



Eduardo Barreto Cezar

O ESTADO DE DIREITO SUBJUGADO PELO ESTADO DE LEGALIDADE

Brasília – DF

2013



Eduardo Barreto Cezar

O ESTADO DE DIREITO SUBJUGADO PELO ESTADO DE LEGALIDADE

Trabalho apresentado como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2013

Eduardo Barreto Cezar

O ESTADO DE DIREITO SUBJUGADO PELO ESTADO DE LEGALIDADE

Trabalho apresentado como
requisito à obtenção do título de
Especialista em Direito
Constitucional pelo Instituto
Brasiliense de Direito Público –
IDP.

Orientador: _____

Aprovado pelos membros da banca examinadora em _____ com
a menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.: _____

Integrante: Prof.: _____

Integrante: Prof.: _____

RESUMO

A exacerbação na aplicação do conceito de Estado de Legalidade (ou Legalista) pode resultar em absoluta negação do Estado de Direito, anulando-se, até mesmo, garantias fundamentais dos cidadãos. Tal alegação pode ser constatada e confirmada quando se analisa, por exemplo, a aplicação da política norte-americana antiterrorismo, implementada após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, ocorridos nas cidades de Nova Iorque, *Shaksville* e no *Condado de Arligton*. A avaliação dos efeitos das medidas adotadas pelo Governo norte-americano, sob o enfoque de conceitos como os de ideologia, legalidade e Estado de Direito, permitirá uma análise crítica e mais abrangente, naquilo que for possível, quanto à negação do Estado de Direito.

Palavras chave: Ideologia – Estado de Legalidade – Estado de Direito.

ABSTRACT

The Exacerbation in applying the concept of rule of legality (or Loyalist) can result in absolute denial of the rule of law, canceling out even guarantees of citizens. This claim can be verified and confirmed when analyzing, for example, the application of U.S. counterterrorism policy, implemented after the terrorist attacks of September 11, 2001, occurred in the cities of New York, and Shaksville County Arligton. The assessment of the effects of the measures adopted by the U.S. government, under the approach of concepts such as ideology, legality and rule of law, will enable a more comprehensive and critical analysis, what is possible, as the negation of the rule of law.

Keywords: Ideology – State of Legality – State of Law.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	5
1.1.	Problematização/Hipótese.....	5
1.2.	Referencial teórico.....	5
2.	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE IDEOLOGIA.....	7
2.1.	Origem e significação.....	7
2.2.	Ideologia e Napoleão Bonaparte.....	8
2.3.	Ideologia, Marx e Engels.....	9
2.4.	O engodo ideológico.....	11
2.5.	Outras concepções ideológicas.....	15
3.	A IDEOLOGIA DO LEGALISMO.....	17
3.1.	O Legalismo segundo Rousseau.....	18
3.2.	O Legalismo para Montesquieu.....	21
4.	O ESTADO DE DIREITO.....	25
5.	A DIFERENCIAÇÃO ENTRE O ESTADO LEGAL E O ESTADO DE DIREITO POR RAYMOND DE CARRÉ DE MALBER.....	27
6.	O LEGALISMO PARA ERIC A. POSNER.....	30

7.	O ESTADO DE DIREITO SUBJUGADO PELO ESTADO DE LEGALIDADE – A POLÍTICA NORTE-AMERICANA ANTITERRORISMO...	33
7.1.	A prisão de Guantánamo.....	35
8.	O DISTANCIAMENTO E A DECANTAÇÃO.....	37
9.	CONCLUSÃO.....	39
10.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

1. INTRODUÇÃO

A exacerbação na aplicação do conceito de Estado de Legalidade (ou Legalista) pode resultar em absoluta negação do Estado de Direito, anulando-se, até mesmo, garantias fundamentais dos cidadãos.

Tal alegação pode ser constatada e confirmada quando se analisa, por exemplo, a aplicação da política norte-americana antiterrorismo, implementada após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, ocorridos nas cidades de Nova Iorque, *Shaksville* e no *Condado de Arligton*.

A avaliação dos efeitos das medidas adotadas pelo Governo norte-americano, sob o enfoque de conceitos como os de ideologia, legalidade e Estado de Direito, permitirá uma análise crítica e mais abrangente, naquilo que for possível, quanto à negação do Estado de Direito.

Portanto, o objetivo do presente trabalho acadêmico é o de analisar a negação do Estado de Direito quando o conceito de Estado de Legalidade é aplicado de maneira absoluta.

A viabilidade da pesquisa é garantida pelo estudo de caso concreto, com os efeitos da aplicação das leis antiterror nos Estados Unidos da América, e balizado por conceitos filosóficos e jurídicos elaborados por autores nacionais e estrangeiros.

1.1. Problematização/Hipótese

Como problematização/hipótese do presente trabalho, cumpre-nos esclarecer, de acordo com a visão de teóricos sobre o tema, qual a diferença existente entre o Estado de Legalidade e o Estado de Direito? Como o primeiro pode anular o segundo? Quais os exemplos concretos dessa possibilidade?

1.2. Referencial teórico

O estudo de conceitos elaborados por autores nacionais e estrangeiros, que balizarão a feitura do presente trabalho, é importante na medida em que se faz necessária a explicação quanto à possibilidade do Estado de Legalidade subjugar o Estado de Direito.

Considerações sobre ideologia: origem e significado; sua concepção por Napoleão Bonaparte, Marx e Engels; o conceito de engodo ideológico e outras concepções ideológicas; A ideologia do legalismo; O legalismo segundo Rousseau, Montesquieu e Eric A. Posner; O Estado de Direito e a diferenciação entre Estado de Legalidade e Estado de Direito, constituem o substrato teórico para a análise do tema proposto.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE IDEOLOGIA

2.1. Origem e Significado

“A Ideologia principiou como ciência das ideias. É seu sentido original”¹. A afirmação acima se confirma quando fazemos a análise etimológica da palavra, que traz como seu significado o conhecimento (*logus*) das ideias (*ideos*).

O verbete ideologia é originário da França e foi utilizado primeiramente por *Antoine Louis Claude Destutt*, Conde de Tracy:

Eu preferia, pois, muito, que se adotasse o nome de ideologia, ou ciência das ideias. Ele é mais sábio, porque não supõe nada do que é duvidoso e desconhecido; não evoca espírito nenhuma ideia de causa. Seu sentido é muito claro para todo o mundo, se não se tem em consideração senão o da palavra francesa *ideia*; porque qualquer um sabe o que se entende por uma ideia, embora poucas pessoas saibam bem o que é. Ele é rigorosamente exato nessa hipótese; porque *ideologia* é a tradução final de *ciência das ideias*.²

Disseminou-se nas últimas décadas do século XVIII e nas primeiras do século XIX, na esteira da ideologia do liberalismo, por ideologistas que, ao contrário da maioria dos pensadores da época, queriam desenvolver uma forma de pensamento que não se restringisse à metafísica e que explicasse os acontecimentos da realidade com base nas sensações e nas ideias.

Com a criação e utilização do termo, intentava essa classe de pensadores também fazer uma revolução cultural³ e criar um paradigma metodológico que pudesse renovar o modo de produção das ideias, superando a forma de pensar do Antigo Regime absolutista. Era, na realidade, um método de pensamento e não, necessariamente, método para a produção de obras filosóficas.

¹ BARROS, Sérgio Resende. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas, SP. Millenium Editora, 2007, p. 158.

² TRACY, Antoine Luois Claude Desttut, Conde de. *Mémoire sur la faculté de penser*. Cit. p. 69 s, in BARROS, Sérgio Resende. *Op. cit.* p. 162.

³ BARROS, Sérgio Resende. *Op. cit.* p. 159.

Vale dizer, ainda, que a Ideologia malogrou em seu intento de criar um paradigma metodológico e, talvez por essa razão, os usos e concepções do termo passaram a ser difundidos com significados tão diversos.

Independentemente dos diversos sentidos que o termo, hoje, pode se revestir, a ideologia só passou a ter papel de destaque posteriormente, com Napoleão Bonaparte, mas já utilizada de forma pejorativa e com outro significado.

2.2. A ideologia e Napoleão Bonaparte

Como dissemos, o termo ideologia foi cunhado à época da Revolução Francesa e malogrou em seu intento de criar um novo paradigma metodológico.

Isso porque, com os ímpetus imperialistas de Bonaparte, os ideologistas, que até então o apoiavam, passaram a criticar suas atitudes, apontando inclusive um possível retorno ao absolutismo, que houvera sido tão combatido pela sociedade civil francesa.

Diante, então, das críticas que se iniciaram, Napoleão Bonaparte passou a referir-se aos ideologistas de forma pejorativa, afirmando que eles apenas apresentavam preocupações e pensamentos dissociados da realidade prática e que toda a sua atenção voltava-se à preocupações abstratas.

Partindo do princípio acima referido, Napoleão Bonaparte criou o termo pejorativo “ideólogos”.

A crítica de Napoleão modificou o sentido da palavra ideologia, atribuindo-lhe um sentido oposto ao qual foi originalmente idealizado pelo Conde de Tracy e, enquanto intentava ser uma forma de conhecimento que não se preocuparia com coisas abstratas e metafísicas, passou a ser identificada exatamente como essa espécie de formação do pensamento, justamente preocupada com o abstrato e o metafísico:

Nós devemos colocar a culpa dos males que a nossa França sofreu na ideologia, a metafísica obscura que procura, sutilmente, pelas últimas causas, onde se deve colocar a legislação dos povos, em vez de fazer uso das leis conhecidas do coração humano, e das lições da história. Estes erros, inevitavelmente, devem levar, e de fato levaram, a um governo de homens sanguinários... Quando alguém é chamado a revitalizar um Estado, ele deve seguir exatamente os princípios opostos.⁴

Percebe-se, então, que o significado do termo cunhado pelos primeiros ideologistas foi alterado por uma crítica de Napoleão, que acabou por modificar seu sentido por um longo período da história. Posteriormente, Marx e Engels tentaram redefinir ideologia, ainda que com significado igualmente pejorativo.

2.3. Ideologia, Marx e Engels

Marx e Engels buscaram retomar o uso do termo “ideologia”, mas também com o significado absolutamente oposto àquele para o qual o termo foi originalmente utilizado. Segundo eles, ideologia seria sinônimo de conhecimento equivocado, contrário à verdade científica⁵.

Essa crítica foi feita principalmente após análise do pensamento neo-hegeliano surgido à época, na Alemanha.

Hegel, como precursor do idealismo, acreditava que as ideias moviam o mundo. Marx e Engels, por sua vez, reverteram a doutrina de Hegel e colocaram como base de seu pensamento a construção de que, na realidade, era a História que condicionava as ideias.

Apontavam, então, Marx e Engels, a ilusão do pensamento neo-hegeliano, o que se traduz de forma clara na seguinte passagem:

⁴ Thompson, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 8 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p 47.

⁵ Engels, na análise da Ideologia Alemã, pretende mostrar “*how their bleating merely imitates in philosophic form the conceptions of the German middle class*”, ou seja, como as concepções apenas refletem, de forma falsamente filosófica, as concepções da classe média alemã. ENGELS, Frederick. *The German Ideology by Frederick Engels*. Evergreen Review, 2007. Versão para Kindle. Location 20.

If we wish to rate at its true value this philosophic charlatanry, which awakens even in the breast of the honest German citizen a glow of national pride, if we wish to bring out clearly the pettiness, the parochial narrowness of this whole Young-Hegelian movement and in particular the tragicomic contrast between the illusions of these heroes about their achievements and the actual achievements themselves, we must look at the whole spectacle from a standpoint beyond the frontiers of Germany.⁶

Vislumbra-se, portanto, na origem dessa crítica, uma primeira possibilidade de diferenciação entre ideologia e o engodo ideológico, baseada na constatação da consciência ou não daquilo que se produz.⁷

É importante notar que é característica da ideologia a produção de arroubos ideológicos em seus entusiastas que, inconscientes dos interesses que determinam o seu pensamento e suas ideias, tornam-se seduzidos a generalizar, a vociferar verdades absolutas, a reduzir a realidade a uma afirmação positiva qualquer.

Esses arroubos ideológicos, fruto dessa inconsciência típica da ideologia, somente são decantados com o advento da perspectiva crítica do sujeito, a qual, por muitas vezes, apenas surge com o desenvolvimento histórico das nações e a modificação das conjunturas sociais e econômicas que cercam o pensador e que condicionam, ainda que inconscientemente, seus posicionamentos.

Essa decantação – possibilitada pelo advento da perspectiva crítica sobre determinada situação – é chamada de “restauro” e é capaz de identificar, nas concepções ideológicas, o quanto, de todos àqueles elementos, era realmente fruto de ideologia e quanto era aproveitável como ciência propriamente dita.

Vale dizer, por fim, que a ideologia surge, da mesma maneira com que desaparece, através da prática histórico-social.

⁶ Em tradução livre: “Se quisermos estipular o real valor dessa charlatania filosófica – que germina no peito até do honesto cidadão alemão um orgulho nacional; se quisermos mostrar claramente a mediocridade, a estreiteza paroquial de todo esse movimento neo-hegeliano e em particular o contraste tragicômico entre as ilusões desses heróis sobre as suas conquistas e as efetivas conquistas em si; devemos observar todo esse espetáculo mediante um ponto além das fronteiras da Alemanha.” ENGELS, Frederick. *Op. cit.* Location 58.

⁷ Sobre essa diferença, ver BARROS, Sérgio Resende. *Op. cit.* p. 164 e ss.

Daí que Engels possibilitou definir de forma clara a diferenciação entre ideologia e engodo ideológico, conforme se verá na análise do tópico seguinte.

Mas, antes disso, importante se faz mencionar que a concepção marxista de ideologia – longe de apenas modificar o significado originário do termo – possibilitou a criação de um conceito dialético de ideologia.

Esse conceito dialético – conceito autocrítico – pode ser assim descrito, nas palavras de Sérgio Resende de Barros:

Depois que a perspectiva histórica gera os níveis de ciência e consciência necessários à crítica, a explicação separa-se da justificação ideológica; a ciência, da inconsciência ideológica; o pensamento científico, do revestimento ideológico. Em suma, apura-se o que fica, a essência, do que passa, a contingência. O que interessa é a lição da história. Mas não se aprende a lição da história, o efeito, se não se sabe a história da lição, a causa. A crítica da história da lição é que gera o aprendizado da lição da história. Eis por que uma ideologia persiste enquanto inexiste a possibilidade de criticá-la à luz de sua própria história; e não arbitrariamente. Ciência não é arbitrariedade. O pensamento científico é crítico ao mesmo tempo que autocrítico, para não ser arbitrário. A crítica arbitrária recai na ideologia.⁸

E, ainda, segundo realces do citado autor, esse processo dialético da ideologia, possibilitado com a concepção marxista e engeliana, permite que a Ideologia fuja do paradoxo de *Mannheim*, pois autoriza a crítica e autocrítica constantes, com a busca incessante da perspectiva histórica e da depuração dos elementos de essência, em contraposição aos elementos de mera contingência.

2.4. O engodo ideológico

Como visto, Engels permitiu que se diferenciasse a ideologia do engodo ideológico e o fez demonstrando que a ideologia é feita inconscientemente. Na verdade, a pessoa que a realiza tem uma falsa consciência, porque não sabe as

⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, p. 168.

razões subjacentes ao seu pensamento e que o eivam de equívocos oriundos da própria ideologia.

A pessoa que pratica o engodo ideológico, ao contrário, tem plena consciência de todo esse processo, mas age de forma a escondê-lo no seu raciocínio para melhor convencer o seu interlocutor de uma ou outra posição. Esse, sim, tem plena ciência dessa falsa consciência acima mencionada.

O autor Jonh B. Thompson distingue dois tipos gerais de concepção de ideologia:

Um tipo geral é o que eu chamo de 'concepções neutras de ideologia'. Concepções neutras são aquelas que tentam caracterizar fenômenos como ideologia, ou ideológicos, sem implicar que esses fenômenos sejam, necessariamente, enganadores e ilusórios, ou ligados com os interesses de algum grupo em particular. Ideologia, de acordo com as concepções neutras, é um aspecto da vida social (ou uma forma de investigação social) entre outros, e não é nem mais nem menos atraente ou problemático que qualquer outro. A ideologia pode estar presente, por exemplo, em qualquer programa político, independentemente de estar ele orientado para a revolução, a restauração ou a reforma, independentemente de desejar a transformação ou a preservação da ordem social. A ideologia pode ser necessária tanto para manter submissos os grupos, em sua luta contra a ordem social, como para os grupos dominantes, na sua defesa do *status quo*. Semelhantemente ao equipamento militar, ou à tecnologia tática, a ideologia pode ser uma arma para a vitória, mas não para um vencedor específico, pois ela é, em princípio, acessível a qualquer combatente que tenha os recursos e habilidades de adquiri-la e empregá-la.

Podemos distinguir as concepções neutras de ideologia de um segundo tipo geral, que descreverei como 'concepções críticas de ideologia'. Concepções críticas são aquelas que possuem um sentido negativo, crítico ou pejorativo. Diferentemente das concepções neutras, as concepções críticas implicam que o fenômeno caracterizado como ideologia – ou como ideológico – é enganador, ilusório ou parcial; e a própria caracterização de fenômenos como ideologia carrega consigo um criticismo implícito ou a própria condenação desses fenômenos. Concepções críticas de ideologia diferem com respeito aos fundamentos dos quais eles derivam um sentido negativo. Podemos descrever esses fundamentos diferentes como critérios de negatividade, associados com concepções particulares de ideologia.⁹

⁹ Thompson, John B. *Op. cit.* pp. 72-73.

Também Sérgio Resende de Barros aponta, ainda, um outro aspecto essencial à diferenciação entre ideologia e engodo ideológico, segundo o qual deve-se reconhecer que o ato ideológico nem sempre tem sentido negativo.¹⁰ Isso porque a ideologia estimula tanto os processos de descoberta, como os de organização.

É importante dizer, também, que não se confunde o engodo ideológico com eventual inconsistência ideológica. A ideologia, por mais que inconsistente, é um processo inconsciente. Então, por mais que o contexto e a realidade histórico-sociais da época revistam de inconsistência a concepção ideológica – que, diga-se de passagem, só pode ser considerada inconsistente depois de ter havido o processo de restauro e decantação –, ela não deixa de ser ideologia enquanto for manifestação inconsciente.

Como dito acima, feito o restauro ideológico – o qual apenas é possibilitado com a evolução da perspectiva histórica – permanece a essência daquilo que era a ideologia e rejeita-se o que era a mera contingência.

O engodo ideológico, por ser consciente, é praticado por aquele que já passou pelo processo de restauro e que já conseguiu decantar a verdade científica de seu revestimento meramente ideológico. No entanto, esse indivíduo, ciente dos valores ideológicos imbuídos em outros indivíduos ou em um grupo de pessoas, passa a se utilizar dessa ideologia para, por exemplo, convencê-los com seu discurso.

É fácil achar exemplos de engodo ideológico na observância da prática democrática, principalmente no trato entre governantes e população ou entre candidatos e eleitores.

Um caso recente, em que ficou facilmente comprovada a utilização desse expediente, foi na campanha eleitoral para a Presidência da República no ano de 2010.

¹⁰ BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.* p. 166 e ss.

Como há muito tempo não ocorria, a campanha eleitoral foi repleta de episódios em que os candidatos apelaram para a fé religiosa, como nos eventos em que houve manifestações diversas a respeito do aborto.

Manifestações anteriores dos candidatos em relação ao tema levaram lideranças religiosas a manifestarem opiniões a respeito dos candidatos com base exclusivamente nesse posicionamento, recomendando-se o voto naquele que não houvera se manifestado favoravelmente ao aborto.

Referida manifestação causou comoção inesperada nos eleitores e, conseqüentemente, fez com que a postura dos candidatos quanto ao tema fosse imediatamente alterada.

A candidata que por diversas vezes houvera se manifestado favoravelmente à descriminalização e à regulamentação da realização do aborto modificou a sua posição nos programas eleitorais, procurando se mostrar como uma “defensora da vida”, criando-se, em conseqüência, a imagem de “mãe do Brasil”.

A mesma candidata passou a apelar para a imagem de pessoa religiosa, comparecendo a celebrações católicas e incluindo, em sua propaganda partidária, referências a uma criação em conformidade com os valores da Igreja.

Essas atitudes e estratégias de campanha demonstram que a candidata lançou mão de engodo ideológico com a intenção de convencer os adeptos de uma certa ideologia religiosa de que as suas condutas se enquadrariam nos parâmetros identificados como corretos pelos adeptos dessa ideologia.

Como se vê do exemplo narrado, o engodo ideológico é fruto de um processo consciente e o sujeito que o aplica tem a plena noção de que o seu discurso vai seduzir aqueles que ainda não realizaram o processo do restauro e que, portanto, ainda estão imbuídos e influenciados pela ideologia aplicada em forma de engodo.

2.5. Outras concepções ideológicas

Embora Marx e Engels tenham contribuído para a uma concepção dialética de Ideologia e apesar de também terem contribuído de forma decisiva para a diferenciação entre Ideologia e engodo ideológico, após a retomada do termo por ambos os pensadores, ele passou a ser desenvolvido e analisado de forma mais constante, originando concepções diversas sobre a Ideologia, as quais são destacadas por Sérgio Resende de Barros, citando *Terry Eagleton*:

Diz *Eagleton*: 'Para indicar essa variedade de significados, deixe-me listar mais ou menos ao acaso algumas definições de ideologia atualmente em circulação: a) o processo de produção de significados, signos e valores na vida social; b) um corpo de idéias característico de um determinado grupo ou classe social; c) idéias que ajudam a legitimar um poder político dominante; d) idéias falsas que ajudam a legitimar um poder político dominante; e) comunicação sistematicamente distorcida; f) aquilo que confere certa posição a um sujeito; g) formas de pensamento motivadas por interesses sociais; h) pensamento de identidade; i) ilusão socialmente necessária; j) a conjuntura de discurso e poder; k) o veículo pelo qual atores sociais conscientes entendem o seu mundo; l) conjunto de crenças orientadas para a ação; m) a confusão entre realidade linguística e realidade fenomenal; n) oclusão semiótica; o) o meio pelo qual os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social; p) o processo pelo qual a vida social é convertida em uma realidade natural.¹¹

Como se percebe da leitura das diversas concepções indicadas ao acaso pelo autor, não há muito rigor na sua configuração, tendo em vista que muitas delas podem ser classificadas propriamente como engodo ideológico e não como ideologia em si.

Esse fator, aliás, demonstra o quão arraigada a crítica de Napoleão esteve no pensamento ocidental, pois mesmo após o desenvolvimento do termo e a sua análise em diversas perspectivas, muitos autores insistiam em identificá-la com o falseamento da realidade por meio de motivações e condicionantes sociais, ignorando a sutil diferenciação que separa ideologia de engodo ideológico, conforme demonstramos.

¹¹ BARROS, Sérgio Resende. *Op. cit.* p. 163.

De todas essas outras concepções, contudo, vale destacar aquela de Mannheim, que procurou identificar uma classe social que, no seu entender, estaria menos suscetível ao pensamento ideológico. Identificou, portanto a *intelligentsia*, que, no seu entender, por não estar propriamente vinculada a uma ou a outra classe social – burguesia ou proletariado – tinha o senso crítico apurado para identificar os elementos ideológicos que turbassem uma ou outra concepção.

Contudo, a prática social mostrou que o esforço de *Mannheim* havia sido em vão, porque também a *intelligentsia*, por mais que não fizesse parte absolutamente de uma ou de outra classe social predominante, não conseguia obter o distanciamento histórico-social necessário da realidade para emitir uma opinião ou construir uma visão sobre ela que fosse efetivamente desprovida de elementos ideológicos.

Assim, temos que as mais diversas concepções de ideologia acabaram por, finalmente, orbitar sempre em torno das mesmas ideias e identificações, propiciando o desenvolvimento do termo, da sua diferenciação em relação ao engodo ideológico e da constatação da impossibilidade de existir um observador absoluto que, no seu próprio tempo, pudesse ter o distanciamento necessário da realidade social para permitir-lhe estar livre de qualquer concepção ideológica.

3. A IDEOLOGIA DO LEGALISMO

Acima, vimos, rapidamente, os conceitos, parâmetros e aspectos do termo ideologia. Vimos também que o seu desenvolvimento ao longo do tempo culminou com o aperfeiçoamento do conceito e com a identificação de suas características próprias, suas falhas e os métodos de como superá-las.

Todo esse desenvolvimento do conceito de ideologia fez surgir concepções de mundo distintas que, em interação dialética umas com as outras, possibilitou a criação de alguns termos com o sufixo “ismo”, dos quais destacam-se o liberalismo e o socialismo, cada um deles com valores próprios e, pode-se até dizer, em certo ponto, opostos, mas implicando a origem de um na superação da concepção do outro.

À exemplo do que afirmado, tomemos o conceito de liberalismo, com os seus valores supremos da liberdade e da propriedade privada.

Quando possibilitada a decantação de seus elementos ideológicos e a apuração de sua verdadeira essência, nota-se que a sua superação resulta na concepção de socialismo, focada agora na solidariedade e na distribuição igualitária dos meios de produção.

Ou seja, a dialética entre os dois “ismos” possibilitou que, pela decantação natural das concepções ideológicas que informavam o liberalismo, o socialismo pudesse superar aquilo que eram meras contingências, ainda que as tenha substituído por outras contingências, também fruto de condicionantes sociais e revestidas de elementos fortes de ideologia, criando um novo “ismo”.

Sérgio Resende de Barros comenta que esse processo foi denominado de era das ideologias, mas que seria mais correto denominá-lo de guerra das ideologias.¹²

¹² BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, p. 172.

Iniciada no Iluminismo, essa denominada era das Ideologias, principalmente dos dois “ismos” que destacamos acima, foi a força-motriz que regeu a política na busca da sociedade por uma ordem política ideal.

Assim, em torno da ideia de liberdade erigiu-se a ideologia “ismo” liberalismo, enquanto em torno da concepção do social e de solidariedade, erigiu-se a ideologia “ismo” socialismo.

O legalismo, por sua vez, também pode ser considerado uma ideologia “ismo” nascida das mentes burguesas pós-Revolução Francesa, com a intenção de superar o absolutismo e conferir força-motriz às leis criadas pela própria burguesia.

O legalismo – que gira em torno da lei – pretendia determinar que, ao contrário do que havia no absolutismo – em que as regras da sociedade eram ditadas pelo soberano, revestido de poder divino –, a supremacia agora pertencia ao povo, por meio da edição das leis por seus representantes eleitos.

Contribuíram enormemente para essa concepção os trabalhos filosóficos de Rousseau – em O Contrato Social – e Montesquieu – em o Espírito das Leis.

3.1. O Legalismo para Rousseau

O Jean Jaques Rousseau destacou que, para os homens, em seu estado natural, as leis da natureza não seriam suficientes para permitir a harmônica convivência entre os indivíduos e que, por essa razão – *“conventions and laws are therefore needed to join rights to duties and refer justice to its object”*¹³.

E, Rousseau continua pontuando que, para ele, a lei será sempre geral e jamais poderá regular situações particulares, tendo em vista que o próprio povo legisla para o próprio povo, por meio do Poder Legislativo. Daí, para Rousseau, decorreria a impossibilidade até de se questionar a lei, conforme demonstra a seguinte passagem:

¹³ ROUSSEAU, Jeann-Jacques. *O Contrato Social. in: The Works of Jean-Jacques Rousseau.* Halcyon Press, 2009. Versão para Kindle. Location 389-96.

On this view, we at once see that it can no longer be asked whose business it is to make laws, since they are acts of the general will; nor whether the prince is above the law, since he is a member of the State; nor whether the law can be unjust, since no one is unjust to himself; nor how we can be both free and subject to the laws, since they are but register of our wills.¹⁴ (grifos nossos)

Assim, conclui Rousseau que, as leis são condições para a associação civil e que, nesse passo, somente um governo de leis pode ser considerado legítimo em uma República – em que há o governo das leis e onde, em razão disso, o interesse público é soberano.

E, sendo as leis a condição para a associação civil, tendo como destinatário o povo, caberia ao povo o dever de produzi-las.¹⁵ Mas, para produzi-las, é necessário haver uma “iluminação” especial ao povo, que lhe permita suplantar os seus interesses individuais e ver o bem coletivo, de forma a revestir a lei da generalidade que a torna realmente legítima. Por essa razão, aponta Rousseau, seria absolutamente necessária a existência do legislador.

Ainda, Rousseau afirma que o legislador é aquele que melhor sabe a maneira pela qual as leis por ele criadas devem ser executadas e interpretadas e que, por essa razão, as funções legislativa e executiva devem caminhar unidas. Contudo, aponta o perigo da união dessas duas funções, pois aquele que faz as leis jamais deveria ser responsável por executá-las, uma vez que essa conjugação de funções criaria o risco cada vez maior de haver a influência de interesses privados na legislação, deslegitimando-a.

¹⁴ Em tradução livre, poderíamos assim transcrever esse trecho: “Sob essa perspectiva, nós constatamos imediatamente que não se pode mais perguntar a quem pertence a tarefa de produzir as leis, pois essas são atos de vontade geral; também não cabe mais perguntar se o príncipe está acima da lei, uma vez que ele é um dos membros do Estado; assim como não é cabível a questão de se a lei pode ou não ser injusta, já que ninguém é injusto consigo mesmo; e nem tampouco pode-se perguntar se nós podemos ao mesmo tempo ser livres e ainda sujeitos às leis, porque essas não são mais que registros das nossas próprias vontades.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.* Location 402-8.

¹⁵ “Laws are, properly speaking, only the conditions of civil association. The people, being subject to the laws, ought to be their author: the conditions of the society ought to be regulated solely by those who come together to form it.” Ou, em tradução livre: “Leis são, propriamente falando, simplesmente condições para a associação civil. O povo, estando sujeito às leis, deve ser seu autor: as condições da sociedade devem ser reguladas somente por aquele que se unem para formá-la”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.* Location 408-14.

Para Rousseau, se tomarmos o termo democracia em seu sentido original, poderíamos afirmar que de fato nunca houve, e nunca haverá, propriamente, uma democracia. Aponta ele que, para que haja propriamente uma democracia, o Estado deve ser absolutamente pequeno, com modos de operar absolutamente simples e com uma igualdade de renda e *status*, o que não se observa na realidade prática.

Assim, nenhum outro regime político estaria mais sujeito a revoltas e guerras civis do que o regime democrático, porque além de ser praticamente impossível a reunião de todos os requisitos acima mencionados, a virtude não é uma característica observada em todos os homens. Dessa forma, um governo assim pressuporia uma sociedade formada de homens perfeitos e se mostraria, na prática, inviável.¹⁶

Como se depreende da curta análise desses aspectos da obra de Rousseau, ele confere à lei o papel central na construção de uma República, que seria a única forma de governo legítima, tendo em vista a colocação do interesse público como condição soberana.

E, para Rousseau, a lei produzida pelo legislador seria fruto da vontade geral do povo e, como tal, estaria absolutamente imune às críticas. Além disso, admite que a função legislativa deveria estar separada da função executiva, sob pena de se contaminar a primeira com interesses e paixões particulares, deslegitimando a lei.

Ainda, a democracia seria uma forma de governo impraticável, dentre outras razões, pela impossibilidade de que todo o povo de um Estado tenha a mesma condição financeira e *status* social, o que certamente resultaria em disputas internas.

Todos esses elementos demonstram diversos aspectos meramente ideológicos do legalismo, da forma como concebido em sua origem. Primeiramente, a lei era entendida não apenas como soberana, mas efetivamente como absoluta. Ela era imune à críticas e à valoração, porque representaria a vontade geral do povo.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.* Location 767-73.

Ocorre que esse “povo” era absolutamente restrito: excluía mulheres, pessoas de baixa renda, estrangeiros e todos aqueles que não se classificassem dentro do estamento burguês. Então, como seria possível a afirmação de superioridade da lei sob o argumento de que ela seria uma representação da vontade geral se, na realidade, a referida vontade estava restrita às camadas menores de toda a sociedade?

Outro ponto em que se identifica a ideologia de maneira clara é no fato de que todo o raciocínio de Rousseau parte da ideia de um contrato/pacto social.

Ocorre que essa ideia de contrato é oriunda da passagem da Idade Média (Feudalismo) para o Capitalismo e representa um elemento ideológico dessa época. A própria ideia de contrato social, então, base de desenvolvimento de toda a teoria de Rousseau, é altamente ideológica.

Esses elementos trazidos buscam demonstrar que o legalismo surgiu de fato como uma ideologia “ismo” em torno da ideia de lei e que diversos de seus elementos iniciais foram depurados com o tempo, possibilitando a decantação da essência e sua separação da contingência.

Os mesmos traços ideológicos do legalismo podem ser observados na obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*.

3.2. O Legalismo para Montesquieu

Desenvolvendo a mesma espécie de raciocínio de Rousseau, Montesquieu afirma que a lei é decorrência da natureza das coisas e de suas relações e que ela também é um requisito e uma consequência da vida em sociedade. Assim, para que seja possível essa convivência social, é necessária a criação de leis pelo próprio homem, por meio da legislação, de forma a lembrá-lo da existência de seus iguais¹⁷.

¹⁷ “Formed to live in society, he might forget his fellow-creatures; legislators have therefore by political and civil laws confined him to his duty.” Em tradução livre, poderíamos dizer: “Condicionado a viver em sociedade, ele pode ocasionalmente esquecer de seus iguais; legisladores, contudo, por meio de leis civis e políticas, o obrigam a esse dever.” SECONDAT, Charles (Baron de Montesquieu). *The Spirit of Laws*. Amazon, 2009. Versão para Kindle.. Location 236-42.

Para Montesquieu, a necessidade das leis surgiria da superação do estado de natureza pelo homem e de sua organização em sociedade. Dessa forma de organização social, o estado natural de paz se transformaria em um estado natural de guerra, pois as sociedades, os Estados, as nações e os indivíduos entre si passariam a ter consciência de sua força e da possibilidade de usá-la para subjugar os outros.

Da superação desse estado natural de paz por um estado de guerra surgiria a necessidade de criação das leis positivas pelos próprios homens. De cada um dos possíveis conflitos, surgiria, então, uma diferente espécie de lei. Para evitar os possíveis conflitos entre os Estados, surgiria a *law of nations*; do possível conflito entre os indivíduos, surgiria a *civil law*; e dos possíveis conflitos de governo internos surgiria a *politic law*.

Montesquieu também valoriza a República, utilizando como critério de sua caracterização aquele em que o povo ou uma parte dele detém o poder político, ou seja, que não se encontra na mão de um só.

Afirma o pensador francês que, daí, decorre já um outro problema de organização do governo – não basta ter o poder, o povo tem de estar capacitado para escolher seus representantes e, além disso, há que se definir aqueles que são também capacitados para serem votados.

Destaca Montesquieu que o povo é dividido em classes e que a habilidade para fazê-lo destaca os grandes legisladores.¹⁸

Assim, a maneira pela qual se atribui a um cidadão o direito de sufrágio é tão importante para a organização da República e das leis quanto a maneira pela qual se contabiliza esse sufrágio.

¹⁸ “In a popular state the inhabitants are divided into certain classes. This in the manner of making this division that great legislators have signalized themselves.” SECONDAT, Charles (Baron de Montesquieu) *Op. cit.*, Location 329-35

Para ele, o sufrágio, necessariamente, em uma democracia, deveria ser público, pois só assim seria possível controlar os votos das classes menos favorecidas, as quais estariam fadadas, caso assim não ocorresse, a dar votos que lhe prejudicassem.¹⁹

Todavia, ele concordava com Rousseau integralmente no que dizia respeito ao fato de que o povo deveria ser o emissor das leis, ainda que, em algumas hipóteses, fosse necessário que o Senado legislasse sozinho ou que aprovasse e triasse previamente as leis feitas pelo povo.

Ao contrário de Rousseau, contudo, Montesquieu entendia possível a existência de uma democracia e todos os elementos acima apontados seriam plenamente aplicáveis a um governo democrático, desde que observadas as restrições que ele entendia imprescindíveis, como o eventual controle do Senado.

E, assim como Rousseau, Montesquieu, na sua concepção de legalismo, também lançou mão de estratégias de ideologia, principalmente da universalização²⁰, buscando colocar a lei como suprema e subserviente ao interesse de todos, quando, na realidade, ela apenas refletia o interesse de uma pequena minoria que tinha o direito de votar e de ser votada.

Outro estratagema da ideologia utilizado por Rousseau e Montesquieu é o da fragmentação – o conceito de corpo político, por exemplo, reflete bem a aplicação desse estratagema.

O mesmo se diga em relação à ideia de “natureza das coisas”, que se observa tanto na doutrina de Rousseau quanto na doutrina de Montesquieu e de outros pensadores liberais franceses.

¹⁹ “The people’s suffrages ought doubtless to be public and this should be considered as a fundamental law of democracy. The lower class ought to be directed by those of higher rank, and restrained within bounds by the gravity of eminent personages. Hence, by rendering the suffrages secret in the Roman republic, all was lost; it was no longer possible to direct a populace that sought its own destruction.” SECONDAT, Charles (Baron de Montesquieu) *Op. cit.* Location 354-60.

²⁰ THOMPSON, John B. *Ideologia e Cultura Moderna: Teoria Social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. Petrópolis: Vozes, 2009. pp. 81-89.

O estratagema de naturalização e generalização decorrente da ideia de “natureza das coisas”, contudo, é meramente ideológico, porque não existe algo como a “natureza das coisas”.

Contudo, esse estratagema passa a ser utilizado por esses ideólogos para justificar quaisquer acontecimentos, que podem ser aceitos, desde que derivem da fórmula mágica denominada por esses pensadores, como já dissemos, “natureza das coisas”.

Por fim, outro estratagema ideológico que se pode apontar é aquele denominado de “expurgo do outro”.

Quando os referidos pensadores afirmam que alguns cidadãos não estão aptos a votar e que outros, ainda que aptos, não estão em condições de serem votados, esse estratagema é claramente utilizado. Assim, para Montesquieu, o povo tem capacidade de eleger, mas não tem capacidade de legislar.

A ideologia “ismo” do legalismo, então, surge como uma resposta da burguesia ao absolutismo e à posição de inferioridade de que a classe gozava na divisão social, apesar de já deter o poderio econômico e suplantar-se financeiramente às classes até então dominantes – nobreza e clero.

E, como uma ideia-força motriz, que pretendia superar a antiga ideologia, colocando a ideia da lei no ápice de uma pirâmide em torno da qual nasceram outras teorias, formas de governo, organizações sociais e outras diversas questões, foi que surgiu o legalismo.

4. O ESTADO DE DIREITO

É frequente a ideia de que a concepção de Estado de Direito surgiu com as revoluções liberais.

Contudo, com essas revoluções surgiu, na realidade, a concepção de Estado Liberal, em oposição ao absolutismo monárquico, consagrando a ideologia do *laissez faire, laissez passer*.

Ao contrário do que se afirma, então, a noção de Estado de Direito surgiu e desenvolveu-se na Alemanha (*Rechtsstaat*)²¹, ao mesmo passo em que, nos Estados Unidos e na França, por ocasião das revoluções liberais, nascia o Estado Liberal.

Ambas as concepções, contudo, caminharam lado a lado e uniram-se, de maneira que o Estado de Direito passou a representar a forma cujo conteúdo era definido pelo Estado Liberal.

Dessa forma, posteriormente, com a superação do paradigma liberal, mudou-se apenas o conteúdo – que passou a ser o conteúdo do Estado Social – mantendo-se sempre a forma do Estado de Direito.

Assim, o Estado de Direito, como uma das concepções de Estado Constitucional, foi a que mais prosperou com a passagem do tempo, ainda que o seu conteúdo tivesse sido modificado de liberal para social e democrático.

²¹ A doutrina a respeito do tema controverte acerca da origem do termo, apesar de ser unânime quanto à sua nacionalidade alemã. A respeito dessa controvérsia, vejamos o quanto afirma Sérgio Resende de Barros: “*Em brilhante tese defendida na Universidade de Paris, Luc Heuschling afirma que o termo – compondo Recht (direito) com Staat (Estado) – foi criado por Johann Wilhelm Placidus (ou Johann Wilhelm Petersen) em 1798 na obra Litteratur der Staaslehre. Ein Versuch. No entanto, Friedrich Auguste Hayek dá ao termo outra origem: ‘A palavra Rechtsstaat teria aparecido pela primeira vez, embora não com o seu significado posterior, em K. T. Welcker, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe (Giessen, 1813), onde se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e Rechtsstaat.’ Ferreira Filho noticia no Brasil essa informação de Hayek, que dá por pioneiro o emprego do termo Rechtsstaat por Welcker.*” BARROS, Sérgio Resende de. *Estado de Direito*. No mesmo sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

Mas essa interrelação entre o Estado de Direito e Estado Liberal só ocorreu posteriormente, uma vez que a doutrina do Estado de Direito apenas prosperou na França no início do Século XX, pelas palavras de Carré de Malberg.

E, com o seu desenvolvimento na França, o conceito de Estado de Direito foi levado para outras nações e traduzido para diversos idiomas.

A noção do Estado de Direito por Carré de Malberg possibilitou distanciar a concepção de que a lei e a sua obediência significam exatamente o direito.

O autor demonstrou, pela construção da ideia do *État Legal*, que o Estado de Direito era mais do que a simples elaboração e sujeição às leis.

Na esteira da noção de Estado de Direito e na sua contraposição ao Estado Legal, surgiu a discussão quanto à legitimidade das leis e da sua conformação com um valor maior de justiça. Ou seja, não bastava mais que houvesse a elaboração de leis, elas deveriam estar revestidas de valores supremos de justiça para que fossem consideradas legítimas.

Daí surge a necessidade de se analisar a diferenciação entre o Estado Legal e o Estado de Direito, desenvolvida por Carré de Malberg.

5. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE O ESTADO LEGAL E O ESTADO DE DIREITO POR RAYMOND CARRÉ DE MALBERG

Em 1920, Carré de Malberg publicou seu livro *Contribution a la théorie générale de l'État*, em que desenvolveu não só a ideia de Estado de Direito, como também o diferenciou daquele que chamou de Estado Legal (*État Legal*).

O seu raciocínio é iniciado pela diferenciação entre atos administrativos e legislativos.

Analisando os primeiros, ele comenta que esses estão condicionados pela legislação e devem total obediência a ela. Assim, se o cidadão entender que algum ato administrativo é ilegítimo, ele pode recorrer ao Judiciário e pleitear a sua avaliação e conseqüente anulação.

A legislação, por sua vez, é incondicionada. O legislador tem total liberdade para elaborá-la, definindo os temas prioritários e a forma pela qual eles deverão ser regulados. A lei é, portanto, livre e soberana.

Tendo em mente essa divisão entre atos administrativos e legislativos, Carré de Malberg passa a contrapor a noção de Estado de Polícia à do Estado de Direito.

O Estado de Direito, para ele, corresponderia à submissão do Estado a um regime de direito com o objetivo de garantir os estatutos individuais de seus cidadãos, os quais teriam a possibilidade de recorrer ao Judiciário caso algum ato administrativo violasse essa ordem jurídica.

Assim, no regime de Estado de Direito, o Estado de Polícia é limitado à ordem jurídica, de forma a coibir atitudes *contra legem*, ao mesmo tempo em que se obriga a adoção de atos *secundum legem*.

Malberg apontou que, no regime francês, por exemplo, os atos administrativos passaram a ter mera função de execução dos atos legislativos, observando-se a subordinação do poder administrativo à legislação.

Contudo, destacou o pensador francês que nem sempre a mera observância da lei era suficiente para configurar o Estado de Direito²² e, que, o que havia nessa mera submissão da Administração à lei, tornando-a mera executora dos ditames legislativos, era a configuração de um outro tipo de Estado, o qual denominou de *État Legal*, Estado Legal (ou legalista).

Daí que surge a nota mais importante no raciocínio malbeguiano: a diferença efetiva entre Estado de Direito e Estado Legal, a qual pode ser definida pela observância de três principais requisitos²³: (i) o mero Estado Legal, ao contrário do Estado de Direito, apesar de levar em consideração a importância de se observar as leis, não visa a assegurar garantias individuais; (ii) o Estado Legal, assim, por não se revestir da figura do fiador dessas garantias, torna-se meramente forma de governo especial; e (iii) por fim, o Estado Legal, ao contrário do Estado de Direito, preocupa-se tão-somente em assegurar a supremacia da vontade do corpo legislativo, sem impingir ao legislador qualquer vinculação à observância dos direitos fundamentais, deixando os cidadãos submetidos à boa-vontade e ao bom senso – nem sempre observados – do legislador.

O desenvolvimento dado por Malberg ao tema em questão – em que ele opôs, de forma clara, o Estado de Direito ao mero Estado de legalidade – foi ainda contestada com a evolução do pensamento jurídico, principalmente com o advento do positivismo jurídico kelseniano.

²² Para Malberg, "(...) o regime do Estado de direito implica essencialmente que as regras limitativas que o Estado se impoe no interesse de seus súditos poderão ser invocadas por estes da maneira como se invoca o direito: porque não é senão sob essa condição que elas gerarão, para os súditos, o verdadeiro direito. O Estado de direito é, pois, aquele que – ao mesmo tempo que formula prescrições relativas ao exercício de seu poder administrativo – assegura aos administrados, como sanção essas regras, um poder jurídico de agir ante uma autoridade jurisdicional para o fim de obter a anulação, a reforma ou, em todo caso, a não aplicação dos atos administrativos que os hajam violentado." in: MALBERG, Raymond Carré. *Contribution à la Théorie Générale de L'État*. Paris: Librairie de la Société Du Recueil Sirey: 1920. Tradução: Sérgio Resende de Barros, item 164.

²³ Ver em MALBERG, Raymond Carré. *Op. cit.* Item 164.

Hans Kelsen, sobre a expressão Estado de Direito, chegou a afirmar que ela seria um pleonasma²⁴, porque para haver direito, necessário seria que houvesse Estado e vice-e-versa.

Assim, de acordo com o seu denominado positivismo coerente, a expressão não diria mais que o óbvio: que todo Estado teria subjacente a ele uma ordem jurídica. Eis aqui, portanto, a consagração de um mero Estado legalista, ignorando as reflexões já postas com pioneirismo por Carré de Malberg.

Não obstante, contudo, à existência de posicionamentos diversos, a discussão iniciada por Carré de Malberg colaborou para a consolidação da perspectiva atual de Estado de Direito.

Por essa concepção, ele é visto como um imperativo axiológico e que não mais se entende composto apenas pelo valor da legalidade.

O Estado de Direito, também hoje, deve observar os princípios da dignidade da pessoa humana, o princípio republicano, democrático, da segurança jurídica e da separação (e interrelação) dos poderes.

Dessa forma, o Estado de Direito representa, atualmente, uma ideia-força potencial de legitimação política dos governos em seus três diferentes poderes e, incorporando a visão ampla da expressão – aquela que consagra o Estado de Direito como promotor e garantidor das garantias individuais dos cidadãos – tornou-se requisito de legitimidade.

Contudo, ainda que hoje seja ampla a aceitação desse novo conceito de Estado de Direito, muitas vezes a prática jurisdicional nos mostra distorções dessa concepção, que vem a ser mitigada e até negada por um mero Estado legalista.

²⁴ Conforme nota inserida por BARROS, Sérgio Resende de. *Estado de Legalidade*.

6. O LEGALISMO SEGUNDO ERIC A. POSNER

Antes de passarmos à análise do caso concreto de negação do Estado de Direito pelo Estado de Legalidade, na esteira do que já alertava Carré de Malberg há quase um século atrás, cumpre-nos analisar a significação do termo “legalismo” para Eric A. Posner.

No livro objeto de análise – *Perils of Global Legalism* –, Posner analisa principalmente aquilo que ele denomina de *global legalism* – ou legalismo global.

O autor inicia a sua análise com o argumento de que a solução de problemas globais de ação coletiva sempre passou pela sugestão de criação de um governo global.

Contudo, tendo a realidade demonstrado a impossibilidade cada vez maior da criação desse governo – tendo em vista a heterogeneidade da população mundial –, outras soluções tiveram que ser desenvolvidas, além das quatro clássicas propostas analisadas e rechaçadas pelo autor – integração política, integração econômica, integração ideológica e hegemonia.

Surgiu, então, como sugestão para a solução dos problemas globais de ação coletiva, a teoria do *global legalism*, segundo a qual o direito internacional deveria ser observado nesses conflitos e servir como instrumento para a sua solução de conflito, o que dispensaria, por sua vez, a necessidade de um governo para a impor a lei²⁵.

Essa excessiva confiança na eficácia do direito internacional decorreria do entendimento de que esse direito teria um valor tão elevado que criaria uma presunção a favor de seu cumprimento ou, simplesmente, porque os Estados-Membros não poderiam analisar o direito internacional como mera relação de custo-benefício, já que ele apresentaria valor soberano por si mesmo.²⁶

²⁵ “Law without government” in: POSNER, Eric A. *The Perils of Global Legalism*. Amazon, 2009. Versão para Kindle. Location 189.

²⁶ POSNER, Eric A. *Op. cit.* Locations 53-54.

A teoria do *global legalism*, aponta o autor, é derivada da teoria do legalismo, muito difundida nos Estados Unidos da América.

A teoria do legalismo seria decorrência do prestígio da lei, mas, ao mesmo tempo, poderia também ser considerada uma forma de pensar que não dá a devida atenção à função social da lei, quando ela passa a ser um fim em si mesma, tendo o seu valor de fato distorcido.²⁷

Ocorre que, para Posner, a teoria do legalismo tem duas diferentes facetas nos Estados Unidos: pode se manifestar tanto na elaboração das leis quanto na atuação dos juízes pela elaboração de políticas públicas, oriunda principalmente do espaço de interpretação conferido pela curta Constituição norte-americana²⁸.

Assim, o legalismo pode se manifestar no excessivo poder conferido aos juízes e, conseqüentemente, fazer surgir um Estado cada vez mais litigioso, com a predominância de decisões judiciais sobre decisões políticas e com a valorização excessiva de procedimentos e das profissões jurídicas²⁹.

Por fim, aponta que a atração do legalismo é sempre maior quanto mais diversificadas forem as sociedades, pois assim, maiores serão as chances de se recorrer ao Judiciário em busca de proteção contramajoritária.

Ao mesmo tempo, indica Posner que o legalismo – principalmente no que diz respeito ao excessivo poder do Judiciário – é bem observado quando o governo regulamentar se mostra fraco, fragmentado, impopular, ou incapaz de alguma outra forma, ao passo em que as Cortes se mostram efetivas e gozam de boa reputação³⁰.

²⁷ “The prestige of the law often leads to legalism, which is a view that loses sight of the social function of law and sees it as an end in itself.” *in*: POSNER, Eric A. *Op. cit.* location 59.

²⁸ Ver POSNER, Eric A. *Op. cit.* Location 311.

²⁹ “*In sum, legalism defined broadly is the view that law and legal institutions can keep order and solve policy disputes. It manifests itself in powerful courts, a dominant class of lawyers, and reliance on legalistic procedures in policymaking bodies*” *in*: POSNER, Eric A. *Op. cit.* Location 358.

³⁰ Textualmente é nesse sentido a conclusão de Posner: “*But why not rely on political authorities? The answer may be that legalism becomes more attractive when regular government is weak, fragmented, unpopular, or otherwise incapacitated, while the courts themselves are effective and enjoy a good reputation.*” *in*: POSNER, Eric A. *Op. cit.*, Location 364.

Como visto, o legalismo, para Posner, tem elementos que convergem e que divergem do conceito de Estado Legal e de legalismo utilizado no presente trabalho.

Isso porque o legalismo, para o autor, não se reflete meramente na sobrevalorização da lei, mas também na sobrevalorização do Judiciário como um todo.

Independentemente disso, é importante a análise da visão de Posner e a constatação de que o legalismo vem sendo rechaçado sempre que implique mera aplicação acrítica da lei, pois, de acordo com o que se pode concluir do presente trabalho, essa faceta do legalismo pode não só mitigar, como propriamente subjugar o Estado de Direito.

7. O ESTADO DE DIREITO SUBJUGADO PELO ESTADO DE LEGALIDADE – A POLÍTICA NORTE-AMERICANA ANTITERRORISMO

Ao finalizar o presente trabalho, tendo colocado todas as premissas de raciocínio acima expostas – dentre elas, o pensamento ideológico, o surgimento do legalismo, o desenvolvimento do legalismo como ideologia, a origem do Estado de Direito e a contraposição existente entre Estado de Direito e o Estado Legal – cumpre-nos analisar um caso concreto em que todos esses elementos possam ser observados.

Para tanto, baseados na doutrina de Posner, voltaremos nossa análise aos Estados Unidos da América e a sua política de combate ao terrorismo, recrudescida após os ataques de 11 de setembro de 2001.

Após aquele evento, que marcou os cidadãos norte-americanos com a sensação de extrema insegurança dentro de seu próprio território e com a ausência de uma política definida para combater um inimigo invisível, fanático e sem qualquer temor pela própria vida, o governo norte-americano propôs, no Congresso Nacional, leis de segurança que previam diversas medidas restritivas de direitos, dentre as quais destacamos o *USA Patriot Act* e o *Authorization for Use of Military Force Act*.

Essas medidas previam, entre outras coisas, a invasão de domicílio sem mandado judicial e sem o conhecimento do morador; interceptações telefônicas com maior agilidade e menor rigor; e detenção de suspeitos de terrorismo, também sem mandado judicial, para averiguações preliminares que se entendessem necessárias.

Todas essas medidas, por mais extremas que pudessem parecer, tiveram ampla aceitação da população norte-americana, apavorada com a possibilidade de haver outro ataque terrorista como aquele do dia 11 de setembro.

E, assim, nesse clima de insegurança, as leis foram aprovadas, por votos tanto dos republicanos quanto dos democratas e passou a vigor nos Estados Unidos.

No processo de convencimento popular para aprovação da lei, houve o que muitos especialistas identificaram como uma falsa indução aos cidadãos de que eles estavam diante de uma simples escolha naquele momento: a de perda parcial da privacidade para possibilitarem maior segurança para toda a nação.

A depender do ponto de vista da análise, podemos aqui identificar uma ideologia, refletida na lei então aprovada. A ideologia da tolerância zero, do “olho-por-olho”, da violência pela violência.

Ocorre que, essa ideologia foi imposta aos norte-americanos por autoridades que tinham consciência de seus argumentos falsos, falaciosos, o que, portanto, a transformou em um engodo ideológico reducionista, na tentativa – bem-sucedida – do convencimento da população dos Estados Unidos de que se estava diante de uma escolha simples, envolvendo apenas dois fatores isolados e que dever-se-ia optar pela preservação da segurança a qualquer preço, em detrimento da privacidade.

Revestida dessa ideologia de tolerância zero, a lei foi então aprovada e passou a ser aplicada indistintamente em todo o território norte-americano.

No entanto, esse conjunto de leis permitiu diversas violações ao Estado de Direito.

A sua aplicação, consonante com a legalidade – pois, simplesmente representava a obediência aos termos legais –, negava o Estado de Direito em diversos aspectos, causando diversos episódios de injustiça e preconceito no combate ao terrorismo.

7.1. A prisão de Guantánamo

Um exemplo claro dessa negação do Estado de Direito pelo Estado de legalidade adveio da criação pelo Estados Unidos do Campo de Detenção da Baía de Guantánamo, localizada em Cuba.

A prisão em questão foi fechada por ordem do Presidente Barack Obama em 2009: “O centro de detenção de Guantánamo objeto desta ordem será fechado o mais rápido possível e, no mais tardar, no prazo de um ano a partir da data da ordem.”³¹

Todavia, algumas características quanto ao seu funcionamento servirão para análise neste trabalho.

Nela, eram detidas pessoas suspeitas de terrorismo e outros crimes graves. Ficavam incomunicáveis, não tinham direito a advogados e, muitas vezes, sequer tinham o direito de saber as acusações às quais lhe haviam sido imputadas.

Diversas violações de direitos humanos foram apontadas nessa prisão. A prática de tortura era frequente, ainda que os instrumentos para tanto fossem considerados mais brandos pelas autoridades norte-americanas.

Muitos justificavam a necessidade da tortura e até a sua legitimidade, baseando-se no Artigo Primeiro da Constituição americana, o qual constitui o Presidente norte-americano como *Commander-in-Chief*.

Para os adeptos dessa corrente, o cargo em si permitiria até mesmo a autorização da prática de tortura, a demonstrar que a lei, pura e simples, pode servir à todas as interpretações e dar margem a aplicações diversas e totalmente em dissonância com o Estado de Direito³².

³¹ Disponível em <http://noticias.uol.com.br/ultnot/afp/2009/01/22/ult34u217542.jhtm>

³² “In early 2006, the *New York Times* reported that President Bush had instituted an extensive program of secretly wiretapping both citizens and foreigners without securing the judicial warrants that federal statutes require. The president admitted the practice. He and his aides claimed that it was

Todas essas violações, vale dizer, foram sendo reconhecidas com a passagem do tempo.

legal – among other grounds, because the president’s constitutional power as commander in chief allows him to override the ordinary law – but few lawyers agreed.” Em tradução livre: “No início de 2006, o New Yor Times relatou que o Presidente Bush houvera instituído um extenso programa de grampos secretos contra cidadãos e estrangeiros, sem observar a expedição dos mandados necessários e determinados pela legislação federal. O Presidente admitiu a prática. Ele e seus assessores alegaram que essa atitude seria legal – dentre outras razões, porque a prerrogativa constitucional do presidente como *Commander in Chief* o autorizaria a passar por cima das leis ordinárias –, mas poucos advogados concordaram.” *In: DWORKIN, Ronald. Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate.* New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 25.

8. O DISTANCIAMENTO E A DECANTAÇÃO

Tendo-se distanciado o evento tão traumático do 11 de setembro, os cidadãos e pensadores norte-americanos, analisando as políticas de combate ao terrorismo que então haviam sido implementadas, constataram os seus exageros.

Podemos dizer que, com a passagem do tempo – ainda que curta – e o distanciamento necessários, foi possível realizar-se um processo de decantação naquela ideologia de tolerância zero utilizada para embasar e convencer a população a aceitar tão rigorosas medidas.

O engodo ideológico, portanto, não mais convencia aqueles cidadãos, pois eles haviam sido capazes de depurar a contingência da essência imbuídas naquela ideologia em particular.

Sendo assim, a Suprema Corte norte-americana decidiu, em 28.06.2004³³, que, apesar de haver uma lei devidamente aprovada no Congresso autorizando a detenção de suspeitos de terrorismo pelo Presidente da República (*Authorization for Use of Military Force Act*) e por mais que essa lei não originasse divergências de interpretação, por ser claro o seu propósito, a questão não era se o Presidente tinha mesmo autorização para agir daquela forma, mas, sim, se aquela autorização que ele sem dúvida tinha do Congresso Nacional, estava de acordo com os valores constitucionais norte-americanos.

A esse respeito, o seguinte trecho de artigo sobre o tema escrito por Ronald Dworkin:

The question before the Court, O'Connor wrote, was therefore a constitutional one: not whether Congress had authorized the President to detain enemy combatants, but whether the President's exercise of that power to detain American citizens without serious judicial review violates the Constitution's Fifth Amendment, which

³³ *Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, No. 03-6696; *Rumsfeld, Secretary of Defense v. Padilla et al.*, No. 03-1027; *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, Nos. 03-334 and 03-343

says that no person may be deprived of liberty without due process of law.³⁴

Como se vê, a Suprema Corte norte-americana, confrontada com a aplicação literal da lei, decidiu que, apesar da vontade legal absolutamente clara, manifestada pelo Congresso Nacional e, portanto, gozando da presunção de legitimidade popular, não poderia aplicar o mero legalismo ao caso, tendo que perquirir se os termos legais estavam em acordo com o Estado de Direito e se respeitavam a garantia fundamental dos cidadãos norte-americanos de verem observado o *due process of law*.

Demonstra-se, portanto, com esse exemplo, que o Estado de Direito pode ser negado pelo mero estado de legalidade e que, muitas vezes, uma lei regularmente discutida e aprovada no Congresso Nacional, por meio dos fóruns de participação popular autorizados constitucionalmente, pode representar uma afronta ao Estado de Direito e, sob a pretensão de proteger, pode na verdade estar violando as garantias fundamentais dos cidadãos.

³⁴ Em tradução livre: “A questão posta perante a Corte, escreveu O’Connor, era portanto, de natureza constitucional: não se o Congresso tinha autorizado o Presidente a deter os inimigos combatentes, mas sim, se o exercício desse poder pelo Presidente – de deter cidadãos americanos sem os devidos processos legais – viola a 5ª Emenda da Constituição, que diz que nenhuma pessoa poderá ser privada de sua liberdade sem o devido processo legal.” DOWRKIN, Ronald. *What the Court Really Said*. In: *The New York Review of Books*. Agosto, 2004. Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/archives/2004/aug/12/what-the-court-really-said/?page=3>.

9. CONCLUSÃO

Buscamos demonstrar que o Legalismo é ideologia ainda hoje existente e pode levar à consolidação de um Estado de coisas que se denomina mero Estado de Legalidade, que pode confrontar, mitigar ou mesmo subjugar o verdadeiro Estado de Direito.

Desde as primeiras considerações de Malberg sobre o tema, o Estado de Direito deve ser entendido não só como aquele em que haja o respeito às leis constituídas e vigentes, mas sim, como aquele em que haja proteção efetiva das garantias fundamentais dos cidadãos.

Sem essa proteção, por mais que haja uma ordem jurídica subjacente, não se pode afirmar que exista efetivamente um Estado de Direito, mas sim um estado de mera legalidade, ou legalista, o qual se preocupa tão-somente com o respeito à lei, tornando-a um fim em si mesma, quando, na verdade, todo o conjunto legislativo deve ser o instrumento para a realização de valores maiores.

Assim, apreende-se ao final do presente trabalho, que as situações concretas devem nos alertar à análise e constatação do que são meramente aspectos legais, oriundos até o presente, da aplicação ideológica do legalismo, daqueles outros que são aspectos que efetivam a consagração do Estado de Direito.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

_____. *What the Court Really Said*. In: The New York Review of Books. Agosto, 2004. Disponível em <http://www.nybooks.com/articles/archives/2004/aug/12/what-the-court-really-said/?page=3>.

ENGELS, Frederick *The German Ideology by Frederick Engels*. Evergreen Review, 2007. Versão para Kindle.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALBERG, Raymond Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de L'État*. Tradução de Sérgio Resende de Barros. Paris: Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920.

POSNER, Eric A. *The Perils of Global Legalism*. Amazon, 2009. Versão para Kindle.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The Works of Jean-Jacques Rousseau*. Halcyon Press, 2009. Versão para Kindle.

SECONDAT, Charles (Baron de Montesquieu). *The Spirit of Laws*. Amazon, 2009. Versão para Kindle.

THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 8 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

