VGUedes Multimídia, 2008.

Submetido em 26.02.2024

Aceito em 28.10.2025