

3.1.3 Estado e Direito

Reis Friede

Desembargador Federal e Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito / UFRJ, Mestre e Doutor em Direito e Autor, dentre outras, da obra “Curso de Ciência Política e de T.G.E.: Teoria Constitucional e Relações Internacionais”, Forense Universitária.

Historicamente, duas diferentes doutrinas sobre a relação entre o Estado e o Direito evoluíram, em relativa situação de aproximado paralelismo, buscando explicar o gênese da concepção jurídico-legal do Direito em contraposição à efetiva realidade político-formal do Estado: a doutrina dualista e a doutrina pluralista.

A primeira, de natureza *dual*, simplesmente afirma tratar-se o Estado e o Direito de duas realidades distintas, desprovidas de qualquer forma relacional, e plenamente independentes; ao passo que a segunda, de natureza *plural*, defende tese oposta, segundo a qual o Direito é sempre resultado da sociedade (e dos agrupamen-

tos coletivos) e das instituições públicas e sociopolíticas (ainda que primitivas e iniciais) que necessariamente a compõem.

De fato, não obstante a insistência perpetuadora de alguns adeptos da primeira linha de pensamento (muito mais fundamentada em concepções filosóficas, religiosas e mesmo mitológicas do que propriamente realistas), a corrente pluralista tem demonstrado, de forma cada vez mais categórica, sua base científica, mesmo desde os primórdios da antiguidade clássica.

ARISTÓTELES (385-322 aC), discípulo de PLATÃO, já afirmava que o Estado era o elemento fundamental para prover as condições para a ordem perfeita (*nomos*) e a lei o instrumento

para a racionalização desta. HOBBS (1588-1679) já apregoava o Direito como produto do Estado para proteger os cidadãos contra inimigos externos e discórdias internas. ROUSSEAU (1712-1778), traduzindo o Estado através de um contrato social, defendia o Direito como mecanismo de conciliação entre a vontade individual e o bem coletivo. MONTESQUIEU (1689-1775) interpretava o Estado, simplesmente, como o “sujeito que estabelece normas”. DURKHEIM (1858-1917), MAX WEBER (1864-1920), H. LEVY-BRUHL (1857-1939) e R. POUND (1870-1964), por sua vez, creditavam ao Estado a natureza institucional, associando o Direito como elemento, respectivamente, de conexão com a coação organizada, disposição da ordem coercitiva, de criação de normas obrigatórias e de controle do processo de reconhecimento e realização das necessidades humanas.¹

Por outro prisma, não há deixar de reconhecer que formas elementares de Direito não somente regulavam (como ainda regulam, mesmo que excepcionalmente) agrupamentos sociais básicos e a sociedade primitiva, muito antes do advento das sociedades complexas, das Nações e, por via de consequência, do próprio Estado, como também continuam, sob certo aspecto, a regular condutas de organização comportamental interna e externa de grupos paraestatais e mesmo, em algum grau, de indivíduos isolados.²

Ainda assim, é correto afirmar que, com o advento do Estado, - na qualidade de ente coletivo último, resultante do processo evolutivo dos agrupamentos sociais humanos (considerando a própria impossibilidade fática de sobrevivência isolada (solitária) do ser humano) -, o Direito, não obstante a aparente diversidade de suas pretensas ordens jurídicas (infra-estatal / sociedades civis de modo geral, supra-estatal / organismos internacionais, paraestatal / contrária à ordem estatal oficial e mesmo transestatal / indiferente à ordem estatal oficial), sempre se efetiva como consequência dele, ainda que possa, eventualmente, se exteriorizar (temporariamente) de forma diversa e paralela em relação ao próprio ente estatal oficial.

Tal fato, cumpre esclarecer, decorre da sinérgica existência do terceiro elemento constitutivo do Estado, ou seja a soberania (em seu aspecto substantivo) que encerra, em sua vertente exteriorizante, a própria concepção estrutural do Estado e do poder originário constituinte, na qualidade de derradeiro responsável pela sua caracterização existencial e funcional.³

Não é por outro motivo que ALESSANDRO GROPPALI (*in Doutrina dello Stato*) afirma textualmente que, através do poder soberano (*superanus, supremitas, supremacia*), o Estado se impôs como entidade dotada de poder incontestável, assegurando, para si, com plena hegemonia, o monopólio exclusivo da criação da normatividade jurídica.⁴

1. Concepção Filosófica do Direito e sua Relação com o Estado

Não obstante a relativa primazia, no seio da doutrina pluralista, da concepção política do poder soberano, afirmando o Estado como entidade criadora do Direito (positivo), sob a óptica técnico-jurídica, não podemos deixar de registrar a existência de uma concepção interpretativa, de nítida feição filosófica, que traduz o fenômeno jurídico em relativa contraposição, como uma espécie de “freio e contrapeso” ao próprio poder estatal.

Essa concepção ideológica que, de maneira simplificada, percebe o Direito como instrumento de oposição ao pretensão “po-

der imperial” do Estado, ignora, todavia, os vícios de sua própria origem histórica, qual seja: a luta dos agrupamentos humanos organizados dentro do Estado, mormente na Europa absolutista, contra o poder imperial do Rei (governante), fundado, por sua vez, na concepção vigente à época, naquele continente, relativamente à chamada soberania teocrática.

Por efeito conseqüente, toda a construção filosófica de um pretensão Direito contra o Estado (e não produzido por ele), foi (e, em outras situações, continua a ser) cunhada muito mais para respaldar ideologicamente a “derrubada” de um regime político do que propriamente para afirmar a possibilidade da existência de um Direito – genuinamente legítimo e forjado por um indivíduo ou um grupo de indivíduos (o que se coaduna mais próximo da realidade pertencente a um Estado, em inexorável contraposição político-jurídica a ele, sem a intenção (direta ou indireta) de, na coexistência temporal de Direitos antagônicos (o estatal oficial e o grupal (ou mesmo individual)), forjar um novo Estado substitutivo ao oficialmente existente.

Não podemos nos esquecer de que todos os direitos fundamentais individuais (e as liberdades públicas de modo mais amplo) encontram-se assegurados no que convencionamos chamar de Constituição que, em linguagem simples, nada mais é do que a declaração última de conclusão da construção do próprio Estado, obra derradeira do denominado Poder Constituinte, na qualidade de expressão máxima da soberania nacional.

Portanto, é o próprio Estado, - através de sua inerente normatividade -, que assegura, em última instância, os direitos individuais, afirmando os limites de atuação do poder público governamental em sentido amplo (ações executivas, legislativas e jurisdicionais) em relação aos seus cidadãos (nacionais) e eventualmente aos estrangeiros em seu território geográfico.⁵

Notas Complementares:

1.Estados Paralelos Transnacionais e Transideológicos

É de considerar, em necessário acréscimo, que nem sempre o objetivo último dos grupos paraestatais ou mesmo transestatais é a “derrubada” formal do Estado oficial (e de seu conseqüente Direito positivo) para, em seu lugar, construir, na mesma extensão do âmbito espacial (território geográfico em sua totalidade) e pessoal (somatório dos nacionais (povo)), um novo Estado, em sua plenitude estrutural.

Muito pelo contrário, contemporaneamente, estes grupos, de nítida feição transideológica e transnacional, buscam, - de um modo diametralmente diverso de outros movimentos típicos da realidade dos séculos XIX e XX -, a obtenção de uma soberania restrita a uma dimensão territorial reduzida (porém compreendida nas fronteiras do território estatal oficial) e a uma igualmente dimensão pessoal reduzida (apenas sobre uma parcela populacional existente no território restrito ou de interesse específico), procurando estabelecer, neste contexto, a caracterização efetiva de um autêntico “Estado Paralelo” em que seja possível o exercício pleno de um correspondente “Direito Paralelo”.⁶

Essa realidade, resta registrar, é típica do que conveniou-se denominar por Estados Fracos (dotados de regimes políticos não plenamente consolidados) em que a efetivação do poder inerente à soberania ainda não ocorreu (ou jamais ocorrerá), forjando um Direito de exteriorização meramente ficcional.⁷

2. Estado Paralelo Clássico

É no chamado Estado Paralelo Clássico, - em virtual oposição aos objetivos restritivos dos grupos paraestatais (e, em certo aspecto, transestatais) típicos do século XXI -, que se verifica a plena (e gradativa) substituição do Estado Oficial pelo novo Estado, com nítida e diferente matiz ideológica.

Além do caso clássico da Alemanha, destaca-se o exemplo do Vietnã onde, durante muitos anos, perdurou a existência de diversos grupos paraestatais (v.g. o movimento vietgong) atuando em confronto com o Estado Oficial do Vietnã do Sul, apoiado por um governo estrangeiro (EUA), que por sua vez, encontrava-se constantemente ameaçado pelo Estado Oficial do Vietnã do Norte que acabou, em 1975, por invadi-lo e unificá-lo,

absorvendo não só os vietgongs como todos os demais grupos paramilitares e de guerrilha, expulsando os últimos soldados e assessores norte-americanos e solidificando, assim, uma única e efetiva soberania política, caracterizando, dessa feita, a construção (e a correspondente consolidação) – em território geográfico e sobre o povo do antigo Vietnã do Sul -, de um novo Estado, gerador de uma nova e oficial normatividade jurídica, ainda que, neste caso particular, preexistente em Estado vizinho (o que a doutrina clássica costuma designar por transformação do Estado na modalidade extinção (através de conquista ou incorporação) mesmo se considerarmos, na hipótese, a evidente identidade sociocultural de ambas populações que se constituíram à época (como obviamente ainda se constituem) em um só povo e, conseqüentemente, em uma única Nação.

Notas

¹ É importante consignar, consoante lição de LUÍS MIR (in Guerra Civil, Geração Ed., 1ª Ed., SP, 2004, p. 186 e segs.) que o Direito é considerado um fenômeno verificável em todas as organizações sociais que, a exemplo do Estado, se constituem em verdadeiros centros de produção de normas, até porque ubi societas ibi jus (onde houver sociedade haverá Direito).

² Tal constatação, vale esclarecer, encontra, entretanto, muito mais de sua verdade na irrefutável constatação de que o Direito se constitui em uma inexorável realidade ficcional, - necessitando pois, sempre e em qualquer hipótese, da existência concreta de um elemento garantidor, dotado de capacidade real de transformar o Direito originariamente abstrato (teórico) em um Direito concreto e efetivo (pragmático) -, do que propriamente na pseudo idéia de que possa existir (de forma permanente) entidades geradoras de Direito concorrendo diretamente com o Estado, considerando que, - como bem adverte HANS Kelsen (1881-1973), em sua consagrada obra Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre) -, em grande medida, a realidade do Estado se confunde com a própria realidade do Direito, fazendo com que a força operativa do Estado e a vigência das leis que o mesmo edita criem o denominado “constrangimento organizado” (fruto da exteriorização do poder soberano) e a chamada ordem jurídica dotada de caráter de organização totalizante em que o território estatal passa a ser um simples âmbito geográfico de aplicação espacial da lei, ao passo que o povo uma mera esfera de aplicação pessoal da lei.

Portanto, quando grupos paraestatais (ou mesmo, excepcionalmente, indivíduos isolados) competem com o poder normativo, inerente ao Estado, o que existe, em essência, é o início (ou mesmo a consolidação) de um genuíno “Estado Paralelo”, em um processo dialético de confronto, cujo resultado será, necessariamente (ainda que sem um lapso temporal totalmente previsível), a substituição do Estado Oficial (existente) pelo (novo) Estado Paralelo (caso clássico da Alemanha no final da década de 20 e início dos anos 30, do século anterior, quando o Estado Oficial deu lugar ao Estado Nazista) ou, ao reverso, a sua absorção, com a conseqüente descaracterização (ou mesmo efetiva destruição) do mesmo (como é o caso da ampla maioria dos Estados contemporâneos consolidados, especialmente no chamado Primeiro Mundo).

No que concerne, por outro lado, à indiscutível existência do Direito em Sociedades anteriores ao advento de Estado, - e mesmo em Nações dotadas ou não de territórios -, é cediço concluir quanto à incontestável direção evolutiva destas coletividades sociais na futura construção político-estrutural do Estado (como é o caso clássico da Palestina). Neste sentido, resta oportuno consignar a idéia aristotélica de uma autêntica organização teleológica das comunidades naturais: “a Cidade (Estado) é o fim de todas as comunidades naturais” (Pol.I,2).

³ Resta evidente, por outro lado, que a temporiedade relativamente à exteriorização de um reconhecido direito paralelo, especialmente de natureza paraestatal, - concorrendo diretamente com o direito estatal (e, em alguns casos, até mesmo desafiando a ordem jurídico-política oficial) -, depende, sobretudo, da capacidade efetiva de projeção da soberania (e de seu conseqüente poder de concreção) do Estado, na exata medida que em sendo a soberania um conceito meramente abstrato, somente através da exteriorização de característicos elementos de força (militar, econômica, política e psicossocial) é verdadeiramente possível a efetiva e concreta existência do Estado como genuína realidade político-jurídica.

⁴ “As normas que qualquer outra sociedade expedir para sua própria organização e funcionamento são de caráter meramente social e somente se tornam jurídicas quando reconhecidas pelo Estado ou admitidas na ordem jurídica estatal. Os grupos sociais minoritários que existem no Estado podem ser regulados por um código próprio de normas, mas estas somente serão consideradas como ordens jurídicas válidas apenas no âmbito interno, pois, se observadas do lado de fora, isto é, do ponto de vista da ordem estatal, ficam imediatamente privadas de autonomia. Se forem contrárias à ordem jurídica estatal, serão eliminadas.(...)”

(...) Mesmo uma empresa criminosa organizada, denominada societas sceleris, pode apresentar uma hierarquia com especificação de direitos e deveres, e suas normas podem, até, ser análogas às normas do Estado, mas nunca serão idênticas, pois não são verdadeiras. Autênticas normas jurídicas são o contrário disso: seus membros agem em aberto contraste com a ordem jurídica que tutela um determinado conjunto de valores sociais.” (Alessandro Groppali in Doutrina dello Stato).

⁵ “A expressão Direitos Constitucionais Fundamentais se refere, sobretudo, a uma ideologia política de determinada ordem jurídica e a uma concepção de vida e do mundo histórico, designando, no Direito Positivo, o conjunto de prerrogativas que se concretizam para a garantia da convivência social digna, livre e igual da pessoa humana na estrutura e organização do Estado” (Pinto Ferreira in Manual de Direito Constitucional, p. 52).

⁶ Sem precisar citar diretamente a situação da Colômbia, em que, há mais de 40 anos, grupos paramilitares (como as FARC) controlam parcela expressiva do território estatal e da população local, exercendo - como se Estado fosse - a primazia dos poderes inerentes à soberania, dentre as quais a edição das leis; vale mencionar a própria situação da cidade do Rio de Janeiro, onde a ausência, pelo menos parcial, do Estado oficial tem viabilizado a caracterização estrutural de verdadeiros territórios (fragmentados) em que a população local é regida por leis paralelas que têm permitido não somente a edição de normas administrativas de postura municipal próprias (v.g. cotas (gabarito) de construção civil), passando pela exploração paralela de serviços públicos, até a criação de órgão policial e judicante, inclusive com permissivo legal-constitucional de execução de pena de morte.

⁷ “(...) Os danos são evidentes (relativamente à instalação dos “Estado Paralelo” nas favelas cariocas). Principalmente no que tange à segurança pública. Como esses locais se transformaram em trincheiras, com toda a dificuldade de acesso e monitoramento, a polícia não consegue desencastelar os bandidos. As explosões de violência são previsíveis e toleradas. Na semana passada, traficantes tomaram um ônibus e queimaram vivos os passageiros. Cinco pessoas que voltavam para casa morreram carbonizadas, entre elas uma menina de 2 anos. Doze pessoas ficaram feridas. Foi o 73º ataque de traficantes a ônibus no Rio de Janeiro neste ano. Nada foi feito antes para evitar esses ataques. Previsivelmente, nada será feito agora. Em um país civilizado, manifestações de crueldade e impunidade dessa magnitude derrubariam o prefeito, o governador, o ministro da justiça e o presidente. No Brasil, vai-se colocar a culpa na desigualdade de renda e tudo continuará na mesma. Se o crescimento descontrolado das favelas é um drama, a impunidade dos criminosos que elas escondem é uma tragédia.”

O primeiro passo para entender a favelização é notar que o processo é secular e nunca foi enfrentado a sério. A favelização ocorreu no vácuo do Estado. (...) (Ronaldo Franco e Ronaldo Soares in O Drama do Populismo Urbano; Revista Veja, 7 de dezembro de 2005, p. 84)