

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

O DIREITO COMO GARANTIA:
PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL

MESTRANDO: LUIZ VERGILIO DALLA-ROSA
ORIENTADOR: PROF. DR. SÉRGIO U. CADEMARTORI

FLORIANÓPLIS
MAIO/2000

**O DIREITO COMO GARANTIA:
PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL**

AUTOR: LUIZ VERGILIO DALLA-ROSA

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências
Humanas - especialidade em Direito, área de concentração
Instituições Jurídico-políticas.**

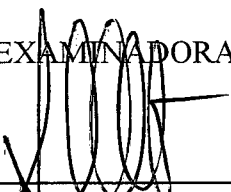
ORIENTADOR: PROF. DR. SÉRGIO U. CADEMARTORI

**FLORIANÓPOLIS
JUNHO/2000**

A dissertação "**O DIREITO COMO GARANTIA: PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL**", elaborada por **Luiz Vergilio Dalla-Rosa** e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, com grau "A", e distinção e louvor, foi julgada adequada para a obtenção do título de mestre em Direito.

Florianópolis, ____ de _____ de 2000.


BANCA EXAMINADORA:



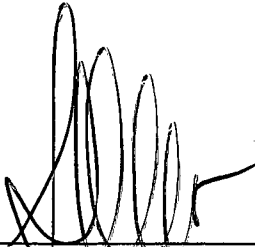
Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori
Presidente



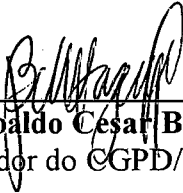
Prof. Dr. Orides Mezzaroba
Membro



Prof.ª Msc. Cecilia Caballero Lois
Membro suplente



Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori
Orientador



Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar
Coordenador do CGPD/UFSC

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa é fruto da conjugação de vários fatores, e de várias pessoas, das quais, certamente, minha importância é restrita e diminuta. Na impossibilidade de expressar o sentimento de gratidão para todos, pois palavras não são suficientes, apenas lembro seus nomes, neste, que é o resultado de um sonho agora em folhas de papel.

De pronto, agradeço a Deus, pela certeza da fé, e pelo caminho da sabedoria.

A meus pais, Antonio e Ione, a quem dedico meu esforço e nossas conquistas, pois jamais conseguirei retribuir o amor dispendido.

A Pedro e Marina, os melhores amigos.

A meu Orientador, Sérgio, amigo e Mestre, indicando os caminhos a serem percorridos. Todo o meu agradecimento e gratidão.

Aos colegas de mestrado, amigos e companheiros.

A todos os professores e funcionários do CPGD, que de uma forma ou outra contribuíram para esta pesquisa.

A CAPES, que financiou esta pesquisa, com a certeza do resultado atingido.

Em especial, à Clarice, sem a qual muitas dificuldades não seriam superadas.

**A Juliana Fröner,
com todo o meu amor.**

RESUMO

O estudo propõe-se a explicitação dos pressupostos necessários, e constitutivos, do fenômeno constitucional. Segue-se a verificação singular de cada um dos pressupostos identificados, bem como a delimitação de seu alcance frente a uma teoria constitucional. Feita a identificação e demonstrado o caráter necessário e constitutivo dos pressupostos, são cotejadas as principais teorias contemporâneas, de diversos autores expressivos, frente à apreensão e consciência dos fenômenos que antecedem e atualizam a constituição.

Parte-se da cadeia fenomênica existente entre a ação humana, o poder e o direito para o surgimento de um sistema jurídico que permita a identificação de uma constituição, bem como para delimitação de sua finalidade e de sua abrangência.

A ação propiciaria a inserção do indivíduo na esfera social, que passa a atuar por meio de relações exteriorizadas em ações sociais. Da mesma forma, mas em sentido negativo, o poder determina a possibilidade de ação de cada indivíduo e, principalmente, a impossibilidade do exercício da ação frente a um poder inferior e não garantido. Assim, surge o direito enquanto garantia do exercício da ação pelos indivíduos, equilibrando as relações de poder e delimitando a estrutura social.

Identificados os pressupostos, parte-se para uma exposição dialética destes frente às mais diversas teorias constitucionais contemporâneas, apontando as correções e as falhas de cada teórico, pela consciência, ou não, dos pressupostos apontados.

Por fim, num reforço de argumentação, aponta-se a ligação existente entre os pressupostos identificados, as teorias analisadas e as esferas discursivas da linguagem humana.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| AGRADECIMENTOS | iv |
| RESUMO | vi |
| INTRODUÇÃO | 01 |
| CAPÍTULO 1 - A AÇÃO SOCIAL | 07 |
| 1.1 Ação social a partir de Weber | 10 |
| 1.1.1 O <i>Idealtypus</i> | 12 |
| 1.2 Ação e sentido | 15 |
| 1.3 Tipos de ação | 19 |
| 1.4 A ação humana e o senso histórico | 21 |
| 1.5 Horizonte de consciência e o raio de ação | 26 |
| 1.5.1 O objeto inerme | 29 |
| 1.5.2 Sujeito fantástico e sujeito conceitual | 31 |
| 1.6 O cálculo das conseqüências, a liberdade e o determinismo .. | 33 |
| CAPÍTULO 2 - O ESTUDO DO PODER | 39 |
| 2.1 O poder e sua conceituação | 41 |
| 2.2 Os tipos de poder | 44 |
| 2.3 Os modos de poder - ou, os tipos de obediência | 46 |
| 2.4 As relações de poder | 48 |
| 2.5 O poder político | 52 |
| 2.6 Da supremacia do maior poder | 58 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO 3 - O DIREITO COMO GARANTIA | 61 |
| 3.1 O fenômeno jurídico | 63 |
| 3.1.1 A contribuição husserliana | 64 |
| 3.1.2 O direito como fenômeno histórico | 66 |
| 3.1.3 O direito como fenômeno cultural | 68 |
| 3.2 O direito como garantia | 69 |
| 3.2.1 Bilateralidade atributiva | 71 |
| 3.2.2 Reciprocidade do direito | 73 |
| 3.3 O ponto de vista externo | 75 |
| 3.4 O garantismo como modelo de (des)legitimação | 77 |
| 3.5 A igualdade como metadireito | 81 |
| 3.6 O paradoxo do direito - uma visão de justiça | 82 |
| | |
| CAPÍTULO 4 - PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL | 85 |
| 4.1 A Constituição e ação social | 90 |
| 4.2 A Constituição e poder | 104 |
| 4.3 A Constituição como garantia | 114 |
| 4.4. A substancialidade constitucional | 129 |
| 4.5 A dialética discursiva e a garantia constitucional | 133 |
| 4.6 Os pressupostos de uma teoria constitucional | 140 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 143 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 155 |

INTRODUÇÃO

“Somente a consciência individual do agente dá testemunho dos atos sem testemunha, e não há ato mais desprovido de testemunha externa do que o ato de conhecer”.

(Olavo de Carvalho)

A elaboração do presente estudo está inserida na realidade do labor teórico-jurídico, principalmente em meio acadêmico, por dois motivos preliminares, bem como por um motivo consequencial, que buscam seu fundamento na contemporaneidade do assunto, quer pela natureza jurídico-política dos Estados de Direito, quer pela dificuldade encontrada nesses países na implementação dos comandos constitucionais em seu aspecto substancial.

Ao se tratar de Estados contemporâneos, em que a realidade política evidencia-se pela representação em nível legislativo e executivo, somada ao direito de escolha desses representantes pelo voto universal; e, ao mesmo tempo, em que a realidade jurídica caracteriza-se pelo monopólio da violência legítima por parte do Estado, bem como pela disposição hierárquica das normas do sistema jurídico, tem-se a Constituição como um ponto fundamental dentro da organização social, em seu aspecto jurídico-político, como mecanismo de regulamentação da representação política e como mecanismo de validade das normas jurídicas.

Desta constatação decorre o segundo fundamento que, baseado na observação fática e no controle da eficácia dos comandos normativos, percebe a dificuldade constante de implementação e efetivação do conteúdo dos preceitos constitucionais nesses Estados de direito. A vinculação efetiva alcançada pelas normas secundárias previstas na Constituição retira a possibilidade de se negar força normativa a tais comandos, surgindo, contudo, a indagação dos motivos que dificultam sua implementação substancial, principalmente das normas cujo conteúdo se refere diretamente aos direitos fundamentais, quer negativos quer positivos.

Dentro deste aspecto geral da realidade e prática constitucional é que se pretende inserir este estudo, buscando pela via investigativa e teórica a delimitação de algumas lacunas e a proposta de possibilidades de superação ou aprimoramento. Motiva-se a pesquisa neste sentido, respeitando os limites próprios à disciplina do campo constitucional, partindo do pressuposto de que a Constituição não corresponde a um fenômeno exclusivamente jurídico, mas está inserida em todo o âmbito social e político.

Neste sentido propõe-se o desenvolvimento preliminar dos conceitos pertinentes ao fenômeno social, especialmente na manifestação do sujeito quando da ação social, e ao fenômeno político, especialmente na efetivação do poder pelo sujeito como condição da ação. Ao evidenciar os aspectos sociais e políticos, uma abordagem jurídica será inevitável, compondo de forma total as influências e diretrizes que condicionam o conteúdo de uma Constituição.

Na mesma linha, seguindo o raciocínio elaborado, o segundo motivo que impulsiona este estudo estaria ligado, já num momento conclusivo, à composição dos pressupostos (implícitos) de uma teoria constitucional, ao passo em que não se pode esquivar da abordagem dos elementos acima identificados (sociais e políticos).

A constatação da dificuldade de aplicação das normas constitucionais cujo conteúdo atinge substancialmente a sociedade possibilita duas posições a serem tomadas no intuito da efetivação das mesmas: a primeira estaria ligada à teoria geral do direito, que tem na diferenciação entre a vigência, a validade e a eficácia seu ponto principal; e a segunda posição (política e filosófica) estaria na identificação dos fatores e pressupostos que condicionam os conceitos operacionais que são utilizados em âmbito constitucional.

A opção feita para esta pesquisa é justamente a tentativa de elucidação dos pressupostos que condicionam a teoria constitucional, como forma de identificação dos reais mecanismos a serem utilizados, quer na interpretação, quer na aplicação dos comandos constitucionais. Busca-se, portanto, um mecanismo de compreensão do fenômeno constitucional, não pela análise de seus conceitos finais, mas sim pela verificação de seus pressupostos que, muitas vezes, por não estarem

identificados de maneira clara e transparente, dificultam a efetivação de regras de alcance social.

A problemática que decorre deste tema pode ser percebida principalmente pela dificuldade de se encontrar teorias e idéias desenvolvidas pela cultura jurídica cuja explicitação dos pressupostos que motivam ou condicionam o desenvolvimento do estudo esteja devidamente realizada. Tal dificuldade decorre tanto da inconsciência, por parte de alguns autores, da necessidade constitutiva de determinados pressupostos frente à realidade do fenômeno analisado; da mesma forma, muitas vezes a omissão é intencional, pelo fato da vinculação ideológica ou por objetivos últimos que não a simples apreensão fenomênica do objeto em estudo.

Neste sentido o material presente à pesquisa teórica, na área jurídica, não permite muito apoio na fixação e verificação dos pressupostos que antecedem o surgimento do fenômeno jurídico. Buscou-se, neste estudo, a superação de tal obstáculo [além de constituir esta lacuna justamente um dos principais motivos da pesquisa] pelo recurso às concepções filosóficas mais profundas e coerentes que enfrentam os fenômenos delimitados, bem como, num segundo momento, pelo cotejamento dos conceitos apresentados e desenvolvidos frente às diversas concepções modernas acerca da teoria constitucional.

Através deste recurso pretende-se atingir um grau de credibilidade alto perante o leitor, na medida em que, argumentativamente, por meio do encadeamento lógico e da compreensão dialética, apresentar-se-ão os pressupostos e sua delimitação espacial. Em seguida, como meio de aprofundamento sobre o fenômeno, e também como forma de demonstração da validade dos resultados obtidos, será feita uma análise de diversas concepções teóricas sobre a constituição, confrontando-as em face dos pressupostos, clarificando sua validade e fixando seus limites ou impossibilidades.

Da mesma forma, ainda no escopo do aprofundamento do argumento, bem como da demonstração da validade por caminhos diversos da simples argumentação racional [que de forma alguma necessita de outras comprovações],

far-se-á uma análise discursiva da constituição, tanto em face dos pressupostos como da possibilidade de realização prática.

Cumpra-se, para que estes objetivos sejam atingidos, a plena satisfação de critérios metodológicos e a ordenação interna coerente e ágil na fixação do argumento central.

Atendendo à necessidade metodológica, mister se faz informar ao leitor que o presente estudo desenvolver-se-á em dois momentos: um primeiro essencialmente argumentativo, mediante os mecanismos da dedução referentes a fixação conceitual hipotética; e um segundo, pela linha dialética (em sentido aristotélico), com a verificação dos conceitos obtidos e sua confrontação tanto com concepções teóricas existentes, como com a realidade do fenômeno constitucional. Segue-se a esta metodologia básica, uma análise do discurso constitucional, pela verificação das hipóteses e demonstração de validade dos conceitos apresentados.

Na linha desta pesquisa, analítica e dialética, deve-se notar o surgimento de um argumento central que liga e fornece coerência a todo o texto, bem como de diversos argumentos periféricos, que auxiliam a compreensão do argumento central e também apresentam informações e pensamentos que podem ampliar o alcance do presente estudo.

O argumento central parte da análise e demonstração dos pressupostos de uma teoria constitucional como meio de ampliação do horizonte de consciência dos destinatários dos comandos constitucionais, cuja consequência pode atingir diretamente à compreensão da realidade e da prática constitucional. Assim, partindo-se da ação social como fato necessário e constitutivo das relações sociais, percebe-se o surgimento do poder como fenômeno secundário e influente sobre a ação, e do direito como um poder superior e garantidor do exercício da ação em frente aos demais poderes existentes em toda estrutura social. Tais pressupostos atuam de forma direta sobre o fenômeno constitucional, e como tais devem estar presentes, ainda que de forma implícita, em qualquer estudo que se pretenda realizar.

Em sua visualização formal, o estudo apresenta-se internamente dividido em quatro capítulos, sendo três deles referentes a cada um dos pressupostos, nos quais impera o método analítico-dedutivo, e um quarto capítulo cuja exposição dialética pretende demonstrar a validade dos pressupostos apresentados e propiciar uma efetiva compreensão do fenômeno jurídico-constitucional.

Em cada capítulo está inserta uma breve introdução, que possibilita uma visualização de todo o conteúdo tratado no ponto, bem como dos objetivos principais [ligados ao argumento central] que se pretende atingir.

Junto às considerações finais é reservado um momento para uma argumentação direta e extremamente interligada cuja compreensão será até mesmo intuitiva quando de sua leitura, e cujas conseqüências pretendem-se evidentes ao leitor.

Utiliza-se, ainda, a própria intertextualidade como meio de considerações pessoais que, mais do que a própria delimitação temática e argumentativa, estiveram presentes em cada momento que se fez necessário, tanto para clarificar as idéias apresentadas, como para obter melhor posicionamento frente à realidade empírica e histórica da cultura universal. Da mesma forma, as notas de rodapé inseridas durante o texto têm o objetivo, além da indicação das fontes, de demonstrar a extensão do argumento desenvolvido, bem como apresentar suas diversas ramificações, cuja apreciação, em si, constituir-se-ia uma pesquisa isolada.

Com toda esta jornada, o que se objetiva evidenciar, ao menos, é a extrema necessidade de conscientização dos pressupostos que se fazem presentes quando da análise de determinado fenômeno como forma de enquadramento correto da realidade constitucional, e, portanto, como forma de aprimoramento dos comandos constitucionais cujo fim legítimo gira em torno do mesmo fim perseguido por todos os sinceros pesquisadores e estudiosos: a aplicação de uma justiça que, não sendo divina, consiga nela inspirar-se para uma melhor convivência dos seres humanos em sua liberdade e dignidade.

CAPÍTULO 1

A AÇÃO SOCIAL

"La peculiarísima brutalidad y la agresiva estupidez con que se comporta un hombre, cuando sabe mucho de una cosa y ignora de raíz todas las demás"

(Ortega y Gasset)

O objetivo principal deste capítulo, conforme indicado brevemente na introdução do estudo, é a apresentação, conceituação e delimitação do campo de atuação da ação social, enquanto manifestação externa necessária para a constituição das relações sociais.

Para tanto, optou-se por uma análise nitidamente fenomenológica, ou seja, pela redução do fenômeno, gradualmente, à sua essência, objetivando sua apreensão enquanto realidade empírica e necessidade lógica.

A importância de se iniciar um estudo referente aos pressupostos de uma Teoria Constitucional analisando o conceito de ação social deve, de imediato, apresentar-se, perante o pesquisador e estudioso, pela necessidade constitutiva dos fenômenos sociais e culturais quanto à sua realização. Desta forma, afirma-se que, sem a devida exposição e conscientização da realidade da ação social, nenhum teórico estará apto a desenvolver sua pesquisa com extremo grau de credibilidade, por lhe escapar justamente um pressuposto necessário para compreensão do objeto, no caso a Teoria Constitucional.

Com este objetivo, seguir-se-á a linha de argumentação partindo da concepção weberiana de ação social, tanto pelo grau de credibilidade alcançado por este autor junto às ciências sociais, como pela correta intuição conceitual exercida por Weber em suas análises eminentemente empíricas.

Ainda na companhia weberiana, será necessária uma rápida apresentação do método desenvolvido pelo sociólogo, para auxiliar a correta compreensão de sua conceituação e interpretação compreensiva da realidade sociológica, bem como para evidenciar os limites e lacunas registrados na concepção de Weber.

Cumprida esta parte inicial do estudo, deve-se estar pronto para um verdadeiro mergulho na dinâmica social mediante a ação, sendo de extrema importância a percepção do sentido atribuído a cada ação realizada, principalmente pela necessidade de superação do entendimento quanto ao sentido estritamente subjetivo, até os limites da arbitrariedade. Neste ponto do capítulo buscar-se-á a aproximação da teoria sociológica da ação humana com a análise psicológica desta mesma ação, conforme caracteriza a *terceira escola de Viena*, na pessoa de Viktor Frankl.

Apresentada conceitualmente a ação, e fixada sua função e manifestação, por coerência, será comentada sua tipologia como forma de auxílio para o desenvolvimento argumentativo, da mesma forma que, devidamente classificada, sempre em termos provisórios e auxiliares, há de se buscar a fixação temporal da realização da ação, distinguindo-a e inserindo-a no senso histórico.

Chega-se, então, ao ponto de maior importância: a apresentação dos conceitos de *horizonte de consciência*, *raio de ação* e *objeto inerte*. Aqui será indispensável o auxílio do filósofo Olavo de Carvalho para o prosseguimento do estudo, pela conscientização da realidade do sujeito frente à manifestação da ação. Ainda neste ponto será, portanto, verificada a colocação do sujeito frente à ação e, principalmente, a fixação do sujeito das ações externas, ou seja, das ações que o indivíduo conhece pelos efeitos atingidos e não pelo exercício da ação.

Por fim, será destinado um breve apontamento, de importância crucial para a fixação do pressuposto da ação frente à teoria constitucional, buscando a relação entre o cálculo das conseqüências da ação, a liberdade e o determinismo. Ou seja, buscando a importância da ação enquanto possibilidade de exercício livre, contudo sujeita aos limites naturais internos e externos, bem como à influência dos efeitos das ações de outros sujeitos. Deve-se, então, necessariamente analisar o fenômeno do poder pelo resultado negativo exercido por esse mesmo poder frente à possibilidade da ação, bem como a funcionalização do fenômeno jurídico, oportunizando esta mesma possibilidade. Como esta tarefa é extremamente árdua para ser conduzida de forma individual e isolada, o auxílio de Ortega y Gasset será valioso.

1.1 A AÇÃO SOCIAL A PARTIR DE WEBER.

Lembrando a colocação de Otto Maria Carpeaux, para quem Max Weber teria sido *um dos mais lúcidos espíritos de todos os tempos*¹, cabe, antes da especificação do posicionamento científico estabelecido pelo autor alemão, uma rápida passagem pelo ambiente de sua época, donde surgiriam seus principais pressupostos, bem como suas bases fundamentais, quer em questões metodológicas, quer em questões valorativas (as duas grandes constantes no pensamento weberiano).

Algumas das grandes questões a serem desenvolvidas na extensão de toda uma obra surgem, espontaneamente, de um ponto de discussão em torno de algumas acepções acerca de determinado objeto ou assunto, para o qual não mais satisfazem as conclusões apontadas por tais visões. Este ambiente pode ser forjado, basicamente, de duas maneiras, ambas produtivas e essenciais ao exercício intelectual, e que, em grandes pensadores, coexistem tranqüilamente: a) num diálogo² criterioso, realizado na consciência humana, do estudioso com os demais autores de todas as épocas, ou seja, no estudo dedicado dos grandes pensamentos da humanidade; e b) num diálogo, também criterioso e rígido, porém num espaço exterior à unidade humana, cujo relacionamento e debate com outros estudiosos contemporâneos leva à explanação verbal de vários posicionamentos frente a determinado objeto.

No que se refere ao ambiente interno, mesmo com a presença intuitiva da grande erudição e a fortaleza de caráter unanimemente atribuída, não faz parte do

¹ CARPEAUX, Otto Maria. *Ensaaios Reunidos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 235. Neste ensaio, *Max Weber e a catástrofe*, o brilhante autor austro-brasileiro, além de dedicar esforços na compreensão do fenômeno social descrito por Weber, propicia uma visão do homem Weber de profunda significação, cujo diagnóstico alcança a todos nós, com extrema atualidade.

² Deve-se entender que o diálogo pressupõe, necessariamente, a interlocução de duas ou mais pessoas (ou pensamentos). Tal fato por vezes é ignorado na sociedade moderna, que se apressa em julgar e condenar autores passados, utilizando-se do argumento da temporalidade, ou da superioridade dinâmica, que impede, ao menos ao grande público, a clareza de visão quando da apreensão de conhecimentos essenciais ao debate acadêmico. Este mal pode ser identificado com o historicismo absoluto, que aprisiona o autor estudado em seu tempo, escapando do embate direto das idéias, uma vez que não se põe no lugar de ser julgado pelo pensamento do autor estudado, para medir a consistência de seu discurso.

objetivo do presente estudo a análise das bases formadoras do pensamento weberiano, quer por não influir no resultado buscado, quer por não possuir este autor condições intelectuais para tal proeza.

Já com relação ao ambiente externo de surgimento das discussões propostas por Weber, cabe salientar o chamado *Círculo de Heidelberg*, que consistia num grupo de pensadores que giravam em torno de Weber, alimentando as mais variadas concepções teóricas. Realizavam discussões sobre temas surgidos espontaneamente, e muito influenciaram o pensamento de sua época. Freqüentavam o 'círculo' autores como Georg Jellinek, Ernst Troeltsch, Friedrich Naumann, Gustav Schmoller, Robert Michels, Ernst Toller, bem como Ernest Bloch e Georg Lukács.

Uma das grandes discussões travadas naquele ambiente girava em torno da questão metodológica capaz de superar, ou compreender, a separação entre ciências da natureza e ciências da cultura (ou da história e da sociedade), entre *Naturwissenschaften* e *Geisteswissenschaften*. Com a mentalidade Iluminista sempre presente, a necessidade recorrente de explicar o conhecimento verdadeiro pela capacidade de experimentação dos dados e o controle, ou alcance, dos resultados condicionava o pensamento à busca de princípios gerais capazes de abarcar todo o fenômeno em sua extensão, cuja explicação pudesse ser reduzida a simples observação. Poderia, pois, esta concepção científica ser aplicada também ao campo da ação humana?

O início das discussões sempre remontava a Wilhelm Dilthey, segundo John Patrick Diggins, para quem existia uma enorme distância entre o mundo da natureza e o mundo das ações humanas, e que, portanto, dever-se-iam utilizar métodos diferentes para o alcance do conhecimento referente a cada um desses campos. O objetivo de Dilthey, lembra Diggins, *era defender a autonomia das ciências culturais contra a invasão das ciências físicas e biológicas mais exatas, lembrando-nos de que a própria história é "espiritual" no sentido de partilhar os pensamentos, desígnios e ações humanas*³. Na medida em que esses pensamentos e ações parecem-se diversos um dos outros, ou ainda, sem ligação direta capaz de

explicar a seqüência causal de determinados comportamentos, a aplicação de uma lei geral organizadora e explicativa destes acontecimentos pareceria despropositada. Haveria, portanto, uma distinção radical entre o conhecimento da natureza e da sociedade humana que, para Dilthey, resumia-se à distinção entre a busca de *explicação* dos fenômenos naturais e a busca de *compreensão* dos fenômenos culturais.⁴

Como se pode perceber, a elaboração de Dilthey não consegue resolver o problema da distinção do conhecimento, apenas a coloca de forma mais trabalhada, uma vez que permanece o abismo da separação inevitável entre o ato de conhecer os fenômenos naturais e o ato de conhecer os fenômenos culturais. Nesta linha de distinção proposta por Dilthey, Wilhelm Windelband foi mais adiante e posicionou-se, não pela diferença de conhecimento e apreensão dos fenômenos naturais e culturais, mas pela diferença de métodos a serem utilizados na análise de tais fenômenos. Windelband afirmava que a natureza consistia em uma ciência *nomotética*, cujo objetivo metodológico seria o estabelecimento de leis uniformes e princípios gerais explicativos. Por outro lado, a sociedade humana estaria imbricada de particularidades e individualidades nas ações, que não seria passível de uma explicação universal; seria, portanto, *ideográfica*.

Quando da verificação metodológica exposta por Weber, sua fundamentação algumas vezes reporta a Heinrich Rickert que, tendo participado da Escola Neokantiana, negava o *status* ontológico à realidade entendida independente do ato de conhecê-la. Ou, como diz Diggins, *a distinção entre a natureza e a cultura se transforma em como cada uma delas é percebida (...). A forma como os fenômenos são considerados depende dos conceitos que são aplicados ao objeto de investigação.*⁵

1.1.1 O IDEALTYPUS.

³ DIGGINS, John Patrick. Max Weber - a política e o espírito da tragédia. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 146.

⁴ Uma primeira influência direta sobre Weber pode ser percebida nesta distinção, que deverá ser trabalhada exaustivamente quando da sociologia compreensiva, especialmente no tocante à teoria da compreensão como interpretação compreensiva. Conforme DIGGINS, J. Patrick. Op. cit. p. 146.

⁵ *Idem.* p. 147.

Dentro desta perspectiva construtivista do conhecimento, com bases claras no pensamento kantiano, Rickert ultrapassaria Windelband, na medida em que, admitindo toda a série de contingências que circundam o comportamento individual, bem como a particularidade das ações empreendidas no campo social, admitia também a incapacidade de se buscar leis universais de explicação dos fenômenos culturais. No entanto, o conhecimento da realidade *em-si-mesma*⁶, para estes autores, estava fora do alcance do sujeito cognoscente; e, dessa impossibilidade de estabelecer conexão entre o pensamento e o fato surge a necessidade de composição de conceitos que busquem representar o objeto. Desta forma, ao se elaborarem conceitos gerais, tais como de religião ou classe, estar-se-á representando o objeto a ser estudado e possibilitando o conhecimento desse mesmo objeto enquanto ato de conhecer.

A elaboração de conceitos passa pela intervenção humana, e como a realidade objetiva não é passível de percepção humana, a consciência desta situação, segundo concepção kantiana, leva tanto à identificação do hiato existente entre o conhecimento e o objeto, quanto à impossibilidade de ligação entre a idéia e a realidade, entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido.⁷ Desta dificuldade teórica de superação presenciada pelo *Círculo de Heidelberg*, decorre a solução weberiana para a intermediação interpretativa dos fatos a serem estudados, os *tipos ideais*.

A formulação conceitual do *tipo ideal*, realizada por Weber, é tida como uma das grandes contribuições do autor alemão para a interpretação sociológica, bem como para a compreensão de fenômenos histórico-sociais, como lembra

⁶ O *noumenon* da doutrina kantiana, que somente ascende à qualidade de objeto cognoscível pela interpelação humana no ato de conhecer, relação esta que se costumou designar de *ponte transcendental*.

⁷ Esta é a estrutura básica da teoria do conhecimento elaborada por Immanuel Kant, cuja notoriedade influenciou diversos pensadores, das mais variadas correntes, e cujas conseqüências podem ser observadas até os dias atuais. Cabe, todavia, salientar a precariedade desta doutrina, ao não reconhecer a situação essencial de qualquer objeto, que, para *sê-lo* necessariamente necessita *conhecer-se*, e que, a mais, *conhecer-se* não pressupõe intervenção racional no sentido humano da palavra. A *coisa-em-si*, enquanto conceito kantiano, não possui existência alguma, a não ser em elucubração teórica, tal como demonstrado exaustivamente por Edmund Husserl (fenomenologia), bem como por Xavier Zubiri (realismo).

Gabriel Cohn⁸, cuja repercussão atinge grande parte dos pesquisadores, que se sentem confortáveis ao lidar com este tipo de metodologia.

Conforme acentua o próprio Weber, na explicação e justificação do recurso metodológico utilizado em suas pesquisas⁹:

*“No que se refere à investigação, o conceito do tipo ideal propõe-se formar o juízo de atribuição. Não é uma ‘hipótese’, mas pretende apontar o caminho para a formação de hipóteses. Embora não constitua uma exposição da realidade, pretende conferir a ela meios expressivos unívocos”.*⁹

A obtenção do *idealtypus* se realiza pela acentuação imaginativa de certos traços unilaterais, de modo a realçar a diferença entre uma conduta e outra. O alcance do *tipo ideal* é apenas conceitual e instrumental, uma vez que sua observação empírica é impossível. Esta abordagem racionalista tem por objetivo a criação de modelos ideais, construídos a partir da análise de aspectos essenciais do fenômeno, cuja principal característica é a existência não-real deste mecanismo, destinado a instrumentar o mecanismo de análise e compreensão dos casos concretos.

Esse caráter nominalístico, como são chamados os conceitos fundamentais de Weber, expressa a consistência de sua atitude científica com relação à realidade, ou, como diz Karl Loewith, *“a ‘construção’ ideal-típica tem como fundamento um específico homem ‘sem ilusão’ remetido sozinho sobre si mesmo por um mundo tornado objetivamente sem sentido e sóbrio e, portanto, até esse ponto, enfaticamente ‘realista’. Ele é, portanto, forçado a imaginar por si mesmo qualquer sentido objetivo e uma relação significativa com as coisas, em particular a relação com a realidade, como especificamente sua: em resumo, ‘criar’ um significado prática e teoricamente”*¹⁰.

Com este método Weber analisou as mais diversas espécies de objeto, alcançando alguns resultados extraordinários que, na maioria das vezes, devem ser

⁸ COHN, Gabriel. *Weber*. p. 08.

⁹ WEBER, Max. *A “Objetividade” do conhecimento nas ciências sociais*. In COHN, Gabriel (org.). *Weber*, p. 106

¹⁰ LOEWITH, Karl. *Racionalização e liberdade: o sentido da ação social*. In FORACCHI, Marialice Mencarini. MARTINS, José de Souza (orgs.). *Sociologia e sociedade*, p. 149.

atribuídos em grande escala à sua capacidade única de apreensão dos mecanismos sociais incutidos nos fatos sociais. Some-se a esta virtude, o comprometimento de Weber com os ditames kantianos, especificamente a autonomia pessoal e a responsabilidade moral, e tem-se um sujeito cuja utilização de *tipos ideais* não será facilmente comprometida pela confusão, quer intencional ou não, entre a criação conceitual e o objeto real. Neste ponto cumpre lembrar a sentença de Weber com relação às correntes marxistas, que comumente confundiram a elaboração conceitual com a realidade de fato:

“Limitamo-nos a constatar aqui que todas as ‘leis’ e construções do desenvolvimento histórico especificamente marxista naturalmente possuem um caráter de tipo ideal, na medida em que sejam teoricamente corretas. Quem quer que tenha trabalhado com os conceitos marxistas, conhece a eminente e inigualável importância heurística destes tipos ideais, quando utilizados para os comparar com a realidade, mas conhece igualmente o seu perigo, logo que são apresentados como construções com validade empírica ou até mesmo como tendências ou ‘forças ativas’ reais (o que, na verdade, significa metafísicas)”.¹¹

1.2 AÇÃO E SENTIDO.

Em sua obra sociológica mais elaborada, *Economia e Sociedade*¹², Weber apresenta seus conceitos sociológicos fundamentais e, como primeiro passo, busca definir o campo de abrangência da sociologia enquanto disciplina autônoma, entendida como “a ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social, e assim explicá-la causalmente em seu curso e em seus efeitos”¹³.

O estudo da ação social seria o objeto central de toda Sociologia, denotando sua explicitação em dois aspectos, que representariam os fins e os valores que determinam tal ação, somados aos meios de execução que a tornam

¹¹ *Idem*. p. 119.

¹² Esta obra encontra-se traduzida completamente em língua hispânica, na edição preparada pelo *Fondo de Cultura Económica* do México, e tem sua primeira parte traduzida para o português, em edição apresentada pela UnB. A tradução completa desta obra para o espanhol, já na década de 40, é um dos fatores prováveis da influência marcante de Weber no pensamento latino-americano, uma vez que ocorreu muito antes do que as traduções para o inglês como para o francês.

¹³ WEBER, Max. *Economia y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. p. 6 e ss.

possível (e que em não estando presentes, inviabilizam-na). Segundo Olavo de Carvalho:

*“é manifesto que: primeiro, os fins e valores mesmos podem ser estudados também como meios, na medida em que constituem fatores de motivação (no autor ou no destinatário da ação), bem como na medida em que é na concepção dos fins e valores que tem seu núcleo a concepção que o autor tem da situação. Segundo, a sociologia interessa-se sobretudo pelos meios, incluindo os fins à medida que possam ser considerados como meios, e não pelos fins em si mesmos que, como tais, só podem ser objetos de uma Metafísica da História”.*¹⁴

O estudo dos meios é essencial para a delimitação e sistematização das possibilidades de ação, assim como para a compreensão da estrutura de uma sociedade devidamente especificada. Em consequência, o exercício e a aplicação da ação, delimitada pelas possibilidades estruturais da sociedade, pode ser entendida como operação social, em que a mutação social seria exatamente a modificação de todo esse conjunto.

Assim a mudança social surge quando do aparecimento de novas realidades que determinem novos meios de ação social (ou eliminem meios existentes), e não simplesmente um aumento ou diminuição de espaço para tal exercício. Desta forma, a conceituação e entendimento do conjunto estrutural de possibilidades de ação na sociedade abrem espaço para um sistema, igualmente ou mais importante, de impossibilidades, no qual impedir ou tolher a ação alheia apresenta-se como uma das formas mais eficazes de ação social.¹⁵

A esta ação social, que Weber destina toda uma disciplina científica¹⁶, liga-se, por necessidade de definição, um sentido que a determine, ou que a produza. Nas palavras do mestre alemão, ação social *“significa uma ação que,*

¹⁴ CARVALHO, Olavo de. Ser e poder: questões fundamentais de filosofia política. Trabalho apresentado no Congresso Brasileiro de Filosofia em setembro de 1999, p.11.

¹⁵ Ver *Infra*, cap. 2. O poder atua justamente como meio de sistematização das impossibilidades de ação social.

¹⁶ Ver as implicações em teoria política e do Estado analisadas na obra de MERQUIOR, José Guilherme. *In: O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

*quanto a seu sentido visado pelo agente, ou os agentes, se refere ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso*¹⁷.

Seria a orientação significativa dada pelo agente de acordo com a conduta de outros indivíduos, e que se faz segundo tais condutas. A explicação deste sentido atribuído ao sujeito da ação social, como necessária à sua conceituação, permanece um tanto quanto nebulosa em toda a obra weberiana, não existindo uma preocupação específica em sua definição nominal. Segundo ensinamento de Gabriel Cohn, isto ocorre pelo motivo de Weber estar preocupado, num primeiro momento, em delimitar o sentido do elemento subjetivo de qualquer ato, ou seja, ao fim subjetivamente desejado (visado) pelo agente, e não de um fim que possa ser objetivamente avaliado, quer em categorias lógicas - falso e verdadeiro - quer em categorias valorativas - certo e errado.

Aceitando-se esta linha de raciocínio, que num primeiro momento parece ser a indicada por Weber, Cohn buscará equalizar a vagueza do conceito de sentido com o conceito de compreensão, utilizando-se do conceito de motivo definido por Weber. Assim, diz Cohn:

*“Do ponto de vista do agente, o motivo é o fundamento da ação; para o sociólogo, cuja tarefa é compreender essa ação, a reconstrução do motivo é fundamental, porque, da sua perspectiva, ele figura como a causa da ação”*¹⁸.

A sugestão desta ligação dirige-se ao encadeamento do processo de ação, que se efetiva com a adoção do sentido como um meio para atingir um fim, que seria aquele ao qual (subjetivamente) o sujeito visa.

Com isto Weber proporciona um olhar sobre o observador, sobre seus motivos e seus propósitos. Como diz Diggins, *“o que o cientista social aspira a conhecer não é a natureza final da realidade, mas o sentido subjetivo intencionalmente imposto à realidade pela humanidade na sua tentativa de orientar o seu comportamento para realizar os seus objetivos e propósitos”*¹⁹.

¹⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Op. cit. p. 03.

¹⁸ COHN, Gabriel. Op. cit. p. 27.

¹⁹ DIGGINS, John Patrick. Op. cit. p. 150.

Esta identificação weberiana do sentido e motivo da ação produz duas conseqüências sobre a análise social, quais sejam: a) num primeiro passo, Weber busca escapar da análise do valor de cada ação (e seu sentido), uma vez que não precisa o sociólogo posicionar-se frente a um valor particularmente escolhido para que possa compreender e explicar a causa de determinada ação, basta identificar o motivo, o sentido subjetivo sobre qual o agente produz tal ação; e b) estabelece o nexo de causalidade científica do método weberiano, qual seja, a delimitação do motivo propiciador da ação pode, por explicação causal, compreender-se o sentido da ação, e sua repercussão na estrutura social.

Neste ponto cumpre salientar, conforme fala Paul Johnson, a virtude do historiador que consegue enxergar e compreender os fatos *sub specie eternitatis*. Tal virtude é a capacidade de buscar a validade, o sentido universal da conduta humana. A falta desta percepção leva ao aprisionamento dos fatos históricos no próprio discurso de quem o emite, nada influenciando a conduta atual dos indivíduos. Com isto reduz-se a noção do sentido de uma ação humana ao mero desejo sensorial e imediato, diminuindo arbitrariamente a amplitude que alcança o conceito de sentido, se compreendido como o fim necessário a qualquer conduta social (interna ou externa).²⁰

Surge, pois, desta maneira, uma contradição no pensamento weberiano, para a qual não é dada solução pelo próprio autor, mas que permite um aprofundamento na noção de sentido a ser entendida. Quando Weber, no início de sua delimitação dos conceitos fundamentais da sociologia, atribui ao sentido o conteúdo da escolha subjetiva, da intenção interna do sujeito, busca subtrair qualquer noção de valoração externa, qualquer juízo objetivo sobre o fim a que visa. No entanto, no decorrer da obra, encontrar-se-á a definição do próprio Weber da ação social voltada racionalmente aos fins (o que mais adiante se tornará cálculo utilitário das conseqüências, em linhas de exercício social), que choca diretamente com a redução subjetiva do sentido no primeiro caso. Conforme salienta Olavo de Carvalho, *“para que exista uma conexão objetiva de meios a fins, o sentido intencionado não pode ser meramente subjetivo, isto é, não se pode fazer*

*abstração da veracidade da representação que o sujeito faz da situação objetiva. A noção de adequação a que Weber recorre em desespero de causa é apenas um subterfúgio verbal para não ter de tocar na questão da veracidade*²¹.

Na verdade, a simples compreensão do sentido da ação social enquanto fim imediato almejado pelo sujeito parece mais uma falha nominal que deveria ser superada pelo próprio Weber, caso dispusesse de alguns anos a mais para aprofundar-se nesses tópicos além de sua firme convicção teórica. Não apenas sua definição da ação racional voltada a fins evidencia este fato, como a posterior efetivação da dualidade ética, da convicção e da responsabilidade irão demonstrar que o sentido deve ser entendido, para ter força compreensiva e construtiva, como algo amplo e inerente à natureza humana. A própria concepção de liberdade segundo Weber denota esta situação, muito embora não esteja expressamente presente nos textos weberianos tal distinção, que se faz mais como forma de precisão teórica do que descrição do pensamento de um autor.²²

1.3 TIPOS DE AÇÃO.

Voltando ao *Círculo de Heidelberg*, no qual todas as discussões acerca do método de compreensão da realidade foram fecundadas, pode-se atinar a ocorrência constante de discussões a respeito das idéias de Karl Marx e das correntes e pensamentos dele derivadas. Da concepção marxista ou mesmo, da noção filosófica hegeliana, a História acontece por fatos independentes da vontade humana individual. O movimento do devir histórico dá-se por caminhos determinados, seguindo princípios reguladores e obedecendo estritamente a uma certa lei de desenvolvimento, frente à qual o agir humano não possui operância alguma.

A esta concepção Weber se contrapôs veementemente, pois permanecia convicto da relação causal inerente à compreensão da seqüência entre os fins

²⁰ Para um aprofundamento na concepção do sentido da conduta humana, ver a obra de Viktor Frankl *The will to meaning*. New York: New American Library, 1970.

²¹ CARVALHO, Olavo de. *O futuro do pensamento brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1997, p. 20.

²² Quanto à questão da liberdade e sua ligação direta ao sentido da ação social, ver *Infra*, item 1.6.

almeçados e os meios utilizados, advindo desta visão a necessidade de observação da constância das relações sociais e dos acontecimentos históricos como mecanismos de compreensão da seqüência dos fatos e da caminhada humana. A fonte de avaliação e ponto de partida para a compreensão do conteúdo histórico estaria na busca constante das razões que desencadeariam as ações dos indivíduos.

Para cumprir essa tarefa, Weber buscou elaborar um esquema padrão que pudesse auxiliar na compreensão do sentido das ações, de como se processa o mecanismo que desencadeia o agir socialmente, tendo dedicado justamente os momentos iniciais de sua obra *Economia e Sociedade* para delimitar de forma precisa os conceitos fundamentais de aplicação sociológica. No entanto, utilizar-se-á, neste estudo, a especificação feita por Diggins, em tradução de Liszt Vieira e Marcus Lessa, que parece mais aproximada do que a tradução existente na edição brasileira e mexicana da citada obra.

A compreensão da ação social e seu sentido necessário poderia utilizar os conceitos *típicos ideais* fornecidos por Weber de acordo com os princípios assim dispostos:

1. *Zweckrationalität*. Ação instrumental relativamente a um fim (“racionalidade com relação a um objetivo”) em que o agente calcula as condições ou os meios para obter o fim desejado e as conseqüências de sucesso ou fracasso.
2. *Wertrationalität*. Racionalidade com relação a valor, em que a ação é realizada em virtude de algum princípio superior ético, estético ou religioso, independentemente das chances de sucesso.
3. Afetivo. Comportamento resultante de pura emoção.
4. Tradicional. Comportamento decorrente de uma “habilidade enraizada”.²³

Tanto a conduta tradicional, como a afetiva, são colocadas por Weber numa posição fronteiriça, em que muitas vezes não se pode auferir sentido algum, quer por sua inexistência, quer pela confusão estabelecida entre o sentido atribuído

²³ DIGGINS, John Patrick. Op. cit. p. 153-154.

à ação e a simples reação a estímulos habituais ou extraordinários, quer se trate da conduta tradicional ou afetiva, respectivamente.

As ações originadas do emprego racional das conseqüências segundo valores distinguem-se das ações meramente afetivas pela elaboração consciente dos princípios últimos da ação, bem como pela orientação e planejamento da conduta segundo estes princípios. Contudo, mantêm a semelhança de vincula seu sentido não ao resultado despreendido da ação, mas sim na própria conduta do agir enquanto ação.

Já a ação instrumental com relação a um fim, ou a racionalidade na persecução de um objetivo pressupõe uma orientação da ação pelos fins almejados, em consonância com os meios e com as conseqüências secundárias, ponderando as possibilidades de cada uma das equações possíveis no transcurso da conduta. Em sendo *conditio sine qua non* à efetivação de uma ação racionalmente voltada a fins, a comparação entre esta e a ação racional segundo valores dar-se-á da seguinte maneira: em sendo vista pelo ponto da ação mediante valores, a ação instrumental aparecerá como uma possibilidade, entendida enquanto análise dos meios utilizados sem interesse específico nos fins alcançados; por outro lado, primando pelo ponto de vista da racionalidade dos fins, a ação com base em valores será sempre irracional, na medida em que não mantêm seu foco de atenção no fim desejado, mas na certeza dos meios empregados, entendidos como suficientes.

Neste esquema weberiano de interpretação e compreensão das ações humanas deve-se tomar a devida cautela para não confundir, como explicitado pelo próprio Weber com relação à utilização de conceitos *ideais típicos*, a mera conceituação pela supervalorização de determinadas características a fim de propiciar a análise científica por um método passível de controle e justificativa, com a inferência empírica desses conceitos, o que redundaria em inoperância. Desta feita, alguns estudiosos, esquecendo a própria lição de Weber, acusaram o esquema de restritivo e simplificador da conduta humana, sem que percebessem a advertência deixada pelo mestre alemão:

“Só muito raramente a ação, e particularmente a ação social, orienta-se exclusivamente de uma ou de outra destas maneiras. E, naturalmente, esses modos de orientação de modo

*algum representam uma classificação completa de todos os tipos de orientação possíveis, senão tipos conceituais puros, criados para fins sociológicos, dos quais a ação real se aproxima mais ou menos ou dos quais - ainda mais freqüentemente - ela se compõe. Somente os resultados podem provar sua utilidade para nossos fins”.*²⁴

Neste sentido será abordado o enquadramento espaço-temporal da ação humana, em sua percepção histórica, adequando o manancial conceitual exposto à realidade concreta do agente.

1.4 A AÇÃO HUMANA E O SENSO HISTÓRICO.

Já identificava Ortega y Gasset, na terceira década do século XX, a insuficiência da *razón física*, ou da ciência até então compreendida, de captar qualquer sensação ou certeza a respeito da condição humana. A possibilidade de identificar, no indivíduo, um objeto natural, cuja constituição fosse passível de análise metodológica por parte das ciências físicas, bem como um objeto biológico, cuja formação e manutenção fossem regidas por princípios comuns à espécie e gênero constituintes, não conduzia à satisfação da análise da condição humana enquanto tal, ou seja, enquanto definidora e permanente no horizonte histórico. Em uma frase, poderia a ação humana ser explicada por sua composição física e biológica? A resposta, que *a priori* parece evidente, muitas vezes escapa à percepção científica, quer por arrogância ocasional, quer por interesses particulares, quer pelo acaso das circunstâncias.

Ora, num primeiro momento parece um tanto quanto óbvia a resposta à indagação acima, pois qualquer pessoa que se disponha a pensar por um momento sobre a interferência de sua composição física ou biológica na explicação e fundamentação das possibilidades mentais que possui, e nas decisões que comandam as ações subseqüentes, verá que o mecanismo não se faz suficiente, pois a possibilidade de operações mentais existentes em qualquer tempo junto ao

²⁴ WEBER, Max. Economia e Sociedade. Op. cit. p. 16.

indivíduo é extremamente superior e diferente das possibilidades deterministas e simplificadas das leis e princípios gerais que compõem a *razón física*.²⁵

Isto, dito no estágio atual, não parece soar com o mesmo peso, pois a consciência geral de que a realidade humana escapa à simples apropriação natural, possibilita a visão nostálgica de um conjunto de idéias das quais se consegue desgarrar. No entanto, mesmo com a elaboração conceitual dos paradigmas científicos (inicialmente com Thomas Kuhn), que buscam delimitar a seara de princípios e valores científicos que norteiam e fornecem o campo de atuações de todas as disciplinas particulares, a enunciação desta superação faz-se necessária como forma de compreensão de sua aplicação em termos sociais.

Com a delimitação de Weber da ação social orientada segundo as ações dos outros componentes da sociedade e sua vinculação necessária e intrínseca ao sentido a que o sujeito visa, o senso das conseqüências e a objetividade da unidade do sujeito agente fazem com que a proporção histórica da conduta apareça como fundamento da ação, e mais, conduzem a uma responsabilização direta entre o fim alcançado, o meio utilizado e o sujeito agente.

O senso histórico traz consigo a imposição espaço-temporal, ou seja, a possibilidade de localização histórica da conduta evidencia sua necessidade espacial, bem como sua execução temporal, o que nada mais reflete do que o primeiro estágio de representação da unidade do sujeito. A esta unidade, corporal, não existe qualquer possibilidade de resistência por parte do indivíduo, uma vez que lhe é imposta e arbitrária em relação a sua decisão.

Num segundo plano, que remonta à visão de Ortega y Gasset, o sujeito se depara com sua unidade autoral, qual seja, a vinculação direta entre o fim almejado (desejo ou necessidade - que nada mais é do que o desejo em sentido impositivo), e o emprego racional na deliberação dos meios a serem utilizados, bem como a consciência da conseqüência da conduta com relação aos meios, e destes com os fins.

Como dizia Ortega y Gasset:

²⁵ ORTEGA Y GASSET, José. História como sistema. Op. cit. p. 12-30.

‘Mal podía la razón físico-matemática, en su forma crasa de naturalismo o en su forma beatífica de espiritualismo, afrontar los problemas humanos. Por su misma constitución, no podía hacer más que buscar la naturaleza del hombre. Y, claro está, no la encontraba. Porque el hombre no tiene naturaleza. El hombre no es su cuerpo, que es una cosa; ni es su alma; que es también una cosa. El hombre no es cosa ninguna, sino un drama - su vida, un puro y universal acontecimiento que acontece a cada cual y en que cada cual no es, a su vez, sino acontecimiento.’²⁶

O sujeito, assim considerado, é um ente que se faz a si mesmo. Mas não se reduz a essa conjuntura de fazer-se a si mesmo, uma vez que necessita determinar o que virá a ser, e esse mecanismo de escolha obrigatória que se impõe a todo momento, em termos de repercussão social direta, transparece na persecução dos fins escolhidos segundo um sentido que se faz presente, dando-lhe unidade na produção da ação, enquanto o agente produtor dessa ação, enquanto autor da conduta, e mais, enquanto responsável pela escolha dos meios utilizados e, conseqüentemente, pelos fins alcançados.

Esta responsabilização, muitas vezes negada por algumas correntes pela negação da consciência enquanto decisão, ou mesmo, enquanto substância, não é atingida por tais argumentos, na medida em que, para atingir e qualificar a unidade autoral da conduta do sujeito aos resultados obtidos, basta a imposição social de uma responsabilidade imediata, e não a responsabilização mediata e subjetiva, que se encontra negada, quer no historicismo, quer na psicanálise, entre outras correntes modernas com grande enfoque niilista.²⁷

Por fim, a ação humana, essencialmente em sua consideração social, torna-se distinguidora de qualquer intenção ou hipostasiação posterior, pelo simples fato de possuir, para cada conduta desejada (realizada ou não; eficaz ou não; racional ou não) um registro memorial independente de qualquer mecanismo externo, ou seja, a imposição da memória consciente do ser humano, enquanto depósito das decisões e das ações realizadas, atua como unificador da conduta,

²⁶ Idem. p. 36.

²⁷ Para um aprofundamento na negação da consciência humana, e da inconsistência e prejuízo causado por tais correntes, ver CARVALHO, Olavo de. O futuro do pensamento brasileiro. Op. cit. p.

ligando o indivíduo agente ao resultado atingido, pois o registro se faz sem a atuação externa de qualquer espécie, quer mecânica ou orgânica, quer teórica ou prática. A identidade memorial de cada ser humano traz consigo a possibilidade de responsabilização pessoal, que nada mais significa do que o senso da realidade conjuntural, respaldada pela permanência espaço-temporal, somada à produção autoral intuitiva e conscientemente produzida, que coaduna o sentimento de ligação entre o fim atingido, isto é, a manifestação do mundo exterior, com o fim almejado, isto é, o desejo (necessidade) interior presente.

Some-se a esta capacidade memorial a possibilidade de atuação da inteligência humana em seu caráter reflexivo, qual seja, a consciência da comparação dos dados obtidos com a realização da conduta e com os desejos originários, e mais, com os valores pessoais de cada indivíduo, suas crenças e suas idéias, possibilitando um aprimoramento moral e intelectual cada vez maior, pela reflexão sobre as conseqüências obtidas, sobre os meios empregados, sobre os fins desejados.

Todo o somatório de circunstâncias que levam o ser humano à sua unidade individual traduz-se em seu aspecto de agente, de produtor da ação social, em atuante na realidade emergente, e pode ser expresso no conceito de unidade subjetiva, que engloba todos esses pontos, de maneira homogênea.²⁸

A identidade do reconhecimento histórico da conduta humana traz consigo a possibilidade de avaliação e compreensão racional seja em âmbito geral (como no caso da história das idéias), seja em âmbito específico (como no caso da sociologia). Por se tratar de ações presentes no senso histórico, os resultados promovidos pelo conjunto das ações dos indivíduos, em determinado tempo, pode ser objeto de um estudo sobre a intencionalidade e a motivação de tais atos, possibilitando a reflexão racional em cima dos dados fornecidos, o que foi feito de

112-146. E ainda, do mesmo autor, O jardim das aflições - de Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o materialismo e a religião civil. Rio de Janeiro: Diadorim, 1996.

²⁸ Esta asserção pode ser entendida nas obras filosóficas de grande envergadura, desde: ARISTÓTELES, Organon - vols. I a VI, e Metafísica de Aristóteles; AQUINO, Santo Tomás de, Suma contra los gentiles, e Seleção de escritos; LEIBNIZ, Wilhem G. Novos ensaios sobre o entendimento e Escritos de filosofia política y jurídica; e HUSSERL, Edmund. A idéia de fenomenologia, philosophe premiere e Investigaciones logicas.

forma magistral por Weber, quer em seu estudo sobre *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, quer em *As causas sociais do declínio da cultura antiga*.

Outra conclusão importante que decorre da unidade subjetiva do sujeito produtor da ação é o fato de impossibilitar-se a desvinculação da ação social do sujeito que a produz, responsabilizando diretamente o agente pela conduta realizada. Note-se que esta colocação não é uma justificativa de qualquer ordem existente, mas uma simples observação da consistência essencial do mecanismo da conduta humana, que exige toda a complexidade de unidade acima exposta para o surgimento da ação consciente para a obtenção de condutas socialmente relevantes, para a concepção do senso histórico, bem como para a identificação do nexos entre início e fim de uma relação.²⁹

Ao fixar-se a unidade substancial entre a conduta do agente, sua ação e os fins por ela atingidos, recai-se no ponto de partida estipulado por Weber quanto à delimitação do campo de sua sociologia, que estaria predisposta à compreensão dos meios, fins e valores buscados pela conduta. Conforme exposto acima³⁰, entende-se que os fins e os valores intencionados na ação social podem ser auferidos como meios, quer com relação ao sujeito agente, que intenciona adiante da ação original, quer com relação ao destinatário da ação, para o qual será sempre um meio a ser ponderado.

Assim, reforçando entendimento já esposado, o estudo dos meios é essencial para a compreensão das possibilidades de ação social que, entendidas de forma sistemática, possibilitam a identificação estrutural de determinada sociedade, cuja regularidade se manifesta na operação social vigente, e que, por ser estrutura condicionada por ações humanas, sujeita-se à modificação, ou superação do conjunto de possibilidades de conduta (estrutura social), fato este que cientificamente é estudado como casos de mutação social. A mutação seria

²⁹ A falta de percepção desta noção elementar para a compreensão da ação humana fez com que o desenvolvimento da ciência histórica e filológica ultrapasse as fronteiras de sua área, impondo uma visão simplificadora e desconexa com a realidade, abrindo espaço para toda sorte de totalitarismos, cujo respaldo teórico e moral estava dado, quer pela irresponsabilização dos atos individuais (marxismo), quer pela imposição histórica do desenvolvimento social (nazi-fascismo), ou ainda pela soma destas duas facetas (socialismo soviético). Ver CAMUS, Albert. *O homem revoltado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

³⁰ Ver *Supra* item 1.2.

exatamente a modificação de todo o conjunto composto pela estruturação sistemática das ações sociais, com suas instituições e seus princípios ordenadores.

Desta forma, uma mudança social evidenciar-se-ia com o surgimento de novos meios de ação social, ou seja, com a ampliação ou modificação da gama de meios disponíveis ao sujeito quando da consecução racional da conduta segundo valores e fins desejados. A simples alteração quantitativa do espaço de exercício da ação não caracteriza a mudança, mas simplesmente a delimitação espacial do seu exercício, o que não responde à possibilidade de utilização de novos meios anteriormente não disponíveis. Quando se eliminam meios existentes na sociedade, ou se alcançam novos meios, ocorre uma mutação social, uma transferência da titularidade de determinada estrutura.

Esse sistema social, cuja compreensão global leva a um conjunto estrutural das possibilidades de ação na sociedade, convive, por atuação negativa, com um sistema, de igual disposição quantitativa, que por vezes possui importância e atuação superior à previsão sistêmica das possibilidades, e que diz respeito aos mecanismos de impossibilitação das condutas sociais, uma das formas mais eficazes de ação social, e que será melhor compreendido com os conceitos que se apresentarão.

1.5 HORIZONTE DE CONSCIÊNCIA E O RAIOS DE AÇÃO.

A identificação destes mecanismos de ação social, pela impossibilitação da ação de outrem, pode ser melhor compreendida pela verificação dos horizontes de consciência decisória³¹ e seu respectivo raio de ação.

A compreensão do horizonte de consciência está diretamente ligada à singularidade humana, em especial ao seu alto grau de diferenciação. Não especificadamente a diferenciação funcional da espécie humana com relação às demais espécies do Reino Animal, mas a diferenciação da repercussão das condutas sociais individuais de cada pessoa, em relação à conduta das demais

³¹ Por horizonte de consciência entende-se, provisoriamente, o total das informações disponíveis multiplicado pelo número de operações intelectuais possíveis. É medida quantitativa (CARVALHO, Olavo de. Ser e Poder. Op. cit. p. 12).

pessoas de uma sociedade. Desta forma, não só o ser humano pode atingir resultados cuja expressão global na estrutura social vigente sejam extremamente relevantes e influentes, como pode, ao contrário, não encontrar repercussão alguma em sua conduta, mantendo-se - a estrutura social - indiferente a qualquer atuação sua, seja qual for o sentido a ela atribuída.

Um exemplo normal desta situação encontra-se na própria disposição estrutural e hierárquica da sociedade ocidental, em que indivíduos, cuja oportunidade de ascensão - política, econômica ou social - em cada nível da organização social, ampliam seu raio de ação, justamente por serem expostos a uma maior gama de informações que redundam em operações mentais cujo alcance ultrapassa o raio de ação que antes possuíam. Desta forma, o presidente de um Estado, ao atuar de determinada maneira no tratamento, por exemplo, da fixação tarifária do imposto de exportação, possui capacidade de reflexão, e unidade subjetiva necessárias para a compreensão de sua ação, que poderá, também a título de exemplo, repercutir sobre a taxa de desemprego de determinado setor econômico que dependesse exclusivamente do mercado internacional. Todavia, o *bóia-fria* que perdeu sua ocupação em decorrência da política tributária do governo somente terá a compreensão de que não possui mais emprego, de que seu sustento (e de sua família) estará comprometido. Restringirá a compreensão da situação de perda ocupacional atribuindo tal ação ao patrão que o despediu. Isto significa que o raio de ação de um indivíduo pode ser imensamente superior ao de outro, o que trará conseqüências sociais extremas, cuja importância no campo jurídico será revelada no decorrer deste estudo.

Para o momento, basta a compreensão do significado desse horizonte de consciência, desse espectro de possibilidades de operações mentais que um indivíduo pode realizar segundo o grau e o número de informações que possui e segundo sua capacidade intelectual.

Como se sabe, a variedade de operações mentais possíveis de serem executadas por um mesmo indivíduo processam-se de diversas e podem influir de maneira consciente, ou não, nas decisões e condutas a serem tomadas pelo mesmo ser no ambiente social. Assim, ao receber uma informação, o processamento pode

ocorrer, num primeiro momento, em termos ‘espaciais’, ou seja, de localização, dentre as informações anteriormente adquiridas, do dado externo frente ao conjunto de dados internos que cada indivíduo possui. Esse mecanismo pode ser identificado nas atividades de classificação, interpretação e explicação a que são sujeitas todas as informações expostas ao ser humano antes de serem assimiladas e registradas.

Toda esta gama de operações mentais produz o conjunto de dados que possibilita ao indivíduo sua inserção no mundo, sua localização espaço-temporal e sua compreensão da realidade que se lhe impõe e compõem o horizonte de consciência contemplativo de cada indivíduo. Todavia, deste processo não resulta o cálculo racional dos desejos a serem satisfeitos de modo externo, quer dizer, não se produz nenhuma ação social consciente pela simples adequação mental das informações recebidas do mundo exterior.

Quando o exercício racional, conforme exposto acima³², segundo fins e valores a serem perseguidos, resulta na escolha de meios para a consecução da ação social (aquela ação cuja realização causa interferência na esfera de outros), passa-se da mera atividade contemplativa³³ para uma atividade decisória, ou seja, para aquele espaço no qual existe a consciência de que, por sua realização, determinada conduta repercutirá de forma, se não prevista, pelo menos previsível, num primeiro plano.

Por horizonte de consciência decisória, portanto, devem-se entender as operações que possam resultar em ação consciente do sujeito, e os objetos e indivíduos que se encontrem dentro desse horizonte consciente do sujeito estarão, pois, dentro de seu raio de ação. Ou seja, quando uma ação humana consciente atinge a esfera de outra pessoa, entende-se que esta é alcançada pelo raio de ação daquela.

Uma pessoa que não esteja dentro do horizonte de consciência de outra, está automaticamente fora de seu raio de ação, e mais, se não existir a possibilidade de uma consciência ao menos contemplativa (em que o indivíduo

³² Ver *Supra* item 1.3.

³³ aqui entendida conforme a amplitude do horizonte de consciência, e não como forma inerte e projetiva de apreensão substancial.

pode classificar, explicar, etc., sem que resulte em possibilidade de ação consciente) em relação à outra pessoa, esta far-se-á impossibilitada de entrar na esfera de conhecimento da outra, caracterizando o que Olavo de Carvalho chama de objeto inerme da ação.

1.5.1 O OBJETO INERME.

Conforme dito acima, ao agir socialmente, um indivíduo está fazendo uso de seu horizonte de consciência decisória, isto é, articulando informações de forma racional e consciente na escolha de meios a serem utilizados na persecução de fins e valores. Ora, todo esse campo de atuação social aberto ao indivíduo pela possibilidade de operação mental sobre informações e dados externos significa justamente o seu raio de ação, o espaço no qual sua atuação causará repercussão na esfera de outros membros da sociedade, o espaço no qual se promoverão as conseqüências de sua conduta, mesmo que não coincidindo com aquelas previstas pelo sujeito quando da escolha dos meios.

Contudo, ao atuar socialmente, o indivíduo necessariamente estará atingindo a esfera de ação de outras pessoas, as quais possuem o mesmo complexo de informações exposto até o momento. Desta forma, podem ocorrer três situações diferentes quando da ação social, a saber: a) a pessoa sobre a qual recai a ação, ou seja, o objeto da ação de um agente, pode, em seu horizonte de consciência decisória, conter a informação necessária ao conhecimento do sujeito, e, conseqüentemente, a possibilidade de compreender a atuação daquele, de classificar e receber os efeitos da ação de forma racional. Esta pessoa, objeto da ação, cujo raio de ação também abarca o sujeito que, na oportunidade, realiza a ação, possui, como se percebe, um ponto em comum com aquele em seus raios de ação (e em seus horizontes de consciência decisória). A esta pessoa denomina-se *objeto reagente* da ação; b) da mesma forma, ao atuar como objeto de determinada ação, pode, o indivíduo nesta situação, ao contrário do caso anterior, faltar as condições necessárias para a atuação racional sobre a conduta recebida. Isto é, o seu raio de ação pode não atingir o raio de ação do agente, todavia está consciente

da personalidade deste, não dispondo, somente, dos meios para o exercício racional de atuação cujos fins possam atingir tal sujeito. Neste caso, embora não consiga abarcar o sujeito em seu horizonte de consciência decisória, o objeto da ação o alcança em seu horizonte de consciência contemplativa. Isto é, consegue, pelas informações disponíveis, tomar consciência da origem de determinada ação, consegue assimilar os resultados a que está sendo exposto, somente não possui meios de responder a tal ação. Neste caso, denomina-se esta pessoa como objeto *consciente* da ação; e, c), contudo, pode ocorrer que, ao sofrer conseqüências pela prática de determinada ação, o objeto desta não possua meios de atinar sobre a origem e personalidade dessa mesma ação, ou seja, pode ocorrer que nem o horizonte de consciência decisória, nem o horizonte de consciência contemplativa consigam abarcar o sujeito da ação, não possibilitando ao objeto adequada compreensão. Nestes casos, a ação aparecerá sem sujeito, as conseqüências que atingirem o objeto não determinarão causas imediatas, não por estas não existirem, mas pela impossibilidade de serem atinadas pelo objeto. Esta situação, na qual sequer existe a possibilidade de ciência sobre a origem de determinada ação produz-se sobre o que se denomina *objeto inerte* da ação.³⁴

É justamente, ou melhor, principalmente em função destes objetos inertes que o direito surge como garantidor³⁵, na medida em que não se encontrando dentro do raio de ação do indivíduo o sujeito da ação social, surge um vazio mental na definição deste por parte do objeto inerte. Para este a ação será produzida sem sujeito, sendo que, conseqüentemente passará a um exercício mental instintivo de elaboração de um sujeito, indefinido e impessoal, a quem se possa atribuir a autoria de tais ações.

Desta dificuldade de compreensão integral do fenômeno, por parte do objeto inerte, pelo desconhecimento de seu ponto inicial - o sujeito, bem como pela impossibilidade de compreensão de sua finalidade, por não atingir os motivos que desencadeiam, decorrem as mais diversas situações sociais de dominação e de imposição - física, moral e intelectual. O papel do fenômeno jurídico surge legitimado pela sua finalidade, ou seja, enquanto garantidor do livre exercício da

³⁴ CARVALHO, Olavo de. Ser e poder. Op. cit. p. 13

ação por todos, e como meio de proteção dos indivíduos - objetos inermes de ações sociais.

1.5.2 SUJEITO FANTÁSTICO E SUJEITO CONCEITUAL.

Ao se deparar com certos fatos externos que interferem na conduta a ser tomada, o indivíduo se vê alijado de parte de seu raio de ação, ou seja, quando um indivíduo atua como objeto da ação de outro³⁶, e esta ação traz resultados que interferem em sua esfera de atuação, surge a necessidade de classificação do fato ocorrido como mecanismo de compreensão humana para posterior raciocínio sobre os dados coletados.

Esse mecanismo humano de compreensão através da percepção, classificação, interpretação e explicação dos dados externos a que está exposto necessita, para uma resposta consciente e racional, da identificação da fonte de onde partem os resultados pelos quais a percepção é atingida. No caso de atuar como objeto na relação social, o indivíduo pode, como visto acima, compreender (e absorver) a ação de outro de três formas. Destas, duas - objeto reagente e objeto consciente - estão aptas a identificar a origem da ação, e, conseqüentemente, absorvem as informações de maneira normal, diferenciando-se unicamente na possibilidade de reação, que é privilégio do objeto reagente.

Porém, ao se tratar do objeto inerte, daquele cuja ação é recebida somente em termos de resultados, de conseqüências que atingem a esfera individual do objeto sem a possibilidade de identificação da fonte, tem-se um problema sério, cujas conseqüências repercutem não só na esfera jurídica como em todas as esferas sociais.

Pela necessidade humana de compreensão dos dados externos tidos como informações que compõem os horizontes de consciência dos indivíduos, qualquer

³⁵ Ver *Infra* cap. 3, item 3.2.

³⁶ Lembre-se que este objeto não precisa atuar como único destinatário da ação do sujeito. Não precisa nem do conhecimento pessoal do sujeito com relação ao objeto, podendo ser apenas um número de uma estatística, ou um tipo conceitual. O que interessa para a qualificação da circunstância é a possibilidade, ou não, de existir potencial (em sentido aristotélico) de consciência dos resultados a serem obtidos com a realização da conduta. Lembre-se do exemplo *Supra*, item 1.5.

efeito de uma ação que repercute sobre o objeto inerte terá que ser absorvido de alguma maneira.

O primeiro passo para a compreensão destas informações é a elaboração mental de um sujeito, indefinido e impessoal, a quem se possa atribuir a autoria de tais ações. A atuação imaginativa do indivíduo, através de fantasias criadas a partir da verossimilhança dos resultados da ação com atributos humanos que lhe correspondam, leva a atribuição da titularidade da ação a sentimentos tidos como universais, ou supra-humanos. Isto ocorre, por exemplo, com os adjetivos que são dirigidos a ações cuja titularidade não se conhece, como Poderoso, Bom, Mau, entre outros. A criança, em suas primeiras fases, percebe muitas coisas pela ligação de sentimentos a conseqüências de ações³⁷. A composição destes traços conjuntos denomina-se *sujeito fantástico* da ação, partindo-se do ponto de vista do objeto inerte.

Quando tais características são agrupadas e comparadas com as de outros grupos de pessoas que estão em situação similar, e todo esse processo de análise é revestido de uma racionalização, surge um novo sujeito atuando como produtor consciente (dentro da esfera mental do objeto inerte). Este sujeito, ao qual Olavo de Carvalho³⁸ denomina *conceptual*, definido com aparência racional pela comparação com circunstâncias verossímeis a toda uma coletividade, passa a atuar de forma direta na esfera dos indivíduos, que apreendem os efeitos de uma ação impessoal pela elaboração mental de tal sujeito titular da ação repercutida.³⁹ Assim, por exemplo, em nosso tempo, os *'judeus são os detentores do poder econômico mundial'*, ou os *'maçons coordenam a política nacional'*, etc. A impossibilidade do horizonte de consciência atingir a titularidade das ações resulta na construção de conceitos que passam a atuar, para o objeto inerte, com uma individualidade e

³⁷ Ao receber um presente, pode ocorrer, por exemplo, de se identificar à riqueza como causadora da ação, enquanto não se possibilita compreender a simbologia da troca de presentes na cultura ocidental.

³⁸ CARVALHO, Olavo de. *Ser e Poder*. Op. cit. p. 14.

³⁹ Grande parte das mitologias existente deriva da impossibilidade do objeto inerte entender ações que o atingem, das quais não consegue visualizar um produtor consciente, que permanecerá desconhecido.

unidade encontrada somente no ser humano, e esta situação repercute de forma significativa na compreensão da realidade social.⁴⁰

Em adequação a essa realidade dentro da estrutura social, o direito surge como produto de equilíbrio e de garantia de oportunidades de ação para os objetos inermes que, ao serem deixados sem aparato jurídico em suas relações sociais estariam impossibilitados de qualquer mudança e reação, reduzindo a sociedade à decisão e arbítrio de poucos, e remetendo a explicação de tal circunstância a uma causa qualquer como a representação divina, a vontade do legislador, e outros mitos que permeiam a história humana.

1.6 O CÁLCULO DAS CONSEQUÊNCIAS, A LIBERDADE E O DETERMINISMO.

Ainda na esteira delimitada até o momento, a da ação socialmente relevante, cuja repercussão atinge a esfera de outra pessoa que não o do sujeito produtor da ação, e antes da aproximação da regulação jurídica como possibilidade de ação garantida por um sistema jurídico⁴¹, deve-se compor a disposição funcional do processo de racionalização desenvolvido por Weber como forma de manifestação da liberdade individual e sua distinção de um possível determinismo das ações humanas.

Ao tratar do estudo da situação histórica moderna, Weber caracteriza-a como o caminho em direção à racionalidade, ou melhor, como o contínuo desenvolvimento do caráter racional das situações e relações sociais, e descreve-a magistralmente em sua obra *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. É nesse sentido que o método weberiano direciona seu estudo para a compreensão de como a sociedade e o indivíduo se tornaram o que hoje se apresenta⁴². Para tanto enfatiza o caráter racionalizante do comportamento humano, qual seja, a ação

⁴⁰ Cabe aqui retornar ao conselho de Weber, quando da explicação conceitual do *idealtypus*, cuja falta de consciência da impossibilidade empírica de sua verificação conduz a atribuição de titularidade a dados existentes unicamente em forma conceitual, como mecanismo metodológico de compreensão da realidade.

⁴¹ Usa-se a expressão sistema jurídico significando a composição de normas primárias e secundárias dentro de uma sociedade estruturada, tal qual estabelece Herbert Hart. *In O conceito de direito*. Lisboa: Fundação C. Gulbenkeian, s/d, cap. 5.

social dirigida segundo fins, pela escolha dos meios disponíveis. Com isso Weber, através da refutação das idéias de vários autores⁴³, distingue o caráter irracional da conduta humana que, ao negligenciar a escolha dos meios e a delimitação dos fins e valores a serem atingidos, inviabiliza a previsão sobre as conseqüências de tal conduta. Ao contrário, em uma ação racionalmente concebida, não só a previsibilidade torna-se possível, como surge a possibilidade de comparação e julgamento dos resultados obtidos com tais ações, quer pelo fim atingido, quer pelos meios escolhidos.

Weber, porém, não termina seu raciocínio neste ponto, pois afirma que não só a ação social racionalmente concebida é fruto da atividade humana, como é nesta ação que se manifesta sua liberdade. A demonstração desta situação passa a ser desenvolvida, admitindo-se como evidentes essas constatações, contudo não suficientes, principalmente no relacionamento com o sentido das ações⁴⁴.

Que a ação social se dê por exercício da razão, quando da persecução de fins e valores, parece mais uma constatação do que uma elaboração teórica, pois é certo que, ao atuar segundo a persecução de determinados fins ou valores, o sujeito busca, nos meios disponíveis, aquele que julga possuidor de maior aptidão para tanto. Este fato é mais uma descrição da atividade racional do que uma elaboração teórica que propicie entendimento sobre o objeto a ser estudado.

É tomando esta constatação como ponto de partida que Weber irá, então, elaborar um conceito que buscará aplicação no exercício social. Portanto, quando Weber fala em termos de cálculo das conseqüências das ações, está aplicando em termos práticos a constatação acima exposta. Por cálculo (ou previsão) racional (ou instrumental) das conseqüências entende-se a atitude de legitimação de determinada conduta social, quer na esfera individual, quer na esfera política. Desta forma, todo indivíduo deveria atuar, quando na esfera pública, de acordo com a intencionalidade, com os objetivos desejados, como forma de legitimação das condutas em ambiente social. A legitimidade dos instrumentos sociais, quer na

⁴² Distingue-se aqui de Ranke, que buscava a compreensão histórica em sua continuidade, e de Marx, que buscava um determinante, uma causa que justificasse a necessidade histórica.

⁴³ Entre eles o economista Knies e o historiador Treitschke. Conforme DIGGINS, John P. op. cit. p. 150.

⁴⁴ Conforme *Supra* item 1.2.

organização civil, quer na organização estatal, decorre, como se sabe, do reconhecimento dos membros integrantes da organização social a que se referem tais instrumentos. No caso de dissintonia entre a conduta realizada e os fins (ou ao menos os meios) atingidos, por parte de representantes da sociedade, deve, cada indivíduo, pesar as conseqüências a serem obtidas com sua atitude legitimante. Todas as instâncias burocráticas⁴⁵ devem sujeitar-se, pela legitimação social, à racionalidade de suas atitudes, que passam a contar com a confirmação individual quando da atribuição de representação legítima para conferência de atos públicos.

No que se refere à manifestação da liberdade do indivíduo quando da ação racionalmente concebida, Weber afirma que a adequação e a reflexão, como instâncias necessárias ao exercício racional, possibilitam a livre e consciente decisão do sujeito quanto à sua conduta. De maneira contrária, não existindo a intervenção consciente do sujeito na concepção de sua conduta, fica preso a uma determinação irracional, cujo controle não pode ser exercido, seja pela superveniência de 'instintos' de origem biológica, seja pela manifestação de desejos ou recalques inconscientes, que, se não filtrados pela atenção da consciência, retiram qualquer possibilidade de escolha por parte do indivíduo.

Pode-se compreender melhor esta constatação nas próprias palavras de Weber:

“Quanto ‘mais livre’ é a decisão para agir - ou seja, quanto mais essa decisão é uma resposta a suas ‘próprias’ reflexões e menos a ‘pressões externas ou afetos irresistíveis’ - tanto mais completamente, ceteris paribus, as motivações envolvidas na decisão podem ser situadas nas categorias, fim e meios; mais adequada será a análise racional dessas motivações (...) mas, quanto maior a liberdade de ação - ou seja, quanto mais afastada dos processos da natureza - mais entra em jogo, finalmente, a concepção de uma personalidade que encontra auto-realização na harmonização constante de seu ser íntimo com valores últimos e significados de vida definidos;

⁴⁵ A burocracia é um fenômeno característico da modernidade ocidental, descrito por Weber, e que aqui não é tratada de forma específica por não se referir diretamente ao conteúdo deste estudo. Para melhor compreensão do seu conceito pode-se consultar *Economia e Sociedade*, do próprio Weber. Para uma visualização da experiência prática do fenômeno burocrático na realidade brasileira, ver PENNA, J. O. de Meira. *O Dinossauro - ensaio sobre a burocracia brasileira*. Rio de Janeiro: APEC, 1972, onde o diplomata brasileiro, por meio de uma grande análise da psicologia social nacional, desenvolve um dos estudos mais aprofundados no assunto.

*por meio de uma ação esses valores e significados são transformados em metas e motivos e no processo essa ação se torna teleológica e racional. conseqüentemente há cada vez menos lugar para a concepção romântico-naturalista da personalidade que, seguindo na direção oposta, busca o caráter da personalidade no subsolo úmido, alqueivado da vida humana, ou melhor, animal. (...) o absurdo desse último empreendimento é óbvio em experiência direta: nós nos 'sentimos necessitados' ou co-determinados de um modo 'não imanente' em nossa 'vontade' precisamente por meio daqueles elementos 'irracionais' da nossa ação.'*⁴⁶

A liberdade relacionada com o exercício das faculdades racionais, o que Weber chama de *racionalidade teleológica*, caracteriza-se pela possibilidade consciente de escolha dos meios necessários para a obtenção dos valores ou fins desejados. A individualidade de cada pessoa é, em um de seus aspectos, a disposição teleológica de sua atividade racional, ou, em outras palavras, autonomia de consciência individual.

Neste sentido, ao invés de superar-se um momento de irracionalidade, surge a possibilidade (de fato constatada) de mecanismos irracionais de significativa repercussão social, ocorrendo tal fato quando do rompimento da linha da ação conforme descrita; ou seja, a sociedade moderna passa pela incoerência (e, portanto, irracionalidade) de ver nos próprios meios de ação o seu fim último, ferindo não só o caráter racional da conduta, como impossibilitando a manifestação da liberdade individual. Nas palavras de Loewith: *"tal como aquele era originalmente um fim, ou um fim em si mesmo, as ações pretendidas como um meio, tornam-se independentes ao invés de orientadas para um fim e precisamente assim perdem seu 'sentido' ou fim original, isto é, sua racionalidade orientada para um fim, baseada no homem e suas necessidades"*⁴⁷. Desta forma, as instituições e objetivos que norteiam e regulam a sociedade moderna, na medida em que são tomados como fins a serem atingidos, e mantidos, perdem todo seu aspecto racional, qual seja, de instrumento de realização social, e passam a auto-regular-se, bem como aos indivíduos, que não podem escapar as determinações desses meios, que irracionalmente se tomam como fins.

⁴⁶ Apud LOEWITH, Karl. Racionalização e liberdade: o sentido da ação social. p. 153.

Regressando um passo na investigação sociofilosófica do caráter racional da ação humana, surge inevitavelmente a evidência da autonomia de consciência individual como necessidade para realização de uma conduta social conforme não só com a utilização racional, mas com o sentido último desta ação. E mais, na medida em que a consciência do sujeito é o substrato do qual partem tanto a razão ordenadora e projetiva como a ação social positivamente avaliada, surge o laço que liga tal substrato ao resultado obtido, qual seja: a responsabilidade do sujeito pelas conseqüências atingidas. Estas conseqüências repercutem em três esferas: a) na escolha dos meios utilizados, cujo resultado se relaciona diretamente com o estudo social; b) nos fins atingidos, que da mesma forma que os meios, ligam-se ao interesse social, e são passíveis de julgamento externo; e, c) na utilização da razão para persecução de fins com sentido objetivo, bem como de meios legítimos, cujo interesse e controle somente se processam na esfera individual e subjetiva, de acordo com os valores aceitos pelo sujeito.

A autonomia da consciência é, segundo Ortega y Gasset, não só uma necessidade para o exercício racional da conduta, como o ponto de partida para uma atitude filosófica. Parte da afirmação de Descartes de que a única certeza objetiva que o indivíduo pode ter (para o início do conhecimento) é a impossibilidade de duvidar de que duvida. Ao constatar que qualquer dado que é posto à apreciação do sujeito pode ser questionado quanto à sua existência, numa atitude de dúvida inicial permanente, o ponto de partida para o conhecimento seria a constatação - única possível - de que, num recuo *ad infinitum*, quando duvido, não posso duvidar de que duvido; a dúvida, portanto, pressupõe a certeza sobre a sua existência, que é duvidar. Ortega y Gasset aponta, pois, que o ato de duvidar é apenas pensamento e que, por conseqüência, esse ato é puro pensamento, cujo substrato é a consciência individual autônoma.⁴⁸

Uma linha um pouco diversa é a que evidencia a impossibilidade de caracterizar-se o estado de dúvida no sujeito pela simples observação de sua

⁴⁷ LOEWITH, Karl. Op. cit. p. 155.

⁴⁸ Esta célebre afirmação cartesiana a respeito do primado da dúvida influenciou toda a epistemologia e teoria do conhecimento moderna, e pode ser melhor aprofundada na obra de ORTEGA Y GASSET, José. O que é a filosofia?. Lisboa: Cotovia, 1994.

inexistência psicológica (que é o substrato da dúvida). Ao conceituar-se a dúvida justamente como a alternância entre uma certeza verificada num determinado momento e sua negação em outro imediatamente subsequente, atribui-se a essa alternância repetida várias vezes sem a possibilidade de permanência num dos pontos de certeza (afirmação ou negação) a constituição do estado de dúvida.⁴⁹ Contudo, mesmo à descaracterização da dúvida como estado último sobrepõe-se imperativamente o estado de certeza, quer em sentido positivo, quer em sentido negativo e, num aspecto ainda mais essencial, informa a autonomia da consciência individual.

A essa autonomia segue obrigatoriamente a responsabilização pelos atos derivados do exercício racional, e toda a possibilidade de atuação social do indivíduo. Porém, não se pode esquivar de um outro fenômeno que interfere no desenvolvimento normal do mecanismo da ação social, que é o poder, tanto em seu aspecto geral e formal, como em sua especificação política e social. Essa influência, se não for controlada, pode refletir indefinidamente sobre a possibilidade de ação do sujeito que não disponha de poder suficiente para efetivar a conduta, sendo este o momento de surgimento do direito, para proteção da realização das ações socialmente relevantes, entendidas estas como as provenientes da liberdade individual, que nada mais são ou representam que o exercício racional de uma consciência autônoma.

Para tanto delinear-se-á, em pontos gerais, o fenômeno do poder para, em seguida, expor a funcionalidade do direito nas relações sociais.

⁴⁹ Para tanto, CARVALHO, Olavo de. Descartes e a psicologia da dúvida. 1999. Endereço eletrônico: <http://www.olavodecarvalho.org/textos>.

CAPÍTULO 2

UM ESTUDO DO PODER

“Nuevo bárbaro, retrasado con respecto a su época, arcaico y primitivo en comparación con la terrible actualidad de sus problemas. Este nuevo bárbaro es principalmente el profesional más sabio que nunca, pero más inculto también - el ingeniero, el médico, el abogado, el científico”

Ortega Y Gasset

Como se verificou no capítulo anterior, a ação social, depois de conceituada e delimitada, apresentou-se insuficiente para uma compreensão geral de seu fenômeno, pois mesmo fixado seu exercício e relacionado o sujeito agente e receptor dos efeitos, uma lacuna não foi preenchida, a que se refere à possibilidade negativa dos efeitos da ação sobre outros sujeitos agentes. Ou seja, a realidade da impossibilitação da ação mediante os efeitos de uma outra ação é fator de realce e de extrema importância nas relações sociais, derivando daí toda sua dinâmica, e sendo, pois, constitutiva do fenômeno jurídico justamente na medida em que lhe antecede o surgimento.

Este fator de regulação e de imposição de condutas nada mais é do que o fenômeno do poder em sua visualização direta e singular. Assim, o espaço deste capítulo serve justamente para um aprofundamento do pressuposto necessário para uma Teoria Constitucional devidamente consciente e apta a apresentar instrumentos de regulação prática.

A argumentação, no mesmo sentido do exposto até o momento, buscará circundar o fenômeno, delimitando seu campo de atuação, sua abrangência, até que possa tornar compreensível a sua essência e função e então realizar a correspondência com o fenômeno jurídico e constitucional, objeto central deste estudo.

No primeiro momento, portanto, será dedicado espaço para a conceituação do fenômeno, utilizando-se da percepção sensorial da análise, ou seja, da visualização da realidade do fenômeno, precisamente porque, ao se tratar do poder, deve-se perceber a natureza empírica e indissociável das relações sociais. Desta forma, sob a verificação empírica de Bertrand Russell, serão encadeados os

momentos e possibilidades do poder pela linha demonstrativa de Olavo de Carvalho.

Da mesma forma que no capítulo anterior, segue-se apresentado a tipologia necessária e auxiliar para a compreensão do fenômeno, bem como, neste caso, seguida de uma tipologia negativa, ou seja, de uma tipologia que permite compreender o fenômeno pelo outro lado de sua atuação: a obediência. Este ponto é importante para a teoria constitucional principalmente nos temas relacionados com a sujeição ao poder político, pela natureza pública do fenômeno jurídico-constitucional.

No momento em que se delimita o espaço de atuação desta categoria, será tomado o caminho relacionado diretamente com o surgimento do fenômeno jurídico, buscando uma exposição breve da compreensão foucaultiana das relações de poder presentes nas estruturas e relações sociais [um dos objetos do direito], bem como do posicionamento frente à especialização do fenômeno, pela conjugação de seus aspectos puros e individuais, especialmente no poder político.

Sendo o poder político um dos objetos de maior alcance de uma teoria constitucional, será dedicado um momento para sua análise, especialmente a partir dos estudos de Norberto Bobbio, que demonstra com clareza as relações derivadas do poder político no Estado contemporâneo.

Concluindo este ponto, será evidenciada mais uma vez a ligação necessária entre a ação e o poder, pela compreensão sistemática dos argumentos, bem como a verificação de mais uma característica decisiva para a fixação do poder como pressuposto de uma teoria constitucional, qual seja, a supremacia quantitativa do maior poder. Isto quer significar exatamente que, quanto maior for a extensão, ou a possibilidade do poder, maior será seu alcance, somente restringido por um poder maior. Esta constatação é essencial para a compreensão do surgimento e da funcionalidade do fenômeno jurídico na esfera cultural de uma sociedade.

2.1 O PODER E SUA CONCEITUAÇÃO.

Parte-se da concepção de que, empiricamente observado, existem somente três condutas, ou três modos de exteriorização da vontade humana que podem atingir a esfera de outra pessoa⁵⁰ e, conseqüentemente alterar os estados de poder que se apresentam em nossa realidade e que são entendidos como a capacidade de produzir, de destruir e de conduzir. Tais poderes foram identificados por todas as sociedades humanas, e delimitam toda área capaz de transformar-se segundo causas materialmente observáveis na realidade física.⁵¹

Cada uma das situações pode ser associada a relações quotidianamente verificáveis, basilares de todo o movimento histórico, e que, portanto, são objetos de disputa dentro de uma organização social. Assim, atribui-se a capacidade de produção ao poder econômico, a capacidade de destruição ao poder militar e a capacidade de condução ao poder espiritual.

Seguindo na mesma linha de análise identificam-se a cada um destes poderes um objeto de atuação e exercício de dominação, e também um sujeito capaz de exercê-lo de acordo com as condições sociais específicas. Assim, ao tratar do poder econômico, estar-se-ia lidando diretamente com os bens da natureza, materialmente percebidos e disponíveis ao acesso físico. O poder militar, por sua vez, tem como objeto de ação o próprio corpo humano e suas possíveis ações. Por fim, o poder espiritual atuaria moldando as crenças, idéias e sentimentos das pessoas.

Da identificação dos objetos atingidos pelos poderes elencados, claramente salta a especificação dos sujeitos que os utilizam, que seriam, numa linguagem clássica e abstrata (ou seja, moldável às diversas situações históricas, e às realidades sociais individualizadas), respectivamente: a assembléia de produtores (*dieta*); a assembléia dos fortes (*império*); e a assembléia dos sábios (*igreja*).

Na exata medida em que todo poder pode ser verificado e constituído tanto pela sua utilização, como por seus resultados, ou pela sua negação, ou pela

⁵⁰ Ou de uma sociedade, ou classe, mas que se entendidas em sua concretude podem ser reduzidas a interferências individuais que se distribuem de maneira homogênea àquelas pessoas que compartilham de uma realidade semelhante, e que, na esfera social e política devem ser atendidas de maneira igualitária e libertária.

⁵¹ Conforme RUSSELL, Bertrand. *Power, a new social analysis*. London: Allen & Unwin, s/d.

falta de resultados, identificam-se uma modalidade passiva e uma ativa⁵² (vertical e horizontal), para as quais podem ser identificados determinados representantes.

Assim, na análise da atuação do poder econômico, é verificada a presença, de um lado, dos capitalistas que tenderiam naturalmente ao acréscimo e acúmulo desse poder (crescente concentração e diminuição de acesso às demais). De outro lado, os trabalhadores, compondo a modalidade passiva, e atuando negativamente no sentido de dividir e distribuir os benefícios alcançados por esse poder.

O poder militar, por sua vez, está composto de uma milícia e da justiça. A primeira, com função ativa, busca sempre concentrar os esforços e a capacidade de destruição (dominação), enquanto que a segunda, a nobreza de toga, deve buscar o equilíbrio e a distribuição dessa capacidade como forma de imposição de condutas socialmente aceitáveis (monopólio da violência legítima).

Por fim, o poder espiritual estaria composto, em sua versão ativa, da cultura, que busca através de criações individuais e sociais produzir novas crenças e submetê-las a toda a sociedade, enquanto que a modalidade horizontal está radicada na tradição, com função de estabilização sistemática das crenças, através de valores consagrados e reconhecidos (modernamente podem-se entender os direitos fundamentais em função de seu caráter garantidor e estabilizador da necessidade de dominação inerente e intrínseca às modalidades ativas do poder).⁵³

Somando-se a estas constatações factuais, o posicionamento intuitivo de Bertrand Russell⁵⁴ de que o conceito de poder seria uma idéia nuclear dentro das ciências sociais, da mesma forma que o conceito de energia o seria para a física, pode-se raciocinar no sentido de que, ao se tratar de ações sociais ou de realidades inerentes ao convívio humano em sociedade, obrigatoriamente deve-se possibilitar a redução dos fenômenos a disputas acerca do poder, e mais, fatos que se

⁵² A identificação destas modalidades de distribuição do poder pode ser encontrada em vários autores, como Michel Foucault e Bertrand Russel, e representa a visão complementar de um fenômeno que se mostra, por vezes, mais influente quando não atuante de maneira ostensiva e direta.

⁵³ Note-se que estaria neste momento, pela simples verificação e constatação de um fato (e não pela elaboração doutrinária ou teórica) explicitada a divisão natural do poder na sociedade, sobrepondo-se as concepções formalísticas do Estado Moderno.

⁵⁴ RUSSELL, Bertrand. Power, a new social analysis. Op. cit. Existe uma tradução para o português, que foi cotejada quando do estudo da referida obra. Optou-se pela leitura original para melhor compreensão do conteúdo.

relacionem com a disputa de poder devem necessariamente pertencer à realidade social (ação humana) e não a outro extrato da realidade.

Portanto, pode-se conceituar o poder como sendo, em sentido geral, a possibilidade concreta de ação, ou seja, a transformação (modificação) deliberada e desejada do estado das coisas. Já numa redução ao campo político-social, o poder se reveste da possibilidade de atuar e determinar os atos e as reações de outra pessoa⁵⁵ (obediência). Ou seja, ter poder é ser, por vontade própria, causa das ações alheias.

Esta definição de poder deve atender a uma tipologia que possa identificar os meios pelos quais se alcança o objeto de conquista ou de dominação. Por se tratar de uma especificação de caráter tipológico, cada um dos meios identificados deverá constituir categorias irreduzíveis⁵⁶ segundo as causas objetivas que possibilitam a ação e determinam a obediência. Ou seja, somente será tido como tipo de poder aquele cujo potencial de dominação possa ser exercido por sua própria natureza, sem a conjugação de qualquer outro fator⁵⁷.

Em seguida, uma exteriorização dos modos pelos quais o poder atua faz-se essencial, e diz respeito aos tipos de obediência verificáveis, bem como às divisões suscitadas no exercício do poder, e que emergem segundo a estrutura social do momento.

2.2 OS TIPOS DE PODER.

Ainda na análise estática do fenômeno do poder nas relações humanas como condicionante da ação social, devem-se expor os tipos de poder que podem ser admitidos pela experiência humana, seguindo critérios objetivos que

⁵⁵ Neste sentido, ver também STOPPINO, Mário. In, BOBBIO, Norberto. *Et al. Dicionário de política - vol. 2.* p. 933.

⁵⁶ Que sejam ontologicamente distintas. Não por não atuarem em conjunto com outros meios, mas sim pela possibilidade de atuar sem o complemento de qualquer outro meio.

⁵⁷ Tal tipologia atende aos requisitos da identificação essencial, segundo a redução fenomenológica husserliana, e precede ao estudo das divisões do poder. Desta forma, o poder segundo a conjugação de vários fatores, ou ainda, o poder que necessita de vários meios para se impor, será adiante retratado, tais como o poder político e o poder militar [especialmente o poder jurídico, ver *Infra* cap. 4]. O primeiro se vê impedido de atuar sem a garantia obtida pela presença do poder militar; da mesma forma o poder militar possui dependência extrema do poder econômico para poder atuar.

condicionem ou determinem a obediência alheia. Assim, três tipos de poder podem ser identificados: (a) a força física, ou o poder cuja fonte se encontra na natureza; (b) o dinheiro, cuja ordem social preexistente possibilita o exercício; (c) o carisma, que tem sua fonte de atuação na imaginação.

É evidente e verificável não só nos acontecimentos históricos, como na atuação e convívio diário, a suficiência de qualquer um destes tipos na obtenção de dominação ou subserviência externa (alheia), sem a conjugação com qualquer outro tipo. A simples imposição de uma força superior condiciona o resultado e a conduta externa que não possua compatibilidade com o nível empregado. Da mesma forma, o fato de possuir um condicionamento material historicamente atribuído a determinado agente limita a conduta alheia na exata medida do desvalor ou da incapacidade dos meios sociais existentes. Por fim, a atribuição externa de valores e condutas superiores a determinado agente faz com que aquele que atribui condicione-se segundo os ditames do agente cujo carisma é reconhecido pelo corpo social.

A força física, identificada como poder, retrata nada mais do que sua forma básica, elementar, física e materialmente observável, constituindo-se pela capacidade de um agente atuar sobre os demais. A capacidade de um corpo mover outros corpos, sem ser por eles movido.

Os modos de atuação, ou os resultados desta atuação não dizem respeito à constituição do poder, pois tanto se pode verificar a atuação destrutiva da força física (pela agressão, por exemplo), como sua atuação operativa e funcional, no caso da força de trabalho empregada em determinado intuito.

Cabe uma distinção, porém, no tocante à atuação de qualquer poder, que se refira à utilização pessoal ou delegada dos mesmos que, no caso da força física, pode tanto atuar num como noutro sentido.

A força, ou o poder obtido com o dinheiro, conforme dito acima, é decorrência de uma ordem social que garanta e estructure sua atuação, e pode ser identificado pelo condicionamento que o seu portador (agente) produz em relação à outra pessoa como forma de obrigação, ou de obtenção, de determinados bens

ou serviços que serão trocados por um signo representativo, que pressupõe novamente uma ordem social impositiva deste hábito prévio.

Note-se que o poder do dinheiro atua sempre de forma delegada, ou seja, sua força reside justamente na capacidade de condicionamento à atuação de outrem, e que, na medida em que atua, transfere esse poder àquele cuja força inicial fora empregada.

Já o poder carismático⁵⁸ atua em função da imaginação, no sentido de que se exerce e se possibilita na medida em que é 'criado' pela atuação externa, daquele sobre o qual o poder irá atuar. Isto significa que não reside nos dons pessoais (agente) a força a ser exercida, mas no que os outros imaginam a respeito do agente. Não faz diferença para o exercício do poder carismático que os dons sejam reais ou fictícios, mas sim aquilo que os outros acreditem existir⁵⁹. Por exemplo, uma pessoa que diz receber informações e diretrizes diretamente de Deus pode liderar e atingir inúmeras pessoas; tal poder reside justamente nos dons atribuídos ao líder pela comunidade, não necessitando em momento algum existir um contato real e comprovado do líder com Deus.

2.3 OS MODOS DE PODER - OU, OS TIPOS DE OBEDIÊNCIA.

O modo de atuação do poder restringe-se aos meios pelos quais a obediência se impõe. Ou seja, tanto faz enquadrar determinado fato pela análise efetiva da atualização do fenômeno, como pelo condicionamento que representa sobre o objeto a ser atingido. Desta forma, os modos pelos quais o poder age podem ser entendidos como tipos de obediência que lhe possibilitam a atuação; assim um poder que não gere obediência não é poder, e, portanto, não pode existir nem mesmo em nível teórico.

⁵⁸ Visto aqui em sua forma essencial, e não em todas as dimensões que podem ser obtidas de sua aplicação ao campo sócio-político, conforme o fez Max Weber, em sua tipologia dos mecanismos de dominação. Ver *Infra* item 2.5.

⁵⁹ O dom do convencimento, da retórica, de fazer-se acreditar, constitui um poder carismático autêntico, mas que pode não estar presente em um líder carismático. Às vezes dons de estratégia, de retidão moral, refletem sobre o caráter atribuído a uma pessoa e condicionam sua liderança, mesmo não possuindo um discurso retórico bom.

Respeitando-se os limites humanos, e entendendo que, ao agir, o poder se caracteriza por seus motivos objetivos, ao se tratar dos tipos de obediência deve-se levar em conta os motivos subjetivos que possibilitam, ou induzem determinada pessoa a submeter-se ao poder sobre ela exercido.

Em sendo de motivação subjetiva a sede do modo de atuação do poder, somente podem ser identificadas duas esferas sobre as quais residem os motivos subjetivos que determinem obediência, ou seja, o âmbito racional e o âmbito irracional.

Por meio da razão, uma pessoa pode sujeitar-se à imposição de determinado poder por dois motivos determinantes, a saber: (a) o interesse; e (b) a concordância.

Por interesse um poder pode instalar-se e receber anuência de outrem pelo simples cálculo utilitário que este realiza sobre a conveniência ou não dessa submissão⁶⁰. Uma pessoa pode, racionalmente, sujeitar-se a certas regras impostas pela simples situação de se ver beneficiado de alguma maneira por aquela ordem.

Já a concordância, como motivo subjetivo de obediência de cunho racional, é ainda de mais fácil compreensão, pois é claro que uma pessoa se sujeita a determinada dominação real se com ela mantiver concordância, se a ela atribuir conscientemente seu aval e sua vontade de continuidade.

Por outra via, que não comunga do entendimento racional e que se estabelece por motivos que não são elaborados por raciocínios ou idéias mentalmente trabalhadas, pode-se estabelecer o poder, possibilitado por uma obediência que pode ser: (a) por temor; e (b) por prazer.

A obediência existente pelo temor é, talvez, a mais fácil de se imaginar, justamente pela força implícita nas palavras obediência e poder, que levam a compreender o fenômeno do poder apenas pelo seu lado coercitivo. No entanto, não sendo o único modo, é um dos mais importantes e não necessita de maiores

⁶⁰ *O cálculo utilitário das conseqüências* de uma submissão, ou aceitação de determinado poder, é ponto central das idéias de Max Weber, o qual entendia que todos deviam conferir as vantagens e desvantagens da aceitação de determinada conduta política para então se posicionar em seu favor ou não, de acordo com seus interesses. Tal posicionamento de Weber decorre, segundo Patrick Diggins, do seu entendimento acerca da dominação, tida como inevitável em uma formação social, e que

explicações, além da simples observação de que se obedece por medo do não cumprimento dos comandos de poder.

Já a obediência pelo prazer também se realiza por interferência subjetiva e sentimental, que não passa pela consciência racional, mas que pode ser facilmente verificada.

Todos esses motivos subjetivos, entendidos como aqueles que promovem a obediência, ou os modos pelos quais o poder atua, somados aos motivos objetivos, que são os meios pelos quais o poder se faz possível, podem ser mais facilmente encontrados de maneira conjugada, e não necessariamente de maneira 'pura', exclusiva de uma das formas acima tratadas.

A conjugação dos motivos subjetivos e objetivos dá-se naturalmente, de acordo com as circunstâncias naturais e sociais de determinada época histórica, sem que possam ser identificados singularmente. Da mesma forma que podem coexistir motivos que componham o espectro do poder em determinada sociedade; podem existir transformações⁶¹ de um motivo a outro, e estes basicamente ocorrem pela força do hábito que, em si, não constituem causa de obediência, mas que servem como consolidadores de um motivo prévio.

As diferentes forças de exteriorização do poder nas relações sociais e nas ações humanas levam a duas situações complementares, mas que devem ser analisadas de forma distinta. De um lado, as relações de poder, ou seja, as relações que se instauram em torno de uma dominação, da imposição e do exercício do poder. De outro, as combinações dos vários motivos, objetivos e subjetivos, que formam meios de dominação característicos e que influem na sociedade de forma vertical, enquanto que as relações de poder estão espalhadas por toda parte, de forma horizontal.

deveria, portanto, estabelecer-se da melhor maneira possível pelo controle social, sendo este feito de acordo com os benefícios alcançados.

⁶¹ Olavo de Carvalho prefere o termo *conversões* dos motivos de poder. No entanto, o termo *conversão* pressupõe a possibilidade de um entendimento substancial da mudança, ou ainda, de um resíduo do objeto transformante no objeto transformado. No caso dos motivos do poder parece mais recomendável a utilização do termo *transformação*, na medida em que ao mudar de um motivo para outro, muda-se de estado sem que existisse nenhuma ligação entre eles.

Assim, passa-se à análise das relações de poder e, em seguida, será privilegiado o aspecto da dominação vertical, em especial, o poder político e sua relação direta com o direito e a democracia.

2.4 AS RELAÇÕES DE PODER.

Na ambiente social, cujas condutas e ações estão sempre condicionadas, ou preparadas por relações de poder, o estudo deve referir-se ao não estratificado, ao que se coloca fora do saber, imposto ou da história aparente. Nesta linha de pesquisas desenvolveu-se o trabalho de Michel Foucault, um dos autores que se dedicou exaustivamente a estudar as interferências e causas da dominação em seus aspectos mínimos, ou melhor, diluídos, não estratificados, que compõem as relações de poder.

Foucault define o poder como uma relação de forças, ou mais, toda relação de força é uma relação de poder, descaracterizando qualquer possibilidade de formalização do poder, tal como o Estado, por exemplo. Após sua incursão nos domínios do saber, Foucault distingue-o pela sua natureza de estabelecer-se entre formas, em contrapartida ao poder, que não é formalizado, como visto acima.

Com esta análise do poder desloca-se um pouco o foco da Ciência Política, centrada no âmbito do Estado quanto às concepções acerca do poder. Pelo estudo histórico da formação do capitalismo e da sociedade, especialmente sobre o surgimento das instituições carcerárias, Foucault traz à tona a constatação de que não existe um relacionamento tão direto e intrínseco entre o Estado e o poder, mas sim a proeminência de formas de exercício do poder que não correspondem ao Estado, que se compõem de maneira própria e dão sustentação e eficiência à dominação governamental.

Segundo Roberto Machado⁶²:

“O interessante da análise é justamente que os poderes estão localizados em nenhum ponto específico da estrutura

⁶² Que além de um grande conhecedor da obra de Michel Foucault, é um dos maiores divulgadores do pensamento de Nietzsche no Brasil, sendo autor de várias obras a respeito. Este fato tem importância pelo recurso constante de Foucault a Nietzsche.

*social. Funcionam como uma rede de dispositivos ou mecanismos a que nada ou ninguém escapa, a que não existe exterior possível, limites ou fronteiras. Daí a importância e polêmica idéia de que o poder não é algo que se detém como uma coisa como uma propriedade, que se possui ou não. Não existe de um lado os que têm o poder e de outro aqueles que se encontram dele alijados. Rigorosamente falando, o poder não existe; existe sim práticas ou relações de poder. O que significa que o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona.*⁶³

Partindo da pergunta tida como essencial à filosofia política, que seria o questionamento em torno da possibilidade de um discurso da verdade (filosofia) fixar limites de direito ao poder, Foucault aprofunda seu estudo nas relações estabelecidas e, invertendo a fórmula tradicional, questiona de quais regras as relações de poder se apropriam para produzir seus discursos. Com isto pretende significar, em suas palavras:

*“quero dizer que em uma sociedade com a nossa, mas no fundo em qualquer sociedade, existem relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social e que estas relações de poder não podem se dissociar, se estabelecer nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso.”*⁶⁴

Para que pudesse atinar com estas colocações, Foucault, segundo Deleuze⁶⁵, evita descrever o poder como um fenômeno compacto e homogêneo, ou ainda, como instrumento de uma pessoa que exerce tal faculdade sobre outra, na medida em que não o compreende como existente apenas em um dos pólos da relação de dominação, ou seja, o poder não poderia estar restrito àqueles cuja força ativa e dominadora está atuando, mas também estaria presente naqueles que se condicionam pelo mesmo poder⁶⁶.

⁶³ Ver em FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Introdução, p. XIV, na introdução de Roberto Machado.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Op. cit. p. 179.

⁶⁵ DELEUZE, Gilles. Foucault. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 78 e ss.

⁶⁶ Pode-se perceber neste ponto do pensamento foucaultiano uma semelhança que remete aos motivos objetivos e subjetivos do exercício do poder (exposto no item 2.3). A razão pela qual Foucault preferiu não se aprofundar neste ponto pode ser entendida tanto como uma opção ideológica, como pela impossibilidade de tal construção na época por ele vivida, pois se tratava de um período conturbado de contestação e emergência dos novos direitos (o principal de sua obra sobre o poder foi escrito no período em que lecionou no *Collège de France*, no período de 1970 até 1984).

A análise a ser procedida deveria buscar no poder uma rede de relações que não pode ser entendida de maneira linear e vertical, mas sim circular e horizontal, estando ora no exercício de uns, ora no de outros.

As relações de poder, diferenciadas das demais, determinam-se por meio de singularidades, sendo que sua integração se dá pela estabilização e estratificação cujo aspecto atual da relação propicia. Este mecanismo consiste em *“traçar uma linha de força geral, em concatenar as singularidades, alinhá-las, homogeneizá-las, colocá-las em séries, fazê-las convergir”*⁶⁷.

Assim, a interação que ocorre não se dá de forma global, mas parcial, local. Os fatores de integração que propiciam a estratificação constituem-se em instituições, tais como o Estado, a família, o mercado, que não podem ser identificados como fontes de poder, mas práticas que necessitam de relações de poder que as mantenham, exercendo uma função reprodutora⁶⁸ e não produtora.

Lembrando os comentários de Gilles Deleuze sobre este aspecto, *“não existe Estado, apenas uma estatização, e o mesmo é válido para os outros casos. De modo que, estudando cada formação histórica, será preciso indagar o que cabe a cada instituição existente sobre tal estrato, isto é, que relações de poder ela integra, que relações ela mantém com outras instituições, e como essas repartições mudam, de um estrato ao outro.”*⁶⁹

O poder atua como relação de forças que devem ser historicamente compreendidas e que, portanto, não podem ser atribuídas indiferentemente, ou arbitrariamente, a determinado sujeito, quer seja o Estado, quer seja um agente abstrato.

Conforme visto acima, a compreensão dos motivos subjetivos que possibilitam a obediência faz com que a relação de poder possa ser entendida sob um aspecto horizontal, diluído na sociedade, e que, pelo mesmo motivo, não se apresenta como algo elaborado e superior, embora exerça sua verdadeira capacidade justamente nesses ambientes, em que não consciente da presença do

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *A Vontade de Saber (história da sexualidade I)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1982, p. 124.

⁶⁸ No sentido que atribui Pierre Bourdieu ao termo. Ver BOURDIEU, Pierre. *A Reprodução*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, 1ª parte.

⁶⁹ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Op. cit. p. 83.

poder, essa mesma sociedade se encontra desprotegida ou incapaz para receber e enfrentar as relações de força que surgem.

Na sociedade atual, pelo estágio de desenvolvimento tecnológico e conhecimento especializado⁷⁰ alcançado, a diluição dos modos de dominação encontra-se extremamente difundida e imperceptível, atingindo a todos sem possibilitar reação ou defesa. A simples consciência destes mecanismos de dominação e de relações de poder diluídas e imbricadas nas mais rotineiras situações do comportamento não evita a submissão ao conteúdo propagado. Deve-se, ainda, proceder a um trabalho incessante de controle e policiamento de toda informação recebida no convívio social, sob pena de cada vez mais entrar nos aparelhos de reprodução existentes⁷¹, e dificultar a reação à relações de poder que levam à dominação, e que impedem a conscientização da limitação imposta.

Para tanto, ainda na esteira de Michel Foucault, cabe lembrar de seu curso ministrado em 1976, sob o título de *Em Defesa da Sociedade*, em que durante três meses ministrou aulas que tentavam identificar algumas das formas de realização do poder como dominação nas relações sociais, e também um estudo sobre a soberania e a guerra como instâncias contrárias na genealogia do poder⁷².

“Poderíamos, pois, contrapor dois grandes sistemas de análise do poder. Um que seria o velho sistema que vocês encontram nos filósofos do século XVIII, se articularia em torno do poder como direito original que se cede, constitutivo da soberania, e tendo o contrato como matriz do poder político. (...) E vocês teriam o outro sistema que tentaria, pelo contrário,

⁷⁰ Sobre a crítica a especialização e tecnicidade do conhecimento em sede de ensino superior, ver Otto Maria Carpeaux, em seu ensaio A idéia da universidade é as idéias da classe média in Ensaio Reunidos. Ver também DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. Ensino jurídico e os novos bárbaros. Revista SAJU/UFRGS n° 02 de 06/2000.

⁷¹ Mesmo não tendo relação com o conteúdo deste estudo, cabe salientar o surgimento das novas técnicas de controle psicológico, bem como o desenvolvimento da programação neurolinguística (PLN), que aliadas à imposição cultural ideológica e ao mercado econômico estão causando enormes reflexos nas relações sociais, por meio da exposição ao contraditório (técnica desenvolvida por Pavlov e aplicada desde o controle de grupos mínimos, como nas seitas pseudo-espirituais, na lavagem cerebral, até nas mensagens subliminares de propagandas comerciais), in CARVALHO, Olavo de. O jardim das aflições - de Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o materialismo e a religião civil. Op. cit.

⁷² Apenas a título de curiosidade acadêmica, foi na aula inaugural do curso de 1976 que Foucault inverteu a célebre afirmação de Clausewitz, de que *a guerra não seria mais do que a política continuada por outros meios*. Para o autor francês *a política seria a guerra continuada por outros meios*. In FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. Op. cit. p. 23.

*analisar o poder político não mais de acordo com o esquema contrato-opressão, mas de acordo com o esquema guerra-repressão. (...), portanto, dois esquemas de análise do poder: o esquema contrato-opressão, que é, se vocês preferirem, o esquema jurídico, e o esquema guerra-repressão, ou dominação-repressão, no qual a oposição pertinente não é a do legítimo e do ilegítimo, mas a oposição entre luta e submissão.*⁷³

2.5 O PODER POLÍTICO.

A partir da constatação do entrelaçamento relacional do poder em todas as camadas sociais, nas suas manifestações e em sua constituição, pode-se desvencilhar de alguns mitos, como o da construção do Estado, e de sua imposição como decorrência natural de organização social, ou, ainda, como um fenômeno unitário e singular que deve ser obedecido, não pela submissão voluntária ou pelos benefícios alcançados pelo ordenamento social de forma vertical, mas pela simples constatação do dever natural de um povo, territorialmente definido, submeter-se ao governo soberano de um Estado.

Da mesma forma, pela impossibilidade de se alcançar os mecanismos de relacionamento social sem antes delimitar as esferas de atuação do poder, o fenômeno jurídico não mais é entendido como uma imposição coercitiva, de monopólio da violência legítima, que se auto-regula em função do Estado, ou então, que se confunde com o próprio Estado enquanto ordenamento social normativamente estabelecido.

A identificação genealógica das relações de poder (microfísica do poder), apresentada por Foucault, possibilita uma compreensão mais direta e concreta do fenômeno jurídico⁷⁴ e de sua função enquanto instrumento a serviço da sociedade, de sua realização e dignidade enquanto compreensão da natureza humana.

No entanto, antes de definir as linhas de explicação deste fenômeno, faz-se necessária à delimitação da relação vertical observável, também, no estudo do poder e suas relações, cuja manifestação evidente é o poder político, em que o

⁷³ FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. Op. cit. p. 24.

⁷⁴ Ver *Infra* cap. 4.

exercício a partir do Estado Moderno é o principal *Leitmotiv* das reivindicações e das disputas sociais.

Como notifica Mario Stoppino⁷⁵, não existe praticamente relação social nas quais não se possa verificar a existência e interferência, de alguma forma, da atuação voluntária de um indivíduo (ou grupo) sobre o comportamento de outro indivíduo (ou grupo). Por este motivo, o conceito de poder⁷⁶ é empregado na interpretação das mais diversas manifestações sociais, desde o núcleo familiar até os ciclos históricos, desde os meios de produção até as relações entre as classes sociais.

Contudo, a esfera de maior aplicação e de maior debate, e onde a atuação do poder se mostra com maior consequência, é do campo da política⁷⁷, onde podem ser encontrados diversos métodos de interpretação e de explicação ao longo da história do pensamento filosófico e político.

Com a especialização e a notoriedade que as ciências sociais contemporâneas atingiram, pode-se buscar em Weber uma análise profunda do mecanismo de poder em atuação e imposição vertical na sociedade. Esta análise weberiana, não só pelo esforço e dedicação intelectual com que o autor tratou o assunto, mas principalmente pela objetividade e fundamentação obtida, tornou-se básica para a compreensão do mecanismo de dominação do Estado Moderno.

Para Weber, segundo Stoppino:

“as relações de mando e de obediência, mais ou menos confirmadas no tempo, e que se encontram tipicamente na política, tendem a se basear não só em fundamentos materiais ou no mero hábito de obediência dos súditos, mas também e principalmente num específico fundamento de legitimidade”.⁷⁸

Com a utilização do seu método de tipologia ideal (*idealtypus*) para análise do real, podem-se especificar três tipos puros de dominação legítima: o legal, o tradicional e o carismático.

⁷⁵ STOPPINO, Mário. In: BOBBIO, Norberto. *Et al. Dicionário de política - vol. 2*. p. 933.

⁷⁶ Conforme *Supra* item 2.1.

⁷⁷ Aqui entendida em sua conceituação moderna, buscada em Bobbio, como indicativo da atividade, ou conjunto das atividades, que de alguma forma faz referência ao Estado. In: BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Op. cit. p. 933-941.

O poder legal refere-se diretamente à sociedade moderna, e busca seu fundamento na legitimidade atribuída ao ordenamento jurídico, ordenamento este que define e limita as funções de quem o exerça em determinado momento histórico. Segundo Patrick Diggins:

*“Dominação racional significa poder legal, em que a obediência se deve a regras, estatutos, contratos, decisões judiciais e outras convenções legalmente estabelecidas que são impessoais e sistemáticas por natureza, ou impostas ou aceitas pelos indivíduos”.*⁷⁹

A burocracia, hierarquizada estruturalmente, aparece como o modo de administração e exercício do poder racional.⁸⁰

O poder tradicional, por sua vez, alcançaria legitimidade na constância e no hábito da obediência. Sua fonte direta seria a tradição, que traria vínculos condicionantes do conteúdo dos comandos.

*“O poder tradicional é sustentado por duradouras crenças no estado de coisas habitual e na legitimidade do que - ou de quem - quer que simbolize convenções imemoriais”.*⁸¹

Por fim, o poder carismático, que não se estabelece nem pelo ordenamento normativo, nem pela tradição, mas que busca sua legitimação na

⁷⁸ STOPPINO, Mario. Op. cit. p. 940.

⁷⁹ DIGGINS, John Patrick. Max Weber - a política e o espírito da tragédia. Op. cit. p. 104.

⁸⁰ Weber indicava seis princípios da burocracia que possibilitam seu exercício de dominação funcional: 1. O reinado das regras e dos regulamentos na jurisdição da repartição administrativa: as ações resultam de comandos, e as ordens são executadas de modo estável como deveres oficiais. 2. O princípio da autoridade hierárquica oficial caracteriza todas as estruturas burocráticas, garantindo um sistema ordenado de superioridade e subordinação no qual os órgãos superiores supervisionam os inferiores. 3. A administração moderna é gerenciada pelo fluxo de documentos escritos, facilitada por um quadro de funcionários subalternos e escreventes, com seus volumosos arquivos. 4. A administração de um órgão, especialmente modernos departamentos especializados, pressupõe treinamento técnico e abrangente; executivos, supervisores, diretores e outros funcionários devem possuir experiência profissional, diplomas, credenciais, aprovação em exames especiais, o que supõe que o burocrata é, em primeiro lugar, leal a seu cargo. 5. Os negócios oficiais tornam-se a atividade fundamental do burocrata, que não deve receber vantagens em troca de seus serviços ou exigir taxas ou emolumentos, como na Idade Média; em vez disso, o funcionário contribui com um fidedigno trabalho administrativo e recebe em troca uma existência segura. 6. A gerência administrativa é uma questão de conhecimento; comandos não podem ser decretos arbitrários, devendo, pelo contrário, seguir regras gerais que possam ser aprendidas, um código de operações mais abstrato que pessoal, tão abstrato e separado da consciência humana eu o conhecimento consistirá apenas em se acomodar a seu papel instrumental, se acomodar a dominar ou ser dominado. (in DIGGINS, John P. op. cit. p. 108-109; de acordo com WEBER, Max. Economia y sociedad - esbozo de una sociologia comprensiva. p. 956-1005.

espontaneidade de seu surgimento, que desafiando convenções e hábitos, conquista a fidelidade do povo em decorrência de virtudes específicas da personalidade, ou da pessoa do líder.

*“O poder carismático está fundado na dedicação afetiva à pessoa do chefe e ao caráter sacro, ao valor exemplar ou ao poder de espírito e da palavra que o distinguem de modo especial(...) o aparelho administrativo é escolhido com base no carisma e na dedicação pessoal e não constitui, por isso, nem uma burocracia, nem um corpo de servidores”.*⁸²

Diversos autores buscaram definir e identificar os mecanismos de dominação em função da distribuição do poder político, existindo as mais diversas correntes e tendências que, utilizando-se dos parâmetros acima expostos e adaptando-os às contingências e necessidades, quer históricas e sociais, quer unicamente teóricas, tratam da questão do poder como variável fundamental de compreensão no estudo da política.⁸³

Norberto Bobbio, reconhecendo que a possibilidade real de recurso ao uso da força, presente no poder político, caracteriza um elemento distinguidor deste tipo de poder frente aos demais, não reduz sua explicação a esta constatação. O uso da força seria uma condição necessária, porém não suficiente para a caracterização do poder político; ou seja, não bastaria a utilização da força, ou o recurso da força para evidenciar um poder político, ainda que este recurso possuísse certa continuidade, pois um grupo subversivo ou terrorista caracteriza-se justamente por isso e, mesmo assim, não pode ser visto como poder político de atuação e comando social. Diz o mestre italiano:

“O que caracteriza o poder político é a exclusividade do uso da força em relação à totalidade dos grupos que atuam num determinado contexto social, exclusividade que é o resultado de um processo que se desenvolve em toda sociedade organizada, no sentido da monopolização da posse e uso dos

⁸¹ DIGGINS, John Patrick. Op. cit. p. 104.

⁸² STOPPINO, Mario. Op. cit. p. 940.

⁸³ Cita-se, por exemplo, o estudo realizado por Harold Lasswell, de cunho empírico e com privilégio à noção de poder como fenômeno determinante das relações sociais. Ainda, Talcott Parsons, e modernamente Niklas Luhmann, com uma visão sistêmica integradora do poder em sua estrutura. Ou ainda, José Ortega y Gasset, que trata de forma direta e singular a natureza do poder no espaço público e político.

*meios com que se pode exercer a coação física. Este processo de monopolização acompanha **pari passu** o processo de incriminação e punição de todos os atos de violência que não sejam executados por pessoas autorizadas pelos detentores e beneficiários de tal monopólio”.*⁸⁴

Esta monopolização do uso legítimo da força por parte do poder estatal pode ser evidenciada no conceito que o próprio Weber atribui ao Estado, “*como empresa institucional de caráter político, onde o aparelho administrativo leva avante, em certa medida e com êxito, a pretensão do monopólio da legítima coerção física, com vistas ao cumprimento das leis*”⁸⁵.

Todo retrospecto histórico dos mecanismos pelos quais o Estado consegue impor-se como forma de regulação e ordenamento social mostra-se arraigado à monopolização da força como modo de exercício do poder político. Bobbio ressalta que, conjuntamente ao poder da coação física, coexistiram o poder ideológico e o poder econômico, mas que, dependendo das características dos grupos políticos, e do momento histórico da sociedade, pode-se observar uma relativização e desmonopolização destes poderes ‘acessórios’, quer conjuntamente, quer individualmente.⁸⁶

Um exemplo citado pelo próprio autor diz respeito ao Estado liberal-democrático, que consente e se caracteriza pela liberdade de pensamento e opinião (quebra do monopólio ideológico), bem como pela pluralidade dos centros de poder econômico (quebra do monopólio econômico). Todavia, o monopólio da coerção física legítima não foi por vez alguma relativizado, pelo simples fato de que, em o sendo, descaracterizaria a própria natureza estatal.

Como consequência desta monopolização do uso da força dentro de uma sociedade específica, territorialmente delimitada, Bobbio apresenta três atributos do poder político que o diferenciam de qualquer outra forma de poder, e que são identificados na sua: (a) exclusividade; (b) universalidade; e (c) inclusividade.

Por exclusividade entende-se “*a tendência revelada pelos detentores do poder político ao não permitirem, no âmbito de seu domínio, a formação de*

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. p. 956.

⁸⁵ Conforme DREIFUSS, Rene A. Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber. Petrópolis: Vozes, 1993.

grupos armados independentes e ao debelarem ou dispersarem os que porventura se vierem formando ⁸⁷.

Já a universalidade do poder político quer significar a capacidade que os detentores do poder têm, e somente eles, “*de tomar decisões legítimas e verdadeiramente eficazes para toda a coletividade, no concernente à distribuição e destinação dos recursos (não apenas econômicos)*” ⁸⁸.

Por fim, a inclusividade, como possibilidade de intervenção imperativa nas esferas de atividade dos indivíduos, e mais, “*de encaminhar tal atividade ao fim desejado (...) por meio de instrumentos de ordenamento jurídico, isto é, de um conjunto de normas primárias destinadas aos membros do grupo e de normas secundárias destinadas a funcionários especializados, com autoridade para intervir em caso de violação daquelas*” ⁸⁹.

Com isso, não se quer dizer que o poder político não possua limites, mas que estes são variáveis em decorrência da formação política de cada Estado. Um estado autoritário regulará e determinará situações onde um estado liberal jamais alcançaria, da mesma forma que um estado totalitário aparece como caso limite de alcance do poder político nas relações sociais, uma sociedade desvinculada, em sua organização, de poderes políticos distribuídos segundo determinado regime, atua como o outro extremo da relação de poder.

Em face do atual desenvolvimento cultural e tecnológico alcançado pela humanidade, acrescido de experiências históricas e da constante luta social, o ideal democrático aparece como o regime a estabelecer os limites de atuação do poder político, como o princípio norteador das decisões e como controle do exercício legítimo das funções estatais, e mais, como estabilizador das relações e instrumento a serviço da sociedade, da dignidade humana e da equalização das ofertas como causa necessária para a liberdade das ações.

2.6 DA SUPREMACIA DO MAIOR PODER.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. Op. cit. p. 957.

⁸⁸ Idem. Ibidem.

⁸⁹ Idem. Ibidem.

Reverendo alguns dos parâmetros utilizados acima, como meios de explicitar a materialização do fenômeno do poder - quer na esfera individual como coletiva, quer seja em atuação direta, quer seja como resultante de uma relação de forças - cumpre salientar duas constatações que se impõem pelo raciocínio lógico e pela intuição racional: (a) a vulnerabilidade expositiva dos indivíduos na relação direta com o poder; e (b) a condicionante hierárquica na disposição estrutural dos mecanismos de poder nas relações sociais.

Ao focalizar a conceituação de poder, sua tipologia e os meios de atuação em sua concepção fenomênica e individual, verificou-se que este consistia, num sentido geral, na possibilidade concreta de ação, ou seja, a transformação (modificação) deliberada e desejada do estado das coisas. E que, reduzindo o campo de abrangência à realidade político-social, o poder revestir-se-ia da possibilidade de atuar e determinar os atos e as reações de outra pessoa⁹⁰.

Mantendo-se no aspecto geral da definição semântica do poder (a), este atua como instrumento necessário para a consecução da ação humana, e sujeita-se a toda sorte de circunstâncias que permeiam o cotidiano. No entanto, mesmo atendendo à necessidade eminente de exteriorização de mecanismos de poder para a conduta social do indivíduo, este sofre uma exposição direta e vulnerável na consecução da vontade em ação no contato com outros indivíduos. Ou seja, evidencia-se uma circunstância secundária⁹¹, de extrema importância, que se refere ao inevitável choque entre os indivíduos, cujo resultado será o embate qualitativo e quantitativo (num segundo momento) dos mecanismos de poder postos à disposição de cada um no momento do confronto. Deste choque surgirá a supremacia de um frente ao outro, e esta supremacia poderá ser utilizada em cada momento em que surgir qualquer divergência ou confluência entre os objetivos e as condutas dos indivíduos. A progressão nítida deste fator levará a um grau de vulnerabilidade dos indivíduos quando do relacionamento direto com o fenômeno

⁹⁰ Conforme *Supra* item 2.

⁹¹ Secundária por não estar diretamente relacionada com a definição do fenômeno do poder, bem como por não se relacionar com a função definidora do mesmo, mas sim por surgir como efeito e circunstância que decorrem da simples manifestação do exercício do poder.

do poder, que é manifesta na imposição unilateral da vontade nas relações individuais.

Já um segundo momento, quando da restrição ao âmbito de abrangência do estudo, referindo-se à realidade político-social, em que se denota a capacidade de atuação do poder como meio de determinação dos atos e das reações das pessoas (b), a consequência inevitável é a hierarquização estrutural dos mecanismos de poder, tanto de surgimento como de atuação, no trato das relações sociais em caráter amplo e em sede de sociedade organizada. Esta capacidade de hierarquização do poder, como forma de distribuição e equilíbrio de comando, é um dos fatores do surgimento do Estado na acepção moderna do termo, e conta com inúmeros exemplos históricos de que, existindo necessidade, rompe-se com o equilíbrio e impõe-se a supremacia alcançada em determinado momento histórico por meio da força, do monopólio das informações, do controle psicológico, da determinação política, ou mesmo pela simples condução espiritual.

Esta possibilidade de imposição arbitrária do poder, quer por vontade pessoal, quer por condicionamento histórico, a medida que torna viável o confronto livre dos meios e mecanismos de atuação, conduz a uma supremacia do maior poder que, sendo instrumento propiciador da ação social, acaba por inibi-la, ou condicioná-la e, em qualquer dos casos, acaba ferindo a livre determinação dos indivíduos, bem como a igualdade das condições imperantes sobre todos de forma equilibrada e constante. Surge, oficiosamente, a necessidade de uma composição entre o poder e a ação, entre o instrumento e o objetivo, ou ainda, entre a vontade e a manifestação. Tal será o meio de surgimento do fenômeno jurídico.

CAPÍTULO 3

O DIREITO COMO

GARANTIA

*“La verdad es lo que es
y sigue siendo verdad
aunque se piense al revés”*

Antonio Machado

Relacionados os dois pressupostos, o da ação e o do poder, e percebida, conforme conclusão do capítulo anterior, a supremacia do maior poder frente às relações sociais, buscar-se-á, neste capítulo, fixar o surgimento do fenômeno jurídico, na medida em que se impõe como um poder maior capaz de regular e garantir o exercício da ação, de outra forma impedido pela livre circulação e choque de poderes.

A demonstração do fenômeno jurídico como garantidor do exercício da ação é um dos principais pontos da filosofia do direito, e como tal deverá constituir, necessariamente, outro pressuposto de uma teoria constitucional.

Seu exame será realizado, conforme feito até o momento, pela apresentação de sua realidade conceitual, principalmente pela influência da obra de Edmund Husserl, tanto na filosofia como na área jurídica. Com a delimitação do fenômeno jurídico nos moldes da fenomenologia, passar-se-á, segundo as correntes culturalistas, a uma concepção do direito muito mais próxima de sua essencialidade.

Neste mesmo sentido, deverá ser localizado o direito frente a duas circunstâncias que se lhe impõem, quais sejam, a realidade histórica e a presença cultural. Aqui será de grande valia a obra de Miguel Reale, e sua sempre eficaz análise tridimensional do direito.

Buscando um aprofundamento desta realidade jurídica enquanto composição teórica - principalmente por constituir o núcleo de desenvolvimento e prática da constituição - será conduzida a argumentação mediante os conceitos de bilateralidade atributiva e de reciprocidade do direito, evidenciando o caráter eminentemente garantidor do fenômeno jurídico frente à realidade do poder.

Ao se conseguir este complexo de informações e análises do fenômeno jurídico, será seguido o caminho ligado diretamente à realidade constitucional, para tanto evidenciando, segundo um ponto de vista externo [cunhado em Ferrajoli], uma visão garantista do direito, no tocante à legitimidade da teoria constitucional, bem como a necessidade de trato da igualdade nesta teorização.

Ao se compreender, conforme demonstrado, o surgimento do fenômeno jurídico como garantidor do livre exercício da ação frente à realidade do poder, deve-se levar em conta um outro fator, a igualdade que, em termos centrais, nada mais é do que a garantia da liberdade pela relação direta com a responsabilidade em sua definição [conforme nos ensina Viktor Frankl]. Assim, em breves lances, será destinada uma exposição sobre a possibilidade de entendimento da igualdade como um metadireito.

Por fim, e preparando a análise demonstrativa do capítulo final [cujo objetivo é apresentar e demonstrar a validade dos pressupostos apresentados, mediante o cotejo com diversas concepções, bem como por uma rápida análise discursiva] será identificado, nos termos deste desenvolvimento, uma possível visão de justiça, salientada por Olavo de Carvalho.

3.1 O FENÔMENO JURÍDICO.

Depois da delimitação do campo de atuação na esfera humana e das possibilidades e impossibilidades de eficácia da ação propiciada pela conduta individual, deve-se buscar uma melhor explicitação da realidade histórica que cerca a realidade jurídica.

Pode-se observar a especificidade singular e distintiva da natureza humana, que atua socialmente mediante sua ação; bem como a necessidade de um mecanismo de proteção e garantia para aqueles sujeitos cujas condutas não possuem condições de serem exercidas deliberadamente (objeto inerme), verifica-se que suas ações estão sujeitas a decisões e atitudes de outrem, o qual possui a capacidade de, por ações próprias, atingir a esfera do objeto inerme (produtor consciente).

E mais, descrita a realidade fática dos mecanismos de poder, de suas variantes e seus alcances, pode-se visualizar a condição de preponderância que existe por parte de algumas pessoas em relação às outras, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Em reação a esta situação, ou ainda, em decorrência deste fato, o fenômeno jurídico surge como meio de garantia e de acesso à livre manifestação, seja do poder, seja da ação enquanto propiciada pelo poder.

Antes, porém, de explicitar esta função garantidora do direito, cabe um olhar para a explicação do motivo de conceber-se a realidade jurídica enquanto fenômeno, e mais, enquanto fenômeno histórico e cultural, o que propiciará um melhor entendimento das mudanças e dos obstáculos que se apresentam ao operador jurídico em qualquer tempo. Com uma delimitação teórica do horizonte jurídico surge a possibilidade de compreensão de seus desníveis e, conseqüentemente, abre-se espaço para sugestões e críticas que possam contribuir para o melhor equilíbrio entre poder, indivíduo e sociedade, além de propiciar ferramentas teóricas instrumentais⁹² de atuação direta na sociedade, seja através da discussão doutrinária, seja pela atuação embasada e consciente de operadores jurídicos.

3.1.1 A CONTRIBUIÇÃO HUSSERLIANA.

A fenomenologia de Husserl é uma tentativa de dar fundamentos apodíticos⁹³ ao conhecimento. A fenomenologia não se interessa por argumentos, mas sim pela descrição precisa de fenômenos, do que aparece, do que acontece ante a consciência enquanto capacidade de conhecer. Por exemplo, como descrever um livro? Como é que você, ao vê-lo, sabe que é um livro? O que se passa precisamente neste ato de conhecimento? O que é que está subentendido nesse reconhecimento, pelo qual podemos dar a um fenômeno particular o nome de

⁹² Ver infra cap. 4.

⁹³ Dentro de uma teoria do discurso, o fundamento apodítico seria aquele ao qual não cabe nenhuma contestação, ou seja, aquele que passado por todos os estratos de verificação mostrou-se apto e coerente, certo e verdadeiro enquanto realidade. Numa escala imediata, o argumento apodítico surge de uma verificação lógica em cima de uma conclusão dialética.

uma essência geral? A fenomenologia só se ocupa das essências, entendidas como objeto do ato de conhecimento.

A fenomenologia trata da descrição de fenômenos, entendidos como atos de conhecimento no sentido puramente cognitivo e não psicológico. As descrições que se utilizam de recursos psicológicos não contemplam o objeto do conhecimento, ou o admitem como pressuposto apenas. A imensa complicação das exposições fenomenológicas vem da dificuldade de se descrever os fenômenos em si mesmos, tais como aparecem, independentemente de explicações psicológicas do ato de conhecimento.

Nas palavras de Olavo de Carvalho:

“Colocado de outra forma, a fenomenologia se ocupa em abrir o ato intuitivo e mostrar o que há dentro dele, ou, de outra forma ainda, em descrever o conteúdo da intuição e não apenas se referir simbolicamente a ele. Para tanto, a fenomenologia usa a linguagem de forma diferente das formas quotidianas, científicas, literárias ou filosóficas. Mas é um uso que pretende desdobrar as implicações lógico-rationais de um conteúdo que, no entanto, na prática é captado de maneira intuitiva e imediata. Ou seja, é a tomada de consciência do que se passa no ato cognitivo. Neste sentido, a fenomenologia é uma auto-reflexão e um autoconhecimento. É o autoconhecimento da consciência, enquanto capacidade cognitiva. É saber o que é saber, saber o que se passa, efetivamente, no ato de intuição. Que isso tem um tremendo poder curativo é algo que os psiquiatras e terapeutas perceberam há tempos, daí a quantidade de terapias baseadas na fenomenologia.”⁹⁴

Exatamente neste sentido pode-se lembrar do clássico exemplo de Hume ao dizer que, ao vermos uma bola de bilhar em movimento chocar-se com uma bola parada e causar o movimento desta, o que percebemos é o movimento da primeira seguido do movimento da segunda, e que a síntese desses movimentos é realizada com a elaboração da idéia de causa. Ao proceder-se a uma redução fenomenológica do caso apresentado, ao contrário do que afirma Hume, o que existe e o que observamos é um fenômeno único (coeso), que posteriormente separamos. É patente que entre o movimento da primeira bola e o da segunda não

⁹⁴CARVALHO, Olavo de. Ser e conhecer. 1999. Endereço eletrônico: <http://www.olavodecarvalho.org>

existe nenhum intervalo, e nenhuma interrupção, mas nós, por operação mental de abstração, separamos os movimentos. A noção de causa não é "projetada" pela mente sobre os objetos para colar partes separadas. É obtida por separação, por abstração, por análise daquilo que se apresentou junto e coeso. Os dados vêm juntos, nós é que os separamos — exatamente ao contrário do que diz Hume.⁹⁵

Todo esse aparato propiciado pela fenomenologia tem conseqüências importantíssimas na esfera do direito, como se pode perceber pelo surgimento de correntes culturalistas que ao entenderem a realidade do direito enquanto fenômeno jurídico, passam a descrever a necessidade de superação de conceitos estáticos e estatizantes dentro das tradicionais teorias, abrindo espaço para uma análise histórica e crítica das instituições jurídicas, bem como para a concepção de uma normatividade dialética. Não se entende o direito como um objeto separado e fora do alcance do sujeito, mas sim como um fenômeno capaz de relacionar-se com outros fenômenos, ou seja, põe-se como realidade a ser apreendida frente ao sujeito entendido como pessoa e, ao mesmo tempo, busca apreender esse sujeito e regular sua conduta.

3.1.2 O DIREITO COMO FENÔMENO HISTÓRICO.

O direito pode, muitas vezes, como foi, ser entendido de várias maneiras, sendo que uma explicação, por vezes, apresenta-se de forma exatamente oposta à de outra, ou ainda, que necessariamente exclua qualquer outra aceção sobre esta realidade.

Ao ser entendido enquanto fenômeno, e não como um 'dado' natural ao qual caberia ao ser humano simplesmente apreender empiricamente, ou deduzir logicamente, o direito aparece como conseqüência historicamente verificável, ou como diz Miguel Reale, como experiência jurídica⁹⁶.

A observação e intuição que compõem o passo inicial no entendimento e apreensão de um objeto, ou de uma essência, aplicadas à realidade jurídica,

⁹⁵ Esta posição de Hume é endossada por Kant, em sua 'conceituação' da coisa-em-si, que foi totalmente refutada por Husserl (ver HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas. Op. cit.).

⁹⁶ REALE, Miguel. O direito como experiência. São Paulo: Saraiva, 1968.

mostram que não se pode atribuir nenhum padrão geral e universal que delimite a atuação do direito. Em todos os tempos, em uma sociedade ordenada segundo ditames jurídicos, pode-se observar a maior gama de experiências realizadas, de princípios defendidos, de condutas tidas como socialmente indesejáveis. Desde a 'Paidéia' grega até o racionalismo iluminista, ou ainda do direito natural e divino da escolástica, até o empirismo escandinavo, diversas são as formas e as manifestações que conseguem exprimir o fenômeno jurídico, que se impõe como realidade histórica.

Enquanto realidade histórica entende-se que o direito surge e molda-se segundo determinadas circunstâncias que se fazem relevantes em determinado momento histórico, ou seja, não se pode atribuir ao direito sua autoconstituição, sua imanência e sua perpetuidade, mas deve-se buscar os fundamentos e as diretrizes que lhe permitam atuar conforme deve.

É neste sentido que se pode falar em direitos historicamente conquistados, ou ainda, em direitos históricos que são consolidados e servem de limite ao exercício do poder dentro de uma sociedade. Toda sorte de direitos fundamentais plasmados na constituição brasileira tem como característica básica a sua historicidade⁹⁷, que significa que nascem e desaparecem como qualquer outro direito. Rechaça-se, desta forma, toda a fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas para buscar na simples função de garantia sua explicação e razão de ser.

Por esta razão é que alguns autores, por exemplo, falam em pós-modernidade social e em resgate das garantias liberais e sociais conquistadas com os iluministas e com as revoluções sociais deste século. Melhor explicando, seria uma adequação e composição entre uma concepção evolutiva da história (não necessariamente benéfica) enquanto entendida como manifestação espiritual - Hegel - a um potencial de realização que perdura enquanto não esgotado - Kant. Assim, seria legítimo, no estágio atual do desenvolvimento humano, resgatar

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. Op. cit. p. 179. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, Iª parte.

circunstâncias que outrora foram rechaçadas, mas que não tiveram seu potencial totalmente esgotado⁹⁸.

É exatamente desta forma que o fenômeno jurídico se apresenta como uma realidade histórica, e deve ser entendida segundo seus fundamentos historicamente apreendidos. No entanto, a simples historicidade não explica completamente a presença do fenômeno, devendo buscar mais uma característica capaz de delimitar o objeto observado.

3.1.3 O DIREITO COMO FENÔMENO CULTURAL.

Partindo-se da conceituação de cultura proposta por Miguel Reale *como o cabedal de bens objetivados pelo espírito humano, na realização de seus fins específicos*⁹⁹, pode-se verificar a correlação que se apresenta entre a cultura e a consciência, que necessariamente se refere a alguma coisa e que se enquadra dentro do desenvolvimento realizado por Husserl, em sua Fenomenologia da Consciência do Tempo Imanente¹⁰⁰, em que desenvolve os critérios de intencionalidade que, ao serem objetivadas, passam a enquadrar-se em determinado tempo histórico, necessariamente vivenciado (impossibilidade de projeção futura).

Dentro deste espectro aberto à realidade humana, a experiência jurídica¹⁰¹ surge antes mesmo de qualquer teorização a seu respeito, ou seja, existiu uma

⁹⁸ Num exemplo prático: a sociedade dos países periféricos, constituídas segundo padrões dominantes (europeus e americanos), vivenciou toda a fase de desenvolvimento jurídico que inicia com a Revolução Francesa, e caminha pela positivação de direitos, pela unificação e coerência do ordenamento, que convive com a pluralidade de comandos jurídicos na sociedade, etc., e que, portanto, está dentro do que se convencionou chamar 'promessas da modernidade'. Na medida em que estas promessas não alcançaram considerável parte da população destes países, torna-se legítimo buscar uma efetivação dos ditames legais, incentivando uma adesão ao princípio da legalidade e da superioridade constitucional, que em certos grupos de discussão 'pós-modernos' chegam a ser negados. Demonstrando a inviabilidade desta linha de raciocínio pode-se identificar a obra de JOUVENEL, Bertrand de. *As origens do Estado moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

⁹⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Op. cit. p. 217.

¹⁰⁰ HUSSERL, Edmund. Não foi possível a consulta da referida obra em traduções para o português ou espanhol, sendo utilizada a versão em inglês para a melhor compreensão do aspecto imanente e cultural do direito. Para tanto, ver a obra *The phenomenology of internal time-consciousness*. Bloomington: Indiana University Press, 1973.

¹⁰¹ De base solidária, mas com especificações singulares, pode-se identificar a corrente egológica, do argentino Carlos Cossio, que foi desenvolvida no Brasil por Machado Neto. Para tanto, ver as obras: COSSIO, Carlos. *La "causa" y la comprensión en el derecho*. Buenos Aires: Juarez, 1969. e *Teoria de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Losada, 1954.

sociedade cujos fundamentos e diretrizes estavam protegidos - garantidos - pelo direito, antes do surgimento da Ciência do Direito e suas doutrinas explicativas. Nas palavras de Miguel Reale, para quem existiu antes uma experiência jurídica do que uma consciência científica, e é óbvio que esta experiência jurídica consubstancia-se em uma experiência cultural capaz de propiciar ao homem a possibilidade de ações que não se restrinjam a simples necessidades naturais e vitais, mas que condicionem seu horizonte dentro das liberdades da consciência humana.

Daí a concepção fundante de toda corrente culturalista do direito, que concebe o fenômeno jurídico exclusivamente enquanto garantidor da pessoa humana, enquanto fundamento e valor último a ser alcançado através do indivíduo, que considerado em sua imanência e objetividade espiritual, realiza-se somente naquilo que se faz, ou citando o próprio Miguel Reale “*enquanto ser que só se realiza no sentido de seu dever ser*”¹⁰².

3.2 O DIREITO COMO GARANTIA.

Parte-se, agora, para uma delimitação do direito e sua prática de maneira mais específica, tendo como consequência a explicitação de instrumentos capazes de produzir resultados que corroborem em favor de uma legitimação substancialmente produzida no seio da sociedade, como consequência da efetivação das previsões legais e respeito à natureza intrínseca do fenômeno jurídico, que nada mais é do que o respeito à pessoa humana enquanto valor primeiro e último da experiência jurídica.

Assim, ao entender-se poder como possibilidade de ação social¹⁰³, o direito nada mais pode ser do que a garantia dada por alguém, de fora, ao exercício de um poder. Ou seja, de forma alguma se poderia falar em direito se não existisse previamente um meio de fazê-lo existir, que seria a garantia jurídica de possibilidade de atuação (ou não) conforme a decisão pessoal de cada pessoa.

¹⁰² REALE, Miguel. Filosofia do Direito. Op. cit. p. 220.

¹⁰³ Conforme Supra item 2.1.

Ao suprimir esta garantia, automaticamente desaparece o direito, pois é impossível pensar em um direito de livre expressão se essa mesma prerrogativa não fosse garantida, pois tal não existiria, a não ser como parte de um discurso retórico manipulador.

Cabe aqui uma distinção essencial: na medida em que se entende o direito como garantia, não se pode aplicar o raciocínio inverso, pois nem toda garantia é direito¹⁰⁴. Existem aspectos que diferenciam e caracterizam o direito em relação às outras espécies de garantias, e estes serão analisados nos pontos a seguir. No entanto, cabe ainda alguma consideração a respeito da função garantidora do direito.

Ao entender-se a ação humana como proveniente de um poder, pois nenhuma ação pode produzir-se sem a atuação deliberada da vontade humana, e esta deliberação nada mais é do que uma manifestação de poder, a possibilidade de ação das pessoas cujo âmbito de atuação do poder seja extremamente reduzido, ou comparativamente desnivelado, estaria prejudicada ou até mesmo anulada, não fosse a atuação do fenômeno jurídico como garantidor e equalizador de tais relações.

Um esclarecimento se faz necessário, como alerta Ferrajoli, de que, mesmo dentro do Estado de Direito existe sempre a escolha socialmente realizada das situações cuja garantia é atribuída ao direito. E esta escolha não reflete todas as circunstâncias de emanção de poder nas relações intersubjetivas, existindo aquelas que propositadamente se encontram ao nível, quer inferior quer superior, da realidade jurídica.

Os *micropoderes salvajes*¹⁰⁵, identificados por Ferrajoli, remontam aos micropoderes identificados por Foucault, estão presentes em toda sociedade, em qualquer tempo histórico, e não são, nem podem ser abarcados pelo fenômeno jurídico. Na medida, porém, em que estes atuem de forma a gerar conseqüências

¹⁰⁴ A frase muitas vezes repetida "... o direito como garantia e a garantia como direito" não traduz a realidade, pois se pode imaginar a situação de um roubo, onde um indivíduo desarmado realiza a coleta do material roubado e dirige verbalmente as ameaças às pessoas sobre as quais realizam o delito, enquanto que um segundo indivíduo, armado de metralhadora, garante a posição superior do criminoso. É claro que o segundo indivíduo não atua como garantidor dos direitos do primeiro, como também é claro que de alguma forma ele garante a situação.

socialmente relevantes como desigualdades substanciais, o direito encontra então respaldo para atuar.

Em relação às contingências de poder que se encontram acima do alcance da realidade jurídica, os *macropoderes salvajes*¹⁰⁶ indicados por Ferrajoli diriam respeito à realidade vivenciada no que diz respeito à integridade física das pessoas, da violação das mesmas em âmbito das relações entre Estados, e destes com os cidadãos. Assim, circunstâncias como guerras, genocídios, torturas, etc. levam a situações que o fenômeno jurídico não consegue alcançar e, conforme Ferrajoli, levam os Estados a se constituírem, segundo visão hobbesiana, em verdadeiros lobos artificiais¹⁰⁷.

Cabe, neste momento, a descrição dos aspectos que fazem a distinção entre o direito e as demais garantias, ou seja, como o direito pode existir como garantidor das relações sociais decorrentes de ações deliberadas de seus cidadãos sem confundir-se com as demais garantias não protegidas pela tutela jurisdicional. São estes aspectos que se passa a examinar.

3.2.1 BILATERALIDADE ATRIBUTIVA.

Remontando à influência do pensamento positivista na esfera jurídica, conceito exaustivamente trabalhado, no Brasil, por Miguel Reale, por um grande período a delimitação do caráter coercitivo do direito foi tida como sua especificidade, ou seja, o direito era considerado um sistema de ordem coercitiva cujo monopólio da força legítima encontrava-se nas mãos do Estado. Verificada a insuficiência de tal explicação, especialmente nos casos onde existiam certas sanções positivas, como forma de recompensa por determinada conduta, continuou-se a trabalhar com o conceito de coerção como distinguidora do ramo jurídico frente aos demais (especialmente da Moral). No entanto passou-se a

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Op. cit. p. 933-36.

¹⁰⁶ *Idem*. p. 936-940.

¹⁰⁷ Cumpre lembrar que Ferrajoli, em sua obra, distingue e trata separadamente os desvios da criminalidade externa dos Estados, de sua criminalidade interna com relação aos cidadãos desse Estado. Apresenta ainda algumas formas de resistência, e a proposta de uma nova formulação, ou aperfeiçoamento, do pacto social com relação a situações atualmente exteriores ao fenômeno jurídico.

apreciar essa forma de coerção como possibilidade, não mais como concretude. Isto remonta à sedimentada distinção aristotélica entre ato e potência pois, num primeiro momento, identificava-se o caráter coercitivo do direito como ato, como certeza da sanção punitiva em caso de conduta negativa; já no segundo momento, não se pensava mais nesta imposição coativa, mas sim na possibilidade, na potencialidade de sua utilização.

Esta explicação, porém, não foi aceita como completa, por carecer de explicação anterior do fato jurídico, vindo a delimitá-lo em cima de sua concretude, de sua realização fenomênica, sem existir uma análise anterior à constituição do próprio fato, de ordem ontológica. Desta forma, surge, da distinção preliminar do direito frente à moral, a delimitação do aspecto bilateral das relações juridicamente contempladas¹⁰⁸.

Em termos simples, essa bilateralidade quer apenas significar que não existe possibilidade de entender-se a existência de um direito sem a correspondente atribuição de obrigação a outrem. E mais, esta obrigação não existe ou condiciona-se em função exclusiva da pretensão anterior, mas carrega em si uma pretensão reversa que a identifica como obrigação jurídica. Se tomarmos o exemplo do credor que deseja haver seu crédito, seria impossível pensar num direito deste credor sem a correspondente obrigação de saldar a dívida conferida ao devedor. Ou seja, o direito do credor somente existe na medida em que um devedor esteja obrigado a corresponder ao direito pretendido.

Está é a justificação da impossibilidade de tratar-se o direito como qualificação da conduta referente a determinado indivíduo, mas somente na relação existente entre os sujeitos envolvidos no fato, cuja implicação revela a possibilidade de exigibilidade da conduta alheia. O direito só existe enquanto intersubjetividade, enquanto relação, como diz Miguel Reale:

¹⁰⁸ Esta distinção é essencial, em Miguel Reale, pois se tem, num ato realizado em respeito a ditames morais, a simples obediência ao comando interno da pessoa, onde qualquer influência macula sua natureza, na medida em que se refere exclusivamente à esfera individual. Ou seja, pertencendo às regras morais a instância subjetiva da pessoa, esta não acarreta (em ato ou potência) nenhuma possibilidade de coerção externa (fora do indivíduo), na exata medida em que se nega a possibilidade de substituição do sujeito. Na conduta jurídica ocorre o contrário, pois somente se entende como jurídica aquela cuja relação se dá com referência a outrem. Existe a necessidade de abarcar uma realidade que transcende a esfera subjetiva e alcança a sociedade diretamente.

“Tratando-se de uma conduta que pertence a duas ou mais pessoas, quando uma falha (voluntariamente ou não), à outra é facultado exigir. Da atributividade decorre a exigibilidade e desta a coercibilidade. A coercibilidade é um elemento resultante da bilateralidade, um seu corolário imediato. Em suma, o Direito é coercível, porque é exigível, e é exigível porque bilateral atributivo”¹⁰⁹.

Para melhor compreensão deste aspecto do fenômeno jurídico, cabe uma análise dos desdobramentos que podem ser efetuados sobre o conceito de bilateralidade atributiva:

- a) a relação é entendida em seu sentido objetivo, ou seja, o fenômeno jurídico estabelece-se alheio à arbitrariedade do sujeito, mas na correlação intersubjetiva¹¹⁰ das condutas do espírito humano;
- b) a atributividade, que quer significar a impossibilidade de utilização de uma pessoa como instrumento a serviço de outrem, ou ainda como meio de realização de determinado fato, e por isso mesmo, ao ser vinculada a alguém em função de alguma coisa específica, necessariamente lhe é também reconhecido ou conferido algo, *ficando assim disciplinados a exigibilidade e o exercício do vínculo constituído*¹¹¹;
- c) a garantia, que propicia a certeza de exigibilidade da conduta e que, conseqüentemente, proporciona a potencialidade de coerção sobre a conduta negativa.

Ainda no conceito de bilateralidade, para uma compreensão final, cabe situá-lo sob o aspecto da teoria geral do direito, cujos elementos complementares a sua delimitação podem ser identificados como: (a) em sentido social (intersubjetividade), que exige a presença de mais de uma pessoa para a constituição da relação jurídica; (b) em sentido axiológico, que exige uma relação estabelecida em níveis objetivos, que impossibilite a redução a simples vontade individual de um dos sujeitos da relação; e (c) em sentido de atributividade, que

¹⁰⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. Op. cit. p. 692, grifo no original.

¹¹⁰ Para Reale esta relação seria de caráter *transubjetivo*.

¹¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Op. cit. p. 693.

decorre da proporcionalidade estabelecida entre a garantia do direito e sua limitação social.¹¹²

3.2.2 RECIPROCIDADE DO DIREITO.

Toda essa teorização a respeito da base fundante da ordem jurídica, capaz de remontar à sua bilateralidade, com conseqüências sobre sua exigibilidade e sua coercitividade, passa necessariamente por uma esfera mais direta, que identifica-se com o fenômeno da reciprocidade.

Ao se entender a necessidade do estabelecimento de uma obrigação para que surja a possibilidade de um direito, seu exercício fica condicionado a esta relação, cuja denominação é exatamente a reciprocidade que necessariamente deve existir para a consecução do fenômeno jurídico. Assim, impossível pensar-se num direito de todas as crianças à educação se não existir a correspondente obrigação do estado de fornecer a educação exigida. Ou ainda, como imaginar um direito de liberdade de expressão, sem a correspondente obrigação de ter tal direito respeitado? Não existindo uma obrigação que corresponda à pretensão de um direito, não se pode falar em direito, mas somente em vontade, ou em comando moral ou ético, que não possui justamente a capacidade de se fazer exigível fora da esfera individual.

Num simples raciocínio lógico, agora, pode-se verificar que, em sendo o direito a garantia de exercício de um poder, não existe possibilidade de se garantir este exercício a não ser recorrendo a um poder superior (pois um poder para ser garantido necessita obrigatoriamente de um poder mais forte para garanti-lo). Este raciocínio formalmente correto conduz a um recuo *ad infinitum*, que não poderia ser compreendido, e automaticamente não poderia viger dentro de uma sociedade. No entanto, uma concepção mais limiar do sentido de reciprocidade mostra que existe um mecanismo de entendimento que possibilita a correta apreensão de seu significado total. Pode-se definir da seguinte maneira esta visão limiar: *“para que exista direito é necessário que, se não sempre, ao menos em certos casos, o titular*

¹¹² REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 51.

*de um direito seja também titular da obrigação de garantir por sua vez a alguém o exercício do poder necessário a lhe garantir este direito*¹¹³. Exemplificativamente, isto representa que somente existe um direito à saúde, ao acesso à rede de hospitais públicos, na medida em que existam certas obrigações que propiciem (garantam) a consecução desse serviço, como o pagamento de impostos que sustentam os servidores das instituições. Da mesma forma, no caso da proteção policial, que somente é concebida sobre uma obrigação recíproca do cidadão de parar quando solicitado pelo policial, de contribuir através da arrecadação tributária para a manutenção da corporação, e outros tantos casos.

A reciprocidade elencada no primeiro momento pode-se chamar de *horizontal*, ou seja, compreende-se na relação entre dois sujeitos (pessoas físicas, jurídicas, órgãos, etc.) em que existe uma estrutura de equivalência logicamente demonstrável, que requer, para a existência de um direito, o estabelecimento equivalente de uma obrigação simétrica. Assim, o empregado tem direito a um salário *x* somente na exata medida em que o empregador tem a obrigação de pagar o mesmo salário *x*. Esta relação estabelece-se de maneira tendente ao equilíbrio, sobrepondo uma idéia de igualdade em termos quantitativos, e em que qualquer diferença permanece mantida¹¹⁴.

A reciprocidade alcançada de forma mais limiar, mais sutil, passa-se a chamar de *vertical*, e somente é possível se existir um complexo sistema jurídico capaz de garanti-la por meio de direitos e obrigações que se disponham em forma de rede e dêem sustentação a todo ordenamento e a todas as relações sociais juridicamente garantidas. A esta situação denomina-se o aspecto da socialidade¹¹⁵ do direito. Nesta situação a característica da equivalência não pode ser verificada, a não ser em casos extremamente excepcionais, uma vez que atende a grupos diferenciados, tendentes ao aumento constante, cuja unificação em termos

¹¹³ CARVALHO, Olavo de. *Ser e poder*. Op. cit. p. 33.

¹¹⁴ Os casos onde esta equivalência não pode ser verificada de imediato, a função do poder judiciário é justamente estabelecer mecanismos de cálculo cuja aproximação seja a mais exata possível a ser aplicada ao caso concreto. Os juízos de liquidação e arbitramento de valores constituem momentos onde o objetivo é o alcance desta equivalência, deste retorno a manutenção do *status quo ante*.

¹¹⁵ Conforme REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Op. cit. CARVALHO, Olavo de. *Ser e Poder*. Op. cit. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1973.

quantitativos somente pode ser pensada em nível geral, numa situação em que se toma o sistema jurídico em função de toda sociedade¹¹⁶.

A completude formada por estes dois aspectos da reciprocidade é que garantem o funcionamento e vigência do sistema jurídico, na medida em que relacionando direitos abstratos em meio à equivalência, a reciprocidade horizontal realize-se na organicidade proporcionada pela reciprocidade vertical, que perderia seu sentido não fosse a possibilidade de assegurar a oportunidade dos membros da sociedade em suas relações sociais de reciprocidade horizontal.

3.3 O PONTO DE VISTA EXTERNO.

Todo esse arcabouço conceitual até o momento apresentado revela, de forma nítida, a prevalência indubitável da pessoa frente às instituições, ao Estado e mesmo em relação ao direito, que devem ser entendidos como mecanismos culturais desenvolvidos pela sociedade no intuito de melhor equacionar as necessidades individuais e coletivas.

Esta visão vai ao encontro de uma das acepções atribuídas por Luigi Ferrajoli ao ‘garantismo’, justamente aquela que atua como uma filosofia do direito e também uma crítica da política, que pode ser entendida como uma filosofia da política que traz todo o manancial de legitimação tanto ao Direito como ao Estado, justificando-os a partir de uma colocação externa. É justamente nesta visão crítica sobreposta ao fenômeno jurídico que surge a oportunidade de um juízo axiológico sobre o sistema jurídico, separando o *ser* e o *dever ser* do direito enquanto ordenamento vigente. Como diz Sérgio Cademartori “*tal ‘ponto de vista’ é para o autor essencialmente democrático, pois ex parte populi, a diferença do ‘ponto de vista interno’, que seria para ele ex parte principis*”¹¹⁷.

¹¹⁶ Esclarecedora deste aspecto pode ser a situação onde se imagina um cidadão cuja contribuição por meio de impostos somam um valor X no período anual. Isto não significa que este mesmo cidadão terá direito somente a serviços, como a educação ou a saúde, até o limite de sua contribuição. Por certo se supera este valor em muito.

¹¹⁷ CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 155. Na mesma oportunidade, esclarece CADEMARTORI a semelhança de termos existente em Herbert Hart, bem como a diferença de conteúdo atribuído aos mesmos termos por Ferrajoli.

Caracterizaria esta visão (*el punto de vista externo*) com o privilégio dado ao cidadão em relação ao direito, entendendo-o como sujeito de relações sociais cujo aspecto valorativo não só está presente como deve ser preservado, mantendo uma rede de opiniões e condutas de acordo com a pluralidade de grupos e reações existentes na sociedade. Note-se que é exatamente esta a base de qualquer regime democrático, e a tolerância a ela se coloca como um dos alicerces fundantes das instituições e estruturas sociais, valorizando-se justamente a individualidade e a intersubjetividade inerentes à pessoa humana.

Para melhor compreensão desta opção preferencial pela pessoa frente o Estado e o direito, o garantismo enquanto filosofia da política e do direito oportuniza meios de crítica às instituições, e um trabalho constante de deslegitimação por parte do cidadão frente ao sistema jurídico¹¹⁸.

Toda a discussão inicia com a corrente dúvida da caracterização do estado enquanto fim em si mesmo (como queria Hegel), ou como instrumento criado pelo homem para melhor aperfeiçoar-se e garantir-se. Da distinção entre essas duas posições, Ferrajoli, inspirado em Luhmann¹¹⁹, irá chamar de autopoieticas as doutrinas que vêem no estado um fim, e de heteropoieticas as doutrinas que vêem no estado um instrumento.

Em sendo o garantismo uma doutrina que busca evidenciar e aplicar os direitos essenciais e fundamentais dos indivíduos, sua visão do estado como instrumento salienta-se, e a delimitação de sua natureza heteropoietica evidencia-se. Esta localização do garantismo possibilita a uma visão externa e fundante do estado, que se reduz, no âmbito jurídico, ao entendimento do direito como meio, negando seu valor intrínseco na simples vigência, condicionando à observação dos valores e necessidades fundamentais do cidadão.

Em contraposição, existem doutrinas que entendem o estado como fim em si mesmo, e no qual todo o trabalho desenvolvido através de instituições jurídicas e atores sociais objetivam exclusivamente a conservação e aperfeiçoamento da estrutura existente. Esta postura teórica privilegia o alcance da

¹¹⁸ Conforme Infra item 5.

¹¹⁹ A utilização destes termos, que remontam ao chileno F. Maturana, conforme CAPRA, Fritjof. A teia da vida) foi devidamente esclarecida por CADEMARTORI em sua obra citada (p. 162).

crítica interna de todo o sistema, subordinando não só o direito, como toda a sociedade à regulação e ao equilíbrio de todo o aparato geral, constituindo-se, pois, em doutrinas *autopoiéticas*, que fogem da proposta garantista de enfoque *heteropoiético*.

Para maior esclarecimento cabe uma passagem de CADEMARTORI:

“o estado de direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa por suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política é vista como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes.”¹²⁰

WEISER



3.4 O GARANTISMO COMO MODELO DE (DES) LEGITIMAÇÃO.

A partir desta identificação geral em âmbito de filosofia do direito e da política, com privilégio ao cidadão em sua garantia de acesso ao poder de ação social e ao reconhecimento e atualização concreta de direitos historicamente consolidados¹²¹, podem-se buscar mecanismos de compreensão do fenômeno jurídico que coloquem diretamente em discussão alternativas para o fortalecimento e alcance dos fins almejados pela sociedade, que nada mais são do que a consolidação dos direitos fundamentais.

Isso remete a outra acepção atribuída ao garantismo, que está ligada ao modelo normativo do direito, que fica restringido, em Ferrajoli, à análise e à

¹²⁰ CADEMARTORI, Sérgio. Op. cit. p. 164.

¹²¹ Direitos estes que devem ser entendidos em dois sentidos, segundo Ferrajoli, que os remete à acepção liberal do homem, e sua visão socialista. Neste passo, a exigência liberal seria a garantia dos direitos individuais necessários a inserção no campo político, ou seja, o direito à vida e as liberdades (segundo o autor, *direitos de*). Esta exigência liberal necessita de garantias negativas, ou seja, de comandos ou deveres dirigidos ao poder público de não fazer, traduzidos em conteúdos de prestação negativa ou de não prestação. Por outro lado, desenvolve-se toda uma série de direitos fundamentais que buscam, não a igualdade formal (que respeita as diferenças individuais), mas a igualdade substancial (que busca reverter às diferenças sociais). Esta situação requer uma atuação de caráter social, que exigem garantias positivas, e traduz-se em comandos de fazer, ou de obrigação. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Op. cit. cap. 13.

aplicação ao Estado de Direito¹²² que, embora seja um conceito extremamente amplo, possui um núcleo comum de identificação. Este núcleo seria a constante, que o autor remonta a Bobbio, e à sua intenção de designar-se um governo *sub lege* e um governo *per leges*, lembrando que o entendimento do governo submetido a leis para sua regulação pode ser entendido em dois sentidos diferentes: num momento privilegiando o aspecto formal, em que somente seria legítimo o poder conferido pelo sistema normativo, e também regulado de maneira procedimental por essas mesmas leis; num momento mais forte, o aspecto substancial evidencia-se e tem necessidade não só da simples previsão legal do exercício do poder, mas também do entendimento da ordem normativa como limitadora, ou condicionante dos conteúdos dos atos e das leis produzidas por determinado governo¹²³.

Entendendo-se Estado de Direito na acepção substancial, restrita, do governo *sub lege*, que tem seu conteúdo regulado e limitado por normas presentes no ordenamento positivo (explícita ou implicitamente), este é sinônimo de garantismo.

Esta passagem da idealização de direitos naturais com o fenômeno da constitucionalização, que trouxe ao ordenamento os conteúdos de tais regras, somada ao fenômeno da positivação, que limitou e ajudou a separar o direito da moral, passando a definir regras de caráter normativo estatal e jurídico como basilares ao exercício do poder e a manutenção do Estado, desembocaram na generalização dos chamados direitos fundamentais.

Esta realidade muda a legitimação do poder e do Estado na medida em que as expectativas dos direitos fundamentais liberais seriam aquelas de não piorar ou regredir a situação individual, enquanto que as expectativas geradas pelos direitos sociais seriam a busca de melhorar as condições dos indivíduos que, mesmo tendo seus direitos individuais garantidos, não conseguiram usufruir esta

¹²² Sempre entendido esta expressão como referente ao Estado Democrático de Direito.

¹²³ Em outro momento, Ferrajoli lembra que esta divisão pode remeter às diferentes noções do princípio da legalidade, que em sentido amplo é entendido como de validade formal (que prevê quais os titulares e os sujeitos, bem como as formas de exercício do poder), e em sentido restrito é visto com fundamento na validade substancial (onde a necessidade de proibições e obrigações em matéria de competência, e de critérios de decisão, está presente).

situação por não lhes ser propiciada uma igualdade de condições de gozo. O objetivo e o ideal dos direitos sociais seriam melhorar, e não manter, a situação dos indivíduos¹²⁴.

Surge, espontaneamente, no discurso garantista, a distinção entre democracia formal (enquanto forma de exercício do poder) - que se caracteriza pela representatividade, baseada no princípio da maioria como fonte de legalidade; e substancial - como estado possuidor de garantias efetivas (quer liberais, quer sociais). Assim, o garantismo seria a base de uma democracia substancial, ou seja, que tivesse como objetivo o enriquecimento e o aperfeiçoamento do cidadão, enquanto indivíduo, e para tanto, respeitando não só a integridade e unidade do indivíduo (*direitos de*), como buscando diminuir e efetivar condutas de igualização entre os indivíduos (*direitos a*).

Feita esta generalização, pode-se identificar uma incongruência no sistema, e a isto se chama de aporia da irreduzível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no estado de direito. Ora, esta explicação não seria necessário caso o ser humano não possuísse uma tendência generalizada de ocultar e de utilizar em benefício próprio (mesmo que modificando pensamentos) idéias que não seriam possíveis se estivessem bem explicitadas. Parece óbvio que, num estado de direito como sinônimo de garantismo, os direitos protegidos não são unicamente realizáveis por condutas negativas, ao contrário, estão presentes em direitos sociais que exigem condutas positivas dirigidas ao poder público, este poder, enquanto integrante do sistema, passa a atuar de forma a estipular e a contribuir na delimitação desses mesmos direitos. Sendo assim, numa constatação empírica, pode-se perceber uma constante falha, ou defasagem, entre a fixação e garantia formal de direitos sociais e a aplicação e garantia material destes mesmos direitos.

No entanto, ao invés de voltar-se ao modelo de garantias individuais negativas, pela impossibilidade de se chegar às garantias positivas de forma plena¹²⁵, o garantismo apresenta-se como instrumento de produção constante e

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Op. cit. p. 862.

¹²⁵ Como parece ser o caminho intentado por políticas internacionais em relação aos países em desenvolvimento.

desenvolvimento dessa democracia substancial. Para tanto, sua função não é apenas de legitimação do ordenamento, mas sobretudo a de deslegitimação jurídica¹²⁶ interna do funcionamento dos poderes públicos, e das normas por ele produzidas. Como meio de análise destas formas de deslegitimação, utiliza-se o garantismo enquanto teoria do direito.

Segundo concepção clássica, a validade das normas é identificada com sua existência, qualquer que seja seu conteúdo. Para Ferrajoli, esta concepção (manifestamente formal) da validade é decorrência de uma simplificação (derivada da incompreensão) da complexidade do princípio da legalidade nos estados constitucionais de direito¹²⁷.

Dentro deste sistema de normas não existem exclusivamente regras de procedimento, de competência e de meios de criação de leis, mas também de regras de conteúdo, substanciais, que podem ser identificadas com os direitos fundamentais, com o princípio da igualdade, que limitam de várias formas o poder de criação legislativa.

A existência, ou a verificação de normas inválidas pode ser facilmente identificada se se tem em conta a existência desta realidade acima exposta. Deve-se distinguir dois momentos de legitimação e de regularidade das normas postas: num primeiro momento, a vigência, ou a existência, que diria respeito à forma, e que estaria presente se cumpridos os comandos procedimentais de criação legal; por outro lado, num segundo momento, ter-se-ia a validade, que seria o respeito ao significado, ao conteúdo da norma, dizendo respeito à coerência interna com os limites materiais presentes no sistema jurídico.

O paradigma do Estado Constitucional de Direito, segundo Ferrajoli, é o modelo garantista, que não significa nada mais do que a sujeição do direito ao

¹²⁶ Ver importante contribuição para uma conduta de deslegitimação constante frente ao sistema estatal, como à realidade jurídica, em Ronald DWORKIN, que em sua obra *Taking rights seriously*, chega a colocar, ao tratar da resistência civil, a impossibilidade de aceitação de decisões que contrariem normas ou princípios legitimadores da realidade jurídica.

¹²⁷ Que em nível de prática social e instrumental, são os destinatários diretos da teoria garantista.

próprio direito, afetando as duas dimensões mencionadas, a vigência e a validade, ou a forma e o conteúdo, ou a legitimação formal e a legitimação material¹²⁸.

A vinculação dos direitos fundamentais (liberais e sociais), somados às regras de competência e procedimento, seriam o núcleo de caracterização do Estado de Direito Constitucional, e seria, portanto, o núcleo de atuação e de aplicação do garantismo enquanto teoria do direito.

3.5 A IGUALDADE COMO METADIREITO

A principal diferenciação decorrente do garantismo que necessita explicitar-se é a concernente à igualdade. Esta pode ser vista como a necessidade de se respeitar as individualidades e as características de cada um, e seria traduzida pela obrigação do estado de não atrapalhar e de não interferir neste gozo particular dos direitos. Todavia, como as condições sociais atribuídas aos cidadãos não são uniformes, e sendo o estado um instrumento de aperfeiçoamento do indivíduo, surge a necessidade de trabalhar-se a igualdade como condição positiva de possibilitação de acesso a direitos mínimos (cada vez melhorados) que condicionem o cidadão ao exercício de suas liberdades (direitos à alimentação, à moradia, ao trabalho, etc.). À primeira Ferrajoli chama de igualdade formal ou política, e à segunda, de igualdade substancial ou social.

Explica-se a confusão atual entre os direitos fundamentais com a crise do conceito de direito subjetivo que decorre do positivismo jurídico, em que abarca toda uma gama de situações, quer de poderes, quer de faculdades, quer de direitos indisponíveis, etc., que levam a um enfraquecimento da força intrínseca dos direitos fundamentais.

Desta percepção dos direitos fundamentais como garantia surgem dois princípios gerais do garantismo, que seriam o princípio da legalidade e o da jurisdicionalidade.¹²⁹

¹²⁸ Ferrajoli em estudo específico chega a propor, segundo conceitos weberianos, a racionalidade formal e a racionalidade material (OLIVEIRA Jr., José Alcebíades (org.) O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 97).

Com esta aplicação, o garantismo depara-se com a necessidade de tratar da obrigação de obediência às leis (tradicionalmente vista como inevitável); ou seja, quem deve obedecer às leis, e como se verifica tal obediência.

Ferrajoli afirma a impossibilidade de existir uma obrigação moral de obedecer às leis dentro do estado de direito, pois, a tal obediência somente os juízes e os funcionários públicos, enquanto no exercício da função, por vontade própria, se obrigam. O cidadão, ao contrário, deve zelar e buscar sua satisfação em direitos pessoais e sociais que lhe são inerentes, e com base na aporia da ilegitimidade jurídica do Estado de direito deve sempre resistir à obediência a leis que contrariem esses direitos.

Com esta afirmação, o garantismo surge como um instrumento não só de garantia dos direitos individuais e sociais, ou como instrumento de constante legitimação social e deslegitimação política e jurídica, mas também como um importante instrumento de transformação social.

3.6 O PARADOXO DO DIREITO - UMA VISÃO DE JUSTIÇA.

Surge, porém, um problema a ser enfrentado, justamente na identificação feita anteriormente, da distinção do direito enquanto garantia das demais garantias não atendidas pelo fenômeno jurídico, pois, ao caracterizar a reciprocidade como um dos aspectos que possibilitam esta distinção, remete-se à busca da equivalência verificada nas situações em que se tomam relações existentes entre dois sujeitos de direito em posições similares, que representaria um atendimento ao princípio da igualdade em seu sentido formal.

Todavia, a verificação, conforme demonstrada acima¹²⁹, da necessidade de uma igualdade substancial para a legitimação de uma sociedade democrática, leva a

¹²⁹ Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Também de importância neste tema, ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

¹³⁰ Ver Supra item 3.5.

exigir um complexo sistema de garantias capazes de atribuir e atualizar direitos sociais e para tanto se desenvolve uma intrincada rede de obrigações e direitos que constituem todo o sistema jurídico de uma sociedade, que nada mais é do que a já exposta reciprocidade vertical¹³¹.

Sendo o direito, enquanto exercício de um poder, a realização concreta da possibilidade de uma pessoa menos poderosa exercer o poder que lhe é inerente, o sistema jurídico se desenvolve de maneira hierárquica¹³², a partir de uma norma fundante (a Constituição) cuja influência será definitiva sobre as demais normas existentes. Todavia, ao analisar-se a prática e a realidade do fenômeno jurídico (deixando de lado a aplicação dedutiva de normas através da hierarquia kelseniana), este existe somente enquanto expressão do sistema geral de poderes, do qual é um reflexo, o que lhe dá um aspecto duplamente hierárquico.

Como bem evidencia Olavo de Carvalho:

“o sistema jurídico, enquanto realidade agente, imbricada no sistema total de poderes, é unificação hierárquica de múltiplos estratos de obrigações e garantias, umas subordinadas às outras conforme sua maior ou menor importância para a subsistência do sistema como um todo. Nesse sentido, a regra máxima do sistema é a sua própria soberania: não há direito acima do sistema total de direitos e garantias, ou, em outras palavras, nenhum direito isolado ou nenhum grupo de direitos isolados pode prevalecer sobre o sistema total que os garante a todos.”¹³³

Como o conjunto do sistema que se identifica com a reciprocidade vertical é governada pelo princípio de subordinação e unidade e, ao contrário, os direitos abstratos garantidos pela reciprocidade horizontal regem-se pela equivalência, a contradição entre o direito como um sistema total e o direito enquanto norma de condutas individuais somente poderá ser eliminada numa sociedade cuja igualdade entre os indivíduos seja geral e perfeita, bem como todo o sistema de poder.

¹³¹ Ver Supra item 3.2.2.

¹³² em sentido kelseniano.

¹³³ CARVALHO, Olavo de. Ser e Poder. Op. cit. p. 34.

No entanto, isto é impossível não apenas na prática, mas até mesmo em teoria, de vez que o direito, como possibilidade do exercício de um poder, exigiria, para perfeita igualdade, uma distribuição igualitária das possibilidades de exercício do poder, o que contradiz a idéia mesma da estrutura hierárquica necessária à manutenção do sistema e das garantias.

Esta contradição entre o direito enquanto sistema e o direito enquanto norma de conduta das relações individuais não requer uma solução lógica, pois é inerente e constitutiva da própria realidade social. A justiça surge, pois, como um ideal social, que se refere a ponto de vista do cidadão, conforme a doutrina garantista, e busca reduzir tal contradição ao mínimo possível e tolerável, enquanto sociedade democrática.

Voltando mais uma vez aos ensinamentos de Carvalho: *“não é totalmente exato dizer que a justiça humana é imperfeita, pois não há imperfeição em uma coisa ser o que é, e a justiça humana tem a perfeição do arranjo provisório e da arte, indefinidamente variável e jamais esgotada, e não a da norma ideal eterna a ser, de algum modo, copiada ou perseguida.”*¹³⁴

O fenômeno constitucional surgirá com grande importância, atuando na regulação e ordenação do sistema jurídico, bem como na delimitação e fixação das relações individuais e sociais. A emergência e explicitação dos pressupostos estudados irão refletir diretamente sobre a compreensão da Constituição, em seus mais variados sentidos.

¹³⁴ Idem, p. 35.

CAPÍTULO 4

**PRESSUPOSTOS DE UMA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

*"Algumas pessoas não captam
a força obrigante do silogismo"*

Santo Alberto Magno

Para se entender o objeto a ser estudado, como demonstra Husserl¹³⁵, deve-se buscar sua delimitação máxima, ou melhor, seu isolamento abstratamente desenvolvido para uma análise coerente das características essenciais que formam tal objeto. Qualquer estudo cuja busca possa identificar-se com a essencialidade¹³⁶ formadora de uma unidade em torno da disposição do objeto a ser estudado deve respeitar esta essência em sua constituição, abstendo-se de moldá-la segundo a vontade e o desejo do observador, sentimentos estes que devem fundar o objetivo de conhecer e entender o fenômeno dirigido (ou desejado).

Supera-se, pois, a complementaridade saussuriana identificada entre o significante e o significado, exatamente na compreensão esclarecedora dos efeitos que circundam e influem na constituição de um objeto, mas que, no entanto, não penetram na essência atingida através da redução fenomenológica (que num entendimento mais aperfeiçoado acaba por constituir contemplação amorosa¹³⁷).

Até o momento, o que se buscou analisar foram os principais fenômenos que representam pressupostos necessários para a compreensão do fenômeno jurídico, entendendo-o como necessariamente anterior ao fenômeno constitucional, ainda que de forma teórica ou discursiva. Em breves lances, este estudo buscou explicitar alguns conceitos circundantes e influentes para possibilitar não só a

¹³⁵ HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas. Op. cit. p. 15.

¹³⁶ Característica predominante na filosofia enquanto tal, e praticamente sedimentada como fundante do raciocínio filosófico a partir da obra de Edmund Husserl, e sua conceituação de redução fenomenológica. A esta concepção pode-se somar os desenvolvimentos do realismo filosófico, principalmente com Xavier Zubiri, e a recente obra de Olavo de Carvalho, no Brasil.

¹³⁷ CARVALHO, Olavo de. Da contemplação amorosa. 1999. Endereço eletrônico: <http://www.olavodecarvalho.org/textos>. Onde o autor explicita que a contemplação amorosa *trata-se evidentemente de um exercício de autoconsciência, onde, na medida mesma em que conscientizo minha própria ação projetiva, consigo distinguir o projetado e o recebido, e atino, enfim, com o objeto como tal, e já não como simples representação (e muito menos projeção) minha.*

permanência do fenômeno jurídico, como a garantia de sua necessidade e explicação de sua atualização histórica no desenvolvimento social.

Uma delimitação do raciocínio poderia traduzir-se no sentido de identificar o ser humano em sua realidade social, buscando os mecanismos que propiciassem tal inserção (ação social), bem como os meios de controle e de possibilidade de exercício desse mecanismo (poder), meios estes que induzem e formam toda a manifestação política e social de uma comunidade.

Para tanto se partiu da necessária visualização da possibilidade de manifestação externa por parte dos indivíduos (quer singulares ou coletivos), que somente alcançam a observação na medida em que exercem determinada ação. Tal fenômeno, a ação social, foi aqui desenvolvido segundo as concepções iniciais de Max Weber, como aquela ação ao qual o indivíduo confere algum sentido, e cujas conseqüências serão observadas na esfera social comum.

No mesmo itinerário, após identificar um primeiro pressuposto necessário para a verificação de fenômenos que alcancem o grupo social, vê-se, de forma inequívoca, que o exercício da ação social necessita de uma dose de poder para manifestar-se. É possível identificar e analisar esse poder em âmbito individual, desde as possibilidades de escolha e liberdade de ação de cada indivíduo¹³⁸, até suas manifestações de alcance histórico, como o poder dos sujeitos históricos.

Um ramo deste estudo dedica especial atenção ao fenômeno jurídico, especialmente à compreensão constitucional, e refere-se ao poder político. Para tanto se buscou em Bobbio os principais apontamentos para a análise desse fenômeno.

Da percepção de encadeamento lógico entre a ação, como fator inicial, e o poder, como contingência necessária, surge inequivocamente o fenômeno jurídico como meio de garantia da ação por parte dos indivíduos cujo poder obtido não se faz suficiente para o seu exercício.

¹³⁸ Identificando-se assim com a chamada *praxeologia*, magistralmente estudada por Mises, em seu tratado sobre A Ação Humana. Por *praxeologia* deve-se entender a partir do conceito apriorístico da categoria ação, a análise das implicações plenas de todas as ações. A *praxeologia* busca conhecimento que seja válido sempre que as condições correspondam exatamente àquelas consideradas na hipótese teórica. sua afirmação e sua proposição não decorrem da experiência;

A análise que prossegue buscou identificar as bases de surgimento e manutenção do fenômeno jurídico¹³⁹, principalmente em seu caráter bilateral atributivo, com especial atenção à reciprocidade, tanto direta quanto indireta. Surgiu com suficiente ênfase a principal e originária função do direito, qual seja, a de garantia da ação perante a manifestação de poder.

Ora, somente se pode compreender o fenômeno constitucional tendo-se em mente esta necessária escala de situações que o propiciam e o conformam, partindo da ação e atingindo no direito sua principal manifestação cultural como forma lógica de garantia da liberdade, conceito essencial até mesmo para o estabelecimento de premissas que permitam qualquer discurso.

Neste sentido de manifestação cultural historicamente inserida é que se compreende o fenômeno jurídico superando a diferenciação entre as ciências da natureza e do espírito proposta por Dilthey, e, na primeira metade deste século, acentuada por Ortega y Gasset frente à necessidade de identificação de uma razão histórica cujos conceitos não se compreendiam na base da razão física inconscientemente presente nas chamadas ciências do espírito.¹⁴⁰

Antes, porém, de analisar as correlações existentes entre os pressupostos identificados e os principais aspectos de uma teoria constitucional, cumpre salientar alguns pontos para se compreender o mesmo fenômeno constitucional partindo de bases diferentes, agora calcadas na análise do discurso pelo qual se apresenta a constituição.¹⁴¹

Uma das principais características de qualquer pesquisa é a possibilidade de se verificar os seus resultados pela comprovação do caminho percorrido, bem como pela utilização de caminhos diversos que alcançam o mesmo resultado,

antecedem qualquer compreensão dos fatos históricos. In MISES, Ludwig von. A ação humana. p. 10.

¹³⁹ Ainda com relação ao fenômeno jurídico, ver COSSIO, Carlos. Radiografia de la teoria egologica del derecho. Op. cit.

¹⁴⁰ Para tanto ver ORTEGA Y GASSET, José. História como sistema. Op. cit.

¹⁴¹ O propósito desta rápida apresentação de uma possibilidade de análise discursiva do fenômeno constitucional serve não somente para demonstrar que se pode atingir o mesmo resultado, ao se partir de bases válidas, mesmo navegando por caminhos diferentes, como para identificar um campo de pesquisa amplo que até o momento encontra-se pouco desenvolvido.

garantindo as bases e pontos de partida, ou demonstrando a impossibilidade de determinadas conclusões.¹⁴²

Quando se pretende partir de uma análise discursiva, deve-se compreender que todo discurso somente pode ser compreendido enquanto movimento, enquanto mudança de posição, enquanto busca de determinado fim ou objetivo, que pode ser compreendido como resultado ou como conclusão.

Outra forma de compreender o discurso, superando todo o encadeamento lógico que existe na sua identificação, pode dar-se pela verificação de que o discurso se constitui no é “*o trânsito do acreditado ao acreditável, por meio de um encadeamento de nexos*”¹⁴³. Para tanto, compreende-se que, ao se fixar pontos de partida necessários para qualquer discurso, tais elementos desencadeadores são tidos como certos (mesmo que intencionalmente), e, portanto, identificam o acreditado. Por outro lado, a conclusão do discurso somente pode se dar em torno de uma possibilidade identificada com as premissas iniciais, portanto, deverá ser ao menos acreditável. Caso venha a lograr êxito no discurso, essa conclusão passará a ser tomada como certa, vindo a participar como premissa de um novo discurso.

Para a demonstração exaustiva do exposto acima, deve-se buscar outra oportunidade, por fugir ao tema proposto; contudo, buscar-se-á, nos itens subseqüentes, apontar os estágios atingidos pelas correntes e compreensões do fenômeno constitucional frente a uma análise que identifique o grau de credibilidade proposto e atingido pelo discurso.

A relação existente entre as categorias constitucionais e os pressupostos identificados nos capítulos anteriores são tratados a seguir, buscando, para tanto, uma análise teórica a partir dos principais autores e teóricos da constituição.

Lembrando sempre a advertência de Canotilho sobre a necessidade de um conceito de constituição constitucionalmente adequado, ou seja, de uma equiparação e correlação entre o desenvolvimento teórico e o documento escrito,

¹⁴² É a partir desta constatação, até mesmo intuitiva, que os grandes filósofos contemporâneos rejeitam as incursões da chamada filosofia analítica (e do pragmatismo), do positivismo lógico, dos teóricos da linguagem, etc., que criam redes e sistemas teóricos explicativos de toda compreensão do objeto, somente partindo das bases arbitrariamente fixadas por seu aparato teórico. Uma simples análise de seus fundamentos é capaz de desmanchar todo o castelo artificialmente construído sobre giros e solipsismos lingüísticos.

deve-se ter presente a vinculação entre os pressupostos teóricos e as análises sobre as constituições historicamente datadas.¹⁴⁴

4.1 CONSTITUIÇÃO E AÇÃO SOCIAL.

Toda constituição historicamente datada, ou seja, manifestada exteriormente em sua aplicação, decorre necessariamente de uma ação humana, e este ponto não suscita grande discussão na doutrina constitucional¹⁴⁵. Decorre, como se viu, da própria essência da ação social, que surge como necessária para a compreensão histórica e à concepção praxeológica.

Todavia, num momento posterior, pode-se perceber a ênfase dedicada por certos autores às características fundamentais da ação como semelhantes ao fenômeno jurídico, ou seja, a concordância entre a verificação fática e a valoração jurídica. O que surge com esta análise é a equiparação do fenômeno constitucional a certos comportamentos sociais, eliminando (ou reduzindo) o caráter normativo e garantidor da constituição.

Neste sentido caminham as concepções que identificam a constituição como um retrato da ordem político-social, ou mesmo como manifestação da permanência histórica ou de uma determinada relação de poderes socialmente existentes que apenas formalmente pertencem à constituição escrita (1). Ainda com referência explícita à influência da ação social sobre a concepção de constituição, podem-se identificar as doutrinas integracionistas que, ao atribuírem um fim necessário, um sentido último à constituição, concebem-na exatamente como ação, ou seja, como fenômeno ao qual se persegue um fim, pela escolha racional dos meios a serem utilizados (2). Neste mesmo ponto também se insere o problema da

¹⁴³ CARVALHO, Olavo de. Aristóteles em nova perspectiva. p. 87.

¹⁴⁴ Para um aprofundamento nesta concepção de Canotilho, ver, do próprio autor: Direito constitucional. Op. cit. p. 75; e Constituição dirigente e vinculação do legislador. Op. cit. p. 154. Deve-se, ainda, para uma compreensão geral do fenômeno constitucional, ter presente os apontamentos de: BARACHO, José. Teoria da constituição. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, UFMG, jul/1978, n. 47, p. 07-47. e Teoria geral das constituições escritas. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, UFMG, jan/jul-1985, n. 60/61, p. 25-98. Também, FRIEDRICH, Carl J. Teoria y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y America). México: Fondo de Cultura Económica, s/d.

¹⁴⁵ Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Op. cit.

programaticidade das constituições, ou seja, da possibilidade de ordens futuras de comando que não se limitam a manter e regular as situações, mas que pretendem modificar e comandar as mesmas modificações (3).

(1) Quando se compreende o fenômeno constitucional como um retrato da ordem político-social vigente, pode-se fazê-lo sob dois aspectos, quais sejam: a) sob o aspecto da reprodução de relações de poder e força; e b) sob o aspecto da reprodução de ações voluntárias e constitutivas.

A limitação da constituição à reprodução de relações de poder existentes a cada momento na sociedade pode ser verificada em Ferdinand Lassale, que chega mesmo a negar validade à constituição escrita quando não estiver de acordo com as condições de distribuição do poder na esfera social.

Os chamados fatores reais de poder seriam, pois, a essência da constituição, a materialidade constitucional que, se devidamente retratada no documento escrito, atribuiria validade ao mesmo e, em caso negativo, negar-lhe-ia importância e validade, alegoricamente comparada a uma *folha de papel*.¹⁴⁶

Tais doutrinas, de forte influência sociológica e historicista, atingem, como se percebe, um dos pressupostos necessários a uma teoria constitucional no que se refere à compreensão da ação social em sua dinâmica temporal. Todavia, não consegue analisar o fenômeno de maneira completa, ao negligenciar a possibilidade de racionalização da ação, quer pela fixação de fins, quer pela escolha de meios, condutas estas que estariam diretamente ligadas à fixação no texto legal, e que não encontrariam respaldo imediato na comprovação empírica.

Por fim, cumpre salientar que, no que se refere a qualquer possibilidade de poder normativo ao fenômeno constitucional, e mesmo a uma interação dialética entre os mecanismos de valoração e normatização frente à exposição e descrição factual, estas doutrinas apresentam-se falhas e insuficientes.

Já no que diz respeito ao entendimento da constituição enquanto reprodução de manifestações voluntárias ou constitutivas, consegue-se captar quase total a essencialidade do pressuposto da ação em sua compreensão.

¹⁴⁶ LASSALE, Ferdinand. A essência da constituição. Porto Alegre: Vila Martha, 1980.

Quando se compreende o fenômeno constitucional enquanto um agrupamento de decisões fundamentais, ou seja, enquanto exteriorização de posicionamentos voluntários, fixa-se a essencialidade da constituição enquanto consequência de tomadas de decisões sociais, por meio da atuação política, que fixa a vontade legitimante (que pode ser soberana, estatal, popular, etc.). Surge, pois, a anterioridade do poder constituinte, a fixação temporal para a tomada de decisões que serão posteriormente seguidas conforme um exercício normal de uma ação que se estenda continuamente.

Tal posicionamento encontra-se ligado diretamente à figura de Carl Schmitt e seu decisionismo, principalmente ao estabelecer o contraste entre a tomada de decisão e a compreensão lógica, ou seja, entre a vontade e a razão.

Representa de forma clara tal posicionamento a manifestação de Schmitt, citado por Pelayo, de que o ato do poder constituinte não contém *“unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente, por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia”*.¹⁴⁷

A carência nesta concepção também é clara, uma vez que negligencia o aspecto racional, inerente a qualquer fenômeno cultural e histórico, e mesmo a ação social bem compreendida. Desta forma, a legitimidade buscada na tomada de decisão, na vontade política em superação à lógica jurídica, ou à dinâmica valorativa, atua mais de forma retórica do que se impõe por via analítica.

Por fim, ainda nas concepções que visualizam o fenômeno constitucional como um retrato da ordem político-social, cumpre posicionar as doutrinas que compreendem o fenômeno enquanto ordem, ou seja, enquanto submetido ao princípio de unidade. Segundo Mejía Gómez:

“En cuanto social, el orden constitucional se refiere a todas las formas de interacción, a su dinámica y a sus resultados. Nuestro criterio supone la sociabilidad esencial del hombre, y la idea de que la sociedad, definida en su forma más genérica de conjunto de formas de interacción, es un ente de relación.

¹⁴⁷ GARCIA-PELAYO, Manuel. Direito constitucional comparado. Op. cit. p. 86.

En cuanto político, el concepto de orden se refiere a las formas de supra-subordinación y coordinación de las fuerzas sociales (...)

En cuanto jurídico, el orden constitucional se interesa en el bien común como valor final y en las leyes positivas como fundamento de la dinámica total”¹⁴⁸.

Desta maneira, a identificação da constituição enquanto ordem, no que busca sua unidade formal, pode ser identificada na verificação da ação enquanto unidade de compreensão da manifestação humana; ou seja, o critério identificado na manifestação da ação, pela fixação de fins, pelo sentido atribuído à ação, ou mesmo, pela escolha (livre ou arbitrária) dos meios a serem utilizados, conduz a uma unidade sistemática para a compreensão de seus efeitos; da mesma forma como o fenômeno constitucional, enquanto fixador da ordem social, política e jurídica de uma comunidade atual de maneira sistemática tendente à unidade.

Percebe-se de forma clara, nesta concepção, a adequação ao pressuposto da ação, embora se negligencie a dinâmica oferecida pela conjugação valorativa das condutas, bem como pela impossibilidade de garantia da ação frente ao poder da ordem social fixa e estável.

Num ponto intermediário entre a compreensão da constituição como retrato da ordem social e política e a fixação de fins e sentido ao fenômeno estabelece-se a possibilidade de uma limitação histórica pela permanência e sentido atribuídos à constituição.

Quando Ortega y Gasset, em *Historia como sistema*, adverte que “*ser es vivir, y que la vida humana no es una entidad que cambie accidentalmente, sino, al revés, en ella la sustancia es precisamente cambio*”¹⁴⁹, está a fixar a carência de sentido atribuído à lei, ou seja, a impossibilidade de compreensão do fenômeno jurídico apenas enquanto manifestação isolada e decorrente de uma lógica interna exclusiva e suficiente.

Ao fixar a natureza humana como algo moldável, ou seja, como resultado de uma razão histórica que se verifica de forma clara e objetiva, Ortega está

¹⁴⁸ Gómez, Carlos Mejía. *Teoría de la constitución*. Op. cit. p. 161.

¹⁴⁹ ORTEGA Y GASSET, José. *Obras Completas* - vol. VI. p. 52.

vislumbrando a necessidade de adequação do fenômeno jurídico, e constitucional, aos pressupostos que lhe são inerentes.

(2) Num segundo estágio de análise da ação social em sua relação com a constituição, visualizam-se as doutrinas que compreendem tal fenômeno como momento de integração, como resultado de uma ação visando a determinado fim.

Aqui se pode identificar a clássica posição de Rudolf Smend e sua compreensão ‘espiritual’ do Estado, e a conseqüente função integradora atribuída à constituição, que se distinguiria das demais ordens jurídicas pela especialidade de seu objeto: o Estado e sua natureza política.¹⁵⁰

A constituição teria, pois, o papel fundamental de integrar, em três níveis, dinâmicos e complementares, a realidade espiritual da nação. Tais níveis seriam o da integração pessoal, funcional e real, salientando-se a importância do processo de especificação das decisões, e da fixação de fins centralizadores à figura do soberano enquanto representante espiritual e simbólico do povo.

Ainda com referência ao caráter integrador atribuído à constituição, cumpre lembrar, segundo Canotilho, a posição de H. Krüger, cuja visão assemelha-se e complementa a de Smend. Assim:

“A idéia de integração, realizada ou a realizar por uma ordem constitucional, é um dos topoi mais radicados no pensamento constitucional germânico. A ele regressou, recentemente, em sede da teoria da constituição, H. Krüger. Partindo da compreensão de constituição como programa de integração nacional e como programa de representação nacional, o autor considera que ela só cumprirá a sua missão entrando na consciência de todos os cidadãos.”¹⁵¹

A idéia de integração e de unidade da constituição é um ponto comum nas doutrinas e teorias constitucionais, como se refere Canotilho, cuja persistência pode ser explicada pela necessidade exigida pelo pressuposto da ação frente à realidade constitucional. Todavia, deve-se perceber que a restrição do fenômeno constitucional a um dos aspectos da ação é uma limitação inaceitável, cujos efeitos

¹⁵⁰ Ver GARCIA PELAYO. Op. cit. p. p. 83.

¹⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Op. cit. p. 110.

práticos são enormes, e cujo alcance retórico é de grande utilidade no embate político.

A utilização do sentimento de finalidade e unidade, somada à necessidade intrínseca de um sentido à ação, faz com que o recurso à verossimilhança, a caricatura do desejado forneça um aparato ideológico de importância crucial nas relações de poder na esfera social e política.

Outro ponto a salientar-se é a completa separação entre o Estado e a sociedade, nos termos das doutrinas integracionistas, estabelecendo funções e fins que, se compreendidos dinamicamente, mostrar-se-iam desconexos e impossibilitados de entendimento.

Por outro lado, é inegável a influência do pressuposto da ação para a compreensão da unidade constitucional e para o seu caráter integracionista, na medida em que toda ação pressupõe, conforme demonstrado¹⁵², a atribuição de um sentido à conduta, a busca de fins e a escolha de meios para atingi-los.

Pode-se observar a correspondência entre a teorização filosófica e a empiria psicológica, como decorre, por exemplo, na terceira escola de Viena¹⁵³, na qual Frankl enfatiza, ao elaborar o conceito de *vontade de sentido*, inerente a todo ser humano, e uma das formas mais eficazes de normalização do estado psicológico e espiritual do indivíduo.

Para esta corrente, o sentido supera a visão inicial de Weber, que atribuía um caráter estritamente subjetivo à fixação dos fins almejados, e poderia ser compreendido como uma necessidade constitutiva da natureza humana que, se não atendida e compreendida traz conseqüências desastrosas para a saúde mental do ser humano.¹⁵⁴

É exatamente neste campo que atua a influência da ação frente à realidade constitucional, qual seja, se toda ação tende a um sentido, e a fixação deste sentido é constitutiva da saúde mental do agente, a constituição, enquanto produto historicamente realizável, é tributário dessa necessidade constitutiva.

¹⁵² Ver Supra capítulo II.

¹⁵³ Sucessiva à freudiana e addleriana.

¹⁵⁴ Ver FRANKL, Viktor. Em busca de sentido. São Leopoldo: Sinodal; Petrópolis: Vozes, 1991.

Assim, a busca de um sentido para a ação deve ser a busca de coerência e unidade para um povo, a fixação de fins a serem atingidos com a ação deve ser o objeto de garantia oferecido pela constituição, e não sua imposição, haja visto que sua natureza é conceitual e instrumental, e não autopoietica.¹⁵⁵

A verificação do sentido das constituições é um dos grandes meios de verificação do estágio cultural e dos valores de um povo. Da mesma forma, a existência de um sentido necessário à ação acarreta um segundo momento de extrema importância, que se refere à liberdade no exercício desta ação, e a garantia desta liberdade por parte da constituição.¹⁵⁶

Conclui-se, no tocante às concepções integracionistas que, no que respeitam à necessidade de sentido das constituições, estão de pleno acordo com o pressuposto da ação à teoria constitucional. Todavia, no que se referem à simplificação e totalidade da constituição, com respeito somente a este pressuposto, ficam em defasagem frente aos pressupostos do poder e do fenômeno jurídico enquanto antecedentes ao constitucional. Falta o caráter normativo e valorativo a essas concepções.

(3) Um ponto mais delicado referente à ação social diz respeito ao problema da programaticidade dos mandamentos constitucionais num primeiro momento, enquanto coerência teórica; e, num segundo momento, enquanto visualização prática, na vinculação do legislador a essas ordens programáticas.

Este assunto foi tratado com grande qualidade por Canotilho em obra referida que frente à complexidade do tema, em especial, à sua dificuldade, quando não impossibilidade, de realização prática, não será abordado aqui o assunto em

¹⁵⁵ reafirma-se aqui a natureza instrumental do Estado, e conseqüentemente da constituição, enquanto criação humana para satisfação e garantia de sua ação frente ao poder, negando validade, por insuficiência lógica e impossibilidade dialética, às concepções totalitárias do Estado, enquanto um fim em si mesmo.

¹⁵⁶ O que se refere à liberdade, em âmbito existencial, importa salientar a visão de Frankl ao se referir à liberdade: 1) a análise existencial absolve o homem só de maneira limitada, ou seja, na medida em que o homem não pode fazer tudo o que quer fazer: a liberdade humana, por conseguinte, não se identifica com a onipotência. E 2) a análise existencial não absolve o homem sem responsabilizá-lo ao mesmo tempo. Isso significa que a liberdade humana não só não se identifica com a onipotência, como também não se identifica com a arbitrariedade. In FRANKL, Viktor. Logoterapia e análise existencial. São Paulo: PSYII, 1995, p. 99.

seus principais tópicos¹⁵⁷. Restringir-se-á à apreciação da programaticidade em relação direta com o pressuposto da ação social, limitando-se a apresentar os principais posicionamentos a favor e contra, e relacionando-os com o citado pressuposto.¹⁵⁸

Um primeiro posicionamento que tende a favorecer a possibilidade de fixação de metas a serem atingidas de forma geral pode ser encontrado em Bäulin que, analisado por Canotilho, entende da seguinte maneira:

*“Nesta perspectiva [constituição como ordenação do Estado e como projeto de unidade], a teoria da constituição não pode deixar de assumir-se como uma teoria política; ela é uma práxis refletida, político-constitucional e jurídico-constitucional, quer no sentido de uma justificação do existente quer no sentido de ordem e proposta para a sua reforma.”*¹⁵⁹

Assim, os comandos constitucionais não estariam reduzidos à garantia das relações existentes, mas comprometidos com uma sociedade *em devir*. A constituição estaria comprometida com a abertura e a dinâmica social, com a possibilidade histórica de mudança e de inovação na esfera social, inerentes ao fenômeno histórico.

Nesta mesma esteira, Canotilho irá desenvolver em sua obra a concepção de constituição enquanto “*garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro*”.¹⁶⁰

Canotilho evidencia a necessidade de atuação da constituição enquanto garantia do existente. Se se compreende a garantia do existente como a garantia da possibilidade de ação, como a garantia do cidadão (existente) perante a jurisdição constitucional, percebe-se a coerência deste pensamento com o pressuposto da ação social.

Todavia, se se compreende a garantia do existente enquanto reflexo dos fatores reais de poder de Lassale, ou ainda, enquanto retrato da ordem político-

¹⁵⁷ Ver CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Op. cit.

¹⁵⁸ Para um aprofundamento sobre o tema específico da programaticidade, sugere-se a leitura, de importância fundamental, das obras de Canotilho, em especial Constituição dirigente e vinculação do legislador. Op. cit. HAYEK, Friedrich A. O caminho da servidão. 5. ed. Rio de Janeiro: IL, 1990. Ambas as obras de alcance didático e de grande respaldo teórico e prático.

¹⁵⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Op. cit. p. 101.

social de uma comunidade em determinado momento histórico, vê-se insatisfeito o pressuposto da ação pelos mesmos motivos apontados quando da análise de tais concepções.

Por outro lado, ao afirmar ser a constituição um programa ou linha de direção para o futuro, compreendendo-se este programa como fixação de comandos constitucionais de limites a serem respeitados pela decisão política, como fixação de limites materiais ao poder do legislador ordinário, e ainda, como linhas de satisfação das necessidades essenciais ao exercício da ação, percebe-se a conformação exata com o pressuposto da ação social, e a adequada visão teórica da realidade prática do fenômeno constitucional.

Contudo, se esta fixação de programas ou linhas de direção para o futuro estiver relacionada com a delimitação de tarefas a serem cumpridas pelo Estado frente à sociedade que venham, de alguma maneira, prejudicar ou limitar o exercício de ação de qualquer indivíduo, estará em confronto direto com o pressuposto da ação, e será, ou imposição arbitrária, ou figura de retórica e jogos de poder.

Buscar-se-á esclarecer este posicionamento frente ao comentário de uma passagem do texto de Canotilho aqui transcrita. Diz o mestre português:

“O sentido normativo da constituição concebe-se como prospectivamente orientado, abrindo via ao futuro, sem perfeccionisticamente tentar captar e fechar o processo histórico. Nesta perspectiva se afirma que a lei fundamental é esboço de uma via e algo de desejado e não apenas um estatuto confirmante ou garantidor do existente.”¹⁶¹

Nesta passagem atribui-se o sentido normativo da constituição como a prospectividade orientada ao futuro, o que está de acordo com as linhas acima expostas sobre a necessidade de sentido na ação social, e conseqüentemente na constituição. Porém, ao definir o que seja esta prospectividade, Canotilho a equipara ao esboço de um via, ou a algo de desejado, entendendo estes termos como contraposição ao confirmante e existente.

¹⁶⁰ Idem. Ibidem.

¹⁶¹ Idem. p. 152-153.

Ora, neste ponto parece estar em contradição de termos a fixação de prospectividade como respeito à abertura e dinâmica histórica, e sua equiparação a algo desejado, ou a um esboço de uma via.

Quando se busca não interferir no devir histórico de forma arbitrária ou impositiva, o que se tem em mente é o respeito às situações individuais e coletivas genéricas, ou seja, o respeito à liberdade de ação e a garantia desta liberdade frente ao poder existente.

Ao legitimar a fixação de um esboço, ou a planificação de algo desejado, que será reflexo de uma representatividade democrática há muito desmistificada, está-se a impossibilitar exatamente a abertura da sociedade e a dinâmica histórica.

Esta compreensão de programaticidade, enquanto fixação de fins a serem atingidos em consequência de uma decisão da vontade, tal qual o decisionismo de Schmitt, sofre os mesmos problemas apontados acima por negligenciar o caráter normativo e racional do direito, buscando legitimidade por via representativa e decisionista, num âmbito que fere o pressuposto da ação e, conseqüentemente, vicia sua legitimidade.

Por fim, a oposição afirmada quando se propõe o esboço de um via frente à garantia do existente deixa a compreender que, por existente, deve-se entender as relações de poder e a situação fática e não o fenômeno da ação social e seus efeitos gerados na esfera jurídica.

Sendo assim, a garantia do existente não seria suficiente porque estaria relacionada a uma manutenção do *status quo* das forças políticas, e a programaticidade apareceria como um campo a ser explorado pelas forças que não residissem temporalmente no poder de decisão.

Todavia, parece escapar ao pressuposto da ação esta concepção, pois a garantia do existente, ao ser interpretada como a garantia do cidadão de exercício de sua ação frente ao poder existente, nada mais seria do que a função constitutiva do fenômeno jurídico. A programaticidade entraria aqui como um componente ligado ao sentido da constituição, em respeito à necessidade constitutiva da ação em concebê-lo, e não à planificação e fixação arbitrária de fins a serem atingidos em contraposição a garantias existentes. Muito menos estaria a programaticidade

vinculada ao espaço de embate político das forças não possuidoras do poder decisional temporal.

No outro lado da visão a respeito da programaticidade encontra-se a maioria dos teóricos neoliberais¹⁶², bem como alguns conservadores, aqueles reformulando conceitos originários do liberalismo e estes propondo um retorno a situações vividas e realidades passadas.

Neste ambiente, em que o predomínio sobre estudos de economia mostrou-se insuperável no tocante ao fenômeno jurídico e constitucional, deve-se buscar a posição referencial de Friedrich Hayek que, como expoente teórico desta corrente, consegue resumir as principais linhas de contestação ao caráter programático atribuído à constituição.

Desta forma, ao tratar do tema da planificação e sua relação com o Estado de Direito, em seu livro único *O caminho da servidão*, percebe-se o posicionamento da seguinte forma:

*“A característica que mais claramente distingue um país livre de um país submetido a um governo arbitrário é a observância, no primeiro, dos grandes princípios conhecidos como o Estado de Direito”.*¹⁶³

E ainda com relação às normas formais, entendidas como sinônimo de justiça, e as normas substanciais:

*“A distinção existente entre essas duas espécies de norma é a mesma que haveria entre estabelecer um regulamento de trânsito e prescrever às pessoas aonde devem ir; ou entre mandar instalar placas de trânsito e ordenar às pessoas que tomem esta ou aquela estrada. As normas formais indicam antecipadamente que linhas de ação o Estado deverá adotar em certas situações, definidas em termos gerais, sem referência a tempo e lugar nem a indivíduos em particular”.*¹⁶⁴

Através desta compreensão, entende-se que a constituição atua como um regulador do Estado, ou seja, como o meio de limitação da atuação do Estado frente à sociedade, indo ao encontro da concepção instrumentalista do Estado

¹⁶² Na linha desenvolvida desde Ludwig von Mises e Friedrich Hayek, até Freedman e L. Rockwell.

¹⁶³ HAYEK, Friedrich A. *O caminho da servidão*. Op. cit. p. 86.

¹⁶⁴ Idem. p. 87.

enquanto mecanismo de regulação social, em oposição à sua origem autopoietica ou totalitária.

Outra asserção importante identificada no posicionamento de Hayek diz respeito à função essencial atribuída a constituição, enquanto garantia da liberdade de ação de todos os indivíduos, indistintamente. Desta forma está-se a cumprir o pressuposto da ação que prevê a garantia jurídica frente ao poder, no caso político e estatal, para o pleno exercício da ação.

Contudo, funda-se a idéia de justiça, conforme se identifica na citação acima, na fixação e limitação à disposição por meio de normas formais de justiça, entendendo-se estas como as referentes a disposições gerais e abstratas de alcance genérico.

Este problema, da oposição entre a formalidade e a substancialidade jurídica das normas, já foi devidamente tratado acima, quando da análise do pressuposto do direito frente à teoria constitucional¹⁶⁵, e cabe somente salientar a incapacidade atual de compreender o fenômeno jurídico frente à mera formalidade. A materialidade normativa atua como um dos fatores de maior garantia na esfera social, e mais, decorre logicamente do emprego do discurso constitucional frente à presença de símbolos e interpretações necessárias à compreensão de qualquer fenômeno cultural.

Neste ponto se mostra carente de atualização a teorização de Hayek, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento da ação como pressuposto do fenômeno jurídico, ou seja, da materialidade dessa mesma ação, muito embora esteja de forma coerente relacionada com a garantia do exercício da ação frente ao poder, e mais, de forma inequívoca saliente a liberdade como um valor definidor do conteúdo normativo das leis.

Opõe-se radicalmente, desta forma, à programaticidade das normas, sob pena de desfalque frente à liberdade de ação, e como forma de comprometer arbitrariamente a fixação de fins às condutas pessoais.

Compreende-se sua oposição numa passagem clara e importante:

¹⁶⁵ Ver Supra cap. III.

*“O Estado deixa de ser peça de um mecanismo utilitário destinado a auxiliar as pessoas a desenvolverem sua personalidade individual para tornar-se uma instituição ‘moral’ - ‘moral’ não em contraposição a imoral, mas no sentido de uma instituição que impõe aos que a ela se acham subordinados suas idéias sobre todas as questões morais, quer essas idéias sejam morais, quer altamente imorais. Nesse sentido, o Estado nazista ou qualquer outro Estado coletivista é ‘moral’, ao passo que o Estado liberal não o é”.*¹⁶⁶

Através desta concepção, que nega qualquer atuação estatal que por via jurídica imponha-se sobre a livre determinação e o exercício da ação social, que se nega validade às normas programáticas.

Cumpre salientar o que foi apontado acima, no tocante à programaticidade, ao referir-se ao sentido de uma constituição, ou ainda, a fins constitutivos da ordem social e jurídica. Deve-se encará-la como pertencente a uma ‘razão histórica’ como queria Ortega, ou ainda, como reflexo da ‘vontade de sentido’ de Frankl. E nesta perspectiva, a radicalidade da análise de Hayek não se encontra de acordo com o pressuposto da ação.¹⁶⁷

Por fim, conforme indicado na introdução deste capítulo, faz-se necessário uma rápida abordagem discursiva sobre os pressupostos da teoria constitucional, partindo da ação social como necessária à compreensão do fenômeno jurídico-constitucional.

Retoma-se a exposição feita a respeito do discurso como o transcurso (movimento) do acreditado ao acreditável, ou seja, da fixação de premissas possibilitadoras do discurso pela sua certeza mínima que se estende até uma

¹⁶⁶ HAYEK, Friedrich A. Op. cit. p. 89.

¹⁶⁷ É necessário salientar que a análise realizada por Hayek em sua obra *O caminho da servidão*, diz respeito especialmente aos estados comunistas, cujo caráter antidemocrático é evidente. Não se pode estender esta percepção sem os devidos cuidados quando se busca uma programaticidade com relação ao sentido da ação. Muito embora este termo ‘programático’ venha sendo usado quase que exclusivamente para identificar papéis de atuação do Estado arbitrariamente impostos a toda sociedade, o que se está a propor com este estudo é uma nova visão sobre o tema, ligando-o ao pressuposto da ação, e não o relacionando com doutrinas ideológicas, quer de cunho liberal, quer de cunho comunista. Também, do mesmo autor: *Os fundamentos da liberdade*. Brasília: UnB; São Paulo: Visão, 1983.

conclusão representada por uma certeza máxima, e que deve, necessariamente, estar de acordo e mostrar coerência com a premissa inicial.

Assim, pode-se partir, numa escala que parte do acreditado ao acreditável, à delimitação de níveis de credibilidade frente ao ouvinte ou destinatário do discurso de acordo com a necessidade ou utilidade do fim desejado. Aspectos como a possibilidade, a verossimilhança, a probabilidade e a certeza apodítica evidenciam-se pela espécie de discurso realizado, pelo grau de certeza atribuído às premissas iniciais, ou ainda, pela identificação do destinatário ou pela intenção do emitente.¹⁶⁸

Ao se tratar do pressuposto da ação social, tem-se a delimitação fática dos conteúdos ao mesmo tempo mínimo e máximo a serem tratados pelo discurso constitucional. Tal realidade se dá pela observação da necessidade constitutiva do exercício da ação para a realização da vida social, para a permanência histórica do ser humano, e para compreensão de seus atos frente aos fins escolhidos e meios utilizados.

Atuaria, pois, o pressuposto da ação como o fator de identificação do mínimo de credibilidade, ou seja, da possibilidade de qualquer discurso jurídico e constitucional na medida em que não existe nenhuma forma de discurso a partir de premissas que não se dê por meio do exercício da ação. A função da ação frente à teoria constitucional estaria ligada ao fornecimento da certeza mínima, e, portanto, estaria ligada a qualquer um dos tipos de discurso existentes¹⁶⁹, pois informaria o limite mínimo para sua prática.

Da mesma forma, o limite máximo é também contido pelo pressuposto da ação, na medida em que nenhuma conclusão poderia superar o campo de abrangência da ação, pois deixaria, neste ponto, de ser ação, ou de ser discurso. A diferença obtida na credibilidade máxima, contudo, não decorre unicamente da

¹⁶⁸ Estes níveis de credibilidade são desenvolvidos por Olavo de Carvalho, na obra Aristóteles em nova perspectiva. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996, explicitando o que seria uma teoria do discurso presente em Aristóteles. O notável deste estudo é que se consegue chegar às mesmas conclusões partindo-se de meios totalmente diferentes, ora pela análise filológica e interpretação dos textos do estagirita; ora pela dialética; ora pela dedução analítica.

¹⁶⁹ Que na perspectiva aristotélica seriam quatro: a poética, a retórica, a dialética e a analítica.

verificação do campo de ação, que está sujeito a comprovações e coerências que exigem um grau de unidade e conformação lógica muito mais intensa.

Assim, pode-se compreender a ação social como pressuposto de uma teoria constitucional na medida em que esta atua como limite mínimo e máximo, ou seja, como campo de desenvolvimento de todo o discurso constitucional (seja ele normativo, jurisprudencial, doutrinário ou político).

Verificando-se a ação como fato dado e essencial à realidade constitucional, ao mesmo tempo em que se identifica como possibilidade de descrição do real, como visualização de um sentido ao corpo teórico ou ao documento escrito, como existência de programaticidade ou não em seus comandos, e como campo de abrangência limítrofe do discurso, a ação está diretamente relacionada com a faticidade do fenômeno jurídico-constitucional.

Este caráter, de fato presente no fenômeno jurídico, liga-se de forma direta e importante à garantia de exercício da ação frente ao poder, na medida em que identifica o direito como um fato, abre espaço para situações crescentes em complexidade, nas quais o fato jurídico é tomado como ponto de partida, ou premissa, para o desenvolvimento de novas garantias que, de acordo com a reciprocidade direta, no primeiro caso, e indireta, no segundo caso, possibilitarão a atuação efetiva da função do direito perante a esfera humana.

Percebe-se a clareza do pensamento de Miguel Reale ao atribuir conceitualmente ao direito o caráter de fato, evidenciado como pressuposto a uma teoria constitucional, assim como antecedente necessário ao fenômeno jurídico.

A faticidade do direito é a possibilidade de garantia do exercício da ação, por identificar aspectos inerentes ao fenômeno jurídico na manifestação junto ao mundo exterior e sensível.

Por outro lado, o caráter factual do fenômeno jurídico atua como agente limitador de sua abrangência sancionadora, ou seja, de seu aspecto coercitivo e regulador, na medida em que somente pode fazê-lo preservando sua própria essencialidade. Com isto quer-se explicitar a impossibilidade teórica e lógica de atuação do fenômeno jurídico frente a situações não manifestadas por meio da

ação. Atua, portanto, como resguardo da liberdade, autonomia e integridade psicológica, moral e espiritual do indivíduo.

Da mesma forma, por lhe ser inerente a condição factual, impossibilita ao fenômeno jurídico a fixação voluntária ou arbitrária de fins a serem atingidos, ou de programas de ação gerais, pois fere diretamente a essência da ação enquanto fenômeno e processo compreendido segundo a liberdade racional de escolha¹⁷⁰, e a conseqüente responsabilização pelos efeitos obtidos quando do exercício da ação¹⁷¹.

4.2 CONSTITUIÇÃO E PODER.

O fenômeno do poder, conforme identificado em capítulo específico¹⁷², corresponde a um conceito nuclear dentro das ciências sociais, sendo o seu estudo de extrema importância, e sua observação leva a identificá-lo como correspondente empírico das relações sociais, com influência direta no exercício da ação humana, e se evidencia, desta forma, um pressuposto necessário à compreensão de uma teoria constitucional.

Compreendendo sua confirmação fática e empírica em três níveis de atuação e estabelecendo a combinação entre esses níveis, tem-se toda a gama de possibilidades de poder disponíveis nas relações sociais, quer espaciais, quer temporalmente definidas. Desta delimitação surge uma característica importante para a definição da abrangência e do alcance do fenômeno do poder na esfera constitucional, qual seja: a especificação existente quando do trato da questão do poder frente ao uso e à tipologia conceitual de que parte.

Ao se delimitar a esfera de atuação individual do poder, ou seja, o livre exercício da escolha, e a manifestação da vontade por meio da ação, deve-se perceber que, na realidade existencial, a escolha e a ação realizam-se segundo a

¹⁷⁰ Conforme Supra, cap. I. Ainda, seguindo os passos de Weber, em sua ação racional voltada a fins, ou posteriormente, ao cálculo racional das conseqüências. Da mesma forma, cabe salientar a exposição feita por von Mises, demonstrando a racionalidade e a escolha individual presente em cada ação humana.

¹⁷¹ Conforme demonstra exaustivamente a logoterapia, e os ensinamentos práticos de Viktor Frankl.

¹⁷² Ver Supra cap. II.

parcela de poder pertencente ao agente; à medida que este se amplia, amplia-se seu raio de ação; na medida em que o poder é restringido, restringe-se a possibilidade de ação social. Num primeiro e decisivo momento atua o fenômeno jurídico exatamente como garantia de exercício da ação sobre a influência do poder, ou seja, garante-se a ação aos indivíduos cujo poder não alcança autonomia constitutiva.

Frente à crescente complexidade das relações sociais, e aos diferentes níveis de atuação controladora (desde imposição pela força até a manipulação inconsciente), decorre a especialização no trato do poder, e sua separação, meramente conceitual, como meio de melhor apreender e conter os abusos que dele possam advir.

Este momento é decisivo para a teoria constitucional por caracterizar o seu fundamento essencial de atuação, sua razão de existir e seu condicionante operacional, na medida que se exerce, por meio desse controle e dessa garantia, as formas de relação social e as formas de atuação governamental.

No mesmo sentido, tratando-se do poder em exercício por uma coletividade homogênea, ou por um ente coletivo dotado de singularidade, o poder atua e deve ser controlado e limitado da mesma forma.

Com estes condicionantes específicos para o fenômeno jurídico, e esclarecida a importância fundamental da regulação das relações sociais e do aparato governamental, evidencia-se o poder político exercido quer por meio da representação clássica, quer por meio da manifestação social em um ambiente selecionado, e ainda, público para Alain Touraine¹⁷³, o espaço comunicativo para Habermas¹⁷⁴, ou simplesmente pelo exercício da ação cujas conseqüências serão percebidas pelo sistema político, como grande categoria abarcada por diversas concepções sobre a constituição, semelhante à importância destacada ao pressuposto da ação social.

O poder político é uma das categorias mais analisadas pelos teóricos do Estado e do direito, e tem em Bobbio um bom sistematizador, conforme

¹⁷³ TOURAINE, Alain. O que é a democracia? Petrópolis: Vozes, 1996.

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. Consciência e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

explicitado.¹⁷⁵ Quando se analisa o fenômeno do poder político, percebe-se nele o exercício de uma autoridade legitimada, e da mesma forma percebe-se a natureza de influxo do poder, ou seja, a percepção de efeitos sobre terceiros quando das relações de poder, e ainda o recurso à força como característica essencial ao poder político quer em sua concepção estatal e soberana, quer em sua concepção contrafática.

Quando o assunto relacionado aborda as relações de poder político, surgem diversas concepções teórico-constitucionais que buscam legitimar, ou evidenciar, ou limitar o exercício desse poder, atuando de forma direta sobre o fenômeno constitucional.

Pode-se agrupar em dois grandes momentos a disposição dessas concepções que identificam no poder político a realidade constitucional, quer entendendo a constituição como um estatuto jurídico do político (1); quer compreendendo o poder político como função descritiva da constituição e como mecanismo de garantia de limitação desse poder, de cunho eminentemente contratual e instrumental (2).

(1) Em uma primeira observação, quando se está a tratar da constituição relacionada diretamente ao político, ou seja, enquanto estatuto do político, enquanto regulação jurídica sobre o fenômeno político, convém salientar a equiparação feita por alguns autores entre política e direito, de várias formas, cuja consequência é a mesma, ou seja, o direito e o Estado confundem-se numa mesma realidade.

Mejía Gómez parece claro mais uma vez ao lembrar:

“Kelsen [por exemplo] parece identificar lo político con lo estatal y lo estatal con lo jurídico. Como se sabe, en Kelsen el derecho positivo, único existente, se confunde con el Estado.

Alguns autores positivistas, previa identificación de lo político con el poder, limitan la órbita jurídica a la organización del poder, bien personalizándolo, o institucionalizándolo.

¹⁷⁵ Ver Supra cap. II.

Otros, partidarios se agota lo político en la coacción, consideran que lo político es una parte del derecho. Hay quienes consideran el derecho como simple expresión de lo político, definido el cual, resulta el derecho como expresión del poder.

*El liberalismo filosófico, en fin, luego de limitar lo político a lo estatal, concibe el derecho como autolimitación voluntaria del Estado; algunos, retorciendo estas tesis, entienden el derecho como un dique contra el Estado o frente a él.*¹⁷⁶

Esta equiparação ocorre voluntariamente, por vezes, e inconscientemente, por outras, mas em qualquer hipótese não consegue apreender o fenômeno constitucional em sua essencialidade, e negligencia frente ao pressuposto do poder, pois o entende como equivalente ao fenômeno constitucional, cuja existência se dá exclusivamente para contê-lo e regulá-lo, ou seja, em dependência negativa com o mesmo.

Além de corresponder a definições e conceitos diferentes, o poder político e o fenômeno jurídico, na medida em que os valores e objetivos a serem perseguidos são distintos, também diferem quanto aos meios pelos quais agem.

Já na posição de estatuto jurídico do político, por muitas vezes considerado como componente essencial e certo de uma teoria constitucional, pode-se buscar em Canotilho uma explanação coerente e sintética da compreensão para tal afirmação. Desta forma, diz o autor português:

“Sintetizando estas idéias [estatuto jurídico do político] do direito constitucional, dir-se-á que se trata: a) de um direito sobre o político (dado que, entre outras coisas, tem como objecto as formas e procedimentos da formação da vontade das tomadas de decisões políticas); b) de um direito do político (é uma expressão normativa da constelação de forças políticas e sociais); c) de um direito para o político (estabelece medidas e fins ao processo político).”¹⁷⁷

Neste sentido consegue-se evidenciar com clareza o respeito ao pressuposto do poder como necessário à compreensão teórica da constituição, na medida em que compreende e prevê, em termos de garantias e disposições, tanto

¹⁷⁶ Gómez, Carlos M. op. cit. p. 181-182.

¹⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Op. cit. p. 35-36.

sua definição, quanto sua limitação, mantendo-se equilibrado no que se refere aos fins e ao processo político, ou seja, respeitando a natureza das relações de poder existentes na sociedade, e regulando, segundo o sentido destas relações, o processo de disputa e de concretização.

Deve-se atribuir esta perspectiva constitucional à escola liberal, que concebeu com toda a evolução do constitucionalismo americano, em especial a *judicial review*, a função limitadora e reguladora do direito com relação ao exercício do poder político. A constituição como estatuto regulador e limitador do processo e de exercício do poder político atua de maneira equilibrada como garantia de exercício da ação, tanto em termos individuais como em termos sociais e coletivos.

A representação, compreendida sob a perspectiva da limitação do poder e da regulação jurídica do político, atua justamente como um agente que, detentor de um poder específico, está garantido frente a um poder superior, e limitado frente aos poderes inferiores. Desta forma se equilibra o exercício perante a execução e a aplicação legal, mantendo o exercício do poder em termos constitutivos, e ficando a função legislativa muito mais como etapa de decisão e da ação de grupos sociais do que como manifestação do poder estatal, ou popular.

Ainda com relação à constituição como estatuto jurídico cujo objeto é o poder político, faz-se necessária a observação das doutrinas processualísticas, que identificam seu expoente na pessoa de P. Häberle, e cuja grande característica pode ser associada à compreensão da sociedade como uma estrutura aberta, nas linhas traçadas por Sir Karl Popper.

Para auxiliar na compreensão de Häberle deve-se perceber a equiparação da constituição enquanto estatuto republicano, ou seja, enquanto necessário e suficiente à sociedade aberta e democrática. Em face da abertura e fragmentação das relações e estruturas sociais, os comandos constitucionais carecem de interpretação; a evolução social descontínua e conflituosa surge sob os mantos da esfera constitucional como resultado temporário de um processo hermenêutico, garantido pelo direito sob a forma da transparência e publicidade.

O ponto que se evidencia nesta teoria é a importância da constituição enquanto processo de decisão, enquanto espaço de garantia da abertura social e de sua necessária pluralidade democrática. Desta forma, como mecanismo de garantia deste pluralismo e desta abertura deve-se limitar ao máximo os comandos substanciais, o estatuto do político, e estender-se o possível sobre a regulação procedimental, sobre as formas e mecanismos de atuação de discussão pública.

A constituição como processo de decisão atua de forma simples e direta, garantindo tanto o espaço ao debate e à livre comunicação, bem como o exercício do poder regulado e a garantia da ação individual e coletiva.

Ainda sob o amparo da teoria desenvolvida por Häberle, convém salientar que se superam as concepções compromissórias a respeito da constituição, como pacto fundante historicamente datado, estabelecendo a devida temporalidade e historicidade constitucional, aberta a mudanças e conflitos sociais.

É evidente a correspondência entre o pressuposto do poder e a definição de constituição apresentada pela teoria haberleniana, principalmente no respeito à sociedade aberta e a pluralidade de concepções, bem como na liberdade das ciências e na criatividade humana que, mantendo-se estritamente como garantia de exercício da ação do indivíduo frente ao poder, mantém-se fiel e conforme os pressupostos da ação e do poder, sendo de grande efetividade e de importância fundamental à moderna teorização constitucional.

Deve-se salientar a dificuldade encontrada em Häberle para situar adequadamente o direito enquanto fenômeno normativo e valorativo frente à expansão plural das estruturas sociais. Contudo, preservando a liberdade individual, e a abertura às mudanças estruturais, proporciona também a adequação correta desta normatividade e valoratividade jurídica frente à realidade social.

(2) No que se refere às concepções ligadas à constituição, enquanto descrição e mecanismo de garantia do poder político, ou de cunho contratual e instrumental, podem-se visualizar, de imediato, as correntes institucionalistas, e, num segundo momento, algumas correntes processualísticas que se limitam à formalização das condutas e exercício do poder.

Quanto às posições institucionalistas, de origem francesa em sua maioria, em virtude da forte formação administrativa e publicista de seus juristas, pode-se destacar o posicionamento de G. Burdeau¹⁷⁸, ao identificar a constituição como o estatuto do poder, tendo como ponto central de sua teoria a constituição denominada política, em oposição à constituição social.

Canotilho assim expõe a percepção de Burdeau:

“No seu significado institucional e jurídico, a constituição não é um dado, mas uma criação, um ponto de partida. A razão de ser de uma constituição reside, precisamente, na força obrigatória resultante da idéia de Direito que ela exprime. Além da criação da regra jurídica, situada acima dos governantes e governados, a constituição institucionaliza [constituição institucional] o poder estadual através do estabelecimento de um suporte impessoal das prerrogativas do poder. Constituição jurídica e institucional e não constituição histórica(...)”¹⁷⁹

Quando se institucionaliza a idéia de constituição, o passo que se toma é no sentido de compreender esse processo com uma valorização exacerbada do papel político, principalmente do mecanismo de decisão política. Não se atenta à instrumentalidade estatal, e nem mesmo à garantia efetiva que deve oferecer uma ordem constitucional, como processo de regulação do poder.

No pressuposto do poder não é atendido tão somente a simples referência do estatuto do político, ou da institucionalização das decisões políticas, mas também o pressuposto anterior, da ação social.

Da mesma forma, ao atribuir um caráter eminentemente voluntarista à constituição, aproxima-se do decisionismo de Schmitt e da precariedade da doutrina do poder constituinte, que aprisiona historicamente a constituição e impossibilita sua dinâmica e abertura.

Por sua vez, algumas doutrinas processualísticas, na esteira das correntes pragmáticas norte-americanas, compreendem o fenômeno constitucional unicamente em seu aspecto formal, ou seja, na procedimentalização e limitação do

¹⁷⁸ BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: LGDJ, 1974. Também: PRÉLOT, Mareel. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1978.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Op. cit. p. 121.

poder político, atendendo ao pressuposto da ação na medida em que não ferem e não regulam qualquer decisão sobre o exercício singular da ação social. Todavia, ao se confrontar com o pressuposto do poder, não alcançam legitimidade, pois não fornecem mecanismos que possam garantir a ação frente ao abuso ou excesso de poder nas relações políticas e sociais.

Escapa de um dos aspectos essenciais do fenômeno jurídico a valoração de condutas e a garantia frente a esses valores de equilíbrio e igualdade.

Finalizando, como no item anterior, buscar-se-á uma simples apreensão discursiva do pressuposto do poder frente à teoria constitucional, quer como indicativo de possibilidade de pesquisa, quer como comprovação experimental da validade do raciocínio pelo uso de outro caminho de teorização e verificação.

Tendo em mente a escala de credibilidade buscada pelo uso do discurso acima exposto, e atuando dentro dos limites fornecidos pelo pressuposto da ação, o pressuposto do poder atua num grau de credibilidade superior, atinando a busca não mais à mera possibilidade, mas a uma verossimilhança com o destinatário do discurso.

O recurso ao discurso retórico mostra-se importantíssimo neste ponto, especialmente no trato de questões como a legitimidade e a validade das ordens políticas e jurídicas. Da simples possibilidade fornecida pela ação social enquanto campo de abrangência do fenômeno jurídico, o poder atua agora ante uma aproximação efetiva do objeto do discurso com a realidade do destinatário.

Ao atribuir à constituição o papel de estatuto jurídico do político, ou a uma descrição e procedimentalização das relações de poder existentes numa sociedade, o que se pretende fazer é aproximar do destinatário de tal discurso o objetivo a ser atingido pela verossimilhança de expressões como a *vontade geral*, a *supremacia popular*, à *vontade da maioria*, ou em termos teóricos, a *comunicabilidade ideal*, a *regulação normativa do sistema político*, etc.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Aqui cabe referência aos *topoi* definidos e estudados por VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964.

Estas expressões alcançam, no público destinatário (seja ele um grupo de especialistas, ou todos os eleitores), um respaldo e uma compreensão imediata num processo de assimilação visual e cognitiva.

Como o poder trata de, tendencialmente, buscar meios de sempre aumentar, a função específica do fenômeno jurídico é a sua regulação como meio de garantia social e o discurso retórico utilizado pode, tanto buscar um assentamento do poder sob premissas aceitas como pode buscar camuflar um inchaço e expansão do poder mediante fraudes discursivas aparentemente garantidoras.

Uma das características do discurso retórico é, como dito, a aproximação da credibilidade na esfera da verossimilhança, significando que o afirmado deve ser compreendido e aceito somente sob esta insígnia, não exigindo um aprofundamento maior, quer quanto à questão probabilística, quer quanto à certeza do raciocínio.

Em qualquer momento, a utilização do discurso retórico frente a um público não especializado e numeroso é o melhor dos mecanismos, quer pela facilidade de exposição, quer pelo resultado a ser alcançado. Contudo, frente a grupos restritos e especializados, o potencial do discurso retórico não atinge grandes sucessos pela fraqueza de coerência e unidade na ligação dos argumentos em direção a uma conclusão.¹⁸¹

O que se deve salientar, sobretudo, é a importância discursiva na teoria constitucional das relações de poder ali condensadas. A regulação e limitação do exercício do poder devem ser propostas coerentemente com o seu objetivo, qual seja, a garantia da ação social pelos agentes dotados de poder inferior nas relações sociais. Pelo uso do discurso retórico ser o meio utilizado costumeiramente nos

¹⁸¹ O que se percebe, todavia, no cenário intelectual nacional nos dias de hoje, é uma carência quase geral de juristas capazes de compreenderem a disposição do discurso referente aos jogos de poder, bem como sua regulação e limitação. Os níveis de entendimento não alcançam a compreensão dos requisitos rígidos à coerência de ligação entre premissas e conclusões.

As disputas sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais que diariamente se vê nos noticiários causam espanto por se tratar de um público que deveria estar preparado para compreensão um pouco mais aprofundada dos mecanismos lingüísticos e dos recursos discursivos.

Neste ponto caberia uma análise pormenorizada a respeito, buscando identificar qual os motivos que levariam a tamanha negligência intelectual. Faz-se parte dos jogos de disputa de poder, ou se é uma falha estrutural da cultura média e especializada da elite brasileira.

discursos que versem sobre o poder, até mesmo em suas versões normatizadas, deve-se estar atento à credibilidade atribuída ao referido discurso.

No debate técnico especializado deve-se buscar algo mais que a simples verossimilhança, deve-se atinar sempre para graus de certeza e credibilidade maiores, tendo como sentido a garantia necessária para a manutenção e legitimação do fenômeno jurídico. É neste sentido que uma análise do discurso constitucional deve considerar cada momento segundo suas disposições, e preparar o técnico-jurista para compreender satisfatoriamente as relações existentes entre o poder e o discurso jurídico-constitucional.

Neste passo, com referência à qualificação do discurso do poder como pressuposto de uma teoria constitucional, de grande importância é a delimitação do campo de abrangência que circunda e regula este fenômeno.

Semelhante ao pressuposto da ação, em que se percebia a correspondente fática, no pressuposto do poder a correspondência dá-se frente aos valores. Isto se torna de fácil compreensão ao ater-se à essencialidade do poder como possibilidade de ação e como modificação externa sobre a capacidade de ação de outro indivíduo. O único meio de regular o exercício deste poder é provém de um poder superior. Contudo, qual a garantia de que um poder superior, ao invés de garantir impeça conjuntamente os inferiores de atuarem? Nesta escala que continua indefinidamente, os limites são estabelecidos segundo a padronização e a fixação de valores historicamente obtidos segundo a sedimentação cultural de um povo.

Os valores são os grandes limites que atuam sobre o poder, como forma de propiciar garantia de manifestação da ação, e como forma de regular o exercício do poder segundo princípios absorvidos historicamente, em respeito ao sentido atribuído por determinada cultura a determinado povo.

4.3 A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA.

Analisados os dois principais pressupostos de uma teoria constitucional, principais no sentido da necessidade constitutiva que representam frente ao fenômeno jurídico, do qual o constitucional participa como contingente e reflexo,

deve-se buscar um nexo de coerência capaz de ligar e explicitar o surgimento do fenômeno jurídico enquanto garantia de exercício da ação frente ao poder, como meio de comprovar a possibilidade do estudo apresentado.

Como o passo a ser tomado vai na direção do surgimento do fenômeno jurídico, especialmente na sua realização normativa (pois os aspectos fáticos e valorativos foram analisados de acordo com os pressupostos correspondentes), buscar-se-á a explicitação do referido nexo por meio da aproximação lógica, apresentando a coerência e unidade na obtenção do resultado.¹⁸²

Sendo assim, deve-se buscar a premissa inicial, que possibilitará o desenvolvimento gradual e correto em direção à verificação do surgimento funcional do direito, bem como de sua normatização.

A ação social, enquanto concebida como exteriorização de condutas na persecução de fins segundo a escolha de meios, ou mesmo, enquanto ação humana de simples escolha e decisão ao entrar na esfera do mundo exterior (externo ao ambiente psicológico e espiritual do agente) surgindo como requisito essencial para qualquer análise sobre as relações existentes entre os indivíduos. Partir-se-á, pois, da ação como pressuposto primeiro e constitutivo do fenômeno jurídico e constitucional.

Para o exercício efetivo desta ação segundo o direcionamento desejado, deve o agente possuir condições de realizá-la. Tal condicionamento da ação se faz justamente com o fenômeno do poder que, de forma direta, é definido como a possibilidade de um indivíduo atuar sobre a possibilidade de ação de outro indivíduo.

O poder possui função única no relacionamento entre a ação e o direito, pois à medida que o exercício externo de condutas obedece aos limites a que está sujeita qualquer manifestação natural, o instrumento de medida na esfera social passa a ser o poder¹⁸³, e seu estudo, de crucial importância para a compreensão das relações e fenômenos culturais.

¹⁸² Note-se que o caminho utilizado poderia ser qualquer outro, tal como a pesquisa filológica em cima de estudos já realizados; ou a aproximação dialética frente aos vários conceitos existentes, etc.

¹⁸³ Semelhante ao conceito de energia, nas ciências físicas, conforme *Supra*, cap. II.

Como por necessidade lógica e constitutiva, um poder somente pode ser controlado ou limitado por um poder maior; um desencadeamento contínuo levaria sempre à supremacia o maior poder. A imposição arbitrária de um poder superior frente ao poder inferior, num raciocínio *ad infinitum*.

O fenômeno jurídico encontra seu fundamento e sua função justamente neste processo de desenvolvimento enquanto dotado de poder superior, culturalmente desenvolvido e aceito, historicamente permanente, como meio de garantia de exercício da ação frente à superioridade do poder; ou seja, necessariamente a ação e o poder encontram-se anteriores e constitutivos do fenômeno jurídico e, como tanto, devem estar presentes e conscientes numa tentativa de teorização constitucional enquanto manifestação jurídica e normativa.

Isto se dá pela fixação do direito enquanto fenômeno histórico e cultural, na medida em que desenvolve um sistema capaz de garantir às relações o equilíbrio dinâmico do poder e da ação. Os mecanismos desenvolvidos para tanto são a bilateralidade atributiva e a reciprocidade, direta e indireta, que mantêm coerente o sistema e a função do direito.¹⁸⁴

Compreendendo-se o direito como um sistema ordenado e coerente, cuja função esteja na garantia do exercício da ação frente ao poder, devem-se buscar suas manifestações empíricas e históricas para verificação dos mecanismos técnicos utilizados na consecução de seu fim, bem como das fraudes e mitos criados como meio de camuflar fins outros que não a realidade do direito.

Nesta pesquisa histórica poder-se-iam elencar inúmeros pontos importantes e manifestações diversas; contudo, limitando-se este estudo aos pressupostos necessários a uma teoria constitucional, não constitui objeto nem mesmo a referência histórica do desenvolvimento do constitucionalismo enquanto fato. Cabe, sim, apontar a dificuldade de fixação e delimitação do fenômeno constitucional quanto à sua natureza, que muitas vezes foi vista sob o ponto sociológico, ou fático; outras sob a função política; e ainda sobre uma idealização valorativa, como meta a ser atingida.

¹⁸⁴ ver Supra, cap. III.

Um ponto de extrema importância dentro de fenômeno constitucional pode ser entendido como o da sua normatização, querendo significar com isto não a expressão em regras jurídicas, mas a efetiva força normativa atribuída aos comandos constitucionais, carregando os mesmos comandos de todo o aparato jurídico e alcance das decisões judiciais.

A presença desta força normativa nos comandos constitucionais coloca definitivamente a constituição no terreno histórico, como ponto central do fenômeno jurídico¹⁸⁵, e passa a ser objeto de análise justamente a sua correção, ou não, e o atendimento ao pressuposto do direito frente a sua normatização.

Esta expressão através de comandos jurídicos (regras) do fenômeno jurídico-constitucional é de suma importância para a compreensão do desenvolvimento discursivo a ser apresentado ao final deste ponto, pois introduz também a função analítica (em sentido aristotélico) dos comandos normativos para a esfera de decisão judicial.

Justamente em atendimento a este quesito, qual seja, o da composição e coerência lógica na normatização de condutas pela correlação entre premissas e conclusões na subsunção jurídica, optou-se pelo encadeamento lógico entre os pressupostos da ação e poder frente ao direito, dando espaço para uma primeira aproximação da capacidade normativa constitucional pela simples disposição jurídica de seus comandos que, logicamente, exigem a satisfação dos requisitos elementares do encadeamento analítico.¹⁸⁶

Em resumo o surgimento do fenômeno jurídico traz consigo um grau de legitimidade para sua atuação, na medida em que se apresenta como instrumento

¹⁸⁵ É claro que, ao se compreender o fenômeno jurídico enquanto sistema dotado de função garantidora e de unidade e coerência orgânica, pode-se visualizar historicamente inúmeros sistemas jurídicos que atingiram alcance social. Da mesma forma, poder-se-ia demonstrar que em cada um destes sistemas seria encontrada uma constituição, como meio unificador e regulador das relações jurídicas. Não seria a falta de documento escrito, ou mesmo a falta de menção direta que retiraria a presença intrínseca e necessária da constituição. Contudo, por referir-se uma teoria constitucional ao fenômeno do constitucionalismo iniciado, talvez, com a Magna Carta, e definitivamente consolidado com a experiência americana, trata-se sempre, no texto, de referência à força normativa atribuída ao texto constitucional vigente nos modernos sistemas jurídicos.

¹⁸⁶ O desenvolvimento da lógica formal para o sistema jurídico quer pela modalização das premissas, ou mesmo pelo amadurecimento da lógica deôntica e condicional, são assuntos riquíssimos, e de grande importância para um aprofundamento do discurso constitucional.

capaz de garantir a estabilidade das relações pela possibilitação da ação frente ao exercício do poder.

Tal legitimidade adquirida pela sua manifestação cultural e histórica empresta ao direito sua importância nas sociedades modernas, pelo alto grau de complexidade das relações, bem como pela crescente especialização dos mecanismos de poder, que evidencia não só a necessidade constitutiva do direito, como a necessidade de um aprofundamento teórico e prático sobre os meios de utilização desse instrumento para a consecução de seus fins.

Justamente neste âmbito e em razão da situação histórica atual é que o fenômeno constitucional merece atenção especial: por ser o corpo central e a referência de aplicação e interpretação dos comandos normativos ordinários. Na mesma medida, a regulação e limitação do poder existente nos comandos constitucionais atuam como definidores das relações existentes no poder decisional, e como tal atuam na constituição efetiva do Estado.

Ainda na constituição encontram-se, como esperados, os mecanismos e comandos garantidores do exercício da ação individual e singular frente ao poder social diluído nas relações de força, devendo este fenômeno ser compreendido exatamente na competência normativa e dispositiva presente na constituição. Neste ponto atua o pressuposto do direito frente a uma teoria constitucional.

Ao tratar do caráter normativo das constituições e da função essencialmente jurídica decorrente da especificidade produzida pela normatização jurídica de comandos, podem-se considerar as concepções doutrinárias em três grandes grupos, representados pelo posicionamento da constituição como uma norma fundamental, de conteúdo material e plural (1); alguns posicionamentos institucionalistas da doutrina francesa, que superam a simples adequação ao pressuposto do poder (2); e o posicionamento rígido frente ao fenômeno constitucional pela equiparação direta do mesmo como norma jurídica (3).

(1) Quando se busca abordar o caráter normativo das constituições, e a forma imperante que este caráter lhe atribui, deve-se inicialmente lembrar o nome

de Konrad Hesse¹⁸⁷, que não só cunhou o termo *força normativa da constituição*, como também apresentou um dos conceitos mais aprimorados¹⁸⁸ sobre o fenômeno jurídico-constitucional enquanto manifestação cultural, o qual denominou de *vontade de constituição*.

O primeiro momento de sua aparição à comunidade acadêmica veio com texto breve, mas de importância e alcance extremos, que redigiu em oposição ao sociologismo de Lassale, que via na constituição um simples retrato dos fatores reais de poder, negligenciando importância a documento escrito que não estivesse de acordo com a disposição social desses fatores reais de poder.

Hesse, em estudo denominado *A força normativa da constituição*, refutou os argumentos utilizados por Lassale, e apresentou conceitos que demonstravam a normatividade da constituição em seus comandos escritos.

Após esse breve estudo, cuja importância parece ser bastante significativa não tanto pela retórica desenvolvida sobre a possível força normativa da constituição, mas sobretudo pela apresentação de seu conceito de vontade de constituição que, se bem compreendido demonstra toda uma concepção a respeito do fenômeno jurídico capaz de auxiliar a realidade constitucional¹⁸⁹, Hesse desenvolve uma concepção aprimorada e rica em detalhes sobre a realidade teórica e prática da constituição.

¹⁸⁷ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

¹⁸⁸ Embora muitas vezes não compreendido, ou negligenciado pelos seus estudiosos.

¹⁸⁹ Ao cunhar o termo *vontade de constituição*, Hesse traz junta toda a força argumentativa explorada por Nietzsche ao desenvolver o conceito de *vontade de poder*. Da mesma forma que Frankl, conforme visto, ao apresentar o conceito de *vontade de sentido*, estes termos vêm carregados da forte análise conduzida por filósofo niilista. Todavia, ao identificar a necessidade de uma vontade de constituição junto aos cidadãos submetidos a determinado regime constitucional, Hesse mostra-se coerente com uma concepção culturalista do fenômeno jurídico, ao compreender o exercício histórico e tradicional da cultura frente à realidade de um povo. Compreendendo a constituição o atual estágio de desenvolvimento do direito enquanto garantidor da ação frente ao poder, nada mais necessário do que a correta compreensão do fenômeno por parte dos indivíduos, e a necessária compreensão cultural da função legítima existente nos comandos constitucionais. Explicita-se, pois, a vontade de constituição inerente ao surgimento e à compreensão do fenômeno constitucional. Este mesmo ponto, sob uma visão sociológica, pode ser percebido na análise realizada por Tocqueville sobre a realidade americana frente ao constitucionalismo inicial.

O mestre alemão busca uma compreensão conjunta das obras de Heller, Bäumlin e Smend¹⁹⁰, observando na constituição a determinação dos parâmetros de regulação e atuação estatal; a regulação das relações sociais; a busca de sentido e unidade; e, por fim, a presença dos princípios instrutores do todo o sistema jurídico.

Canotilho, ao apresentar a tese de Hesse, diz o seguinte:

*“Das funções assinaladas por Hesse à constituição se conclui que, na óptica do autor, ela não se restringe a uma ordem da vida estadual; como ordem jurídica da comunidade não se restringe a um direito do Estado, fixando mesmo os fundamentos de certas ordenações não estaduais, ela não pode arrogar-se a uma normação completa e perfeita da sociedade. A idéia de constituição como ordem de totalidade social deve afastar-se. Por um lado, a constituição deixa intencionalmente abertas certas questões (ex.: constituição económica), renunciando à sua normatização, porque aqui deve haver espaço para a confrontação e decisão políticas. Por outro lado, a constituição regula, mas não codifica, o que conduz, muitas vezes, a uma deliberada parcimónia de regulamentação e à consciente limitação dos preceitos constitucionais aos aspectos nucleares do problema. Isto não só porque alguns assuntos não carecem de regulamentação detalhada, mas também porque, dada a sua natureza, eles não são particularmente adequados a uma configuração normativo-constitucional precisa. A isto acresce ainda o facto de a constituição ser um conjunto normativo que se destina à regulamentação de relações de vida historicamente cambiantes. Sendo assim, se a vida que ela quer ordenar é uma vida histórica, a constituição ou tem um conteúdo temporalmente adaptado de modo a permanecer dentro do tempo, ou sujeita-se a constantes alterações constitucionais.”*¹⁹¹

Pode-se perceber, segundo os apontamentos feitos, que a preocupação de Hesse está de acordo com os pressupostos da ação e do poder, e que, no que se refere ao pressuposto do direito como garantia, podem-se identificar a normatização dos comandos constitucionais e a regulação de relações de poder como mecanismos de atendimento à garantia nas relações sociais.

¹⁹⁰ O que mostra, segundo as exposições acima (itens 4.1 e 4.2 deste capítulo), à coerência frente aos pressupostos da ação e do poder, pela análise dos autores citados.

¹⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Op. cit. p. 115-116.

Contudo, identificando a função integrativa como um sentido a ser tomado pela constituição, constata-se a correspondência com o sentido da ação, necessário ao projeto de constituição juridicamente válido.

A fixação do processo como categoria constitucional e sua relação com a abertura da sociedade e a pluralidade das relações coloca as idéias de Hesse em relevância, por compreender, este autor, a necessidade, no confronto democrático, de regulação substancial mínima e máxima delimitação dos procedimentos legítimos. Contudo, atendendo à crítica esboçada por Canotilho, cumpre salientar que a tese um pouco rígida quanto à unidade política e a função integracionista frente à unidade elaborada por Hesse, enfraquece o posicionamento no que diz respeito ao pressuposto do direito como garantia, mesmo que de acordo com sua função normativa e sua vontade de constituição.

Deve-se estar consciente do pressuposto do direito como garantia para não confundir o sentido que é participante da constituição, com a limitação de garantias perante a imposição de unidade política e estatal.¹⁹²

(2) Também com relação ao pressuposto do direito como garantia podem-se evidenciar alguns posicionamentos institucionalistas da doutrina francesa que superam a limitação ao pressuposto do poder, e avançam em alguns aspectos sobre a garantia da ação efetiva. Tal posição é identificada na pesquisa séria e consciente desenvolvida por Maurice Hauriou¹⁹³, que não se limita à análise separada da constituição enquanto conceito, mas avança para a colocação de uma ordem constitucional institucionalizada, da qual a constituição é parte integrante.

O jurista francês distingue claramente o Estado da sociedade, sendo que a função primordial do Estado seria de proteger a sociedade. Para tanto, desenvolvem-se várias instituições capazes de instrumentalizar tal função e facilitar o equilíbrio das relações sociais. O meio capaz de auxiliar tal empreitada é justamente a ordem constitucional, que dispõe sobre a sociedade, o Estado e a relação entre essas duas estruturas diversas. O meio de integração desta ordem constitucional se dá em três momentos:

¹⁹² Idem. p. 120-121.

a) parte do ponto inicial das crenças e idéias morais, políticas e sociais que compõem a sociedade sendo que, na formação da ordem constitucional, a importância deste espírito comum criador é que fornece a legitimidade para a atuação dos comandos constitucionais.

Deve-se notar que, ao se referir ao conjunto de crenças compartilhadas pela comunidade em determinado momento histórico, Hauriou quer identificar o espírito que estaria conduzindo à criação das instituições, como que vislumbrando um sentido para cada ação realizada. Cumpre, todavia, a título de rigor semântico, evidenciar a diferença existente entre crença e idéia, sendo aquela um conjunto constitutivo do próprio indivíduo, e esta, a visão que o indivíduo tem sobre o objeto. A crença atua muitas vezes de forma inconsciente e pressuposta, enquanto que a idéia é moldável e na maioria das vezes consciente e externa.¹⁹⁴

b) a constituição regula tanto o conjunto de regras sobre a limitação do poder e seu exercício, como também as relações sociais, não necessitando de expressa determinação em documento escrito, podendo advir dos costumes ou as leis.

c) por fim, outro elemento da ordem constitucional é a organização e disposição dos poderes estatais, surgindo neste ponto a importância das instituições como momentos de equilíbrio e unidade na dinâmica do poder político.

Comentando a obra de Hauriou, Garcia Pelayo fornece algumas fontes que auxiliam a compreensão da proposta institucionalista acima delimitada:

“De este modo lo que Hauriou entiende como constitución de un país, y cuyo estudio es el objeto del Derecho constitucional, posee una doble dimensión: 1) la constitución política del Estado, la cual comprende la organización y el funcionamiento del gobierno, y la organización de la libertad política, es decir, la participación de los ciudadanos en el gobierno; expresándose, pues, en un conjunto de reglas jurídicas y de instituciones; 2) la constitución social, que desde

¹⁹³ HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho publico y constitucional*. Madrid: Reus, s/d.

¹⁹⁴ Conforme ORTEGA Y GASSET, José. *Historia como sistema*. Op. cit. p. 18, do volume VI das Obras completas. Neste ponto salienta o filósofo espanhol: “las creencias constituyen el estrato básico, el más profundo de la arquitectura de nuestra vida. Vivimos de ellas y, por lo mismo, no solemos pensar en ellas. Pensamos en lo que nos es más o menos cuestión. Por eso decimos que tenemos estas o las otras ideas; pero nuestras creencias, más que tenerlas, las somos.

*muchos puntos de vista es más importante que su constitución política y que a su vez comprende: a) las libertades individuales que forman la base de la estructura de la Sociedad civil; y b) las instituciones sociales espontáneas que están al servicio y protección de las libertades civiles y de sus actividades. (...) Por lo demás, el éxito de un sistema constitucional está en la constante creación de instituciones vivientes, y sólo en relación y como estatutos de ellas cobran importancia las leyes.*¹⁹⁵

Pode-se identificar, conforme demonstra Pelayo, a importância das instituições na dinâmica social, como fonte de equilíbrio do jogo do poder e da refração jurídica. Neste sentido pode-se compreender a normatização jurídica perante o fenômeno da institucionalização como uma tentativa desenvolvida no molde do equilíbrio tradicional, de um mecanismo de garantia do exercício da ação frente ao poder, de acordo com os pressupostos apresentados.

Todavia, deve-se verificar que a distinção realizada por Hauriou entre a sociedade e o Estado de forma rígida e instrumental leva à compreensão de que em sendo a sociedade o fim, o Estado atua de forma utilitária para a oportunidade de realização das condutas singulares nas relações sociais. Quando se desenvolve a teoria da institucionalização dos meios pelos quais deve ocorrer tal garantia, avança-se no que se refere à relação entre poder e direito - na medida em que o primeiro é ágil, dinâmico e fluido, e o segundo rígido e equilibrado - pois se consegue atingir a regulação e limitação do poder pela via institucional, com garantia cultural nas crenças sociais que legitimam tais instituições.

Mas se estas instituições passam a referir-se ao aparato estatal como um todo, e começam a receber funções ligadas não mais a esta funcionalização do direito como garantia, e sim a ordens secundárias da dinâmica do poder ou do Estado, o risco de que se desvirtue, na prática, o fim dos mecanismos institucionais é grande, e pode-se ofender o pressuposto do direito como garantia, mesmo estando de acordo com os pressupostos da ação e do poder.

Ainda com referência a esta visão sistemática da ordem jurídica e sua função analítica de normatização, pode-se compreender, numa teorização

¹⁹⁵ GARCIA PELAYO, Manuel. Direito constitucional comparado. Op. cit. p. 91-92.

institucionalista alheia à doutrina francesa, o posicionamento de Santi Romano¹⁹⁶, que desenvolve com grande majestade uma concepção acerca do ordenamento jurídico, a qual influenciará sobremaneira pensadores e juristas italianos.

Afirma que toda instituição - compreendida como uma entidade social permanente com existência objetiva, concreta, visível e exterior - constitui, *per se*, um ordenamento jurídico, na medida em que possui funções e previsões de conduta determinadas previamente. Como diz o próprio Santi Romano: “*toda instituição é um ordenamento jurídico e todo ordenamento jurídico é uma instituição*”.¹⁹⁷

Recorrendo uma vez mais aos ensinamentos de Pelayo, nota-se o posicionamento específico de Santi Romano com relação à normatividade do direito e sua extensão enquanto garantia:

“Por consiguiente, el ordenamiento jurídico no se agota en las normas, sino que éstas no son más en uno de sus componentes: el Derecho es norma, pero antes de ser norma es organización o cuerpo social, y esto es lo que comunica la norma, como su producto o derivación, el carácter jurídico, y no viceversa”.¹⁹⁸

Nota-se que a visão institucional de Santi Romano possui um grande respaldo prático e uma coerência importante para a teorização conceitual. Sua visão sobre o fenômeno institucional na estrutura social é prévia e anterior ao efeito na normatividade do direito, em especial da constituição. Este posicionamento atende ao pressuposto da ação e do poder conjuntamente, na medida em que compreende seu caráter necessário e constitutivo, e o presente na formação do fenômeno jurídico ao compreendê-lo como institucional antes de normativo.

Institucional no sentido que atribui Santi Romano, de corpo social permanente e atuante, pressupõe necessariamente a exteriorização por meio de condutas (ação social), bem como a disposição e capacidade de permanência histórica (poder), representando um agrupamento teórico dos pressupostos essenciais do poder e da ação para a teoria constitucional.

¹⁹⁶ ROMANO, Santi. Princípios de direito constitucional geral. São Paulo: RT, 1977.

¹⁹⁷ *Apud* GARCIA PELAYO, Manoel. Op. cit. p. 92.

Da mesma forma, ao se recuar para a segurança das instituições permanentes e objetivas presentes na estrutura social, abre-se um mecanismo de garantia pelo direito (através da posterior normatização) do exercício da ação.

Note-se que neste ponto, o risco de utilização retórica ou inconsciente das categorias institucionais como forma de adequação do poder em superação à garantia do direito é semelhante ao comentário desenvolvido na tese de Hauriou¹⁹⁹, ficando a apreensão sobre o respeito ao pressuposto do direito em sua totalidade, pela confusão entre a anterioridade institucional - quando equiparada aos pressupostos da ação e do poder - e a superioridade institucional que, sem o surgimento do fenômeno jurídico, e constitucional, não atinge a garantia necessária, atuando como mais uma forma de poder.

(3) Por sua vez, as concepções que reduzem o fenômeno constitucional à totalidade da norma jurídica apresentam uma criação eminentemente teórica de grande profundidade, e tem em Eduardo Garcia de Enterría um dos mais destacados representantes, tanto pelo alcance da obra, como pela densidade das análises.

Como os raciocínios são semelhantes para a compreensão da constituição como norma jurídica e como norma fundamental do sistema jurídico vigente, sua percepção é de grande valia para o entendimento da função lógica do discurso constitucional, bem como para a funcionalização da garantia do direito pelos comandos normativos.

O próprio Enterría, ao desenvolver seu argumento, mostra extrema facilidade de compreensão do fenômeno em sua totalidade, indicando precisamente o caráter normativo da constituição:

“La constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los limites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la constitución se presenta

¹⁹⁸ Idem. Ibidem.

¹⁹⁹ Ver Supra (2) deste ponto.

*como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. Como há dicho Kaegi, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la fuerza vinculante bilateral de la norma (Ihering), esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El grand lema de la lucha por el Estado constitucional há sido la exigencia de que el (arbitrario) **government by men** debe disolverse en un (jurídico) **government by laws**.²⁰⁰*

Não equivale, todavia, à simples definição histórica e cultural da normatividade da constituição: mais adiante irá Enterría demonstrar a necessidade de compreensão do fenômeno constitucional como núcleo central e unificador do sistema jurídico, ou seja, como norma fundamental de todo ordenamento. Da colocação central da constituição enquanto norma fundamental em que a relação com as demais regras jurídicas se dá de maneira correlacional e comutativa, e não simplesmente pela hierarquia vertical, Enterría irá explicitar os conceitos de materialidade e rigidez constitucional, e de toda a coerência do ordenamento frente a esta materialidade do conteúdo dos comandos constitucionais.

O que sobressalta na concepção de Enterría é a clareza na identificação do pressuposto do direito frente às contingências da ação e do poder. Tal fato ocorre justamente pela percepção da suscetibilidade intrínseca do fenômeno do poder em tender sempre à acumulação, ao aprimoramento quantitativo, bem como pela compreensão de que somente um poder maior exerce influência - pelo controle da ação social - sobre outro poder, e que este avanço *ad infinitum* caracteriza justamente uma sociedade arbitrária, no sentido de sociedade regulada pelo uso exclusivo do poder sobre a ação.

Ao perceber no fenômeno jurídico o momento de desenvolvimento cultural para o equilíbrio dessa situação tensional entre ação e poder,

²⁰⁰ ENTERRIA, Eduardo G. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981, p. 49.

principalmente fixando a importância da bilateralidade da norma jurídica²⁰¹, Entierria avança corretamente em direção ao pressuposto do direito como garantia ao visualizar, no constitucionalismo e na sua normatização intrínseca, o estabelecimento de um poder jurídico de regulação. O estabelecimento de um poder superior e legítimo é justamente o condicionante que oferece ao direito a possibilidade de atuar como garantidor do exercício pleno da ação frente às vicissitudes do poder.

Esta concepção adianta o posicionamento estratégico da vinculatividade normativa e de seu relacionamento lógico dentro do ordenamento, quer pela unidade de disposição, quer pela coerência obtida através da supremacia constitucional, e fornece um grande aparato para a compreensão do efeito discursivo da constituição enquanto norma.

Saliente-se, antes, a correta percepção e o respeito ao pressuposto do direito como garantia na concepção da constituição enquanto norma fixadora do poder jurídico, superando a arbitrariedade da imposição pelo poder sem o controle e a legitimidade historicamente elaborados pela cultura jurídica.

Seguindo a esteira desse relacionamento entre a normatividade da constituição enquanto garantia e o efetivo exercício da ação, pode-se atender à rápida análise discursiva proposta na introdução deste capítulo, agora segundo um enfoque um aspecto inovador e de grande importância para a estabilidade do todo discurso constitucional.

Conforme foi demonstrado nos itens anteriores, a ação social constitui fator inicial de uma análise discursiva justamente por fixar os limites materiais do discurso, bem como os níveis mínimo e máximo de credibilidade a serem obtidos.

Da mesma forma, quando se analisou o pressuposto do poder em relação à teoria constitucional, percebeu-se que sua aproximação com destinatário do discurso superava o instante inicial da ação, que transitava no campo das possibilidades para oferecer um aspecto mais seguro e palpável: o da verossimilhança. Salientava-se a influência do discurso retórico naquele momento

²⁰¹ Entendida neste estudo como atributiva, conforme os ensinamentos de Miguel Reale. Ver *Supra*

do discurso constitucional, e a problematização dali decorrente, especialmente por parte dos destinatários especialistas, cuja inaptidão para o trato da questão é tema de grande preocupação.

Pois bem, o que se conseguiu demonstrar foi que, numa escala ascendente de credibilidade, o discurso flutua entre um mínimo e um máximo de certeza, sendo que a modalidade discursiva utilizada está de acordo com os fins almejados, bem como com a natureza do destinatário. Buscou-se evidenciar a necessidade do discurso retórico sobre destinatários não especialistas, pelo recurso do conhecimento da platéia e pela aproximação verossímil. Da mesma forma mostrou-se o perigo da não compreensão deste recurso por parte de destinatários técnicos, cujo instrumental teórico justamente deveria atuar na exigência de níveis de credibilidade maiores.

Neste sentido, ao analisar o pressuposto do direito enquanto garantia, e desta garantia decorrente do poder superior atribuído ao direito pela normatização de seus comandos, especialmente constitucionais, o que sobrevem é a utilidade discursiva da normatização enquanto garantia.

A disposição dos comandos jurídicos em um sistema jurídico cujo fundamento primeiro e último encontram-se na constituição, a verificação de componentes hierárquicos, verticais e horizontais, bem como a relação existente na composição da norma individual entre as premissas que pressupõem as hipóteses de incidência de fatos oriundos de ação e o resultado proveniente da previsão normativa de sanção²⁰², estruturaram todo o discurso normativo emprestando-lhe o componente analítico que atinge um grau de credibilidade máximo.

Com isto, percebe-se que, ao relacionar-se o direito com o sistema normativo, a composição e constituição das normas dão-se por meio necessariamente lógico, impossibilitando contradições internas à própria norma²⁰³, e fixando um nexos entre o antecedente o subsequente da hipótese normativa, ou seja, entre a previsão do fato e a aplicação do resultado.

cap. 3.

²⁰² No sentido que Bobbio atribui ao termo. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UnB, 1996.

²⁰³ Ou externas, desde que não estejam previstas as soluções por comandos hierarquicamente superiores, como no caso de conflito entre princípios ou direitos fundamentais.

Assim o discurso constitucional atua em grau de credibilidade máximo, pois a inferência do resultado deve adequar-se aos parâmetros da lógica jurídica²⁰⁴ em todos os seus elementos racionais, bastando a análise das premissas e a verificação analítica do resultado obtido para que se possa verificar a validade ou não do discurso. É neste sentido que a interpretação constitucional sistemática exerce grande importância, e a defasagem no debate atual, em âmbito nacional, encontra-se justamente na falta de percepção quanto ao discurso utilizado frente aos fins desejados, ou frente ao objeto de análise.

A verificação lógica na composição normativa atua como forma garantidora em nível máximo, ou seja, como a subsunção jurídica à clareza racional, a exigência da lógica jurídica e da certeza do raciocínio, e, inclusive, com uma função extremamente positiva no sentido de segurança na aplicabilidade das normas, e como meio de referência na efetivação dos comandos judiciais.

A argumentação jurídica, em sede normativa, deve estar coerente e clara quanto às premissas originais, aos procedimentos utilizados, e ao resultado obtido, garantindo desta forma a possibilidade de atuação do direito enquanto garantia.

Por fim, cumpre apenas referir que, neste sentido, já Miguel Reale havia identificado no fenômeno jurídico a realidade normativa, ou seja, a constante permanência dos pressupostos da ação, do poder e do direito sobre uma teoria constitucional, que pode também ser obtida pela dedução e aplicação do conceito tridimensional do mestre paulista.

4.4 A SUBSTANCIALIDADE CONSTITUCIONAL.

Antes de entrar no ponto referente à conjugação dos pressupostos de uma teoria constitucional e sua possibilidade teórico-prática, cumpre uma passagem rápida em torno do tema da substancialidade dos comandos constitucionais, ou seja, em torno do problema terminológico gerado pelo emprego indiscriminado de termos, sem o rigor devido para uma apreciação teórico-jurídica.

²⁰⁴ Ver COELHO, Luiz Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. 2. ed. Rio de Janeiro:

Duas opiniões serão de grande importância para esta aproximação conceitual, Canotilho e Loewenstein, bem como o recurso à diferenciação específica do garantismo e uma rápida abordagem sobre a validade das tipologias.

Por tipologia deve-se entender, pelo próprio termo, uma escala ou graduação segundo os extremos. Diz Olavo de Carvalho que “*toda tipologia assenta-se em diferenças máximas, que podem ser puramente ideais, inencontráveis na prática, e das quais os elementos reais se aproximem numa assíntota, sem poder alcançá-las*”.²⁰⁵

Desta forma, ao se buscarem definições extremas que auxiliem na compreensão da realidade, aproxima-se do conceito de tipo ideal weberiano²⁰⁶, e tem a função justamente de salientar posições até o nível máximo de exigência, para então contrapor categorias, tipos que auxiliaram na descrição e percepção da realidade do fenômeno teorizado.

Nesse sentido, diversas tipologias foram apresentadas a respeito da constituição, algumas não obtendo interesse algum; outras, de extrema importância. Em todo esse emaranhado de tipologias, uma que causa grande confusão, nem tanto em razão do conteúdo definido, mas pela indiscriminada utilização de termos, é a que faz referência à constituição formal e material. Antes de entrar no seio desta questão, uma rápida passagem pelos autores acima citados deve contribuir para o esclarecimento do proposto.

Na obra clássica de Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, o autor apresenta uma rápida passagem pelas tipologias existentes, e apresenta a sua posição cujo alcance até hoje é verificado.

No resgate histórico-tipológico, Loewenstein apresenta quatro classificações que existem cujo resultado não auxilia em nada a fixação teórica da constituição e sua análise empírica. Seriam as seguintes: 1) a classificação segundo a existência de documento escrito (formal) com constituição, ou não; 2) a classificação segundo a mecânica das emendas constitucionais, podendo ser então, rígidas ou flexíveis; 3) a classificação referente aos tipos de governo deduzida das

Forense, 1981, 2ª parte.

²⁰⁵ CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva*. Op. cit. p. 88.

²⁰⁶ Explicitado e analisado Supra, cap. 1.

constituições - fugindo, portanto, da esfera específica da constituição - e fazem referência às formas de governo ou Estado, entre republicano e monárquico; e, 4) a classificação segundo a organização estatal, entre a forma unitária ou federal.

Rapidamente Loewenstein explicita a impropriedade dessas tipologias para auxiliar efetivamente a compreensão e análise das constituições, e apresenta dois critérios que considera de utilidade: a) a distinção entre constituições originárias e derivadas; e b) a distinção entre as constituições utilitárias ou ideológico-programáticas.

Tal tipologia apenas esclarece o motivo externo ao fenômeno constitucional propriamente dito e não traz grandes contribuições para a análise teórica. Todavia, com intenção de aprofundar o tema, o referido autor apresenta uma classificação segundo a ontologia das constituições, ou seja, segundo a própria realidade da constituição, buscando retratar o conceito teórico da verificação empírica. Desta forma chega à classificação, hoje aceita com grande audiência, em três tipos: a) a constituição normativa; b) a constituição nominal; e c) a constituição semântica.

Nas palavras do próprio autor, deve-se compreender por constituição normativa o fenômeno de concordância recíproca entre sociedade e constituição, de forma que *“la constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas. Para usar una expresión de la vida diaria: la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente”*.²⁰⁷

Já a constituição nominal, embora contenha formalmente as mesmas características da constituição normativa, não consegue imprimir força real e efetiva pela falta de simbiose; de cultura constitucional capaz de impor uma conduta segundo ditames normativos dos comandos constitucionais. Conforme diz o autor:

²⁰⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Op. cit. p. 217.

“La esperanza, sin embargo, persiste, dada la buena voluntad de los detentadores y los destinatarios del poder, de que tarde o temprano la realidad del proceso del poder corresponderá al modelo establecido en la constitución. La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en futuro más o menos lejano convertir-se en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella.”²⁰⁸

Por fim, a constituição semântica, no qual:

“La constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fáctico, que disponen del aparato coactivo del Estado.”²⁰⁹

Pode-se, desta rápida apreensão tipológica, perceber a preocupação com a substancialidade dos comandos normativos, e a importância a eles atribuída, e não simplesmente a verificação de sua existência escrita. A aplicação e o exercício na realidade empírica condicionam a substancialidade das normas, e não a mera previsão textual sem alcance nas relações sociais.

Da mesma forma, Canotilho refere-se à tipologia constitucional que classifica as constituições em formais e materiais, referindo-se à substancialidade do conteúdo admitido nos comandos normativos.

Assim, distingue dois momentos da diferenciação entre conceito formal e material: 1) numa primeira visão, constituição material, ou real, seria a relação de poder e o conjunto de valores existentes na sociedade à época da análise constitucional; sendo, por sua vez, formal o documento escrito que cria normas constitucionais hierarquicamente superiores; 2) num segundo momento, distinguem-se a formalidade e a materialidade da constituição quanto à origem e a fixação das normas, sendo que a formal pressupõe um poder constituído legitimamente para fixar quais os mandamentos a serem recebidos como constitucionais, independente de seu conteúdo, e material seriam justamente as normas cujo conteúdo tivesse relação com a regulação constitucional, com a materialidade da constituição.

²⁰⁸ Idem. p. 218.

Diz Canotilho a este respeito:

“A última referência [normas da constituição material que fazem parte da constituição formal e normas da constituição material que dela não fazem parte] aponta para a necessidade de critérios caracterizadores da constituição material. Fundamentalmente, são dois: (1) o critério formal; (2) o critério substancial. O critério formal considera decisivo o elemento fonte de direito (...) o critério substancial ou material considera primordial o conteúdo da norma.”²¹⁰

Da mesma forma que Loewenstein, Canotilho demonstra a mesma preocupação em fixar a necessidade de qualificação do conteúdo dos comandos normativos, e não só a formalidade da hierarquia respeitada, ou da fonte privilegiada.

A confusão que se instaura, por vezes diz respeito à procedimentalização da esfera constitucional em contraposição à programaticidade que ela oferece. Contudo, esta aparente oposição dá-se mais em termos semânticos do que na análise teórica. Conforme visto acima, a constituição como processo de decisão, ou a constituição enquanto programa de devir dizem respeito aos pressupostos de uma teoria constitucional e não diretamente à qualidade das fontes e matérias a serem elencadas.

A substancialidade tratada diz respeito à verificação do conteúdo normado enquanto componente do discurso constitucional, e passível de análise com o rigor analítico necessário. Neste sentido, não se entra na questão do direcionamento enfrentado por esses comandos, quer reguladores e descritivos, quer programáticos e ideológicos.

4.5 A DIALÉTICA DISCURSIVA E A GARANTIA CONSTITUCIONAL.

Concluída a tarefa de relacionar e compreender os pressupostos de uma teoria constitucional frente à realidade das categorias da constituição, bem como frente às principais concepções desenvolvidas sobre o fenômeno, deve-se ressaltar

²⁰⁹ Idem. Ibidem.

²¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional. Op. cit. p. 67.

a necessidade, atendida no item anterior, da pontuação sobre a substancialidade dos conteúdos normados em sede constitucional, isto é, sobre a sua necessária validade jurídica na aplicação mediante recurso do discurso constitucional.

Porém, o posicionamento permaneceria estanque e extremamente rígido se se limitasse à apreensão dos pressupostos e a sua ligação mediante a teoria constitucional de forma especializada e diluída. Tal é a lacuna existente no pensamento de grande parte dos teóricos e suas idéias desenvolvidas sobre o fenômeno constitucional, pois parte de pré-compreensões limitadoras do horizonte de consciência do teórico que, não estando plenamente consciente de suas crenças e dos limites de seu modelo paradigmático, consegue muitas vezes intuir e apreender a necessidade de respeito ao pressuposto, sem que possa dedicar-lhe total atenção e coerência.²¹¹

Consciente da dinâmica constitucional no trânsito das idéias, tanto pela influência da liberdade no exercício da ação como pelo jogo do poder na realidade social, deve-se ater aos mecanismos desenvolvidos pela cultura jurídica e pelo discurso constitucional como forma de funcionalização da garantia devida.

Para tanto se deve conjugar a análise dos pressupostos indicados com uma possível compreensão da teoria constitucional em perspectiva dialética²¹². Para que esta perspectiva possa ser compreendida e desenvolvida fazem-se necessárias duas observações iniciais:

1) como afirmam diversos teóricos, não sem razão, e em diversos ramos do saber especializado, um dos pontos distinguidores e possibilitadores do diálogo público e da realização do direito como garantia em sua potencialidade máxima é a fixação de um espaço para a realização do debate e para o exercício das possibilidades.

Este espaço deve ser marcado pela conjugação dos fatores que possibilite o trânsito de posições e que respeitem a abertura necessária dentro de uma estrutura social plural. É neste sentido que ocorre a delimitação espacial da esfera

²¹¹ Neste sentido deve ser compreendido o esforço dos itens anteriores em resgatar algumas concepções, sob a égide de alguns grandes autores, demonstrando a percepção e a coerência frente aos pressupostos, ainda que limitados ou inconscientes desta necessária ligação.

²¹² Sempre no sentido aristotélico do termo.

de atuação do fenômeno a ser analisado. Tratando-se dos pressupostos de uma teoria constitucional, com especial atenção para sua efetivação prática, limitou-se, pela necessidade da ação, ao campo de abrangência público, ou seja, externo à esfera individual.

Do mesmo modo, por se tratar das relações de poder tanto nos níveis singulares, quanto em suas especializações coletivas e impessoais [como o poder político ou jurídico], este espaço foi marcado pelo máximo alcance cultural do povo, exteriorizado tanto nas instituições permanentes e objetivamente existentes na sociedade, como nas representações e lideranças sociais advindas dos diversos ambientes formadores da estrutura social.

Uma possível conjugação desta delimitação espacial pôde ser vista na moderna sociologia francesa, com a definição do *espaço público* como um ambiente intermediário em que se conjugaram e dialogaram os representantes do poder político-estatal e da sociedade civil.²¹³

Neste mesmo sentido visualizaram-se ambientes de comunicação formalmente estipulados, quer pela especialização técnico-instrumental, quer derivada das relações sociais.

Quanto às esferas especializadas de discussão e exercício da realidade constitucional, pôde-se destacar o espaço existente na prática judiciária, ou seja, nas instâncias do poder judiciário, onde se trata, pela via da realidade empírica, de todos os pressupostos de uma teoria constitucional, bem como dos mais diversos artificios, indo desse a possibilidade argumentativa até a demonstração lógica das grandes decisões e dos grandes doutrinadores.²¹⁴

Ainda no espaço de discussão especializado, de grande importância é o debate em setores de pesquisa, cujo instrumental deve ser o mais preciso possível, bem como a presença das mais rigorosas demonstrações pode fornecer os limites e

²¹³ Conforme TOURAINE, Alain. O que é a democracia. Op. cit. Também: HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública. Investigação quanto a uma categoria de sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

²¹⁴ A importância de um ambiente profissional saudável e inteligente é fator importante para o impulso de uma cultura jurídica. Da mesma forma, o reflexo desta cultura pode ser medido desde a visualização das decisões das cortes constitucionais, até pelo nível médio dos estudantes e profissionais regulares.

os caminhos a serem seguidos pelos demais espaços de discussão e exercício dos comandos constitucionais.²¹⁵

A fixação deste espaço para a realização do exercício e diálogo constitucional funciona como requisito para a implementação dos comandos emitidos, e o constante aperfeiçoamento deve ser tarefa de todos os participantes do diálogo.²¹⁶

2) o segundo ponto, de importância semelhante à fixação do espaço para o exercício e discussão constitucional, faz referência ao público destinatário deste discurso.

Em qualquer espécie de discurso, o termo e o caminho a serem tomados são escolhidos sob duas formas principais, ou pelos objetivos do agente, ou pela característica dos destinatários. Na maioria das vezes estes fatores são conjugados para um resultado satisfatório.

Desta forma, perceber-se-á o alcance dos comandos constitucionais em escala diferenciada, quer relacionados em linha direta com a sociedade civil; quer intermediadas por representantes legitimados; ou ainda realizados em espaço especializado ou perante interlocutores de alto conhecimento.

O rigor e o resultado atingidos são mediados pelo objetivo dos comandos constitucionais bem como pela destreza na utilização desses comandos. Desta forma, ao se relacionar a necessidade de um sentido geral para a constituição²¹⁷ com a cultura e o espírito da sociedade, o alcance do comando será tanto mais efetivo quanto maior for a consciência popular sobre a legitimidade da

²¹⁵ Neste espaço, de importância enorme, é que reside a maior defasagem da realidade brasileira, na medida em que não consegue produzir uma classe acadêmica séria e intencionada ao saber descomprometido ou verdadeiro. A realidade da academia brasileira é muito mais semelhante ao debate popular e jogos de poder do que a seriedade e labuta sobre temas de importância cultural. Para tanto, ver os ensaios de CARPEAUX, Otto Maria. A idéia da universidade e as idéias da classe média. Ainda, a obra de BENDA, Julien. E artigo de DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Ensino jurídico e os novos bárbaros. Op. cit., com base nas idéias de José Ortega y Gasset.

²¹⁶ Note-se, quanto à fixação deste espaço público de diálogo, a tentativa de Habermas em delimitar as condições ideais em que se dariam a discussão. Contudo, uma análise a cerca dos pressupostos e dos limites da teoria habermasiana mostra a incapacidade da imposição das condições ideais de diálogo, que somente podem ser concebidas sob um enfoque totalitário, sem conseguir, ainda, responder a certas demandas atuais, como a preservação ambiental. Conforme WHITE, Stephen K. Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas. São Paulo: Ícone, 1995.

²¹⁷ Conforme Supra, item 4.1 deste capítulo.

constituição. A *vontade de constituição* atua como fator definidor do caráter genérico e possível do discurso constitucional.

Neste mesmo sentido, ao se relacionar com as vicissitudes do poder, os comandos constitucionais buscam um grau maior de credibilidade, sem, contudo, aperfeiçoar o discurso ao extremo, sob pena de não atingir os resultados, pois ainda se encontra sob destinatários heterogêneos e dispersos. Aqui se faz uso da retórica constitucional e da aparência verossímil, para despertar a simpatia e concordância da maior parte possível dos interlocutores.²¹⁸

Ainda como dito acima, este nível pode ser elevado ao extremo da clareza e da certeza, quando examinado sob o foco da normatividade, em que os comandos constitucionais transparecem o rigor analítico necessário para a satisfação das hipóteses às conseqüências estabelecidas. Neste ponto somente a certeza apodítica e clara da razão analítica pode participar do discurso, cuja grande função é a comprovação dos resultados obtidos nas esferas anteriores.

Assim é que se deve perceber a importância da fixação do espaço e da consciência dos destinatários para que se desenvolva com satisfação o discurso e os argumentos desejados.

Justamente por estes requisitos, e pela natureza do presente estudo, deve-se ater ao espaço existente e aos destinatários desde discurso, para buscar realizar a satisfação dos objetivos propostos, bem como a comprovação das hipóteses apresentadas.

Percebe-se de pronto tratar-se de um espaço especializado composto por destinatários de alto conhecimento, cuja demonstração deve ser exaustiva e convincente, não se limitando simplesmente à aproximação verossímil, e muito menos à delimitação das possibilidades.

Portanto, como já salientava Aristóteles, conforme mostra Weil²¹⁹, de que a lógica não atinge e fornece conhecimento algum, apenas demonstra-o correto, ou invalida-o por impossibilidade e contradição nos argumentos, deve-se buscar a investigação dialética, obtida pela confrontação de várias hipóteses, contraditórias

²¹⁸ Conforme Supra, item 4.2 desde capítulo.

e excludentes, bem como pela verificação do saber existente, como meio de alcance de resultados a serem posteriormente testados frente ao rigor analítico.

Conforme salienta Olavo de Carvalho:

“O discurso dialético é aquele que parte de premissas que podem ser incertas, mas que são aceitas sob determinadas circunstâncias e por um público mais ou menos homogêneo e conhecedor do assunto, isto é, parte de premissas prováveis [e não possíveis ou verossímeis]. Admitindo várias linhas de desenvolvimento possíveis para tais premissas, o discurso dialético compara e confronta esses desenvolvimentos, excluindo-os ou combinando-os também segundo as regras da coerência lógica.”²²⁰

Através do uso da dialética, compreendida como o único meio possível de atingir conhecimentos válidos com grau de credibilidade essencial ao debate acadêmico, deve-se compreender o fenômeno constitucional, e a delimitação de seus pressupostos sob estas condições de dinâmica, sempre respaldados pela possibilidade de verificação dos resultados pelo rigor analítico, evidenciando-se mais uma vez a normatividade da constituição como essencial e fundamental para a delimitação de uma teoria constitucional em acordo com a função garantidora do fenômeno jurídico.

A dialética constitucional surge, então, como a possibilidade efetiva de garantia do exercício da ação frente ao poder, regulando e combinando os pressupostos da ação, do poder e do direito como garantia, bem como as diversas manifestações históricas e reais das estruturas sociais e do poder presentes na diversidade cultural da sociedade.

Mais uma vez, intentando seguir os caminhos propostos inicialmente, passa-se à exposição de mais uma concepção, para a possibilidade de confronto frente ao manancial teórico exposto, como forma tanto de aprofundamento argumentativo, quanto de demonstração da validade deste argumento.

²¹⁹ WEIL, Éric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990.

²²⁰ CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva*. Op. cit. p. 96.

A concepção de Hermann Heller mostra-se de grande influência na compreensão da Teoria do Estado e da constituição, bem como em estreita relação com os argumentos traçados. Para tanto, assim inicia Pelayo sua análise sobre a obra do referido autor:

*“La posición de Heller se caracteriza por la consideración de la constitución como una totalidad, en la que se reúnen en relación dialéctica lo estático y lo dinámico, la normalidad y la normatividad. Trata, pues, de salvar la unidad del concepto de constitución, pero reconociendo la autonomía de las partes integrantes.”*²²¹

Ainda na definição da função constitucional, e de sua dinâmica essencial frente ao processo dialético de recepção de seus comandos, pode-se notar, no próprio Heller, a seguinte colocação:

*“El conocimiento del Estado y del derecho no debe olvidar nunca, ciertamente, el carácter dinámico de su objeto. Pero menos aún debe olvidar que sólo cabe hablar de una Constitución si se la afirma, no obstante la dinámica de los procesos de integración constantemente cambiantes y, en ellos, con un carácter relativamente estático. La Constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso sino producto, no actividad sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida. Así como en una melodía ‘transportada’ han cambiado los ‘elementos’ y, sin embargo, la melodía se estima idéntica, así también en el sucederse y el coexistir de los cooperadores que cambian se ve cómo la Constitución persiste como unidad diferenciable”.*²²²

A constituição atua, desta forma, conforme também leciona Pelayo, como um complexo de probabilidades das condutas a serem representadas, ou seja, como uma normalidade. Todavia, ao se questionar sobre o critério de fixação dessa probabilidade, e mais, os seus elementos constitutivos, pode-se buscar em Heller a delimitação de dois momentos da constituição para satisfazer tal necessidade, quais sejam: a simples normalidade e a normalidade normatizada (tanto em seu aspecto jurídico quanto extrajurídico).²²³

²²¹ GARCIA PELAYO, Manoel. Op. cit. p. 87.

²²² HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 317.

²²³ GARCIA PELAYO, Manoel. Op. cit. p. 87.

Na demonstração desta ligação necessária entre normalidade e normatividade, evidencia-se o posicionamento consciente de Heller perante a dinâmica constitucional, mais uma vez segundo ensinamento de Pelayo:

‘Esta interconexión recíproca entre norma y normalidad es lo que, ideales de justicia aparte, explica que los gobernantes se mantengan sujetos a las normas, pues sólo en este supuesto cabe la previsibilidad esencial a todo gobierno y se hace posible la continuidad de la constitución, que, de outro modo, se disolvería en un caos de relaciones personales.’²²⁴

A relação dialética apresentada por Heller traz consigo uma excelente compreensão do fenômeno jurídico, em especial da constituição, na medida em que está consciente dos pressupostos da ação e do poder, entendendo a expectativa das possibilidades trazida e vivida pelos agentes sociais, na mesma medida em que se exerce a dinâmica dos jogos de poder nas relações sociais. Normalidade e normatividade atuam de forma correlacional objetivamente ditadas pela intermediação dialética, propiciando a permanência do fenômeno constitucional sem a imposição do poder jurídico em desequilíbrio com os poderes individuais.

Outro ponto importante da concepção apresentada é a correção na definição dos termos da normalidade a ser normatizada, segundo aspectos de probabilidade, ou seja, mediante um discurso cujo grau de credibilidade exija certeza maior do que a simples possibilidade ou verossimilhança.

Como o rigor analítico já foi acima explicitado com função unicamente demonstrativa e de segurança, o grau de credibilidade e certeza propiciado pela relação dialética entre normalidade e normatividade é justamente o da probabilidade, ou seja, de uma certeza inicial com fortes indícios de veracidade, cujo diálogo em meio aos comandos constitucionais dar-se-á segundo os rigores da coerência lógica, pressuposto essencial do discurso dialético.

Neste sentido esta concepção está em acordo com os três pressupostos, especialmente no que diz respeito ao diálogo entre os mesmos como forma de resolução das tensões existentes.

²²⁴ Idem. p. 88.

A dialética surge, na teoria constitucional, como a única possibilidade de abordagem cuja credibilidade possa ser testada e questionada por um público especializado e capaz de inferir raciocínios elaborados e demonstrações lógicas.²²⁵

4.6 OS PRESSUPOSTOS DE UMA TEORIA CONSTITUCIONAL.

Até o momento, foram apresentados destacadamente, cada um dos pressupostos de uma teoria constitucional em sua relação teórica, bem como a análise de sua validade e coerência frente às diversas concepções doutrinárias de grande envergadura. Tal fato, se não serviu para uma demonstração lógica e necessária dos pressupostos citados, ao menos serviu como esforço de compreensão do fenômeno jurídico-constitucional pela possibilidade de aplicação frente à realidade empírica.

Para tanto, optou-se pela exposição analítica dos conceitos de ação social, poder e direito, focalizando sua essencialidade, e sua ligação estreita com o surgimento do fenômeno jurídico. Feito isto, ao qual foi dedicado o espaço de um capítulo individual para cada abordagem, a proposta seguiu-se no sentido de expor a praticidade e a validade de tal linha de raciocínio frente à teoria constitucional e suas categorias, assim como a utilização, tanto para apoio metodológico como para comprovação do argumento, da confrontação perante as diversas concepções atuais e importantes a respeito da teoria constitucional.

Feito este esforço demonstrativo, conclui-se, segundo as linhas gerais apresentadas, que a ação social, o poder e o direito como garantia devem ser concebidos e conscientizados como pressupostos necessários e constitutivos do fenômeno constitucional e, para tanto devem estar presentes ao menos implicitamente, em qualquer teoria constitucional.

Ainda neste sentido, propôs-se uma breve análise discursiva, como forma de demonstração sob método diferente do utilizado ao longo do estudo, da

²²⁵ Nesta conclusão nada de novidade, pois Éric Weil mesmo já percebia, ao analisar a obra de Aristóteles, que o estagirita não utilizou em momento algum, em nenhum de seus tratados e escritos, o método analítico, mas sempre o dialético. Para uma aproximação ao campo jurídico, veja-se, por exemplo, a obra *A Política* de Aristóteles, toda ela dialeticamente concebida e apresentada.

validade dos pressupostos apresentados, bem como da importância de sua conscientização pelos operadores e teóricos do direito.

Com isto apresentou-se um quadro geral dos pressupostos de uma teoria constitucional, os quais possuem a função principal de apoiar as análises das concepções e das práticas constitucionais existentes, como forma de garantir o rigor das análises, bem como de evidenciar negligências, omissões ou desvios na prática constitucional.

Finalizou-se o apanhado demonstrativo pela apresentação da dialética constitucional como elemento fundamental de exercício efetivo dos comandos normatizados em sede superior e constitutiva tanto da unidade do ordenamento, como da realidade estatal, na busca de constante aprofundamento na pesquisa teórica. Tal fato foi intentado pelo desenvolvimento de argumentos sólidos e consistentes, pautados pela honestidade intelectual²²⁶ e pela humildade do pesquisador²²⁷, com intuito de clarificar a prática constitucional, através do descortinamento de seus pressupostos, e da apresentação direta dos requisitos e objetivos que legitimam o atuar jurídico e constitucional.

O direito como garantia de exercício da ação frente ao poder é o fator legitimante do fenômeno jurídico, e constitucional, e somente em se lhe mantendo fidelidade é que se pode construir uma sociedade culturalmente relevante, com respeito ilimitado à liberdade de seus indivíduos. Nada melhor que o debate, mediante os recursos da dialética para auxiliar esta eterna busca de uma justiça terrena, inspirada no auxílio divino.

²²⁶ Condição essencial e primeira para o exercício intelectual em qualquer uma de suas manifestações, seja artística ou técnica, seja popular ou individual, seja isolada ou em ambiente coletivo. Por honestidade intelectual entende-se o posicionamento sincero para o debate de idéias, pautando-se pelo rigor lógico e pela aceitação dos resultados obtidos mediante a comprovação dos argumentos.

²²⁷ Como bem salientou MEDAWAR, Peter. Conselhos a um jovem cientista. Brasília: UnB, 1979.

CONSIDERAÇÕES

FINAIS

Du point du vue de l'éternité, la partie est gagnée. Ce que nous importe dans ce siècle, c'est de nous rendre immédiatement participants de cette victoire.

(Denis de Rougemont)

O caminho escolhido para a exposição dos argumentos foi o recurso à técnica argumentativa por meio da redução dos fenômenos, com o auxílio de grandes filósofos cuja consistência e profundidade do pensamento trazem confiança e clareza à pesquisa.

Da mesma forma, a constante comparação e exemplificação em termos reais e atuais foram utilizadas como meio de verificar a coerência dos argumentos, bem como de ressaltar sua veracidade pelo recurso da subsumção, da verificação sensível.

Conforme evidenciado no início do estudo, a tentativa deveria ser encaminhada no sentido da fixação dos pressupostos necessários e essenciais a uma teoria constitucional. Para tanto se desenvolveu capítulo específico para cada pressuposto, bem como um outro para uma aplicação dos conceitos apresentados e verificação da condição de credibilidade de tais pressupostos frente às mais diversas concepções teóricas do fenômeno constitucional.

Deve-se lembrar o itinerário, não pela simples transcrição, ou pelo resumo indiscriminado dos apontamentos realizados, mas sim apresentar um encadeamento lógico capaz de explicitar o caminho percorrido, as ligações existentes e os resultados obtidos. Este exercício conclusivo pode tanto auxiliar a leitura e o estudo pela apresentação sucinta dos resultados, bem como esclarecer o argumento central desenvolvido, e ainda, contribuir para a transparência de pontos que podem não estar presentes numa leitura única, ou numa análise extensa.

O recurso a uma exposição do argumento traduz, em si e por si, a resposta à indagação inicial, o resultado da pesquisa, a superação do objeto e do tema do estudo. Neste sentido é que se pode efetivamente concluir um estudo, elencando e demonstrando argumentos de forma direta, sem recursos lingüísticos,

e sem truques argumentativos, simplesmente pela colocação das premissas apresentadas e pela verificação do resultado alcançado. Sua veracidade deve, necessariamente, estar presente em cada passo dado, e sua exteriorização dá-se mais a título de recompensa ao pesquisador do que a necessidade do leitor.

O presente estudo tem como argumento central, segundo as considerações finais que ora se apresentam, a hipótese de que se faz necessário o esclarecimento e a conscientização dos pressupostos de uma teoria constitucional, como meio de possibilitar avanços teóricos e práticos para a área jurídico-constitucional, bem como fornecer instrumental necessário para a compreensão da realidade constitucional, desde a elaboração de seus comandos até a aplicação de suas decisões.

No desenvolvimento desta hipótese, afirmou-se que a ação social, o poder e o direito como garantia se constituem nos três pressupostos necessários e essenciais a uma teoria constitucional, argumentando nos seguintes termos:

- A ação social, enquanto célula inicial das ciências sociais, deve ser compreendida, quanto ao seu sentido, no âmbito subjetivo – pelo agente – e no âmbito geral – pela razão - referindo-se ao comportamento de outros, e orientada segundo esse comportamento no curso de sua realização.
- Um dos métodos mais utilizados, o típico-ideal, propõe-se a formular um juízo atributivo; ou seja, não confundindo hipótese e idéia, apresenta um caminho que possa concluir com o conhecimento de hipóteses. Não atina segundo a realidade, mas fornece elementos possíveis de sua compreensão. Da mesma forma a redução eidética, a aproximação das essências pode conduzir a um aprofundamento sobre o fenômeno estudado.

- Fixada a delimitação espacial de atuação da ação social e os métodos que podem auxiliar em sua compreensão, atenta-se para a necessidade constitutiva e verificação empírica, em sede histórica e psicológica, da atribuição de um sentido para a manifestação da ação. Este sentido, não se limitando à esfera subjetiva da arbitrariedade, está diretamente ligado ao sentido racional e fundamental nas condutas humanas, conforme demonstra a logoterapia.
- Enquanto fixa-se a visualização do sentido da ação, apresenta-se, segundo Ortega y Gasset, as evidências da permanência histórica e da natureza humana como componentes básicos para a delimitação desta natureza. O ser humano não alcançado pela razão mecanicista das ciências naturais, muito menos por sua versão 'humanista' das ciências do espírito, mostra-se atuante no devir histórico, na visão do filósofo espanhol.
- Horizonte de consciência é um dos pontos centrais do argumento, delimitando o ambiente de possibilidade das articulações especulativas da consciência humana, como reflexo direto das informações recebidas, bem como do nível de conhecimento e cultura presentes diferenciadamente em cada indivíduo. Aqui se pode perceber o claustro involuntário e inconsciente presente em muitos teóricos e quase que unânime da maioria da população.
- Em relação direta a este conceito, destaca-se o raio de ação, ou seja, o ambiente espacial sobre o qual podem surgir os efeitos da ação praticada pelo sujeito. Pelo raio de ação pode-se medir e qualificar a possibilidade de poder e a qualidade das manifestações de cada sujeito mediante sua realidade circundante.

- Diretamente ligado aos dois conceitos – horizonte de consciência e sua prática pelo raio de ação – apresenta-se o objeto inerme, ou seja, a qualidade do sujeito cujo horizonte de consciência contemplativo ou imaginativo não consegue abarcar a totalidade do raio de ação de outro sujeito, sendo, pois, incapaz de fixar a autoria de determinada ação, trazendo conseqüências para a estruturação social, bem como alimentando de legitimidade o surgimento do fenômeno jurídico.
- Ainda neste sentido, pressentindo a realidade do poder, evidencia-se a necessária liberdade do sujeito quanto da fixação de sua ação e do exercício da mesma, ainda que presentes determinados obstáculos ou impedimentos, que antes de determinarem sua conduta, constituem-na em sua essência, e estão presentes em sua decisão. Manifesta-se, neste momento, a necessidade de poder, ou melhor, a realidade do poder quando do exercício das ações desejadas.
- Na esfera do poder, necessário para realização exterior da ação social, podem-se identificar três espécies na natureza humana, quais sejam: a produção, a destruição e a condução. Tais ações conseguem abarcar a totalidade das transformações verificáveis no ambiente natural.
- Para conduta ou ação identificada, pode-se observar um objeto de atuação, sendo, respectivamente, identificados como o poder econômico, o militar e o espiritual. Numa relação dinâmica entre estes meios, visualiza-se um componente ativo e um passivo para cada um destes aspectos, também respectivamente: os produtores e os trabalhadores; os exércitos ou a força das armas e a justiça legal; a cultura e a tradição.
- Prevendo-se uma tipologia tanto para a modalidade ativa, o exercício do poder, como para a modalidade passiva, a obediência frente ao poder,

destaca-se a especialização de alguns aspectos em sede de teoria constitucional. São eles: as relações de poder na realidade social, entendida segundo a relação dinâmica e constitutiva de forças que se chocam na sociedade; e o poder político, segundo as concepções fundamentais de Weber e Bobbio.

- Por fim, decorre, da natureza do próprio fenômeno a constatação da mensuração quantitativa do poder e da supremacia do maior poder frente aos outros, isto é, do controle frente às ações de outros sujeitos pela posse de um poder superior. Está evidenciada a necessidade de um poder que seja superior, pois somente com este atributo é capaz de controlar, e que legitimamente consegue garantir o exercício da ação em frente à realidade do poder nas relações sociais.
- Com a constatação de que a ação se exerce mediante o artifício do poder, principalmente pela possibilidade de alcance sobre outros sujeitos no exercício de sua ação, evidencia-se a necessidade, pela impossibilitação do exercício livre da ação [que sem esta liberdade descaracterizaria a própria natureza de ação] de um mecanismo legítimo de garantia da ação: o direito.
- A análise realizada sobre o direito, enquanto fenômeno, deu-se em cima da contribuição husserliana, e traz consigo a especificação de sua natureza eminentemente cultural e histórica, ou seja, enquanto moldável às realidades historicamente apresentadas, e culturalmente concebido segundo as possibilidades e alcances de determinada cultura em certo tempo.
- Todavia, não se poderia conceber esta legitimação do direito enquanto poder garantidor sem analisar os mecanismos desenvolvidos pelo mesmo para o cumprimento de tal tarefa. Tal foi o próximo passo, destacando o

caráter bilateral atributivo e a reciprocidade na composição do sistema jurídico.

- Ao pressupor a necessidade de uma obrigação diretamente correspondente ao direito de um sujeito, estava fixada a natureza eminentemente bilateral do fenômeno. Todavia, salienta Miguel Reale, não se mantém o sistema de garantias mediante apenas a bilateralidade tal sistema traz consigo a atributividade. Invalida a arbitrariedade (entende-se por atributividade a impossibilidade de utilização de uma pessoa como instrumento a serviço de outrem, ou ainda como meio de realização de determinado fato) e, por isso mesmo, ao ser vinculada a alguém em função de alguma coisa específica, necessariamente lhe é também reconhecido ou conferido algo, ficando assim disciplinados o exercício e a exigibilidade do vínculo constituído.
- Já na compreensão da reciprocidade, em modalidades direta e indireta, pode-se lembrar que para que exista direito é necessário que, se não sempre, ao menos em certos casos, o titular de um direito seja também titular da obrigação de garantir por sua vez a alguém o exercício do poder necessário a lhe garantir tal direito.
- Metadireito da igualdade e uma visão de justiça são lembradas para salientar o vínculo direto com a realidade constitucional, preparando o espaço para o cotejamento dos pressupostos perante as diversas concepções teóricas sobre a constituição.
- Elencados os pressupostos de uma teoria constitucional e analisados de forma a comprovar sua necessidade constitutiva sobre o fenômeno do constitucionalismo, busca-se efetivamente comprovar a sua viabilidade e credibilidade, utilizando-se de dois recursos aparentemente diversos, como demonstração da possibilidade de atuação sobre diversos

métodos. Tais foram a apresentação frente a concepções clássicas e atuais, de respeito e alcance jurídicos incontestáveis, mediante a aplicação dos pressupostos apresentados; bem como a análise discursiva de cada um dos pressupostos frente à teoria constitucional.

- Relacionando a teoria segundo o pressuposto da ação, obteve-se um número de concepções que tratavam da constituição segundo seus aspectos: descritivo da ordem político-social; a permanência histórica; a atribuição de sentido e integração ao fenômeno constitucional; e a questão da programaticidade dos comandos constitucionais. Estas concepções, ao estarem relacionadas, implícita ou explicitamente, consciente ou inconscientemente, com o pressuposto da ação, foram com ele cotejadas, e analisadas segundo sua coerência e validade.
- Da mesma forma, sob análise discursiva, pode-se observar o caráter limitador da ação sob o discurso constitucional, atuando sob a credibilidade em nível de possibilidade, fixando os limites mínimo e máximo de trânsito discursivo.
- Já ao relacionar a constituição em frente ao pressuposto do poder, pode-se, a exemplo da ação, aproximar as diversas teorias em duas concepções prevalentes: as que identificam no fenômeno constitucional a regulação do político nos moldes jurídicos; e a regulação do poder político como reflexo da garantia do direito.
- Na análise discursiva deu-se ênfase para o caráter retórico do discurso relacionado ao poder, e pelo grau de credibilidade exigido para tal discussão, a aproximação por verossimilhança. Destacou-se a necessidade de conscientização dos operadores e teóricos do direito sob o papel preponderante do vínculo verossímil, e da impossibilidade de

atingir graus de certeza aceitáveis para a prática jurídica sem um aprofundamento das premissas e do discurso.

- Ainda na verificação dos pressupostos, pode-se aplicar sobre concepções teóricas da constituição a necessidade do direito como garantia, verificando nesse momento a normatização dos comandos constitucionais, e a força a eles atribuída por diversos meios de composição legal. Aqui se ressalta o caráter normativo em seus efeitos eminentemente jurídicos, como garantidores efetivos do exercício da ação.
- Sob o ponto de vista da análise discursiva, o que se evidenciou foi a natureza analítica da elaboração e delimitação normativa, e sua atuação na esfera máxima de credibilidade, por ser racionalmente evidente a ligação entre hipótese e consequência, entre previsão normativa e aplicação jurídica.
- Feito esse longo cotejamento, e até certo ponto exaustivo, das diversas concepções, abarcando o pensamento de Lassale, Schmitt, Mejía Gómez, Smend, Krüger, Canotilho, Hayek, Reale, Häberle, Burdeau, Hesse, Bäulim, Hauriou, Romano, Enterría e Heller, pretendeu-se, antes de um posicionamento efetivo frente à realidade constitucional, uma explicitação da materialidade dos comandos constitucionais, feita sob amparo do posicionamento de Canotilho e Loewenstein.
- Ao terminar o cotejamento e a análise dos pressupostos segundo sua necessidade e credibilidade discursiva, apresentou-se um posicionamento frente a todo o emaranhado de concepções, como forma de apresentar um caminho de equilíbrio e coerência em frente à realidade constitucional. Buscou-se na dialética aristotélica uma vantagem e uma

possibilidade de compreensão geral do fenômeno, bem como de atuação na realidade.

- Sobre a análise do posicionamento de Heller, apresentou-se a pesquisa e compreensão dialética como possibilidade efetiva de prática constitucional segundo os pressupostos necessários apresentados durante o estudo.
- Da mesma forma, mediante recurso à dialética, em instância discursiva, demonstrou-se sua necessidade na realização da pesquisa, bem como seu grau de credibilidade suficiente para a prática especializada, quer teórica, quer prática, em sede de discurso constitucional.
- Conclui-se a análise dos pressupostos mediante sua apresentação como resultado de uma necessidade constitutiva do fenômeno constitucional, e como necessária à conscientização dos destinatários dos comandos constitucionais, como forma de ampliar seu horizonte de consciência, no intuito de que seu raio de ação consiga auxiliar na correta aplicação dos preceitos emitidos pela constituição enquanto fenômeno historicamente compreendido com o objetivo de garantir o exercício da ação frente ao poder.

Desta série argumentativa depreende-se, de imediato, a linha central do argumento, por mais que se tenha escapado em muitas ocasiões, ora para salientar a possibilidade de verificação por caminhos diversos, ora para fundamentar de forma exaustiva o conteúdo afirmado, que caminha no sentido de evidenciar a ligação constitutiva entre a ação social, o poder e o direito como garantia de exercício da ação sobre a regulação do poder. Na medida em que o fenômeno constitucional se apresenta como vinculado e decorrente do fenômeno jurídico, e sob o prisma do moderno constitucionalismo, apresentaram-se estes elementos como pressupostos a uma teoria constitucional.

Tal situação tem como objetivo a necessidade de conscientização, pela exposição ostensiva e exaustiva da necessidade constitutiva dos pressupostos, trazendo material comprovativo que possa servir de apoio e fundamento para o discurso constitucional, em face da pobreza dos debates atuais, bem como da incompreensão generalizada do objetivo dos comandos fixados no corpo constitucional.

Assim sendo, serve tanto para destinatários gerais e heterogêneos, que possam assimilar somente a necessidade enquanto afirmada pelo autor, mas que compreendem, ainda que intuitivamente, o caráter garantidor do direito, até o mais restrito grupo de ouvintes, cuja homogeneidade e especialidade permitam compreender o alcance enorme da exposição ostensiva de pressupostos que, se atendidos, impossibilitam a maioria das condutas observadas na prática constitucional, desde o momento de sua elaboração até sua aplicação.

Também se pretendeu, com esta pesquisa, evidenciar duas situações correlacionadas e interligadas:

O posicionamento do autor em relação ao fenômeno constitucional, ou seja, a visão de que se deve compreender todo o objeto em sua unidade constitutiva, atentando para suas evidências reais e práticas. Para tanto se compreendeu esta pesquisa dentro de um estudo muito maior, de alcance geral sobre a teoria e prática constitucional que partindo de seus pressupostos implícitos, agora exteriorizados, buscou uma ampliação e preparação para aplicação dos conteúdos apreendidos sob todos os campos da realidade constitucional.

Ou seja, o que se vislumbra é o início de um caminho a ser percorrido com afino e dedicação, para que num futuro incerto, tão distante quanto próximo, se torne possível contribuir para um trabalho cada vez mais aprofundado no exercício da prática constitucional em sua potencialidade máxima, ou satisfatória.

Não se consegue entender uma abordagem que se pretenda geral de forma direta sobre aspectos do direito constitucional ou da política constitucional. Acredita-se que o melhor caminho deva ser o seguro e lento percurso da compreensão interna até o alcance do objeto, sem moldá-lo arbitrariamente, mas

conhecendo-o segundo sua própria constituição, e aguardando o momento correto para o posicionamento frente a questões de amplo efeito social.

Da mesma forma, porém mais direta e objetiva, deve-se salientar que a pesquisa que ora se apresentou, ao limitar-se aos pressupostos de uma teoria constitucional, traz consigo, de imediato, um segundo momento nesta escala de observação do objeto, que permitiu resultados muito mais positivos, e cujo alcance também deve sobrepor-se à presente análise.

Fala-se a respeito de uma análise teórica sobre o discurso constitucional. Um feito que por muitos é negligenciado, e que, sob cuidados devidos, deve ser realizado como meio essencial de abordagem da realidade e prática da constituição.

Delineou-se já neste estudo alguns traços que podem resultar numa pesquisa sobre uma possível teoria do discurso constitucional. Salienta-se, porém, que se deve antepor, da mesma forma que o fenômeno jurídico é anterior ao fenômeno constitucional, uma análise do discurso jurídico como um todo, apresentando seus elementos definidores e suas características constitutivas.

Ao fixar-se, em âmbito de discurso jurídico, seus elementos essenciais, pode-se partir, então, para uma completa análise do discurso constitucional. Feito este que trará enormes espaços para o debate acadêmico, auxiliando o aprimoramento da prática constitucional.

REFERÊNCIAS
BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AQUINO, Santo Tomás de. Suma contra los gentiles. Madrid: Católica, 1967.

_____. Seleção de textos. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ARISTÓTELES. Organón. Lisboa: Guimarães, 1986. V. I a VI.

_____. Metafísica de Aristóteles. 2. ed. Madrid: Gredos, 1982.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. A Era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1996.

_____. Contribución a la teoría del derecho. Valencia: Fernando Torres, 1980.

- _____. Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- _____. Et al. Dicionário de política. 10. ed., Brasília: Editora UnB, 1997. V. I e II.
- BOURDIEU, Pierre. PASSERSON, Jean Claude. A Reprodução. Trad. Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.
- _____. O Poder Simbólico. Trad. Fernando Tomaz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- BURDEAU, Georges. Droit constitutionnel et institutions politiques. 16. ed. Paris: LGDJ, 1974.
- CADEMARTORI, Sérgio U. Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAMUS, Albert. O homem revoltado. Trad. Virginia Motta. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- _____. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. & MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Almedina, 1991.

CARPEAUX, Otto Maria. Ensaio reunidos. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

CARVALHO, Olavo de. O futuro do pensamento brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1997.

_____. O Jardim das Aflições - de Epicuro a ressurreição de César: Ensaio sobre o materialismo e a religião civil. Rio de Janeiro: Diadorim, 1996.

_____. Aristóteles em nova perspectiva: introdução à teoria dos quatro dos discursos. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado. Trad. Theo Santiago. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1990.

COELHO, Luiz Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COHN, Gabriel. Crítica e resignação: fundamentos da sociologia de Max Weber. São Paulo: TAQ, 1979.

_____. Weber. 6. Ed. São Paulo: Ática, 1997.

COSSIO, Carlos. La "causa" y la comprensión en el derecho. Buenos Aires: Juarez, 1969.

_____. Radiografía de la teoría egológica del derecho. Buenos Aires: Depalma, 1987.

_____. Teoría de la verdad jurídica. Buenos Aires: Losada, 1954.

DELEUZE, Gilles. Foucault. Trad. Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo:

Brasiliense, 1988.

_____. Para ler Kant. Trad. Sônia Dantas Pinto Guimarães. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

DIGGINS, John Patrick. Max Weber - a política e o espírito da tragédia. Rio de Janeiro: Record, 1999.

DREIFUSS, Rene Armand. Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber. Petrópolis: Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Mass.: Havard University Press, 1982.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid: Trotta, 1995.

_____. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FORACHI, Marialice M. MARTINS, José de Souza (orgs.). Sociologia e sociedade. Rio de Janeiro: LTC, 1978.

FOUCAULT, Michel. A vontade de saber (história da sexualidade I). Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

_____. Microfísica do poder. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

- _____. Em defesa da sociedade (Curso no Collège de France - 1975/76).
São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FRANKL, Viktor. The will to meaning. New York: New American Library, 1970.
- _____. Logoterapia e análise existencial. São Paulo: PSYII, 1995.
- _____. Psicoanálisis y existencialismo. México: Fondo de Cultura, 1952.
- _____. A questão do sentido em psicoterapia. Campinas, SP: Papirus, 1990.
- _____. Em busca de sentido - um psicólogo no campo de concentração. Trad.
Valter O. Schlopp e Carlos C. Aveline. 2. ed. São Leopoldo: Sinodal;
Petrópolis: Vozes, 1991.
- FRIEDRICH, Carl J. Teoría y realidad de la organización constitucional
democratica (en Europa y America). México: Fondo de Cultura, s/d.
- GARCÍA-PELAYO, Manoel. Direito constitucional comparado. Madrid: Revista
del Occidente, s/d.
- GÓMEZ, Carlos Mejía. Teoría de la constitución. Bogotá: Temis, 1967.
- HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública. Investigação quanto a
uma categoria de sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,
1984.
- _____. Consciência moral e agir comunicativo. Trad. Guido Antônio de Almeida.
Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação C. Gulbenkeian, s/d.

HAURIUO, Maurice. Principios de derecho publico y constitucional. 2. ed.

Madrid: Reus, s/d.

HAYEK, Friedrich A. O caminho da servidão. Trad. Leonel Vallandro. 5. ed. Rio de Janeiro: IL, 1990.

_____. Os fundamentos da liberdade. Brasília: UnB, São Paulo: Visão, 1983.

HELLER, Hermann. Teoria do estado. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

_____. Teoría del Estado. 2. Ed. México: Fondo de Cultura, 1993.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional (Selección). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas. Sexta investigação (elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento). Trad. Zelyko Loparic e Andrea Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo: Nova Cultural, Col. "Os Pensadores", 1996.

_____. The phenomenology of internal time-consciousness. Bloomington: Indiana University Press, 1973.

_____. A idéia da fenomenologia. Trad. Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 1990.

_____. Investigaciones logicas. Madrid: Alianza, 1985.

_____. Philosophie première. Paris: Presses Universitaires, 1970.

JOUVENEL, Bertrand de. As origens do Estado moderno. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LASSALE, Ferdinand. Que é uma constituição. Porto Alegre: Vila Martha, 1980.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofia del Derecho. Barcelona: Ariel, 1973.

LEIBNIZ, Wilhem G. Novos ensaios sobre o entendimento humano. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. Escola de filosofia política y jurídica. Madrid: Nacional, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. São Paulo: RT, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. 2. ed. Barcelona: Ariel, s/d.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora UnB, 1980.

MACHADO, Roberto. Nietzsche e a verdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

MEDAWAR, Peter. Conselhos a um jovem cientista. Brasília, UnB, 1979.

MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo: antigo e moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MISES, Ludwig von. A ação humana. Trad. Donald Stewart Jr. Rio de Janeiro: IL, 1990.

ORTEGA Y GASSET, José. A rebelião das massas. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. Obras completas. Madrid: Revista del Occidente, s/d. vol. VI e XII.

_____. O que é a filosofia? Lisboa: Cotovia, 1994.

_____. Historia como sistema. 6.ed. Madrid: Revista del Occidente, 1970.

PENNA, J. O. de Meira. Psicologia do Subdesenvolvimento. Rio de Janeiro: APEC, 1972.

POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1996.

PRÉLOT, Marcel. Institutions politiques et droit constitutionnel. 7. ed. Paris: Dalloz, 1978.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 10.ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. Lições preliminares de direito. 21. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. O direito como experiência. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROMANO, Santi. Princípios de direito constitucional geral. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

RUSSELL, Bertrand. Power, a new social analysis. London: Allen & Unwin, s/d.

_____. O poder: uma nova análise social. Rio de Janeiro, Zahar, 1979.

SANTOS, Boaventura de. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TOURAINE, Alain. O que é a democracia? Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

VIEHWEG, Theodor. Topica y jurisprudencia. Madrid: Taurus, 1964.

WARAT, Luís Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WEBER, Max. Economia y sociedad - esbozo de una sociologia comprensiva. Trad. Jose Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

_____. Economia e Sociedade - fundamentos da sociologia comprensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4.ed. Brasília: UnB, 1998. Vol. I.

WEIL, Éric. Filosofia política. São Paulo: Loyola, 1990.

WHITE, Stephen K. Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas. São Paulo: Ícone, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos y justicia. Madrid:

Trotta, 1995.

Periódicos

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, UFMG, jul./1978, n. 47, p. 07-47.

_____. Teoria Geral das Constituições Escritas. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, UFMG, jan./jul. 1985, n. 60/61, p. 25-98.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. Constituição como norma. Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. XIX, n. 78, abr./jun. de 1986, p. 05-17

Outros

CARVALHO, Olavo de. Sapientiam autem non vincit malitia. 1999. Endereço eletrônico: <http://www.olavodecarvalho.org/>

_____. Ser e Poder - questões fundamentais de filosofia política. Trabalho apresentado no Seminário Brasileiro de Filosofia, em setembro de 1999.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA Jr., José Alcebiades de. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 89-109p.

LOEWITH, Karl. Racionalização e liberdade: o sentido da ação social. in: FORACCHI, Marialice M. e MARTINS, José de Souza (orgs.). Sociologia e sociedade. Rio de Janeiro: LTC, 1978.

WEBER, Max. A objetividade do conhecimento nas ciências sociais. In: COHN,

Gabriel (org). Weber. 6.ed. São Paulo: Ática, 1997.

_____. Ação social e relação social. In: FORACCHI, Marialice M. e
MARTINS, José de Souza (orgs.) Sociologia e sociedade. Rio de Janeiro:
LTC, 1978.