

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIRETO

**A CRISE DA MODERNIDADE E A CONSTITUIÇÃO: ELEMENTOS
PARA A COMPREENSÃO DO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO**

Eduardo Capellari

Florianópolis, outubro de 2002

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

**A CRISE DA MODERNIDADE E A CONSTITUIÇÃO: ELEMENTOS
PARA A COMPREENSÃO DO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO**

Eduardo Capellari

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski.

Florianópolis, outubro de 2002

Eduardo Capellari

A crise da Modernidade e a Constituição: elementos para a compreensão do
constitucionalismo contemporâneo

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski/ UFSC – Orientador

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois/ UFSC - Membro

Prof. Dr. Juarez Freitas/ PUC-RS – Membro

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite/ UFSC – Suplente

Florianópolis, outubro de 2002

AGRADECIMENTOS

Um grande abraço aos colegas e companheiros de jornada no curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Um agradecimento especial para Edson Cáceres, Gonçalo Moretto, Jaime Giolo, Solange e Irineo Longhi, a Jandira e Spalding, Júlio Longhi, Luiz Vergílio Dalla-Rosa e Rachelle Amália Agostini Balbinot.

Aos professores Edmundo Lima de Arruda Júnior, Katie Cáceres Argüello, Maria do Rocio Garzuze dos Santos e José Antônio Savaris.

Ao meu orientador, Prof. Sílvio Dobrowolski, pela paciência.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, pela bolsa concedida no período de dezembro/1999 a março/2001.

À minha mãe, Ruminda Gehring Capellari, e ao meu pai, Armindo Capellari, que lutaram a vida toda para que seus filhos pudessem ter oportunidades, cuja partida deixou um vazio imenso e muitas saudades.

Aos meus irmãos, Vinícius e Roberto, pelo amor típico dos descendentes de italianos, que escondem, no cotidiano do vozerio e da pressa, amor, compreensão, tolerância e respeito, e que têm lutado, nesses anos todos, pela vida, pelas idéias e pelos sonhos.

A Daiane, por tudo e o mais que sonhamos.

Aqui está esta ó pobre Carta Constitucional que declara com ingenuidade que o País é católico e monárquico. É por isso talvez que ninguém crê na religião, e que ninguém crê na realeza! É que ninguém crê em ti ó Carta Constitucional! Os ministros que te defendem, os professores que te ensinam, as autoridades que te realizam, os padres que falam em ti à missa conventual, aqueles mesmos cuja única profissão era crer em ti, todos te renegam e ganhando o seu pão em teu nome, ridicularizam-te pelas mesas dos botequins!

Eça de Queiroz

RESUMO

Este trabalho de dissertação objetiva estabelecer elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo a partir de um cenário mais amplo definido pela crise da Modernidade. Em função de tal diretriz, estrutura-se de forma a dar conta de três questões centrais: resgatar os materiais histórico-culturais que, direta ou indiretamente, contribuíram para a edificação conceitual do constitucionalismo a partir da Modernidade ocidental; delimitar os diferentes projetos político-filosóficos subjacentes às opções jurídicas do moderno Estado de Direito, bem como visualizar as formas históricas que serão fruto das tensões verificadas; sistematizar as principais formulações críticas ao projeto filosófico da Modernidade e examinar as conseqüências de suas apropriações no seio do constitucionalismo contemporâneo. Com isso, inicia buscando reconstituir na história da formação jurídico-política do Ocidente os elementos que anteciparam as transformações históricas que iriam marcar a Modernidade. Assim, os limites e a riqueza da experiência da *polis* grega, a concepção jurídica do Estado protagonizada pelos romanos, a concepção de direito natural dos estóicos, a *lex fundamentalis* e o papel da Igreja na consolidação do princípio da igualdade entre os indivíduos, os acordos entre senhores feudais e monarcas com concessões mútuas de prerrogativas, a síntese jurídica que levou à formação da Europa romano-germânica serão todos elementos que, a seu modo, contribuíram para a lenta e gradativa transformação do continente europeu, preparando as bases culturais para o surgimento do Estado moderno, servindo como arquétipos, molduras, capazes de emprestar racionalidade à realidade política da Modernidade. Em um segundo momento, busca demonstrar que, em meio ao relato construído pelo positivismo, poderão ser encontrados caminhos que apontam que a Modernidade ocidental, longe de ser um projeto uno e sem contradições, apresenta-se, do ponto de vista jurídico, como a expressão de opções valorativas distintas, cujas tensões acabaram por ser negadas e ocultadas no relato que serve de base à ciência jurídica. Com isso, delimita as características jusfilosóficas da Modernidade em meio às opções elaboradas pelo constitucionalismo republicano/democrático e pelo constitucionalismo liberal e a incorporação de tais opções através do processo de estruturação científico-positiva do direito. Por fim, procura resgatar, após a crise do positivismo e da profunda ruptura metafísica e epistemológica operada pelas formulações pós-modernas, os aspectos que apontam para a superação do paradigma constitucional moderno, bem como os elementos que permitem compreender o constitucionalismo contemporâneo.

RESUMEN

Este trabajo de tesina (disertación) tiene por objeto establecer elementos para la comprensión del constitucionalismo contemporáneo, a partir de un escenario más amplio definido por la crisis de la Modernidad. En función de la directriz, se busca una manera de dar cuenta de tres cuestiones centrales: rescatar los materiales histórico-culturales que, directa o indirectamente, contribuyeron para la edificación conceptual del constitucionalismo a partir de la modernidad occidental; delimitar los distintos proyectos político-filosóficos subyacentes a las opciones jurídicas del moderno Estado de Derecho, así como visualizar las maneras históricas que serán frutos de las tensiones verificadas; sistematizar las principales formulaciones críticas al proyecto de la modernidad y examinar las consecuencias de sus apropiaciones en el seno del constitucionalismo contemporáneo. Así, busca reconstruir en la historia de la formación jurídico-política del Occidente los elementos que vinieron ante las transformaciones históricas que van a marcar la Modernidad. Así, los límites y la riqueza de la experiencia de la *polis* griega, la concepción jurídica del Estado protagonizada por los romanos, la concepción de derecho natural de los estoicos, la *lex fundamentalis* y el papel de la Iglesia en la consolidación del principio de igualdad entre los ciudadanos, los acuerdos entre los señores feudales y monarcas con concesiones mutuas de prerrogativas, la síntesis jurídica que ha llevado a la formación de Europa romano-germánica, son todos elementos que contribuyen para la vagarosa y gradativa transformación del continente europeo, preparando las bases culturales para el surgimiento del Estado moderno, sirviendo como arquetipos, marcos capaces de prestar racionalidad a la realidad política de la modernidad. En un según momento, busca demostrar que en el relato construido por el positivismo podrán ser encontrados caminos que apuntan que la modernidad occidental está lejos de ser un proyecto único y sin contradicciones, muestra-se del punto de vista jurídico como la expresión de opciones que fueron valoradas distintamente, cuyas tensiones acabaron por ser negadas y ocultas en el relato que sirve de base a la ciencia jurídica. Así, delimita las características jusfilosóficas de la Modernidad, en medio a las opciones elaboradas por el constitucionalismo republicano-democrático y por el constitucionalismo liberal, y la incorporación de tales opciones a través del proceso de estructuración científico-positiva del derecho. De modo que procura rescatar, después de la crisis del positivismo, y de la profunda ruptura metafísica y epistemológica generada por las formulaciones postmodernas, los aspectos que apuntan para la superación del paradigma constitucional moderno, así como los elementos que permiten comprender el constitucionalismo contemporáneo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ELEMENTOS DA HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL	18
1.1 Os arquétipos gregos do modelo constitucional ocidental	18
1.2. Os romanos e a concepção jurídica do Estado	28
1.3. A síntese histórica: a Europa romano-germânica	30
1.4. A <i>lex fundamentalis</i> e o direito natural	35
1.5. O soberano e a concessão de prerrogativas	38
1.6. A formação do Estado Moderno e o constitucionalismo	42
2. A MODERNIDADE JURÍDICA E AS OPÇÕES FUNDAMENTAIS DO CONSTITUCIONALISMO: DEMOCRACIA OU LIBERALISMO	47
2.1. Os fundamentos filosóficos da Modernidade	47
2.2. As tensões da Modernidade jurídica: a contraposição entre o liberalismo anglo-saxão e a democracia francesa	50
2.3. Os fundamentos do constitucionalismo liberal	54
2.4. Os fundamentos do constitucionalismo republicano-democrático	60
2.5. O positivismo e a compreensão científica do direito	66
2.6. A Constituição racional-normativa: consumação do processo de construção positiva do direito como sistema	72
2.7. A crise do positivismo e o constitucionalismo no século XX	79
3. A CRISE DA MODERNIDADE E O CONSTITUCIONALISMO: LEITURAS APROXIMATIVAS ..	87
3.1. A Modernidade, a Pós-Modernidade e o constitucionalismo	87
3.2. Situando o debate acerca da origem e dos significados do termo: o que é a Pós-Modernidade?	94
3.3. Pós-Modernidade: oposição, ruptura ou continuidade da Modernidade?	98
3.4. A superação dialética do paradigma constitucional moderno	104
3.5. Elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo: o futuro da Constituição	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de dissertação, intitulado *A crise da Modernidade e a Constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*, apresentado ao curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, responde a dois objetivos fundamentais. O primeiro deles é de caráter formal, no sentido de atender aos requisitos curriculares para conclusão da pós-graduação *stricto sensu* – fase de mestrado -, submetendo-o à publicidade, ao debate e à crítica, essenciais para a verificação do seu mérito, e, em última medida, condição mínima de satisfação do interesse público, tendo em vista a possibilidade (esquecida muitas vezes) de ter cursado a pós-graduação (ou mesmo a graduação) em universidade estatal, subsidiado por nove meses com bolsa-pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

O segundo deles, de maior importância, com certeza, circunscreve-se à finalidade de contribuir para o debate nacional a respeito da teoria da Constituição, ou melhor, para a reflexão sobre a tradição constitucional ocidental, marco político-jurídico em que, em última análise, se estrutura a experiência brasileira. Nesse sentido, a temática do presente trabalho parte da questão fundamental, debatida nos últimos anos, sobre as transformações teóricas produzidas no seio do constitucionalismo, fundamentalmente pela recepção dos postulados pós-modernos, ou seja, a pergunta central que motivou esta dissertação é: quais são as possibilidades normativas e o sentido da Constituição, como a conhecemos no século XX, após os aportes pós-modernos? Tal pergunta refere-se à questão substantiva do constitucionalismo moderno, traduzida no debate operado por Lassale, Kelsen, Schmitt, Heller, Smend, Burdeau e outros já clássicos, acerca da natureza jurídica da Constituição.

Afinal, o constitucionalismo, na sua trajetória de racionalização e juridicização das relações políticas no seio da modernidade ocidental, somente será compreendido como um processo de sedimentação de postulados teóricos e experiências históricas com o intuito de

responder à pergunta fulcral acerca da legitimidade do exercício do poder. Afinal, quais são os critérios delineadores da legitimidade do poder? É conhecida a classificação empreendida por Max Weber quando do estudo dos modelos de organização política, o qual destaca a existência de três formas puras de dominação, ou de exercício do poder legítimo: a) de caráter racional, decorrente da crença na legalidade das normas jurídicas; b) de caráter tradicional, que se dá pelo hábito cotidiano da santidade das tradições legadas; c) de caráter carismático, fundado na autoridade do carisma, adquirido pelo mérito ou heroísmo de uma pessoa¹. A operação teórica de sustentação da autonomia das esferas da moral, da política e do direito será a condição elementar para a caracterização da Constituição como norma suprema e ordenadora da vida do Estado. A dogmática positivista kelseniana decorrente da experiência européia, caracterizada pela auto-referencialidade dos seus fundamentos, não coloca a questão das relações entre a política e o direito, nem questiona os valores escolhidos como fundamentais.

A experiência histórica, entretanto, coloca à observação uma série de modelos constitucionais que oferecem motivos para o debate: (a) Quais são os critérios últimos que legitimam o exercício do poder?; (b) Aceita a premissa histórica de supremacia da Constituição como critério de legitimação do exercício do poder, de onde esta retirará sua legitimidade?; (c) Qual será seu legítimo conteúdo?; (d) Quem terá legitimidade para sua interpretação e aplicação? Essas foram as questões que orientaram o debate constitucional desde o século XVI e, especialmente, no século XX. As perspectivas pós-modernas, em se observando suas críticas a determinadas características da Modernidade, acabam por influenciar ou, mesmo, determinar os rumos do constitucionalismo.

Essa tarefa enfrenta algumas dificuldades iniciais. A primeira delas consiste na atividade de transpor os obstáculos colocados pela falta de tradição constitucional do Brasil, ou melhor, pela falta de debate e produção nessa área fundamental do direito. Os acontecimentos do passado recente da história nacional acarretaram repercussões profundas na formação de uma geração de juristas que exercem, efetivamente, influência sobre a realidade atual (especificamente, mas não somente, no magistério superior), cujas conseqüências últimas somente em alguns anos poderemos avaliar. Afinal, um país de

¹WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Tradução de José Medina Echavarría et al. 2.ed. 3. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1977. p. 170-173. Verificar o excelente estudo de José Guilherme Merquior a respeito da legitimidade. In: MERQUIOR, José Guilherme. *Rousseau e Weber: dois estudos sobre a teoria da legitimidade*. Tradução de Margarida Salomão. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1980.

dimensões continentais, reduzido a alguns poucos interlocutores quando se trata de temas constitucionais, constitui um problema digno de uma análise mais rigorosa.

A segunda dificuldade remete à tradição jurídica do Ocidente, criadora de uma prática tanto mais danosa quanto menor a institucionalização de espaços de crítica e produção de novos parâmetros teóricos, que se sustenta em um senso comum fundado em relatos quase que míticos a respeito da história do constitucionalismo². A compreensão do significado atribuído à Constituição, das diversas técnicas de interpretação constitucional e da construção do direito como sistema passa, então, pela necessidade de reconstruir, no desenvolvimento do constitucionalismo no Ocidente, os elementos paradigmáticos³ estruturantes sedimentados naquilo que alguns chamam de “senso comum teórico dos juristas”⁴, revelando, nas categorias estabelecidas e habitualmente utilizadas, os sentidos secretos não revelados.

O terceiro obstáculo digno de nota refere-se ao problema ressaltado de outra forma por Otfried Höffe, de distanciamento entre a filosofia e o direito, fundamentalmente na problemática do Estado. A tradição da filosofia ocidental de conduzir a reflexão sobre o

² A teoria da Constituição, compreendida na sua condição de disciplina do direito, é eminentemente européia e tem sua origem no pós-guerra, a partir dos seguintes fatores: (a) a crise do formalismo jurídico e a preocupação de se chegar a um conceito substantivo de Constituição; (b) o aparecimento dos regimes autoritários e totalitários que atacaram o conceito demoliberal de Constituição e as instituições aí consagradas; (c) o ponto culminante da teoria do Estado com a doutrina de Kelsen e o aparecimento da posição de H. Heller; (d) o período entre as duas guerras mundiais, caracterizado pela quebra dos suportes sociopolíticos da democracia liberal e pelo ataque dos extremistas da esquerda e da direita à ideologia que a inspirava. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979. p. 7-47; SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1983.

³ É conhecida a definição de Thomas S. Kuhn, que, ao examinar os fatores determinantes do processo de evolução científica, cunha o termo *paradigma*, compreendendo-o como “o conjunto das realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1987. p. 13.

Estado e o papel exercido pelo sistema jurídico foi interrompida durante o século XIX, no qual a teoria social, a hermenêutica, a fenomenologia e a teoria da ciência passaram a ocupar um lugar de destaque. Com isso, os grandes filósofos dedicaram uma atenção secundária ao direito e ao Estado, deixando aos juristas tal empreitada. Tal desacoplamento entre tradições discursivas - provocado entre os juristas, diga-se de passagem, pelo positivismo jurídico e historicismo -, em que pese suas influências mediatizadas, provoca a redução artificial da complexidade da realidade jurídico-política ocidental e, em última análise, segundo o autor citado, a exclusão da ética da perspectiva filosófica adotada pelos juristas em relação ao Estado e ao direito⁵.

É importante ressaltar que aqui reside, talvez, a principal dificuldade em relação à temática proposta. Os juristas nacionais, por exemplo, de modo geral, utilizam os conceitos trazidos da filosofia de forma instrumental. Não há, efetivamente, na maior parte da tradição brasileira um vínculo efetivo entre a reflexão filosófica e a teorização do direito. Não obstante a imensa produção teórico-crítica das últimas décadas, na ânsia de uma rigorosa compreensão dos limites colocados pelo positivismo e sua eventual superação, poucos trabalhos foram capazes de construir “pontes” sólidas entre essas esferas.

⁴ Luiz Alberto Warat compreende tal expressão como "as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito". Cf. WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei - temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 13-18. A expressão é adotada, ou de alguma forma corroborada por Lênio Luiz Streck, quando utiliza o termo "sentido comum teórico". Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 47-62. Muito próximo de tal definição encontra-se o conceito de *habitus* desenvolvido por Pierre Bourdieu, compreendido como “sistemas de disposições duráveis e transferíveis, estruturas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, isto é, como princípios geradores e organizadores de práticas e de representações que podem ser objetivamente adaptados a seu fim sem supor a intenção consciente dos fins e do domínio expresso das operações necessárias para atingi-los, objetivamente reguladas e regulares, sem ser o produto da obediência a regras, sendo coletivamente orquestradas, sem ser o produto da ação organizadora de um regente”. Cf. MARTINS, Carlos Benedito. Notas sobre a noção da prática em Pierre Bourdieu. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v.1, n. 62, mar. 2002. p. 173.

⁵ HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 17.

Por fim, o último dos fatores refere-se ao modo de perceber o constitucionalismo do ponto de vista metodológico⁶. Ao falarmos em constitucionalismo, de Estado constitucional como distinto do Estado autocrático, estamos falando, em última análise, de um tipo-ideal weberiano. Não se encontrará, obviamente, nenhuma sociedade particular organizada estritamente com base nos pressupostos racionais estabelecidos pelos juristas ou pelos filósofos. Efetivamente, não há nada de surpreendente nisso. Afinal, como afirma Weil, o Estado, sendo sempre Estado de uma comunidade-sociedade particular, não exprime só o que ela contém de racional e razoável, mas o todo do que a constitui, do qual fazem parte as tendências não realizadas, suas paixões, tensões, até mesmo sua recusa da racionalidade e da razão. Portanto, um Estado será mais ou menos constitucional, mais ou menos autocrático, e sempre haverá uma mistura dos dois tipos⁷.

Portanto, movemo-nos, metodologicamente, sobre um caminho que constitui uma fronteira. Se, por um lado, utilizamos os tipos-ideais como necessários à superação da ambigüidade da realidade mesma, por meio dos quais se estrutura a compreensão humana dos fatos históricos, por outro, em alguns momentos precisamos nos remeter a Foucault⁸, o qual sugere que devemos proceder ao modo de um arqueólogo, desenterrando, sob as grossas camadas dos conceitos jurídicos guindados à categoria de ciência pelos positivistas, embaralhados pela confusão conceitual do senso comum teórico, as opções políticas e filosóficas que constituem a pré-história do constitucionalismo. Somente dessa forma, procurando identificar os conceitos-chaves, dispersos na história do Ocidente e realinhados em uma espécie de sincretismo teórico, e apercebendo-nos da complexa e intrincada realidade sobre a qual incidiram quando incitaram ou interpretaram os

⁶ Há um conjunto de questões metodológicas importantes a serem debatidas quando buscamos construir compreensões na área das ciências sociais. Uma delas está relacionada à possibilidade de expressão da realidade fática em conceitos, ou seja, em que medida é possível sintetizar a pluralidade de características dos fenômenos sob conceitos unívocos ou até mesmo, como no caso em estudo, de um conceito unívoco. Max Weber tratou dessa questão em seu texto *Die Objektivität Sozialwissenschaftlicher und Sozialpolitischer Erkenntnis*, traduzido e publicado no Brasil por COHN, Gabriel. *Max Weber*. São Paulo: Ática, 1997. p. 79-127, onde apresentou a categoria do tipo ideal como possibilidade – provisória - de compreensão do real com base no exame de seus traços comuns. Verificar também FORACCHI, Mariaalice Mancarini e MARTINS, José de Souza. *Sociologia e sociedade: leituras de introdução à sociologia*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1998. p. 145-162; WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1974. p. 73-80; WEBER, Max *Metodologia das ciências sociais*. São Paulo/Campinas: Cortez/ Unicamp, 1992.

⁷ “Os tipos são, contudo, conceitos claros e compreensíveis, necessários para a captação da realidade e capazes de fazê-lo, embora, tomados na sua pureza, não cubram toda a realidade. Melhor dizendo: são capazes de fazê-lo exatamente porque não coincidem com a realidade histórica, sem o que não seriam o pensamento que capta esta realidade.” Cf. WEIL, Eric. *Filosofia política*. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1990. p. 213.

acontecimentos, é que vamos poder estabelecer aquilo que J.J. Gomes Canotilho denomina “pré-compreensão”⁹ da Constituição.

Assim, retomando a questão central, precisamos esclarecer inicialmente, com alguma precisão, ao fazermos a pergunta acerca dos rumos do constitucionalismo após o advento das formulações pós-modernas, o que compreendemos por “constituição”. Afinal, é possível falar de algo tão diverso na história política dos diversos países do Ocidente desde o século XVI, com suas particularidades fáticas e peculiaridades teóricas incidentes sobre os principais acontecimentos, englobando-os em uma perspectiva única, ou, se assim quisermos, sistemática? Há, na história política e jurídica do Ocidente, características comuns, de tal forma que possamos presumir um movimento de constitucionalização?

Quando falamos da Constituição, estamos falando de que fenômeno propriamente? Afinal, o que há de comum entre a experiência inglesa do século XVII, as conseqüências jurídico-políticas da Revolução Francesa, a Convenção da Filadélfia nos Estados Unidos da América, a experiência mexicana de 1917, o debate jurídico-político em Weimar, na Alemanha da década de 30 do século XX? Portanto, e ainda que seja missão a ser alcançada de forma mais ou menos satisfatória ao final desta dissertação, vamos estabelecer um conceito inicial a respeito do termo “constituição”, para que possamos, então, compreender a estrutura do presente trabalho.

Tal problema se verifica na própria forma como o constitucionalismo foi tratado após o positivismo. Nicola Matteucci chega a afirmar que

a Constituição é, de fato, a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem. Deste modo, sendo a Constituição imanente a qualquer sociedade, é necessário distinguir o juízo científico sobre as características próprias de cada Constituição, tanto sob o aspecto formal como sob o aspecto material, do juízo ideológico acerca do caráter constitucional ou não constitucional de um regime. Para o jurista, todos os Estados – portanto, também os absolutistas do século XVII e os totalitários do século XX – têm uma Constituição, uma vez que existe sempre, tácita ou expressa, uma norma básica que confere o poder soberano de império; que se imponham depois limites a esta soberania ou

⁸ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 3-26.

⁹ “Fornecer o código ou fazer a descodificação das estruturas teóricas subjacentes à economia narrativa (...) erguidas a vocabulário intersubjectivamente válido para tentar estruturar uma ciência, nesse caso aos conceitos estruturados do Direito Constitucional.” Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 27.

que seu exercício seja repartido por diversos órgãos pouco importa: *ubi societas, ibi ius*¹⁰.

Há uma síntese possível de ser operada, vislumbrando-se o debate clássico protagonizado por dois juristas alemães a partir de textos formulados em períodos históricos distintos. Por um lado, Ferdinand Lassale, em sua célebre conferência de 1863 para intelectuais e operários da antiga Prússia, intitulada *Über die Verfassung*, defende a redução do fenômeno jurídico-constitucional à expressão dos fatores reais de poder¹¹. Tal posição, claramente influenciada pelo marxismo, pressupõe a distinção entre sociedade civil e sociedade política – estrutura e superestrutura – e a determinação da segunda pela primeira¹². Assim, o Estado é a expressão jurídico-política do domínio (hegemonia) estabelecido por um grupo (ou classe) na sociedade civil, revestindo-se na forma jurídica da dominação econômica.

Posteriormente, Konrad Hesse iria ponderar no seu texto *Die normative Kraft der Verfassung* que tal compreensão acerca da Constituição é tão pobre do papel exercido pela esfera jurídica quanto aquela sustentada pelo positivismo normativista é cega às implicações da realidade fática¹³. Com isso, precisamos levar em consideração, inicialmente, a autonomia do direito constitucional como ciência normativa, diferenciando-o da sociologia ou, mesmo, da ciência política, estas como ciências da realidade. Distinguir o ser do dever-ser, muito antes do que prudência, constitui a própria condição de inteligibilidade das relações mútuas que se estabelecem entre as duas esferas. A Constituição será, então, em última análise, o compromisso (síntese?) – escrito ou costumeiro – entre a realidade protagonizada pelas forças políticas – fatores reais de poder – e o dever-ser, ou seja, os valores escolhidos pela sociedade em um determinado momento como orientadores da vida coletiva.

¹⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira et al. 12.ed. Brasília: Editora da UnB, 1999. p. 245.

¹¹ Lassale, nesta conhecida conferência, estabelece que a Constituição é, em essência, “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. [...] Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas”. Cf. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 3.ed. Rio de Janeiro: Liber Júrís, 1988. p. 37.

¹² Norberto Bobbio protagonizou um importante debate a respeito dessa posição no seio da esquerda italiana na década de 70, quando interpretou a originalidade de Antonio Gramsci em relação a Hegel e a Marx, ao compreender as múltiplas determinações entre a sociedade civil e o Estado. Cf. BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1994; BOBBIO, Norberto et al. *O marxismo e o Estado*. Tradução de Frederica L. Boccardo e Renée Levie. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

¹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

Portanto, partindo de tais considerações iniciais, estruturamos a dissertação em três capítulos. No primeiro capítulo, “Elementos da história do constitucionalismo ocidental”, intentamos reconstituir na história da formação jurídico-política do Ocidente os elementos que anteciparam as transformações históricas que iriam marcar a Modernidade. Assim, foram buscadas as experiências políticas e as construções teóricas que, mesmo não operando como fatores determinantes causais sobre os acontecimentos posteriores ao século XVII, serviram como arquétipos, molduras, capazes de emprestar racionalidade à nova experiência. Assim, os limites e a riqueza da experiência da *polis* grega, a concepção jurídica do Estado protagonizada pelos romanos, a concepção de direito natural dos estóicos, a *lex fundamentalis* e o papel da Igreja na consolidação do princípio da igualdade entre os indivíduos, os acordos entre senhores feudais e monarcas, com concessões mútuas de prerrogativas, a síntese jurídica que levou à formação da Europa romano-germânica são todos elementos que, a seu modo, contribuíram para a lenta e gradativa transformação do continente europeu, preparando as bases culturais para o surgimento do Estado moderno, para o constitucionalismo e para a concepção jurídica do Estado.

No segundo capítulo, “A modernidade jurídica e as opções fundamentais do constitucionalismo: democracia ou liberalismo”, buscamos demonstrar que, em meio ao relato construído pelo positivismo e disseminado no senso comum dos juristas, poderão ser apontados elementos configuradores de um projeto jurídico da Modernidade, a expressão emancipatória do projeto iluminista. Porém, buscamos reconstruir os caminhos que expõem que a Modernidade ocidental, longe de ser um projeto uno e sem contradições, apresenta-se, do ponto de vista jurídico, como a expressão de opções valorativas distintas, cujas tensões acabaram por ser negadas e ocultas no relato que serve de base à ciência jurídica. Com isso, procuramos delimitar as características jusfilosóficas da Modernidade, em meio às opções elaboradas pelo constitucionalismo republicano-democrático e pelo constitucionalismo liberal, e a incorporação de tais opções através do processo de estruturação científico-positiva do direito.

No terceiro e último capítulo, “A crise da modernidade e o constitucionalismo: leituras aproximativas”, objetivamos resgatar, após a crise do positivismo e a profunda ruptura metafísica e epistemológica operada pelas formulações pós-modernas, os aspectos

que apontam pra a superação do paradigma constitucional moderno, bem como os elementos que permitem compreender o constitucionalismo contemporâneo.

Por fim, é necessário lembrar que o presente trabalho é tributário de uma tradição protagonizada pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, que tem demonstrado, ao longo das últimas décadas, que a reflexão crítica e a interdisciplinaridade em relação ao fenômeno jurídico não são somente necessárias como o são também possíveis. Portanto, em última análise, a presente dissertação é a contribuição humilde de quem desfrutou menos do que deveria do ambiente intelectual da Ilha de Santa Catarina para abordar uma temática que, longe de estar esgotada, encontra-se em franca expansão, com enfoques diferenciados e perspectivas que somente estão sendo possíveis após a virada filosófica empreendida por importantes interlocutores do mundo jurídico-político.

1 ELEMENTOS DA HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL

1.1 Os arquétipos gregos do modelo constitucional ocidental

É lugar-comum no pensamento ocidental, ao se iniciar um processo de investigação acerca das origens das instituições políticas de nosso tempo, partir-se do pressuposto de que os fundamentos últimos encontram-se na Grécia Antiga, no clássico mundo helênico¹⁴, revelando-se tal prática como uma espécie de solução mínima à aporia colocada pela complexidade em compreender os vínculos históricos e culturais causais da realidade vivida. É uma remissão fartamente utilizada para dar conta das dificuldades da empreitada reflexiva.

Sobre o tema que escolhemos não podemos afirmar, sequer, peremptoriamente, que os gregos viveram em um Estado Constitucional¹⁵, tendo em vista que aquilo que concebemos conceitualmente como tal designa uma forma de organização política que tem sua origem na Modernidade ocidental. Nesse sentido, há uma necessária relativização a ser

¹⁴ Não podemos afirmar sequer que houve a Grécia ou uma Grécia, na medida em que aquilo que hoje compreendemos como tal se refere a um conjunto de cidades-estados, independentes e autônomas entre si, com estruturas culturais e políticas diferenciadas, das quais Atenas e Esparta se destacaram. A unidade somente ocorreu como fruto da conquista de tais cidades pela Macedônia, através de Alexandre Magno, no século IV a. C. e foi mantida, posteriormente, sob o jugo do Império Romano. Observar, complementarmente, o verbete “sociedade antiga” em BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento marxista*. Tradução de Antonio Monteiro Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar, 1988. p. 346-348.

feita: os fatos históricos e idéias que orientaram de forma direta as transformações políticas no Ocidente, possibilitando as condições culturais para o surgimento do constitucionalismo, encontram-se nos acontecimentos do final da Idade Média. Assim, as instituições político-jurídicas gregas constituíram muito mais antecipações históricas daquilo que modernamente iríamos conceber como constitucionalismo do que propriamente fatores que operariam causalmente, provocando as transformações a que aludimos.

As experiências políticas gregas que nos interessam, no sentido de constituírem os primeiros fenômenos dessa natureza sobre os quais se estrutura uma reflexão tipicamente racional, ocorreram entre os séculos VI a.C. e IV a.C. Estão compreendidos nesse lapso temporal, segundo Reale, o período naturalista, caracterizado pelo problema da *physis* e do *cosmos* e pela atividade dos jônicos, dos pitagóricos, dos eleatas, dos pluralistas e dos físicos ecléticos; o período humanista, que compreende o período da dissolução da filosofia naturalista e é caracterizado pela atividade dos sofistas e pelo protagonismo de Sócrates; e, por fim, o período das grandes sínteses de Platão e Aristóteles, que segue até próximo do fim do século IV a. C., quando Alexandre Magno conquistou as cidades-Estados, dando fim às características peculiares que consagraram a civilização helênica.¹⁶

Reale chega a afirmar que a conseqüência política mais importante produzida pela revolução de Alexandre foi o desmoronamento da importância sociopolítica da *polis*:

¹⁵ Em que pese o fato de não haver correspondência histórica direta entre o fenômeno que compreendemos como constitucionalismo, a partir do século XVI na Europa e as experiências grega e romana, Nelson Saldanha chama a atenção para a contribuição indireta de gregos e romanos para a articulação de uma teoria constitucional que começou a ser esboçada a partir dos fins da Idade Média, prevenindo para as diferenças conceituais em relação à forma de organização social entre as diferentes épocas: “é possível, evidentemente, afirmar que só o Estado contemporâneo condicionou uma teoria constitucional propriamente dita; mas é também viável declarar que as categorias essenciais de toda teoria constitucional radicam em arquétipos que provém do mundo grego e das formas políticas que os gregos usaram e definiram”. Cf. SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 10

¹⁶ Para um exame mais completo sobre o significado da experiência política grega, leiam-se: BARKER, Ernest. *Teoria política grega*. Tradução de Sérgio Fernando Guareschi. 2.ed. Brasília: Editora da UnB, 1978. p. 13-48; CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p.13-22; NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Tradução de Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: Editora da UnB, 1973. p. 110-127; SABINE, George H. *História das teorias políticas*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. p.17-47; CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político*. Tradução de Roberto Cotes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 47-63; FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988; REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antigüidade e Idade Média*. São Paulo: Paulus, 1990. p. 126-223; McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antigo y moderno*. Tradução de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 39-60; MALTEZ, José Adelino. *Princípios de ciência política: introdução à teoria política*. 2.ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas/ Universidade Técnica de Lisboa, 1996. p. 163-171.

Filipe da Macedônia, pai de Alexandre, ao realizar o seu projeto de predomínio macedônio sobre a Grécia, embora respeitando formalmente a cidade, começou a minar sua liberdade. Mas Alexandre, com seu projeto de uma monarquia divina universal, que deveria reunir não só as diversas cidades, mas também países e raças diversos, vibrou um golpe mortal na antiga concepção de cidade-estado. Alexandre não conseguiu realizar esse projeto por causa de sua morte precoce, ocorrida em 323 a.C., e talvez também porque os tempos ainda não estavam maduros para tal projeto. Todavia, depois de 323 a.C., formaram-se os novos reinos no Egito, Síria, Macedônia e Pérgamo. Os novos monarcas concentraram o poder em suas mãos e as cidades-estado, perdendo pouco a pouco sua liberdade e sua autonomia, deixaram de fazer história como haviam feito no passado¹⁷.

E é precisamente na *polis* grega¹⁸ que vamos acompanhar uma das experiências políticas mais importantes para a história ocidental, na medida em que é desse rico fenômeno que os autores renascentistas irão retirar os argumentos para a crítica do medievo e a edificação do humanismo que possibilitaria a nova ordem moderna. O surgimento da *polis* grega encerra em si um momento específico e inédito na história ocidental. Marca uma transformação nas relações humanas que passa a servir de parâmetro para seus pósteros, propondo e deixando para seus herdeiros culturais as categorias de política, moral, ética, dentre outras que foram engendradas pela capacidade que os gregos tiveram de tomar consciência de si e de seus atos através do *logos*. A *polis* grega não foi resultado de um processo mecânico, automático, mas síntese de um processo lento e gradativo, no qual podemos apontar três mudanças fundamentais: a extraordinária proeminência da palavra sobre todos os outros instrumentos de poder, a publicidade dada às manifestações mais importantes da vida social e a unidade da *polis* enquanto espaço de semelhantes.

A palavra torna-se, fundamentalmente, instrumento de poder através da persuasão (*peithô*), uma vez que lembra a eficácia das fórmulas em certos rituais religiosos, ou o valor atribuído aos ditos do rei quando pronuncia soberanamente a *themis*; entretanto, trata-se, na realidade, de algo bem diferente. A palavra não é mais o termo ritual, fórmula justa, mas o debate contraditório, a discussão, a argumentação. É através dos debates que se decide o destino das coisas e dos homens na *polis*. A palavra perde seu poder sagrado, mágico, enquanto advindo de fontes de revelações secretas; adquire racionalidade. Há um vínculo entre o *logos* (a racionalidade humana) e a política (a forma de agir em sociedade).

¹⁷ REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média*. São Paulo: Paulus, 1990. p. 227.

Paralelamente às mudanças que se deram no campo da linguagem e de seus significados, articula-se um espaço público: pode-se dizer que a *polis* existe apenas na medida em que se distinguiu um domínio público, nos dois sentidos diferentes, mas solidários, do termo – um setor de interesse comum, opondo-se aos assuntos privados, e, por outro lado, práticas abertas, estabelecidas em pleno dia, opondo-se a processos secretos. Essa mudança é fundamental para podermos entender o próprio significado da *polis*. Através da publicidade que é dada às leis, rituais e práticas, ocorre um processo de democratização. Os antigos rituais, as palavras mágicas, que eram “propriedades” dos sacerdotes reveladores das fontes secretas, são levados ao público e, conseqüentemente, dessacralizados. Ocorre uma racionalização dos ritos, pois estes passam a ser discutidos pelos homens através da palavra. Os processos secretos dos governos passam a ser de domínio público, ocorrendo uma secularização no exercício do poder. No campo da palavra, o que passa a valer é a capacidade de persuasão através de argumentos lógico-racionais. Outra mudança significativa advém da escrita, que passa a ser popularizada, exercendo influência sobre os cidadãos. Com isso, foi possível documentar as leis, que perderam o seu poder mágico advindo das adivinhações do oráculo e passaram a ser conhecidas por todos, tornando-se passíveis de serem mudadas pelos homens.

Outra característica que aponta para a constituição da *polis* é o sentimento de semelhança entre seus componentes. Vale a pena ver a mudança que se deu no campo militar em relação a essa questão. O soldado guerreiro, o herói, autor das bravuras incomensuráveis e inspirado pela exaltação, dá lugar a uma nova espécie de guerreiro: este será o soldado-cidadão, o hoplita, que luta em formação cerrada, seguindo leis que guiam a sua vida, não cedendo nunca a impulsos, a paixões individuais, que podem colocar em perigo a ordem da formação.

Muito mais que em uma cidade compreendida como espaço territorial, a *polis* encerrava-se em uma comunidade¹⁹. A cidade como lugar de comuns inspirou Ernest Barker a afirmar que “a comunidade tem uma substância espiritual comum, que é herdada e transmitida”.²⁰ A existência da comunidade é determinada pelo fato de ter herdado tal

¹⁸ Para maiores informações a respeito do universo espiritual da *polis* ver WERNANT, Jean Pierre. *As origens do pensamento grego*. 3.ed. São Paulo: Difel, 1986.

¹⁹ “[...] a cidade é essencialmente uma forma de comunidade, e, antes de mais nada, ela deve ser o lugar de todos”. Cf. ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 35.

²⁰ BARKER, Ernest. *Teoria política grega*. 2.ed. Tradução de Sérgio Fernando Guareschi. Brasília: Editora da UnB, 1978. p. 43

substância e, como precisa transmiti-la, funciona como uma estrutura educativa. Para os gregos, a substância de que falamos não era uma abstração. Tinha forma concreta e se manifestava na lei, escrita e consuetudinária – formulada num código, ou constituição, e registrada no coração dos homens. Para eles a lei é a força coesiva do Estado, aquilo que dá consistência e resistência à sociedade.²¹ É nesse ambiente histórico que observamos o desenvolvimento de algumas características que apontam para a consolidação de uma determinada forma de compreender a organização jurídico-política dos gregos, expressa fundamentalmente por dois autores que se tornaram clássicos na filosofia ocidental: Platão e Aristóteles.

Os gregos preocuparam-se extremamente com a fundação de um governo justo, cujas ações fossem, de alguma forma, legitimadas pelo consentimento e não pela força. Mário Miranda Filho relata:

Os antigos distinguem quatro virtudes cardinais: coragem, moderação (*sofrosyne*, entendida como uma apropriada submissão dos apetites sensuais), justiça²² (significando respeito à lei e ao espírito público) e sabedoria, com ênfase nos aspectos práticos inclusive políticos, e uma ativa solidariedade para com os amigos e inferiores. (...) Com esta atitude (Sócrates) mostra que a virtude é o objetivo final que não pode ser visto como meio. Que ao contrário, tudo o mais, inclusive a vida e a liberdade, axiomas da filosofia moderna, devem se lhe submeter. Esta é também a razão profunda pela qual os antigos não deferiam o primeiro lugar, entre as constituições, ao governo popular, já que a liberdade que o caracteriza essencialmente pode ser entendida simplesmente como o direito de viver como se quer, ou seja, como licença e, no limite, recusa de qualquer forma de coerção. Mas a responsabilidade cívica²³ requer educação; e

²¹ BARKER, 1978. p. 43

²² Há uma distinção clássica em relação ao princípio de justiça. Em uma primeira acepção, cada qual recebe o que lhe é devido. E o que se lhe deve é duplo: é, de um lado, o que a comunidade está obrigada a distribuir a cada um em honras, riquezas, privilégios diversos em troca do que cada um traz (em virtude, em recursos) como contribuição para o objetivo moral comum. Em uma segunda forma de compreendê-la, significa a correção, a retificação pelo juiz, civil ou criminal, de qualquer ruptura de igualdade em detrimento de uma das partes numa transação. É também a reparação, por sentença dele emanada, de qualquer dano causado a um indivíduo. No primeiro caso, em que estão em causa as relações entre a comunidade e cada um de seus membros, fala Aristóteles de *justiça distributiva*; no segundo, que diz respeito à esfera das relações entre os cidadãos, fala de justiça *corretiva* ou *retificativa*. Temos aí os dois ramos da justiça particular (Aristóteles discute também se não cabe acrescentar um terceiro ramo, denominado justiça *comutativa*, que põe em jogo a troca dos serviços e o conceito de reciprocidade). A justiça distributiva é que mais interessa à política, no sentido de que cada forma de governo está ligada à escolha de um critério específico que determinará a distribuição justa e que será esta ou aquela espécie de *mérito*. Cf. CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político*. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 99-100.

²³ "Segundo a filosofia finalista (teleológica) de Aristóteles, o *Todo cívico* é, assim, não só alguma coisa a mais que a soma dos seus componentes, mas também lhes é anterior, porque estes encontram nele o seu fim (e, portanto, sua natureza) ao cabo do desenvolvimento". Cf. CHEVALLIER, 1982. p. 93.

esta por sua vez requer uma visão clara do que seja a excelência humana, a virtude²⁴.

Nesse contexto, Platão produziu uma das reflexões mais significativas para a história ocidental, pelas conseqüências teóricas e políticas deduzidas em *A República* e *As Leis*, duas obras monumentais pela capacidade de sistematização do espírito da *polis* grega.

Segundo Robert Nisbet, *A República*²⁵ foi o livro que, acima de todos os demais, teve o efeito de tornar o ideal da política, do poder político, dos laços políticos, da comunidade política, o mais influente de todos os tipos de comunidades existentes na filosofia ocidental. A linha intelectual desde Platão até os Estados democráticos e totalitários do século XX é clara e direta. Sejam quais forem as marcantes diferenças entre os dois tipos de Estado moderno, o que eles têm em comum é a ascendência do laço político sobre todos os outros na sociedade; do papel político sobre todos os papéis de família, religião, ocupação e lugar; do intelectual político sobre todos os outros intelectuais; da autoridade política sobre a de todas as autoridades sociais e culturais competitivas, e, finalmente, o oferecimento do Estado político como principal proteção do homem diante das incertezas, privações e misérias deste mundo. E deve-se a Platão, mais do que a qualquer outro filósofo ou intelectual, essa ascendência da política. Sua influência sobre todos os outros filósofos e intelectuais posteriores do Ocidente foi constante e penetrante.²⁶

Platão preocupou-se em fundar o exercício do poder para além da *doxa*, ou seja, em elementos mais seguros e estáveis (com caráter de universalidade) que as opiniões dos homens. Com isso, parte de uma epistemologia que serviria para colocar em novas bases a

²⁴ Cf. MIRANDA FILHO, Mário. *Politéia e virtude: as origens do pensamento republicano clássico*. In: QUIRINO, Célia Galvão; VOUGA, Cláudio; BRANDÃO, Gildo (Org.). *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998. p. 30.

²⁵ Mário Miranda Filho afirma que “primeiramente é preciso notar que *A República* é uma obra que leva aos extremos certas abstrações. Nela, a justiça é investigada e exposta como conceito, idéia. Para melhor apresentar a justiça assim concebida – que, portanto, não se confunde com nada que lhe seja semelhante no mundo sensível, da mesma forma que a idéia de igual tampouco se confunde com a semelhança existente entre, digamos, dois palitos de fósforo – para apresentar esta idéia, como dizíamos, é que Platão constrói uma cidade imaginária. Seu objetivo é o de dar a ver a idéia e não, é claro, exigir que a realizemos! Sua realização, diz-nos no Livro LIX é indiferente. Com isto queremos dizer que destacar *A República* como se ela fosse a expressão de seu projeto político ou de seu melhor regime possível é um despropósito que só serve para desqualificá-la. Não obstante é a visão mais divulgada acerca do filósofo: de acordo com esta visão o melhor regime para Platão seria o governo absoluto, autocrático do filósofo-rei. Assim, ele ao invés de ser referido como um dos fundadores do regime constitucional, surge não apenas como o reacionário adversário de qualquer forma de democracia, como também o precursor do totalitarismo contemporâneo, como, entre outros, nos asseveram em continuidade como uma já longa tradição que se inicia com B. Russel, K. Popper e Gerard Lebrun”. Cf. MIRANDA FILHO, 1998. p. 36-37.

questão de como se chega à verdade – influenciando toda a filosofia posterior – através da distinção entre mundo sensível e mundo das idéias, concluindo que no segundo se encontram os conceitos em sua forma perfeita, em seu estado puro. Com base nessa construção teórica, conclui que a *polis* deveria ser governada pelo indivíduo – o rei-filósofo – que alcançasse o conhecimento verdadeiro e que justificasse suas ações pela autoridade derivada da justiça produzida pelo acesso à razão²⁷.

É desse pressuposto que Platão deriva um de seus principais conceitos, que serviria de título à sua obra política por excelência e que Cícero traduziria como *res publica*: a *politeia*²⁸. A *politeia* não poderia ser confundida com nenhum dos regimes reais; em particular, não se confundiria com os dois regimes dominantes na Grécia Clássica, a oligarquia e a democracia. Toda *polis* é presidida por leis, as quais são a expressão do grupo hegemônico da cidade. Cada *polis* se caracteriza, portanto, pela qualidade de suas leis, ou seja, pelo seu regime político: este pode ser o regime da maioria ou de alguns apenas, ou seja, democracia ou oligarquia. O problema dos regimes concretos é que cada um deles, ao invés de contemplar a totalidade da *polis* é excludente: o povo exclui os oligarcas, e vice-versa. Ora, tais exclusões não condizem com o conceito de Estado ou *politeia*, que é, antes, includente, plural. Em *A República*, Sócrates assevera que esta é a única a merecer, a rigor, o nome de Estado, pois “às outras cidades é preciso dar-lhes denominações e significações mais amplas, porque cada cidade não é uma, mas muitas. [...] Pelo menos sempre há aí dois Estados que mutuamente guerreiam: o dos ricos e o dos pobres”.²⁹ Portanto, o Estado, a *politeia*, enuncia-se conceitualmente como essa totalidade onde diferentes tipos de homens, agrupados em classe, são levados a realizar, no interior de cada classe, o bem a que fazem jus por seu trabalho.³⁰ Para Platão, o que diferencia uma

²⁶ NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Tradução de Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: Editora da UnB, 1973. p. 115.

²⁷ PLATÃO. *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Livro VII.

²⁸ “De todos los diversos significados atribuibles a nuestra palabra constitución, el término griego politeia se corresponde a uno de los más antiguos. Significa sobre todo el Estado como es en la realidad. Es un término que comprende todas las innumerables características que determinan la naturaleza peculiar de un estado, incluyendo el conjunto de su estructura económica y social, así como lo referente a las cuestiones de su gobierno, em el sentido moderno más estricto em que hoy las entendemos. Se trata de un término puramente descriptivo, comprensivo en su significado de las mismas cosas que incluimos em la palabra constitución, cuando hablamos en términos generales de la constitución de un hombre o de la materia”. Cf. McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Tradução de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 45-46.

²⁹ PLATÃO, 1996, p. 422.

³⁰ MIRANDA FILHO, 1998. p. 36-37.

forma de Estado de outra não é sua aparência externa e, sim, o princípio íntimo inspirador de sua vida política e, especialmente, a presença ou ausência de justiça.

Aristóteles parte das bases culturais e espirituais que lhe são legadas por Platão ao sistematizar suas reflexões. É comum entre os dois autores, em primeiro lugar, a compreensão daquilo que hoje chamamos “constituição” como a estrutura jurídico-política real do Estado, e, em segundo, a preocupação em fundar o poder na virtude, entendida como sabedoria e justiça.

Ernst Barker afirma que

a Constituição é, para Aristóteles, o Estado; é não somente uma “composição de funções”, mas também “um modo de existir”. Mais do que uma estrutura legal, é um espírito moral, que representa a essência íntima e o significado vital do Estado³¹. Ao considerar o Estado, portanto, o investigador o aborda do ponto de vista ético: deve falar da ciência política não em termos de jurisprudência – como uma geração posterior, discípula de Roma, procurou fazer – mas com a linguagem da filosofia moral. Deve inquirir qual objetivo o Estado deve perseguir, e que método deve utilizar, coerentes com seu “modo de existir”. Não se pergunta se o poder político deve ser concentrado, ou distribuído; não se indaga sobre os direitos e a incidência dos tributos: o objeto do nosso conhecimento é a comunidade moral, e não a sociedade legal, e o objetivo é discutir os vários aspectos da vida ética dessa comunidade. A ciência política deve ser a ética de toda a sociedade, cuja consistência deriva de um propósito moral comum; ela deve determinar o que é o “bem” para a sociedade, qual a estrutura que vai assegurar a melhor maneira de alcançá-lo, as ações que melhor contribuirão para esse fim.³²

Aristóteles busca em seu texto descrever os elementos naturais constituintes do Estado diferenciando-os dos desejáveis. Estabelece em sua classificação dos regimes de governo (hoje compreendidos nessa forma estrita) os fatores componentes das

³¹ “Uma constituição é o ordenamento de uma cidade quanto às suas diversas funções de governo, principalmente a função mais importante de todas. O governo em toda parte detém o poder soberano sobre a cidade, e a constituição é o governo. [...] Uma vez que constituição significa o mesmo que governo, e o governo é o poder supremo em uma cidade, e o mando pode estar nas mãos de uma única pessoa, ou de poucas pessoas, ou a maioria, governam tendo em vista o bem comum, estas constituições devem ser forçosamente as corretas; ao contrário constituem desvios os casos em que o governo é exercido com vistas ao próprio interesse da única pessoa, ou das poucas pessoas, ou da maioria, pois ou se deve dizer que os cidadãos não participam do governo da cidade, ou é necessário que eles realmente participem”. (...) “... o melhor é muitas vezes inatingível, e, portanto, o verdadeiro legislador e estadista deve conhecer não somente a melhor constituição de maneira abstrata, mas também deve saber qual é a melhor em face de determinadas circunstâncias (...) A constituição é a ordenação das funções de governo nas cidades quanto à maneira de sua distribuição, e à definição do poder supremo nas mesmas e do objetivo de cada comunidade; as leis, porém, distinguem-se dos princípios da constituição, e regulam a forma do exercício do poder pelos altos funcionários e a maneira de eles impedirem que elas sejam descumpridas”. Cf. ARISTÓTELES, 1998. p. 89, 91, 121-122. Ver também ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Tradução de F.M. Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.

³² BARKER, 1978. p. 16-17.

constituições reais em suas diversas modalidades e as características desejáveis em suas formas virtuosas, sem fazer, necessariamente, juízo de valor sobre a melhor das modalidades a ser adotada³³.

Enfim, os gregos partiam da concepção do Estado como uma associação ética para a busca da virtude, implicando uma interpretação das relações entre Estado e indivíduo diferente da que temos hoje. Embora os gregos valorizassem o indivíduo pelo que ele representava para a comunidade, a verdade é que, no pensamento político grego, a noção de indivíduo não era preeminente e mal se chegou à concepção dos direitos individuais³⁴. Foi, talvez, justamente porque o indivíduo reconhecia sua influência na vida do conjunto que o obrigava que ele não procurou afirmar seus direitos em face daquele conjunto. Seguro do seu valor social, não precisava preocupar-se com sua pessoa individual. Por isso, o pensamento grego sempre postulou uma solidariedade – resultante do seu ponto de vista ético e da sua concepção do Estado como associação moral – que é estranha à maior parte do pensamento moderno. O indivíduo e o Estado de tal forma se uniam em seu propósito moral que este último podia exercer, e exercia, uma influência extraordinária sobre o primeiro. Tanto Platão quanto Aristóteles atribuem ao Estado a missão positiva em promover o bem. Os dois filósofos começam pelo conjunto e procuram determinar os meios pelos quais a vida e as finalidades desse conjunto podem influenciar o comportamento do indivíduo. Para o pensador moderno, a missão do Estado é negativa, sua função é remover obstáculos à vida moral, e não lhe aplicar estímulos. Nós começamos pelo indivíduo e não pelo conjunto que o abrange. Julgamos que o indivíduo possui

³³ “Adotando como critério o respeito à legalidade, Platão, no *Político*, enumerara três constituições ordenadas: monarquia, aristocracia, democracia moderada, e três constituições desordenadas: tirania, oligarquia e democracia extrema. Aristóteles na *Política*, retoma essa classificação sêxtupla, tendo por critério o interesse comum. São corretas ou normais as Constituições onde a autoridade soberana é exercida no interesse particular de quem a detém. Estando essa autoridade necessariamente nas mãos seja de um só, seja de um pequeno número, seja da massa dos cidadãos, distinguem-se três formas corretas: realeza, aristocracia, “politia” ou república temperada, e três formas desviadas: tirania, oligarquia, democracia. O governo de um só é, no sentido mais geral, monarquia. Exercido de forma desinteressada, no interesse comum é realeza. Exercido no interesse exclusivo do monarca é tirania. O governo de vários, de um pequeno número no interesse comum, exercido pelos melhores e segundo a virtude, é a aristocracia. Mas o governo de um pequeno número, exercido pelos ricos, pelas pessoas abastadas no interesse dos ricos, é oligarquia, forma incorreta, desviada, pervertida. O governo do grande número que visa ao interesse comum é politia (*politeia*, em sentido estrito). O governo do grande número, na prática dos pobres, dos que vivem com dificuldade, o qual tem em vista exclusivamente o interesse dos pobres é democracia, forma incorreta, desviada, pervertida. Dessa maneira, democracia, oligarquia, tirania, são três formas de governo, nenhuma das quais demonstra consideração pela utilidade comum.” Cf. CHEVALLIER, 1982. p. 115-116.

³⁴ Há um texto conhecido de Benjamin Constant denominado “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, em que o autor francês esclarece as diferenças na forma como os gregos e os homens modernos concebem o exercício da liberdade. Cf. CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. In: *Filosofia Política II*. Porto Alegre: LPM/Unicamp/UFRGS, 1985. p. 10-11/15-16.

direitos e esperamos que o Estado garanta estes direitos e assegure, assim, condições para o crescimento espontâneo do caráter individual. Não queremos que a ação do Estado introduza um excessivo automatismo na vida dos cidadãos. Nosso lema é: melhor uma boa ação espontânea, embora modesta, do que uma outra, mais importante, praticada obrigatoriamente.³⁵

Portanto, a solução filosófico-política para a questão da melhor sociedade³⁶ seria um governo baseado no único título inquestionável: a sabedoria. Ora, na ausência ou na impossibilidade do filósofo-rei, da sabedoria viva, a única solução consistente é a de um governo limitado por leis, leis sábias e conducentes à virtude. Mas que homens se incumbirão de implantar tais leis? Os melhores, os mais educados, os mais elevados cidadãos, os cavalheiros, representantes, no plano da sociedade civil, do virtuoso por excelência, o filósofo. Esses, graças a sua boa educação, estariam em condições de administrar as leis com equidade – *epieikes* (justa medida)³⁷.

Desse modo, o constitucionalismo grego do período clássico parece não ir além da comparação das formas políticas ou das leis, detendo-se na valoração ou na comparação meramente intelectuais. Pode-se assinalar que uma determinada comunidade política ou uma lei concreta são más, porém não se as normas têm ou não força para obrigar; pode-se, inclusive, chegar a dizer que tais normas não são verdadeiras leis, porém não que possam ser desobedecidas. A definição convencional de Estado não era uma definição jurídica, mas, sim, política, pois os antigos teóricos interessavam-se, antes de tudo, pelo estudo ético-político das relações entre o Estado e outras formas de associação humana, e não pela soberania, que ocupa um lugar tão importante em todos os debates modernos sobre as relações políticas. A idéia de constitucionalismo baseada na noção da lei, que prevaleceu de forma geral nesse período, corresponde à visão da Constituição no sentido primitivo de natureza ou composição de uma coisa. Uma idéia tal de lei pode permitir a alguém afirmar que uma norma completa é má, porém nunca que não é legítima. Desse modo, essa

³⁵ BARKER, 1978. p. 17-18.

³⁶ “Neste quadro, então, a solução pensada pelos antigos, de um governo constitucional limitado por leis e presidido pelos mais educados – ou um regime misto -, não merece o olvido a quem tem sido sistematicamente relegado pelos contemporâneos, sobretudo se pensarmos nos resultados a que chegamos, através das alternativas, à direita e à esquerda, em nosso século. Recordemos enfim, que a partir do século XVII, a engenharia institucional republicana, com seu sistema de divisão de poderes, do “checs and balances”, os modernos também procurarão assegurar aos “gentlemen-farmers” os postos de liderança da República. Certamente, isto se fez num quadro diverso daquele da Antigüidade: em particular, como se sabe, dois novos princípios, de enormes conseqüências, foram introduzidos: a idéia hobbesiana de igualdade natural de todos os homens e atribuição de soberania ao povo.” Cf. MIRANDA FILHO, 1998. p. 34.

concepção não possibilita a distinção que hoje estabelecemos entre uma disposição vinculante em razão de sua constitucionalidade e uma nula por sua inconstitucionalidade, o que equivale a dizer que a lei da Constituição, no pressuposto de que esta frase seja correta, não é coercitiva, e, sim, somente normativa, e que as constituições carecem de sanção em nosso sentido moderno³⁸.

No caso de os gregos pensarem em uma lei natural aplicável a um Estado particular, não entendiam por tal lei natural senão aquela parte das leis reais de um Estado que, de fato, eram idênticas às leis de todos os demais Estados; não pensavam em princípios fundamentais que haveriam de invalidar uma ordenação jurídica qualquer que os contradissesse. Em resumo, concebiam a lei em termos de Estado, não ao Estado em termos jurídicos, como invariavelmente faziam o homem romano e o medieval. Só após surgir a idéia de uma lei superior e mais velha, da qual procederiam as leis dos Estados particulares e as quais deveriam ser respeitadas por serem válidas, fez-se possível que a moderna concepção de constitucionalismo superasse a antiga³⁹.

1.2. Os romanos e a concepção jurídica do Estado

Em Roma encontramos uma experiência político-jurídica singular, apresentando semelhanças e diferenças cruciais em relação à dos gregos. Há, por um lado, a concepção da cidade enquanto espaço natural da sociabilidade e a sua importância na determinação do *status* do indivíduo, dentre outros fatores⁴⁰. Porém, articula-se na civilização romana aquela que é a maior das diferenças, a concepção jurídica do Estado em oposição à concepção política da esfera jurídica aceita pelos gregos.

³⁷ MIRANDA FILHO, 1998. p. 33.

³⁸ McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Tradução de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 55.

³⁹ Conforme McILWAIN, esta mudança, sem dúvida, foi produzida desde o momento em que Cícero pôde definir o Estado como um vínculo de direito (*vinculum iuris*), pois aqui, por direito, não se entende a lei do Estado mesmo, senão uma lei anterior, e isso tanto no tempo como na sanção. Disse expressamente em sua *República* que esta lei é tão antiga como a mente de Deus, existente muito antes de que houvesse Estado alguém no mundo. Porém, e o que é mais importante, afirma que nenhum Estado pode estabelecer alguma lei vinculante que revogue tal lei natural. Cf. McILWAIN, 1991. p. 55-57.

⁴⁰ Os autores a seguir apontam pistas importantes para a investigação da concepção jurídica dos romanos: BREONE, Mario. *História do direito romano*. Tradução de Isabel Teresa Santos. Lisboa: Editorial Estampa, 1990; CICCO, Cláudio de. *Direito, tradição e Modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993. p. 21-39; TIGAR, Michael E. e LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 23-35;

É clássica a explanação empreendida por Jean-Jacques Rousseau das *Lex* romanas⁴¹, nascidas de uma organização política que, superando o tribalismo étnico, unifica patrícios e camponeses sob uma rígida e sistemática composição. Após a uniformização das diversas classes em tribos, cúrias, decúrias e centúrias, estabeleceu-se, originalmente, a prática dos comícios no campo de Marte, na forma de verdadeiras assembleias constituintes. "Nenhuma lei era sancionada, nenhum magistrado era eleito fora dos comícios, e como não havia cidadão algum que não estivesse inscrito numa cúria, numa centúria ou numa tribo, nenhum cidadão ficava excluído do direito do sufrágio, e o povo romano era verdadeiramente soberano de direito e de fato".⁴²

Nesse cenário, progressivamente, ocorreu uma usurpação da soberania popular através do Senado, instituição criada por Rômulo para conter o entusiasmo e a paixão do povo, servindo como elemento de equilíbrio nas relações políticas. Assim, paulatinamente, as *Lex* romanas, nascidas e legitimadas pelo sufrágio popular, passaram a ser promulgadas pelos senadores. Em Roma, a fonte básica de toda a autoridade política era a definição de lei⁴³, que, conforme disse Gaio no século II, "é o que o povo ordena e estabelece". Na lista exaustiva das várias classes de atos normativos romanos assinalada por Gaio - e ele não tem absolutamente nada a dizer em relação à autoridade da lei não escrita ou costume -, a lei estava em primeiro lugar enquanto ato de todo o povo, e se definia que a autoridade das demais normas romanas dependia sempre de sua relação com a lei⁴⁴.

Em um segundo momento, as próprias decisões tomadas pelo imperador acabaram por se equiparar aos decretos do Senado. Como os decretos do Senado, as constituições do imperador tinham para Gaio o efeito da lei, sem se converterem elas mesmas em *leges*. Sem dúvida, de outro lado, depois do segundo século da era cristã, ninguém poderia duvidar da plena equivalência jurídica de uma Constituição imperial com uma lei, pois o imperador havia recebido este *imperium* - nada menos que a totalidade (*omne*) do *imperium* e da *potestas* do povo, segundo a expressão posterior das *Institutiones* de Justiniano -, existindo mais de uma dessas leis reais⁴⁵.

⁴¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1989. p. 119-134.

⁴² ROUSSEAU, 1989. p. 124.

⁴³ "Papiniano, considerado comumente o maior dos juristas romanos, expressou em uma frase: " Lex é o compromisso comum da República (*communis rei publicae sponsio*).". Cf. McILWAIN, 1991. p. 72.

⁴⁴ McILWAIN, 1991. p. 66.

⁴⁵ McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Tradução de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 67.

Assim, percebemos que os romanos definiam a legitimidade do exercício do poder político com base na autoridade derivada da lei. Essa concepção original do Estado, bem como o termo *constitutiones*, de alguma forma se aproxima da experiência moderna ocidental. O uso romano da palavra *constitutio*, porém, tinha um sentido bem diferente do moderno. Na evolução das fontes e das competências, foi gradativamente que o príncipe ou imperador assumiu o poder de emitir normas com valor de lei (*constitutiones*), pois estas têm por fundamento formal aquelas cláusulas singulares e amplíssimas com que ao príncipe, que possui condição de chefe militar, é conferida a potestade tribunícia. As *constitutiones* eram, portanto, normas provindas diretamente do poder do monarca, mas não atinentes a problemas genéricos da estrutura do Estado (aqueles que corresponderiam hoje a uma matéria constitucional). Eram normas referentes a recomendações administrativas, ou decisões remetidas a agentes especiais e a determinados grupos de pessoas, como no caso das *constitutiones ad Populum*.⁴⁶

Observando mais atentamente a elite dos juristas romanos, perceberemos que eles são fundamentais na edificação da tradição ocidental de intelectuais políticos. Na Idade Média⁴⁷, em grande parte com base no renovado estudo dos princípios do direito romano nas universidades, nasce e espalha-se por todas as partes do cenário feudal europeu uma classe de intelectuais que atua como conselheiros de príncipes e barões feudais, de lordes menos importantes e também de muitos papas e bispos da vasta e extensa, mas, apesar disso, centralizada Igreja cristã. A esse tipo de intelectuais políticos medievais, formados, em sua maior parte, nos princípios da filosofia do direito, criada pelos romanos durante a época do Império, cabe uma grande parte da responsabilidade pela realização de mudanças no governo, na economia, na Igreja e no Exército, através das quais o sistema medieval acabou sendo destruído - resultando o nacionalismo, o capitalismo e uma cristandade dividida⁴⁸.

1.3. A síntese histórica: a Europa romano-germânica

⁴⁶ SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 14-15.

⁴⁷ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 97-127.

⁴⁸ NISBET, 1973. p. 127.

Na historiografia ocidental, a Idade Média, ou seja, o período temporal que se estendeu entre os fatos que serviram de sinalização para o fim da Idade Antiga e o início da Modernidade, compreende um conjunto amplo de fatores não suficientemente examinados, em virtude de duas questões centrais: a primeira, de cunho objetivo, derivada da dificuldade de reconstituição fática da história da formação do Ocidente, verificada na fragmentação, na ausência e na destruição das fontes que servem de base à historiografia; a segunda, sustentada na visão dos filósofos racionalistas que impingiram ao período citado a alcunha de “Idade das Trevas”, como uma construção teórica *a posteriori*, cujo objetivo, de alguma forma, corresponde à necessidade de reconstruir no imaginário dos cidadãos dos séculos XVII e XVIII a antítese às luzes então disseminadas pelas novas concepções metafísicas e pelas revoluções científicas e tecnológicas delas derivadas.

Nesse sentido, reconstruir o período histórico, sua base econômica, a pluralidade de formas culturais, sociais e jurídicas, expressa uma dificuldade cuja empreitada há muito aguça o espírito investigativo de pesquisadores europeus. A própria terminologia acerca do período, como já referido, expressa uma concepção civilizatória moderna, que desloca ou retém os acontecimentos, angustiada entre o esplendor de uma era que constitui uma espécie de início mítico da historiografia - personificado nas civilizações helênica e romana - e as transformações promovidas pelo início do capitalismo. O mosaico europeu fruto do desmantelamento do Império Romano é, portanto, o elemento inicial de qualquer análise a respeito do período e de suas estruturas jurídicas.

Afinal, ao cruzarem o Reno congelado em direção ao sul em 406 d. C., os invasores bárbaros promoveram o grande choque entre duas perspectivas européias distintas, que produziram a síntese que iria caracterizar o período posterior: de um lado, as tribos germânicas, nômades, com sua estrutura social e política significativamente rudimentar, chocando-se com uma cultura sofisticada em função de sua complexidade interna - organização militar, econômica, jurídica e política. O império, já com sinais evidentes de decadência, centralizado e civilizador, é atacado por povos com uma perspectiva descentrada, não universalista e pragmática.

Segundo Perry Anderson, entretanto, nessa primeira grande onda de invasões, as tribos germânicas que iriam esfacelar o Império Ocidental não foram capazes de, por si sós, trazer um novo universo político e coerente em substituição a ele. A diferença de nível entre as duas civilizações era enorme, de modo que seria necessário uma série de

comportas artificiais para reuni-las. Os povos bárbaros da primeira série de invasões tribais, apesar da sua diferenciação social progressiva, constituíam-se, ainda, de comunidades primitivas extremamente incipientes quando penetraram pelo ocidente romano. Nenhum jamais conhecera um Estado territorial duradouro; todos tinham religiões pagãs ancestrais; a maioria não tinha linguagem escrita; poucos possuíam qualquer sistema de propriedade articulado e estabilizado⁴⁹.

Foi a onda seguinte de invasões germânicas que determinou profundamente, e de maneira permanente, o último mapa do feudalismo ocidental. Os três episódios principais desta segunda fase bárbara foram: a conquista franca da Gália, a ocupação anglo-saxônica da Inglaterra e - um século depois, à sua maneira - o assalto lombardo à Itália. O caráter dessas migrações diferia daquele da primeira onda e, possivelmente daí em diante, sua escala também. Em cada caso, eles representavam uma expansão comparativamente modesta e sempre adiante de um ponto de partida geográfico adjacente. Os francos habitavam a Bélgica contemporânea antes de partirem para o sul em direção à Gália do Norte, os anglos e os saxões localizavam-se nas costas do norte da Alemanha, em frente à Inglaterra; os lombardos concentravam-se na Baixa Áustria antes de invadirem a Itália⁵⁰.

As migrações francas e anglo-saxônicas eram movimentos estáveis de colonização armada em regiões onde efetivamente existia um vácuo político primordial. A Gália setentrional era o posto avançado do último exército de campo romano solitário, sessenta anos depois que o sistema imperial entrara em colapso por todo o Ocidente. O domínio romano na Bretanha jamais fora desafiado em batalha; havia expirado silenciosamente, uma vez que sua corda salva-vidas para o continente se fora e o interior havia caído sob chefias célticas moleculares mais uma vez. A profundidade desta segunda onda de migrações pode ser medida pelas alterações lingüísticas que promoveram. A Inglaterra foi germanizada em bloco, tanto quanto foi estendida a colonização anglo-saxônica às margens célticas da ilha, sequer proporcionando um acréscimo de vocabulário à fala dos conquistadores. É esse indício de fortíssima romanização da província mais setentrional do Império, que manifestamente jamais afetou a massa da população. A sedimentação cultural

⁴⁹ ANDERSON, Perry. *Passagens da Antigüidade ao feudalismo*. Tradução de Beatriz Sidou. 5.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 105.

⁵⁰ ANDERSON, 1995. p. 116.

da segunda onda de conquistas foi, portanto, muito mais profunda e mais duradoura que a primeira.⁵¹

Um lento processo de fusão, integrando elementos germânicos e romanos numa nova síntese que haveria de substituí-los, começou a ocorrer gradualmente: o feudalismo. A catastrófica colisão dos dois modos anteriores de produção em dissolução – o primitivo e o antigo – produziu a ordem feudal que se disseminou por toda a Europa medieval. Já estava evidente para os pensadores do Renascimento, quando esta gênese foi debatida pela primeira vez, que o feudalismo ocidental era resultado específico de uma fusão dos legados romano e germânico⁵².

Portanto, a busca das origens históricas de instituições feudais específicas muitas vezes parece ser tarefa complexa, dada a ambigüidade das fontes e o paralelismo de desenvolvimentos nos dois sistemas sociais antecedentes. Assim, a vassalagem, por exemplo, pode ter tido suas principais raízes tanto no *comitatus* germânico quanto na clientela galo-romana: as duas formas de corte aristocrática que existiram em cada lado do Reno bem antes do fim do Império, ambas tendo contribuído para o surgimento definitivo do sistema de vassalagem. O domínio, que no devido tempo se fundiu para formar o feudo, pode ser traçado a partir das últimas práticas eclesiásticas romanas e das distribuições tribais germânicas de terras. O *manor*, por outro lado, certamente é derivado do *fundus ou villa* galo-romanos, que não tinham equivalente bárbaro: imensas propriedades auto-suficientes e cultivadas por colonos, que entregavam a produção em espécie a grandes proprietários, esboço claro de uma economia senhorial.

Os enclaves comunais da aldeia medieval, de sua parte, eram basicamente uma herança germânica, sobrevivente dos sistemas rurais originais da floresta após a evolução do campesinato bárbaro do regime alodial para o de rendeiros dependentes. A própria servidão, provavelmente, descende tanto do clássico estatuto do *colonus* como da lenta degradação de camponeses germânicos livres por recomendação meio coercitiva a guerreiros de clãs. O sistema legal e constitucional desenvolvido na Idade Média era híbrido da mesma forma. Uma justiça de caráter realmente popular e uma tradição de obrigações formalmente recíprocas entre governantes e governados numa comunidade tribal pública deixaram marca muito difundida nas estruturas jurídicas do feudalismo,

⁵¹ ANDERSON, 1995. p. 117.

⁵² ANDERSON, 1995. p. 122.

mesmo quando as cortes populares não sobreviveram, como aconteceu na França. O sistema de propriedades que surgiu mais tarde nas monarquias feudais deveu muito a este último, em particular. Por outro lado, o legado romano de uma lei codificada e escrita foi também de importância central para a síntese jurídica específica da Idade Média; a herança conciliar da Igreja Cristã clássica foi também, sem dúvida, decisiva para o desenvolvimento do sistema de propriedade. No auge da forma de governo medieval, a instituição da própria monarquia feudal representou, inicialmente, um amálgama mutável do líder de guerra germânico, semi-eletivo e com funções seculares rudimentares, e o governante imperial romano, que era um autocrata sagrado de ilimitados poderes e responsabilidades⁵³.

No final da Antiguidade, a Igreja Cristã contribuiria, indubitavelmente, para o enfraquecimento dos poderes de resistência do sistema romano imperial, o que conseguiu não desmoralizando doutrinas ou valores extramundanos, como acreditavam os historiadores do Iluminismo, mas por seu absoluto peso temporal. O vasto aparato clerical que a instituição desenvolveu no último Império foi uma das principais razões da sobrecarga parasítica que exauriu a economia e a sociedade romana. Foi ainda agregada uma segunda superburocracia ao já opressivo ônus do Estado secular. Por volta do século VI, os bispos e o clero no Império remanescente eram em muito maior número que os agentes administrativos e funcionários do Estado e recebiam salários consideravelmente mais altos. A carga intolerável deste edifício desequilibrado foi uma determinante central do colapso do Império⁵⁴.

Ainda assim, a Igreja foi também o terreno movediço dos primeiros sintomas da libertação da técnica e cultura a partir dos limites de um mundo construído sobre a escravidão. As realizações extraordinárias da civilização greco-romana haviam sido propriedade de um pequeno estrato governante, inteiramente divorciado da produção. Ao mesmo tempo, a Igreja, sem a menor dúvida, também foi diretamente responsável por uma outra formidável transformação silenciosa nos últimos séculos do Império. A própria vulgarização e corrupção da cultura clássica era, na verdade, parte de um gigantesco processo de assimilação e adaptação dessa cultura por uma população mais vasta, que iria arruiná-la e salvaguardá-la no colapso de sua infra-estrutura tradicional. A mais impressionante manifestação dessa transmissão foi ainda, outra vez, a da linguagem. Até o

⁵³ ANDERSON, 1995. p. 125-126.

século III, os camponeses da Gália e da Espanha falavam suas próprias línguas célticas, impermeáveis à cultura da classe governante clássica: qualquer conquista germânica dessas províncias a esta altura teria conseqüências incalculáveis para a história da Europa mais tarde. Com a cristianização do Império, os bispos e o clero das províncias ocidentais, assumindo a conversão da massa da população rural, latinizaram permanentemente sua fala durante os séculos IV e V. As línguas romanas foram o efeito dessa popularização, um dos elos sociais mais essenciais da continuidade entre a Antigüidade e a Idade Média⁵⁵.

1.4. A *lex fundamentalis* e o direito natural

O constitucionalismo moderno, tendo como pano de fundo o longo processo de sincretismo cultural apresentado, estrutura-se em torno do histórico da defesa de direitos fundamentais, compreendidos como um núcleo de moralidade capaz de oferecer barreiras éticas ao exercício do poder. Ora, os direitos fundamentais da pessoa humana, a sua dignidade singular, toda a ordem social exigem um fundamento moral e ético. A ética é passagem obrigatória de todo o humanismo. Mas esta, segundo o pensamento clássico, só tem um sentido racional na perspectiva metafísica da causalidade final, por onde se remonta até Deus como princípio primeiro da normatividade. Foi nessa linha que a Patrística, recolhendo a herança do estoicismo e dos juristas romanos e repensando-os à luz da revelação cristã, legou aos estudiosos da Idade Média o jusnaturalismo, como fundamento das leis positivas.⁵⁶

O estoicismo, fruto da escola criada por Zenão no fim do século IV a.C., afirma, da mesma forma que os epicuristas, que a meta da vida humana é a obtenção da felicidade, a qual se persegue vivendo “segundo a natureza”. Viver “conforme a natureza” significa, pois, viver realizando plenamente essa apropriação ou conciliação do próprio ser e do que o conserva e ativa. Em particular, posto que o homem não é simplesmente ser vivente, mas é ser racional, o viver “segundo a natureza” será um viver “conciliando-se” com o próprio ser racional, conservando-o e atualizando-o plenamente. As ações humanas realizadas em tudo e por tudo segundo o logos chamam-se “ações moralmente perfeitas”; as contrárias são “ações viciosas ou erros morais”. Mas, entre as primeiras e as segundas, há todo um feixe de ações relacionadas com os “indiferentes”. Quando essas ações forem realizadas

⁵⁴ ANDERSON, 1995. p. 127.

⁵⁵ ANDERSON, 1995. p. 130-131.

“conforme a natureza”, vale dizer, de modo racionalmente correto, terão uma plena justificação moral, chamando-se, assim, “ações convenientes” ou “deveres”. A maior parte dos homens, que é incapaz de ações “moralmente perfeitas” (porque, para cumpri-las, é necessário adquirir a ciência perfeita do filósofo, já que a virtude, como aperfeiçoamento de racionalidade humana, só pode ser ciência, como queria Sócrates), é, no entanto, capaz de ações convenientes, ou seja, é capaz de absorver “deveres”. O que as leis mandam (as quais, para os estóicos, longe de serem convenções, são expressões da lei eterna que provém do *Logos* eterno) são “deveres”, que, no sábio, graças à perfeita disposição do seu espírito, tornam-se verdadeiras e exatas ações morais perfeitas, ao passo que, no homem comum, permanecem só no nível das ações convenientes. Tais postulados estóicos seriam rearticulados por Cícero e incorporados posteriormente à tradição cristã de S. Agostinho e São Tomás.⁵⁷

A Alta Idade Média teve a fase mais representativa de seus fundamentos filosóficos no período conhecido como Patrística⁵⁸, que se estendeu do século II ao século VI. Possivelmente, o mais destacado pensador cristão da Patrística e de toda a primeira fase da Idade Média foi Santo Agostinho⁵⁹. Porém, foi São Tomás de Aquino quem melhor desenvolveu o conceito que contribuiria para a concepção jusnaturalista do início da Modernidade. Para São Tomás, o homem é natureza racional, isto é, um ser capaz de conhecer: “*Ratio est potissima hominis natura.*” Na vida terrena, o intelecto só conhece o bem e o mal de coisas e ações que não são Deus. Assim, a vontade é livre para querê-los ou não querê-los. Esse é o sentido da *ratio causa libertatis*: o homem é marcado pela

⁵⁶ PIZZORNI, R. Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d’Aquino. Roma, 1985. p. 5-26.

⁵⁷ REALE, ANTISERI, 1990. p. 261-264.

⁵⁸ A Patrística expressa o momento em que os padres apologistas, conhecedores do pensamento antigo, mas voltados para um modo santo de viver, uma postura intelectual ortodoxa e uma incorporação rígida à tutela da Igreja, buscam desenvolver, sistematicamente, uma doutrina apologética (com implicações na sociedade, na política, no direito e na ética) que sirva de fundamento filosófico à teologia, procurando criar novas verdades para a religião cristã, impondo e explicando dogmas que regulamentam e institucionalizam a fé católica. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *O pensamento político medieval: Santo Agostinho e São Tomás de Aquino*. Crítica Jurídica, Curitiba, v. 1, n. 19, p. 16, 2002.

⁵⁹ Sua obra reproduz uma síntese admirável da cultura clássica antiga com o legado judaico-cristão através da interpretação pauliniana. Além disso, na sua juventude, antes de sua conversão ao cristianismo (relatada em suas Confissões), recebeu influências do neoplatonismo (Plotino), do ceticismo e do maniqueísmo, revelando-se, ao longo de sua vasta produção (acima de 200 cartas, mais de 500 sermões e 113 tratados), um profundo e eloqüente filósofo-teólogo. A filosofia de Platão e os ensinamentos de São Paulo foram decisivos para a estruturação filosófica de sua doutrina teológica. Suas principais idéias tornaram-se repositório inesgotável que serviu de orientação filosófica e espiritual para todo o pensamento cristão (doutrinas da predestinação e da salvação), quer entre pensadores católicos, quer entre autores protestantes. Seus trabalhos mais conhecidos e de forte presença em todo o pensamento medieval foram *As confissões* e *A cidade de Deus*. Cf. WOLKMER, 2002. p. 18.

possibilidade de, pelo livre arbítrio, garantido pela sua capacidade de conhecer, fazer escolhas⁶⁰.

São Tomás iria distinguir três tipos de leis: a *lex aeterna*, a *lex naturalis* e a *lex humana*. Acima delas estaria a *lex divina*, ou seja, a lei revelada por Deus. A *lex aeterna* é o plano racional de Deus, a ordem do universo inteiro, através da qual a sabedoria divina dirige todas as coisas para o seu fim. Entretanto, há uma parte dessa lei eterna da qual, como natureza racional, o homem é partícipe. E tal *participatio legis aeternae in rationali creatura* se chama lei natural. Em suma, como seres racionais, os homens conhecem a lei natural, cujo núcleo essencial está no preceito de que “deve-se fazer o bem e evitar o mal”⁶¹. Estreitamente ligada à *lex naturalis*, Tomás coloca a *lex humana*. Trata-se da lei jurídica, isto é, o direito positivo, a lei feita pelo homem. E os homens, que são sociáveis por natureza, fazem as leis jurídicas para dissuadir os indivíduos do mal. E como toda lei é *aliquid pertinens ad rationem*, a *lex humana* é a ordem promulgada pela coletividade ou por quem tem a responsabilidade pela comunidade tendo em vista o bem comum. Entretanto, as leis feitas pelo homem baseiam-se na lei natural. Com efeito, na opinião de São Tomás, a lei humana deriva da lei natural de dois modos: por dedução, isto é, *per modum conclusionum*, ou por especificação de normas mais gerais, isto é, *per modum determinationis*. No primeiro caso, temos o *jus gentium*; no segundo, o *jus civile*. Se a derivação da lei natural⁶² é essencial para a lei humana, é evidente que, quando uma lei humana contradiz a lei natural, não existe como lei. Essa é a razão pela qual a lei deve ser justa. A exemplo de Agostinho, também para Tomás, “não parece que possa haver lei se

⁶⁰ REALE, ANTISERI, 1990. p. 566.

⁶¹ REALE, ANTISERI, 1990. p. 567.

⁶² “Há, pois, uma “lei natural”, que está na razão do homem que já tem o uso do livre-arbítrio, escrita naturalmente no seu coração (*naturaliter in corde conscripta*), a qual nos sugere de não fazer aos outros o que não queremos que seja feito a nós mesmo; com base nesta lei todos são transgressores, também os que não receberam a lei dada por Moisés”. Cf. AGOSTINHO apud RAMOS, Manfredo Tomás. *Ética e direito em Agostinho (Um ensaio sobre a ‘lei temporal’)*. *Síntese Nova Fase*, São Paulo, v.1, n. 80, p.107-132, jan./mar. 1998.

ela não for justa”. Para este, a lei humana é moralmente válida quando deriva da lei natural⁶³.

1.5. O soberano e a concessão de prerrogativas

A Alta Idade Média⁶⁴ viveu sob a crença universalista de que a cristandade formava uma só comunidade e que esta, sendo já potencialmente universal, estava destinada a sê-lo em ato, isto é, a coincidir efetivamente com a totalidade do gênero humano, uma vez que fosse aniquilado o paganismo. A cristandade, conquanto única, era governada por dois poderes, cada qual universal em sua ordem: o poder espiritual, cujo titular era o papa, e o poder temporal, cujo titular era o imperador⁶⁵. Entretanto, nessa estrutura universalista, a Alta Idade Média continha uma infra-estrutura não apenas particularista, mas localista, pois acontecia que a vida real do homem se movia em espaços e horizontes bem restritos. A consequência política dessa situação foi que, se, por um lado, se reconhecia o Império – como institucionalização da idéia universalista –, por outro, os povos se organizaram sob a

⁶³ “Existem, no entanto, algumas notas que permitem identificar, no termo direito natural, um paradigma de pensamento. Entre estas notas, que determinam o que uma doutrina do Direito Natural normalmente considera merecedor de estudo, podem ser destacadas: a) a idéia de imutabilidade – que presume princípios que, por uma razão ou outra escapam à história e, por isso, podem ser vistos intemporais; b) a idéia de universalidade destes princípios metatemporais, “*diffusa in omnis*” nas palavras de Cícero; c) e aos quais os homens têm acesso através da razão, da intuição ou da revelação. Por isso, os princípios do direito natural são dados e não postos por convenção. Daí, d) a idéia de que a função primordial do Direito não é comandar, mas sim qualificar como boa e justa ou má e injusta uma conduta, pois, para retomar o texto clássico de Cícero, “*vera lex*” – “*ratio naturae congruens*” – por estar difundida entre todos, por ser “*constans*” e “*sempiterna*”. Essa qualificação promove uma contínua vinculação e norma e valor e, portanto, uma permanente aproximação entre direito e moral” Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 36.

⁶⁴ Para uma leitura mais atenta, verificar CROSSMAN, R.H.S. *Biografia del Estado moderno*. México: Fondo del Cultura Económica, 1986. p. 17-49; SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996; MOORE JÚNIOR, Barrington. *As origens sociais da ditadura e da democracia: senhores e camponeses na construção do mundo moderno*. Tradução de Maria Ludovina F. Couto. Lisboa: Edições Cosmos, 1975; TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno: elementos para um estudo histórico-conceitual das formas fundamentais de representação política no Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

⁶⁵ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Frederico II de Suábia e o nascimento do Estado moderno*. Tradução de Amílcar de Castro. Belo Horizonte/ Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961. p. 15.

dispersão de poderes, característica do feudalismo⁶⁶, como forma política condizente com o localismo da época. Entre esses dois pólos contraditórios moveu-se a idéia de reino, tenazmente defendida pelos reis⁶⁷, diante das pretensões do Império e em face das apropriações de poderes pelos senhores e corporações. Tal idéia, em passo lento, porém seguro, e paralelamente às transformações sociais e econômicas produzidas no decorrer do tempo, entre as quais se destacam a formação das cidades e o movimento de libertação dos servos da gleba, foi superando as forças desagregadoras e formando certas unidades políticas destinadas a converter-se em soberanas no decorrer dos séculos.

Por diversos modos (guerras, matrimônio, usurpações, interpretações e sutilezas jurídicas), os reis foram estendendo e consolidando seu poder, entrando, por conseguinte, em colisão com os interesses, direitos e prerrogativas dos senhores feudais e das corporações eclesiásticas e leigas (cidades e territórios privilegiados). Como qualquer daqueles subjugados pela nova política fosse mais débil que o rei, tenderam todos a se associar para enfrentá-lo com possibilidade de êxito, surgindo, desse modo, as confrarias nobiliárias, eclesiásticas e cidadinas. Essas, quando triunfantes em sua resistência, obtiveram do rei uma *Carta*, que, além dos privilégios e prerrogativas de cada um dos componentes da confraria, lhes reconhecia outros comuns a todo o grupo, e assim

⁶⁶ “Até o século XIII, os povos europeus haviam vivido sob o feudalismo, dando-se a esta palavra sentido amplo, isto é, mais como forma de organização sócio-política, do que de organização jurídico-política. Tal forma política era dominada por duas idéias contraditórias; de um lado pela de unidade do reino, na qual se preconcebia a futura idéia do Estado, encarnada pelo rei; e de outro lado pela idéia pluralista e desintegradora, representada pelos senhores e pelas corporações feudais. [...] Entendemos por feudalismo, em sentido amplo, ou sócio-político, uma constituição caracterizada pelas seguintes notas: a) pela articulação empírica, imperfeita e desordenada de uma pluralidade de unidades políticas, em uma unidade de estrutura frouxa e, portanto, fracamente consolidada; b) pela ruptura da relação direta de submissão do conjunto do povo ao rei, de modo que somente alguns direitos e poucos súditos ficam à sua disposição imediata, por conseguinte; c) pela interposição, entre o centro e a base do poder político, de uma pluralidade de poderes mediatos exercidos não como competência derivada de uma ordem jurídica objetiva, mas a título próprio e patrimonialmente disponíveis; d) pela imunidade dos poderes particulares diante do poder do rei, cujos funcionários não podem exercer jurisdição, nem arrecadas impostos, nem penetrar no território livre da autoridade real; e) pelo predomínio da vinculação política pessoal sobre a institucional; f) pela adaptação da organização política à constelação de poderes de fato, e às circunstâncias concretas de pessoas e lugares, em vez da organização objetiva funcional que caracteriza o Estado moderno”. Cf. GARCIA-PELAYO, 1961. p. 98-99.

⁶⁷ Segundo Manuel García-Pelayo, Frederico II da Suábia (1194-1250) pode ser considerado o fundador da primeira monarquia absoluta do Ocidente, cujo código – *Liber Augustalis* ou constituições de Mélfí – é o registro de nascimento da burocracia moderna, rompendo a concepção universalista do Sagrado Império Romano-Germânico. Cf. GARCIA-PELAYO, 1961. p. 11-34.

nasceram jurídica e formalmente os *estamentos*⁶⁸. Posteriormente, constituiu-se a unidade destes estamentos – clero, nobreza e Estado livre – em aliança intensa, ou *corpus*, a que se deu o nome de *regnum*, que se opunha ao rei e lhe negava cooperação militar ou financeira para qualquer empreendimento exterior, obediência a qualquer modificação na ordem jurídica existente e submissão ao pagamento de qualquer novo imposto, se os seus representantes não houvessem sido previamente consultados e respondido afirmativamente sobre a conveniência e o conteúdo de tais medidas⁶⁹. Tais eram os dois princípios expressivos da nova atitude política, que deu lugar à substituição da ordenação feudal pela constituição estamental, conforme a qual o poder político se exercia por uma dualidade formada pelo rei, de um lado, e pelo *regnum* (isto é, pelo conjunto de estamentos privilegiados, reunidos em cortes, parlamentos e dietas), do outro, de tal modo que nada decidido no campo político, jurídico ou fiscal tinha validade se não fosse estabelecido conjuntamente pelo rei e pelas referidas cortes ou parlamentos.

É no contexto dessa evolução histórica que deve ser apreciada a importância dos documentos históricos do constitucionalismo, cuja característica essencial consistia na forma de promessa unilateral feita pelo rei, através da qual, na verdade, se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais⁷⁰. Não se tratava de delegações de poderes reais, mas, sim, do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam, portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas. Dentre esses documentos da história do constitucionalismo destacam-se a *Magna Carta*⁷¹, que, editada em 1215, foi um malogro completo. Seu objetivo era assegurar a paz, porém provocou a guerra; visava consolidar em lei o direito costumeiro, mas acabou suscitando o dissenso

⁶⁸ Que se entende, então, por “estado” - em alemão, *stand*; em francês, *estat*; em inglês, *estate*; em latim, *status*? É o conjunto das pessoas que gozam, em virtude da comum condição em que se encontram, da mesma posição no que diz respeito aos direitos e aos deveres políticos; que, pelo fato de gozarem conjuntamente dessa posição, elaboram e praticam formas de gestão da sua posição que são precisamente comunitárias ou pelo menos, representativas. Cf. SCHIERA, Pierangelo. Sociedade “de estados”, “de ordens” ou “corporativa”. In: HESPANHA, Antonio Manuel. *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 147.

⁶⁹ “*Nihil novi sine nobis*, nada de novo sem nós, e *quod omnes tangit ab omnibus comprobari debet*, o que a todos atinge deve ser tratado e aprovado por todos.” Cf. GARCIA-PELAYO, 1961. p. 27.

⁷⁰ HESPANHA, António Manuel. *Vísperas del Leviatán: instituciones y poder político* (Portugal, siglo XVII). Madrid: Taurus, 1989. p. 242-281.

social; tinha uma vigência predeterminada para apenas três meses, contudo, mesmo dentro desse período limitado de tempo, muitas de suas disposições não chegaram a ser executadas. No entanto, a *Magna Carta* foi reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, tornando-se, a partir desta última data, direito permanente. A Lei de *Habeas Corpus*, de 1679, cuja denominação oficial foi uma “lei para melhor garantir a liberdade do súdito e da prevenção das prisões no ultramar”, veio corrigir esse defeito e confirmar no povo inglês a verdade do brocardo *remedies precede rights*, isto é, são as garantias processuais que criam os direitos⁷² e não o contrário. E por último, o *Bill of Rights*, de 1689, que embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, criou, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma “garantia institucional”, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.

Tais documentos contribuíram para o processo de racionalização do exercício do poder na medida em que deixaram implícita a idéia, pela primeira vez na história política medieval, de que o rei se acha naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. Tal mudança de percepção, juntamente com o debate protagonizado pelos contratualistas, deslocou profundamente no período seguinte a sede das decisões que vinculam a comunidade, como veremos a seguir.

⁷¹ Redigida em latim bárbaro, a *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem-Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 67.

1.6. A formação do Estado Moderno e o constitucionalismo

O Estado-Nação como o conhecemos no século XX, na sua condição de elemento político centralizado, hierarquizado e burocraticamente organizado, instância de mediação política e jurídica, é fruto de uma série de transformações políticas e econômicas que se iniciaram na Alta Idade Média e, fundamentalmente, dos acontecimentos do século XVI. É consequência da dissolução do feudalismo e das mudanças na Europa pós-Renascimento, quando a ciência e a técnica possibilitaram, de algum modo, que novas forças econômicas surgissem no cenário europeu, através da descoberta de novos mercados e fontes de riqueza (Espanha, Portugal, Holanda e Inglaterra encontraram novas rotas comerciais); o incremento e desenvolvimento das finanças internacionais, que financiariam e colheriam os frutos das expedições marítimas; uma completa revolução nos métodos de cultivo da terra, que ensejaria uma mudança de concepção em relação à propriedade da mesma, a qual passaria a ser um objeto de transação econômica, e a profunda revolução do pensamento praticada pela Reforma Protestante, através de Martin Lutero, que recolocaria a questão da legitimidade em outros patamares.

Poderíamos, entretanto, afirmar que, do ponto de vista doutrinário, o Estado Moderno foi gestado em um contexto definido do século XVII, quando a Inglaterra e a Europa estavam imersas em guerras religiosas, fundamentalmente desencadeadas a partir

⁷² “A expressão constitucional law, porém, é recente na Inglaterra. Em seus célebres *Comentários sobre a “common law”*, publicados em 1765-69, Blackstone ignora essa rubrica. A Inglaterra nunca teve uma constituição formal, enunciando solenemente os princípios sobre os quais estava fundado seu governo. Na ausência de tal documento, ficamos embaraçados para dizer o que depende e o que não depende da ordem constitucional. A própria noção de constituição é para os ingleses muito imprecisa, como era para nós na França antiga. Na falta de um critério formal, os ingleses só descobrem o conteúdo de sua constituição pela comparação, considerando as matérias que, nos outros países, são regidas pela Constituição. Essa observação não é uma simples frase de efeito: na verdade, foi Montesquieu que ensinou aos ingleses que eles tinham uma Constituição. [...] No entanto, fala-se, na Inglaterra, atualmente, de constitutional law. O que se entende por essa expressão? Partindo da idéia de que o direito, na Inglaterra, é íntima e irredutivelmente ligado à idéia de contencioso judiciário e de regras processuais, é fácil conceber seu significado: o direito constitucional inglês estuda os meios pelos quais é possível impor aos governantes e à administração, por vias judiciárias, o respeito ao direito. Ele compreende, conseqüentemente, o estudo da maneira como são protegidas as liberdades públicas, bem como o da maneira como é realizado o controle da legalidade dos atos administrativos”. Cf. DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 73-75.

da Reforma Protestante⁷³, opondo católicos e puritanos/protestantes, e em disputas entre o rei e o Parlamento acerca da cobrança de impostos. Particularmente na Inglaterra, com a dinastia Tudor, especialmente a partir de Henrique VIII, havia a monarquia absolutista, com o governo político mais centralizado da Europa. Apesar de haver nesse país um governo centralizador, persistiam as características básicas da sociedade medieval: uma pluralidade de agrupamentos sociais (corporações, universidades, mosteiros, igreja, aristocracia) competitivos entre si e cada qual dispendo de privilégios conquistados ao longo dos séculos .

Foi nesse ambiente que Hobbes (1588-1679) lançou sua teoria do estado de natureza, do contrato social e do soberano, através da obra *O Leviatã*. Em suas proposições sustenta que há a necessidade de justificar e legitimar o poder político como elemento essencial à garantia da paz: os homens vivem no estado de natureza, no qual a utilidade é a medida do direito, buscam o prazer, a conquista dos seus interesses, a conquista do poder, havendo um clima permanente de tensão, de lutas, pois, sendo todos os homens naturalmente iguais (essa universalidade baseia-se no desejo de autopreservação), buscariam os meios para sua conservação. Nesse sentido, para que haja paz e um ambiente no qual todos possam desenvolver seus objetivos, é necessário um contrato social, um pacto social, uma sociedade civil que garanta artificialmente as regras mínimas para regular as relações entre os homens. Hobbes avança em sua proposição ao afirmar que, para haver garantia de que as regras sejam seguidas por todos, há a necessidade de que cada homem submeta a sua própria vontade à vontade de um único homem ou à de uma assembléia geral determinada – o soberano -, a qual passaria a ser a única fonte legisladora e julgadora, tendo em suas mãos todos os poderes para executar as regras estabelecidas. Com isso, acredita que o rei poderá sufocar os conflitos religiosos, pois, sendo a única fonte do poder político legitimada pelo contrato social, os cidadãos deverão necessariamente lhe obedecer.

⁷³ Entre esses processos que marcam a dissolução da unidade espiritual da *Republica Christiana Medieval* e preparam a ascensão do Leviatã, cabe mencionar os da secularização, sistematização e positivação do direito. (a) a secularização está ligada à afirmação dos conceitos de soberania e razão-de-Estado e à reforma protestante, que levaram à separação entre Direito e Teologia e à busca de um fundamento para o direito, que fosse válido independentemente da discussão sobre a existência de Deus; (b) a idéia de sistema é tributária do racionalismo científico da era moderna que tem na física e na matemática motivos inspiradores para uma concepção jurídica; (c) a identificação entre direito e poder derivada da positivação está na raiz da construção do Estado moderno e é a base do conceito de soberania de Hobbes. Daí a ontologização do direito positivo e também o entendimento de que a função do direito é comandar condutas, e não de qualificá-las como boas ou más, a partir de uma permanente vinculação entre ética e direito. Cf. LAFER, 2001. p. 38-39.

Tal mudança, preconizada por Hobbes a partir da introdução da concepção de soberania, atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo. Portanto, a concentração da produção do direito no âmbito do Estado desenvolveu-se concomitantemente à doutrina política da soberania, elevada esta à condição de característica essencial do Estado.⁷⁴

Apesar de ser um defensor do absolutismo e de ter contribuído teoricamente para a sua legitimação, Hobbes faz uma inversão fundamental na justificação do poder: o poder do rei é derivado do contrato social fundado no direito natural e não do direito divino, como pregavam os teólogos do século XVI, abrindo a possibilidade para o reconhecimento da legitimidade de outros tipos de governo. Com isso, criam-se as condições teóricas para a passagem da sociedade feudal para a sociedade moderna e são lançadas as bases sobre as quais John Locke posteriormente iria desenvolver seus fundamentos sobre o governo civil e os pressupostos filosóficos do liberalismo.

Uma mudança fundamental iria influenciar o desenvolvimento das relações políticas entre os homens e, posteriormente, iria delimitar as funções dos poderes do Estado e, em grande medida, definir o papel do Poder Judiciário. De uma abordagem histórica que tradicionalmente privilegiava essa relação na ótica do governante (Monarca) e, portanto, atribuía à coletividade deveres, o liberalismo desloca seu ponto de vista para uma abordagem na ótica dos governados, concebendo-os, claramente, como indivíduos portadores de direitos públicos subjetivos. Norberto Bobbio sintetiza a *revolução copernicana* com as seguintes palavras:

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.⁷⁵

Tal compreensão acerca da relação entre governantes e governados iria influenciar decisivamente os homens que se propunham a refletir acerca das melhores formas de organização do Estado, para que tais direitos públicos subjetivos estivessem protegidos e

⁷⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994. p. 40-41.

longe do alcance da tirania - fundamentalmente o direito à liberdade e à propriedade. Nessas condições se articularam as bases teóricas do Estado Moderno, a partir da centralização política do poder de estabelecer o direito, e a delimitação da esfera estatal com a filosofia política do liberalismo, que deu origem ao constitucionalismo moderno.

O constitucionalismo moderno corresponde, historicamente, ao que se chama Estado de Direito⁷⁶. Porém, é preciso que se diga que, embora havendo uma correspondência, os dois conceitos não são sinônimos: o constitucionalismo aparece mais como um movimento, um processo, uma tendência a um tempo doutrinária e institucional; o Estado de Direito, mais como um tipo, um modelo, uma estrutura a que o Estado moderno chegou. O Estado de Direito, compreendido como estrutura derivada do movimento constitucionalista, assume, diante das características filosóficas da Modernidade, a pretensão de universalidade, assim como seus aspectos constituintes: democracia, direitos fundamentais e garantias jurídicas contra o poder. Tal acepção se encontra de tal forma entranhada na cultura jurídico-política ocidental que serve para a teoria política contemporânea e direito público em geral como uma espécie de *standard*, um *modus* genérico, a partir do qual se parte para o exame das diferenças superficiais, derivadas da sua aplicação histórica e geográfica, consubstanciadas nas experiências práticas das nações.

É nesse sentido que buscaremos, diante da relativa unidade cultural do Ocidente e de suas experiências políticas, resgatar os elementos filosóficos característicos da Modernidade que serviram de suporte ao movimento constitucionalista. Afinal, como fenômeno histórico, o constitucionalismo ocidental contemporâneo funda-se nas condições, em aspectos ou elementos da situação cultural a que correspondeu. Articula-se, genericamente, sobre as bases mesmas da vida política moderna: o racionalismo, o laicismo, o individualismo burguês, a vida urbana. Mas, diretamente, funda-se sobre o iluminismo e sobre o liberalismo: o iluminismo como corrente vinda da época de Leibniz e de Locke, postuladora de geometrismos e de direitos; o liberalismo (tanto econômico como

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61.

⁷⁶ "A idéia essencial do constitucionalismo moderno se acha na submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência mesma dos poderes e garantir a subsistência de previsões e certezas para o convívio com o poder. Através da Idade Média e dos séculos que transitam ao mundo moderno, esta idéia aparece esboçada no conceito de lei fundamental, que se encontra, sob diferentes vestes, em algumas nações". Cf. SALDANHA, 1976. p. 83-84.

político) como movimento crente em leis naturais e em liberdades, postulador de leis escritas e de controles para o poder⁷⁷.

⁷⁷ SALDANHA, 1976. p. 56; JOUVENEL, Bertrand de. *As origens do Estado Moderno: uma história das idéias políticas no século XIX*. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 84-92, 131-145.

2 A MODERNIDADE JURÍDICA E AS OPÇÕES FUNDAMENTAIS DO CONSTITUCIONALISMO: DEMOCRACIA OU LIBERALISMO

2.1. Os fundamentos filosóficos da Modernidade

A palavra *modernus*, inicialmente utilizada no final do século V para diferenciar um presente tornado “cristão” de um passado romano “pagão”, passou a ser utilizada – cada vez com conteúdo diferentes - para expressar a consciência de uma nova época⁷⁸. Porém, foi D’Alembert quem, na segunda metade do século XVIII, iniciou a reflexão a respeito desse período afirmando:

Por muita pouca atenção que se preste aos meados do século em que vivemos, aos acontecimentos que nos agitam ou que, pelo menos, nos ocupam, aos nossos costumes, às nossas obras e até às nossas conversas, é muito difícil passar despercebida a extraordinária mudança que, sob múltiplos aspectos que ocorreu em nossas idéias; mudança essa que, por sua rapidez, parece prometer-nos uma ainda maior. Cabe ao tempo fixar o objeto, a natureza e os limites dessa revolução, cujos inconvenientes e cujas vantagens a nossa posteridade conhecerá melhor do que nós.⁷⁹

Desde então, e com a sensibilidade do autor citado, percebida na sua capacidade de captar a importância dos acontecimentos, os fatos históricos do século XVIII iriam servir de parâmetro para marcar uma nova era temporal – a Modernidade, a partir da qual a própria cronologia e significado dos momentos históricos anteriores seriam reorganizados conceitualmente segundo a linguagem e a compreensão do novo tempo⁸⁰. Hegel iria

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 168.

⁷⁹ D’ALEMBERT apud CASSIRER, Ernst. *Filosofia de la ilustración*. Cidade do México: Fondo de Cultura, 1943. p. 19.

⁸⁰ HABERMAS, 2001. p. 168.

assinalar de modo explícito a ruptura com o passado histórico que a Revolução Francesa e o iluminismo haviam causado entre os seus contemporâneos mais reflexivos⁸¹.

A Modernidade precisa ser compreendida – provisoriamente – com base nessa ruptura provocada pelos acontecimentos do século XVIII, que forneceriam as condições para a percepção do mundo tomando como referência novos pressupostos e que iriam lançar as bases de seu início nas revoluções científicas do século XIX. Ou seja, a Modernidade inicia-se pela fundação na Razão⁸² dos critérios que lhe dão sentido – um processo de autocertificação⁸³, como afirma Habermas -, reexaminando e reinterpretando seu passado imediato à luz de uma nova cosmovisão. A Modernidade é caracterizada, em última análise, por um lento processo de rupturas com os elementos vinculados à tradição européia, fundada na religião. Esse processo de modernização, de desencantamento do mundo⁸⁴, foi muito bem apreendido por Weber ao formular sua visão do desenvolvimento

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 35-63, 169.

⁸² “O primeiro grande episódio dessa história que está, de resto, intimamente ligado à constituição inicial da Ética, ocorre na segunda metade do século V a. C. e na primeira metade do século IV. Ele é constituído pelo conflito entre a razão sofística e a razão socrático-platônica, no curso da chamada Ilustração ateniense. Desse conflito emerge a diferenciação da Razão, rigorosamente elaborada por Platão, em razão provável (*dóxa*) e razão verdadeira (*alethés*). Platão foi o primeiro a ordenar as formas da Razão, referindo-as a uma razão superior, a Filosofia ou Dialética, tendo o seu *apex* na Teoria dos Princípios. [...] Aristóteles, como é sabido, relativiza o rigoroso monocentrismo da concepção platônica do conhecimento. A divisão aristotélica do saber dominou por muitos séculos a *episthème* ocidental e as discussões recentes mostram que a sua pertinência e fecundidade continuam a desafiar o tempo. Ao dividir o saber em teórico, prático e poético, Aristóteles funda a especificidade e autonomia do saber prático, que tem por objeto a práxis ou ação humana e assegura assim o domínio próprio da racionalidade ética. [...] O processo de auto-diferenciação nos tempos modernos parte de outros pressupostos e obedece, portanto, a um desenvolvimento lógico diferente. As duas características da razão moderna que conferem ao processo da sua auto-diferenciação uma feição própria e um dinamismo original que a distingue da razão antiga são a natureza do seu método e a natureza do seu sujeito. O método é entendido aqui não no sentido platônico-aristotélico como roteiro que conduz à essência das coisas, mas no sentido cartesiano-galileiano da análise segundo regras que permite a construção do modelo matemático mais adequado para a explicação dos fenômenos da natureza pela descoberta das leis do seu funcionamento. (...) Por sua vez, o sujeito nessa nova forma de racionalidade que caracteriza a ciência moderna, apresenta-se com um perfil cognoscitivo profundamente diverso daquele que caracterizavam o *ñous* ou o *intellectus* da razão clássica. Os paradigmas consagrados dessa nova idéia do sujeito são o *Eu cogitante* de Descartes e o *Eu transcendental* de Kant, dotados de uma atividade de conhecimento essencialmente construtora. Tal será o traço mais marcante da subjetividade moderna que se estenderá da ciência e da filosofia à ética, à política, às práticas sociais e mesmo à religião e encontrará sua expressão histórico-cultural na ideologia do individualismo.” VAZ, Henrique C. de Lima. *Ética e razão moderna. Síntese Nova Fase*, São Paulo, v. 1, n. 68, p. 61-62, jan./mar. 1995.

⁸³ HABERMAS, 2000. p. 24.

⁸⁴ “A intelectualização e a racionalização crescentes não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente acerca das condições em que vivemos. Significam, antes, que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, *poderíamos, bastando que o quiséssemos*, provar que não existe, em princípio, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida; em uma palavra, que podemos *dominar* tudo, por meio da *previsão*. Equivale isso a despojar de magia o mundo. Para nós não mais se trata, como para o selvagem que acredita na existência daqueles poderes, de apelar a meios mágicos para dominar os espíritos ou exorcizá-los, mas de recorrer à técnica e à previsão”. Cf. WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 30.

do Ocidente – a partir de Kant – como produto de uma jornada de racionalização da sociedade, da cultura e da personalidade.⁸⁵

Partindo da crítica aos impedimentos à expansão da razão, o iluminismo instauraria um novo tempo e um novo mundo, em que a felicidade, a razão e o indivíduo seriam a medida de todas as coisas. Através desses dois eixos – a crítica e a razão – o iluminismo elaborava seu projeto de mundo e seus alvos principais seriam a tradição, a religião dogmática e a moral esclarecida. As palavras de Kant, plenas de otimismo, são exemplares quando conclamam o homem a fazer uso da razão:

O Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria se a sua causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo sem a orientação de outrem. Sapere Aude! Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento!⁸⁶

O século XVIII foi uma época de esclarecimento, na qual o homem problematizou a verdade, os paradigmas, a autoridade da tradição, a obediência, e se pôe no caminho pelo qual pode alcançar-se a si mesmo. A força da crítica das instituições e das tradições culturais, de repente, jogou tudo à luz do dia racional. O iluminismo como emancipação constituiu-se como um elogio da possibilidade, entendido como a inexistência de uma crença na predeterminação da história, de uma meta-história como dado da natureza. A crença na perfectibilidade humana e na capacidade ordenadora da razão deixava em aberto as possibilidades da história.

A perda da autoridade⁸⁷, segundo Hannah Arendt, foi o ápice do processo de desencantamento e racionalização, que durante séculos solapou basicamente a religião e a tradição. Os vínculos que até então haviam servido de estabilização das relações humanas perderam sua possibilidade de explicitação de sentidos. A obediência não se dava mais por

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción Manuel Jiménez redondo. Madrid: Taurus, 1999. p. 214; ARGÜELLO, Katie. *O mundo perfeito: nem possível, nem desejável*. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber, direito e modernidade*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 73-107.

⁸⁶ Cf. KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o iluminismo? In: _____. *Paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 11.

meio de elementos ancestrais, nem mesmo vinculados a alguma hierarquia determinada pelo transcendente; a legitimidade do mando, do exercício do poder, deveria ser explicitada em termos racionais⁸⁸, capazes de convencer e receber o assentimento daqueles que sofrem suas conseqüências. A jornada iniciada pelos contratualistas modernos tem como guia a busca de fundamentos teóricos que sejam capazes de garantir a paz entre os homens – uma paz em termos outros que não aqueles que remetem aos vínculos despedaçados – e que apontem ou sirvam como suporte para experiências histórico-jurídicas distintas.

2.2. As tensões da Modernidade jurídica: a contraposição entre o liberalismo anglo-saxão e a democracia francesa

O período entre os séculos XVI e a metade do século XVIII foi extremamente importante na configuração do mundo ocidental, visto que nele período subsiste uma forma de compreensão do elemento jurídico oposta a que estávamos acostumados. Não há, por assim dizer, nos debates relativos à estruturação do Estado, a especialização ou autonomia completa das esferas de saber, para utilizar uma expressão kantiana. A grande dificuldade de uma reflexão a respeito do constitucionalismo, através dos olhos de juristas do século

⁸⁷ “Visto que a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida com alguma forma de poder ou violência. Contudo, a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesma fracassou. A autoridade, por outro lado, é incompatível com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e opera mediante um processo de argumentação. Onde se utilizam argumentos, a autoridade é colocada em suspenso. Contra a ordem igualitária da persuasão ergue-se a ordem autoritária, que é sempre hierárquica. Se a autoridade deve ser definida de alguma forma, deve sê-lo, então, tanto em contraposição à coerção pela força como à persuasão através de argumentos.” Cf. ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 129.

⁸⁸ Paulo Ferreira da Cunha observa “que o indivíduo protagonista da Revolução das Luzes, o utopista, tem todas as características dos próprios *Philosophes* do século XVIII, a quem, de fato, tanto deve: tem sentimentos, tem opiniões, tem paixões, tem crenças e mesmo superstições, e, todavia pretende fazer crer que ultrapassou todas essas coisas caducas, e que é um ser inteiriço e todo feito de Razão. Afirma que há, assim, desde logo, no racionalismo utópico uma componente não totalmente racionalista. O racionalismo decorre de uma fé (mas de uma fé com grandes elementos de laicismo), de um entusiasmo pela razão – e é um modo de apresentar as coisas. O modo mais adequado, ao que pareceria, pois contra um mundo absurdo, de injustiças que são em boa medida desordem, ter-se-ia que propor, antes de tudo, a ordem. O racionalismo utopista desdobra-se em inúmeras outras características. É pelo racionalismo e para a racionalidade que as utopias são como são: assépticas, ordenadas, regulares, uniformes, geométricas, integradas, não-conflituais, planificadas (normalmente de direção central) a todos os níveis, mormente o econômico. [...] Tudo se encontrando regulado, previsto, planificado, não tendo os homens queixas nem desejos, trata-se de sociedades sem história, e, em certo sentido, ucrônicas. [...] Ora sucede que o pensamento político e jurídico são ambos insofismavelmente tributários da teologia e da mitologia. E o direito (e, sobretudo, o constitucional, Direito político) é, como a política, mar em que deságua a teologia e a mitologia. Da teologia, colheu o direito boa parte da sua forma canônica e do seu método dogmático; ou, pelo menos, Teologia e Direito aproximam-se muito, metodologicamente. Da mitologia herdou os grandes motivos, os grandes temas, as linhas de força e o ritual”. Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, direito e utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 111-123.

XX, é compreender que a própria constituição do direito enquanto ciência e, portanto, como área do saber com um objeto delimitado diferente de outras ciências, deu-se muito mais tarde. Por outro lado, a linguagem empregada denota a ambigüidade própria de um período que abre a janela para o futuro, mas que opera com base em conceitos do passado.

Os textos clássicos do constitucionalismo são fruto de uma tradição que combinava a reminiscência ao legado romano – eminentemente em função da experiência jurídica dos romanos - à retomada dos clássicos helênicos e à copiosa produção dos padres da Igreja Católica. Assim, obras produzidas por Thomas Hobbes, em um primeiro momento, ou mesmo por John Locke, sinalizam com um vocabulário que deita raízes em tradições distintas e abordam questões que hoje avaliamos em diferentes áreas do saber institucionalizado. Afinal, poderíamos exemplificar: o *Segundo tratado sobre o governo civil* é um texto clássico da filosofia política, da ciência política, da teoria política, da ética, da teoria do Estado ou, mesmo, do direito constitucional?

Tal compreensão inicial é importante na medida em que muitos dos conceitos com os quais operamos no Direito Constitucional, frutos de um longo processo de purificação, característica essencial do processo de racionalização que marca a modernidade jurídica, são no contexto contemporâneo compatíveis entre si (pelo menos aparentemente). Porém, nesse processo de estruturação do Estado e de diferenciação do direito, bem como na construção do direito como sistema – e na assunção do princípio da supremacia da Constituição⁸⁹, como elemento hierárquico superior do sistema –, foi operada pelos juristas ocidentais uma confusão terminológica e conceitual ao eliminarem as diferenças entre duas culturas diferentes na estruturação do constitucionalismo: o legado latino/romano e o germânico⁹⁰.

Segundo Giovanni Lobrano, o direito é caracterizado no mundo contemporâneo por limites lançados por uma exegese meramente interna aos textos codificados, como também a comparação *ex post* das instituições dos dois grandes sistemas jurídicos: o *common law* e o *civil law*. Porém, remontando-nos às origens culturais dos dois grandes sistemas, poderemos verificar que a contraposição entre germanos e romanos, segundo um constante

⁸⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 41-61.

⁹⁰ LOBRANO, Giovanni. *Modelo romano y constitucionalismos modernos*. Tradução de José Fuquen Corredor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1990. p.13. Verificar também: MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Tradução de Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

esquema interpretativo, cuja fonte privilegiada é a *Germania* de Tácito, remonta pelos menos à época da Reforma Luterana, com os elementos da polêmica antipapal e antiimperial, em síntese, anti-romana, contidos nela. A contraposição romano-germânica recobra, pois, vigência e impulso durante o século XVIII, em conexão, dessa vez, com a reação da aristocracia francesa às pressões concomitantes do poder monárquico e do emergente terceiro Estado, não menos do que dos movimentos democráticos.⁹¹

Tal contraposição assume novo caráter, ou melhor, uma nova forma, com a assunção do direito romano pelos alemães. Segundo Lobrano, no transcurso do século XIX, os anglo-saxões (europeus e norte-americanos) firmam uma nova compreensão do direito e do papel das instituições constitucionais. Os germanos-alemães passam a oscilar entre os dois termos da contraposição, pois, por um lado, aparecem ligados aos anglo-saxões, sendo seus antecedentes, e, por outro, ligados ao romano-latino, como consequência da recepção do direito romano⁹².

No plano dos conteúdos de relevância jurídico-política, o esquema interpretativo da contraposição romano-germânica apresenta múltiplos princípios e instituições: o primado do poder papal e imperial, o direito romano, de um lado, e a instituição da *Gefolgeschaft* (o *comitatus* de Tácito) com sua correspondente concepção da relação indivíduo-coletividade-poder, por outro, até chegar, através de Montesquieu e Rousseau, às questões cardinais do debate juspublicista contemporâneo, isto é, às questões da representação e dos limites do poder. A tal esquema interpretativo, com efeito, remetem também as doutrinas de Montesquieu e Rousseau, e precisamente aquilo que de forma mais marcante as caracteriza, a saber: a proposição de dois modelos constitucionais diferentes e antagônicos - como com precisão observava, contrapondo-os, Robespierre, no seu discurso *Sur la Constitution*, de dez de maio de 1773, no qual afirma que, para defender do poder a liberdade, os políticos inventaram dois meios: o equilíbrio dos poderes e o tribunado.⁹³

⁹¹ LOBRANO, 1990. p. 14.

⁹² LOBRANO, 1990. p. 20.

⁹³ LOBRANO, 1990. p. 20.

Montesquieu⁹⁴ inscreve-se na larga lista de autores leitores e tributários da *Germania* de Tácito. Crítico dos romanos - opressores inumanos -, Montesquieu toma partido dos germanos, os povos do norte, livres e portadores de liberdade, e cumpre uma operação decisiva para os sucessivos avanços do pensamento juspublicista mundial: atribui aos germanos as instituições constitucionais inglesas: "Quem ler a admirável obra de Tácito *Sobre os Costumes dos Germanos* verá que foi deles que os ingleses extraíram a idéia do governo político. Este ótimo sistema foi encontrado na floresta"⁹⁵. Rousseau, admirador dos romanos e de suas instituições, contrapõe-se a Montesquieu quando, no livro IV do *Contrato social*, volta a propor, para fundar o Estado sobre suas bases, uma constituição (ou direito político) claramente inspirada no sistema jurídico-religioso romano republicano. Segundo Rousseau, com efeito, o povo romano é o modelo para todos os povos livres. Em particular, Rousseau propõe o Poder Legislativo popular, tutelado, frente a possíveis abusos por parte do governo, pelo tribunal. A contraposição entre o modelo constitucional liberal, de alguma forma proposto por Montesquieu, e o modelo constitucional republicano-democrático, formulado por Jean-Jacques Rousseau, é assumida no debate político do século XIX por Hegel⁹⁶ e Marx.

Lobrano procura, em um passado mais distante, o motivo das diferenças entre a tradição dos modelos constitucionais produzidos nos Estados Unidos e na França, encontrando suas raízes mais profundas nas culturas políticas legadas pelos germanos e pelos romanos, articuladas em uma síntese histórica processada em vários séculos. Tal distinção estrutura-se, teoricamente, na Modernidade com a distinção ressaltada por Benjamin Constant em um texto denominado *Da liberdade dos antigos comparada à dos*

⁹⁴ Montesquieu publicou sua obra principal *Do espírito das leis*, em 1748, sendo uma expressão característica do iluminismo do século XVII, movimento que leva adiante uma vigorosa crítica da autoridade política, que ainda, se fundava no monarquismo despótico, e da autoridade religiosa, quando procuravam identificar os fundamentos últimos do poder, das leis e, fundamentalmente, afastar o finalismo teológico e moral das ciências sociais, defendendo a organização de homens em sociedade como fruto de uma atividade expressamente humana. No plano político, Montesquieu, como os iluministas em geral, é tributário da teoria liberal preconizada por John Locke, que propõe as bases do direito natural e o consentimento como critério de legitimidade do poder, e articula os pressupostos da teoria constitucional. Montesquieu propõe a teoria da separação dos poderes no Livro XI da obra *Do espírito das leis*, inspirado no sistema político constitucional da Inglaterra (estava em curso desde 1688/1689 na Inglaterra) em visita a esse país em 1729. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

⁹⁵ MONTESQUIEU, p. 154. "De minoribus rebus principes consultant, de majoribus omnes; ita tamen ut ea quoque quorum penes plebem arbitrium est apud principes perractentur."

⁹⁶ Verificar BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel*. Tradução de Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

modernos, em que o autor francês esclarece as diferenças na forma como os antigos e os homens modernos concebem o exercício da liberdade.⁹⁷

A forma como essas diferenças foram constituídas aponta para concepções relativas à organização do Estado que produzem, como já afirmamos, experiências constitucionais distintas, articuladas através de conteúdos jurídicos⁹⁸ que precisam ser examinados mais detidamente, o que passaremos a realizar a seguir.

2.3. Os fundamentos do constitucionalismo liberal

A declaração que rompeu o vínculo poderoso entre as treze colônias americanas e a Coroa da Inglaterra data de 4 de julho de 1776 e foi efetuada pelos representantes das referidas colônias, reunidos em congresso geral para semelhante fim, especialmente

⁹⁷ “Perguntai-vos primeiro, Senhores, o que em nossos dias um inglês, um francês, um habitante dos Estados Unidos da América entendem pela palavra liberdade. É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferirem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, é o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração. Comparai agora a esta a liberdade dos antigos. Esta última consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não encontrarei entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância. Nada é concedido à independência individual, nem mesmo no que se refere à religião. A faculdade de escolher seu culto, faculdade que consideramos como um de nossos mais preciosos direitos, teria parecido um crime e um sacrilégio para os antigos. [...] O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios.” Cf. CONSTANT, 1985. p. 10-11/15-16. Há um intenso debate a respeito de tal distinção, vulgarizada, por assim dizer, por Constant. Porém, há outros autores que tratam do tema com a mesma acepção. Verificar a obra de Jean Charles Leonard de Simonde de SISMONTI. *Histoire des Républiques italiennes du Moyen Age*. Zurich, 1808. fundamentalmente o capítulo VIII - *De la liberté des Italiens pendant la durée de leurs républiques*. Benjamin Constant afirma que Rousseau, precedido pelo abade de Mably, acaba por transportar “para os tempos modernos um volume de poder social, de soberania coletiva que pertencia a outros séculos, fornecendo desastrosos pretextos a mais de um tipo de tirania”. Cf. CONSTANT, 1985. p. 10-11/15-16.

⁹⁸ Essa contradição essencial entre liberdade e democracia, que fundamenta dois modelos distintos no constitucionalismo, como pretendemos demonstrar posteriormente, também foi ressaltada por BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 49-55; KUNTZ, Rolf. Locke, liberdade, igualdade e propriedade. In: QUIRINO, Célia Galvão et al. *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: Edusp, 1998. p. 91-119.

autorizados pelas respectivas colônias. Pôs em marcha uma experiência histórica que acabou por inspirar e servir de paradigma para uma determinada forma de organização do Estado – o Estado constitucional liberal –, cujas repercussões se dariam na observância por outros países de uma série de instituições dele nascidas.

Até então, a Coroa Inglesa, através do Parlamento, gozava de soberania sobre tal território. A clara aspiração de um direito que se reputava inerente às colônias – o de fazerem suas próprias leis – não surgiu sem que houvesse sido percebida a ameaça de opressão. A primeira real resistência que assumiu importância foi quando, por intermédio do Parlamento imperial, se projetou um imposto interno. Os impostos propostos não constituíam uma tributação pesada, e era possível que tivessem passado despercebidamente se houvesse certeza de que não eram o prenúncio de outras usurpações de diversas espécies e que vinham tocar o coração dos colonos na corda que lhes era mais sensível do que se tratasse de interesses pecuniários. A autoridade que tivesse a faculdade de tributar a Nova Inglaterra também podia impor-lhe uma hierarquia episcopal, e tal disposição, não somente na Nova Inglaterra, mas também em Nova York, suscitara o mais sério alarme. O governo inglês, por sua vez, absteve-se de constranger ao extremo o exercício dos seus direitos, mas, receoso de que o seu proceder pudesse ser tomado como um assentimento às exigências das colônias, o Parlamento, quando rejeitou a lei de imposto do selo (*Stamp Act*), cuja execução abortara devido à resistência do povo, achou ocasião para sustentar o inqualificável direito de legislar para as colônias acerca de todo e qualquer assunto.⁹⁹

Assim, com fundamento na compreensão de que, como súditos ingleses, os colonos tinham certos direitos, pactuados em uma série de documentos históricos (*Magna Carta*, *Petição de Direitos*, *Habeas Corpus*, *Bill of Rights*), que lhes garantiam prerrogativas em relação ao governo, e considerando a violação de tais direitos, promoveram a Guerra de Independência. Posteriormente, as colônias iriam compor uma instância de representação comum – o Congresso –, através dos Artigos de Confederação e União Perpétua, estabelecidos pelo Congresso e ratificados pelos Estados em 1777. Tal forma de organização política não subsistiu em função de sua baixa eficácia para dar conta dos problemas externos e internos. Em fevereiro de 1787, o Congresso adotou uma resolução

⁹⁹ COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 37.

que recomendava a convocação de uma Convenção na Filadélfia para redação de uma constituição.¹⁰⁰

Durante a realização da Convenção de 1787, houve um intenso debate entre os democratas liberais e os federalistas¹⁰¹. Os primeiros defendiam a ampliação das possibilidades de interferência das massas na política, o sufrágio universal para os homens, a instituição de somente um Parlamento e a possibilidade de facilitar as reformas constitucionais; por sua vez, os federalistas defendiam o texto original redigido na Convenção, no qual a possibilidade de emendas à Constituição era dificultada; o número de eleitores era bastante restringido e previa-se um Congresso Nacional com duas câmaras parlamentares (Senado e Câmara dos Deputados). Os federalistas acabaram vencendo o debate e foram responsáveis pelas principais diretrizes constitucionais do nascente Estado federal, a começar pela concepção liberal de supremacia da Constituição, compreendida como documento escrito portador dos direitos naturais dos indivíduos contra o Estado, bem como pela formulação de que a própria decisão democrática – portanto, a atividade do Legislativo – estaria vinculada a tais princípios, sendo o Judiciário o responsável pelo resguardo de tais direitos através do controle de constitucionalidade.

Nesse cenário, a preocupação principal dos federalistas era conter as possibilidades de uma ditadura da maioria através de mecanismos de controle do poder. Talvez a grande originalidade nesse sentido seja o papel que os norte-americanos atribuiriam ao Judiciário.

¹⁰⁰ COOLEY, 1982. p. 37-54; Verificar também SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001; HUGHES, Charles Evans. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. Tradução de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

¹⁰¹ Alexander Hamilton (1757-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1829) foram deputados constituintes que publicaram artigos nos jornais de Nova York durante o período em que a Constituição norte-americana, redigida na Convenção da Filadélfia em maio de 1787, estava sendo discutida nos Estados, textos que, mais tarde, foram compilados e publicados em *O Federalista*. Cf. HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. Seleção de Textos de Francisco C. Weffort. Traduções de Leôncio Gontijo de Gontijo de Carvalho et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

O federalista James Madison examina a teoria da separação dos poderes¹⁰² em seu artigo “Exame e explicação do princípio da separação dos poderes”¹⁰³, em resposta aos críticos do texto original da Constituição Federal norte-americana de 1787, os quais afirmavam que o ordenamento jurídico-político proposto pela redação em debate ofendia o princípio formulado por Montesquieu e colocava em risco a liberdade, pois permitia que alguns dos poderes do Estado acumulassem competências que deveriam ser atribuídas aos outros poderes. Os críticos formulavam essa questão tendo em vista a competência do Poder Legislativo em julgar o chefe do Executivo e seus agentes – *impeachment* - e, fundamentalmente, a competência do Poder Executivo em nomear os ministros da Suprema Corte.

Madison opõe a essa crítica uma interpretação do princípio da separação dos poderes a partir do seu desenvolvimento histórico na Constituição inglesa de 1688 e das formulações de Montesquieu, depreendendo que a separação dos poderes não é total, pois há uma influência recíproca, uma ação parcial de um poder sobre o outro, expresso na escolha dos magistrados pelos poderes Executivo e Legislativo e o poder de veto atribuído ao Poder Executivo em relação às ações do Legislativo, dentre outros mecanismos existentes na Inglaterra, nação que primeiramente desenvolveu tal princípio. Propõe que, para manter na prática a separação essencial dos poderes, a construção do governo deveria se dar de tal forma que um poder reteria o outro em seu respectivo lugar. Isso se daria por meio de mecanismos que observassem a independência e que eliminassem, na medida do possível, a influência na nomeação dos depositários do poder de uma parte pela outra. Tal mecanismo seria estabelecido através das eleições para os detentores dos poderes Executivo e Legislativo e da formulação de um mecanismo qualificado para a escolha dos juízes. Seria efetuado, ainda, por mecanismos de peso e contrapeso (*checks and balances*) das forças políticas no Legislativo através das facções (partidos) e das relações entre

¹⁰² O princípio da separação dos poderes foi formulado originalmente por Montesquieu - quando da publicação em 1748 da sua obra principal *Do espírito das leis* - inspirado no sistema político constitucional da Inglaterra quando da visita a esse país em 1729, e que veio a ser integrado na Constituição Americana em 1787, e expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. [...] Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” Cf. MONTESQUIEU, 1978. p. 149. Verificar ainda a análise de Louis Althusser a respeito da construção do mito da separação dos poderes. Cf. ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a política e a história*. Tradução de Luz Cary e Luiza Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972.

¹⁰³ HAMILTON, MADISON e JAY, 1979. capítulos XLVII e LI.

Legislativo e Executivo. E na cúpula do sistema político haveria um Poder Judiciário totalmente independente¹⁰⁴.

Os fundamentos ideológicos mediatos da experiência liberal que se instaurou eram, fundamentalmente, lockeanos¹⁰⁵. John Locke sustenta sua filosofia dos direitos naturais nas seguintes formulações: (a) a possibilidade de conhecer os direitos naturais por meio da razão a partir da experiência sensível (a lei natural é clara e inteligível para todas as criaturas racionais); (b) uma visão antropocêntrica, na qual se encontra uma concepção da natureza humana desvinculada da ordem divina, que configura um tratamento secularizado do tema dos direitos humanos; (c) uma compreensão do contrato social que serve de instrumento de constituição do poder e caracterizador de sua legitimidade na mesma medida em que limita suas ações em relação aos indivíduos; (d) a percepção de que os homens nascem livres e iguais em direitos, e na defesa da propriedade como direito natural, entendida como apropriação da natureza através do trabalho.¹⁰⁶

Tais pressupostos estão expostos na sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil*, sua teoria política, onde procura construir critérios de justificativa e legitimação do governo político. Propõe que os homens vivem, antes do pacto social, em estado de natureza¹⁰⁷, no qual todos são livres e iguais, portanto detentores do direito natural à liberdade, à autopreservação e à propriedade¹⁰⁸. Nesse estado de natureza, todos os homens têm o direito de julgar aqueles que infringirem os direitos naturais (a igualdade natural

¹⁰⁴ A propósito, assim se manifestou Alexis de Tocqueville após sua viagem aos EUA em 1831: "Já houve outras confederações fora da América; já se viram repúblicas noutras partes que não as terras do Novo Mundo; o sistema representativo é adotado em vários Estados da Europa; mas não creio que, até o presente, tenha alguma nação do mundo constituído o poder judiciário da mesma maneira que os americanos. O que o estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, não há ocorrência política para a qual não ouça ele ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. [...] A causa acha-se exclusivamente no seguinte fato: os americanos reconheceram o direito de fundarem os juízes as suas decisões na Constituição, antes que nas leis. Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais." Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de de Neil Ribeiro da Silva. 2.ed. Belo Horizonte: Itatiaia / São Paulo: Edusp, 1987. p. 82-83. O poder de julgar a constitucionalidade das leis foi atribuído à Suprema Corte Americana após o famoso acórdão de John Marshall no caso *Marbury v. Madison* em 1803. Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 181.

¹⁰⁵ Tal concepção esposada pelo autor serviu de base e inspiração para a experiência constitucional norte-americana não somente no plano teórico, mas também no plano fático. John Locke foi o responsável pela elaboração da Constituição da Carolina do Norte e Carolina do Sul, no ano de 1663, a pedido de Lord Ashley.

¹⁰⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 48-54.

¹⁰⁷ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 35-39.

¹⁰⁸ LOCKE, 1978, p. 45-54.

entre os homens leva-os à conclusão de que cada um deve julgar os meios necessários à sua conservação, pois a utilidade dos “meios necessários” é relativa ao indivíduo que julga¹⁰⁹); com isso, cria-se uma situação conflituosa na qual a forma de garantir tais direitos é promover um contrato civil em favor do poder político do governo civil, que passa a ser responsável pela manutenção da ordem pública¹¹⁰.

Assim, o governo civil é fruto não de uma renúncia dos direitos naturais dos indivíduos em favor dos governantes, mas, sim, consequência de um pacto civil entre homens igualmente livres, que renunciam à execução das leis naturais pelas próprias mãos em favor de um poder político que governaria através de leis aprovadas por mútuo consentimento dos participantes do acordo, com o fim de manter a harmonia geral entre os homens. São estabelecidos nesse momento os pressupostos básicos de organização da sociedade civil e limitação dos poderes do governo político, pois este possui um âmbito de atuação referencializado pelos direitos naturais, deixando de ter um poder absoluto sobre os homens. Nesse caso, afirma Locke, havendo abuso de poder¹¹¹ do soberano sobre os seus súditos, tornando-se esse um tirano e colocando-se em estado de guerra, os homens terão o direito à insurreição, à revolta, pois haveria uma quebra do contrato original que funda e legitima o poder¹¹². O governo civil seria o agente executor da soberania do povo, pois esta é derivada da vontade dos homens, e com o consentimento dos contratantes, pelas leis estabelecidas, deveria julgar os conflitos com imparcialidade, visto que este poder lhe é conferido justamente para evitar os julgamentos individuais do estado de natureza, que

¹⁰⁹ LOCKE, 1978, p. 40-42.

¹¹⁰ LOCKE, 1978, p. 64-70.

¹¹¹ “Locke mostra empiricamente que as leis morais civis originam-se do foro interior da consciência humana, que Hobbes havia excluído do domínio de influência do Estado. Embora os súditos tenham abdicado de todo seu poder para colocá-lo a disposição do Estado, e por isso não possam agir contra um cidadão além do que é autorizado pelas leis do país, ainda assim eles preservam a capacidade de formar uma opinião boa ou má, de aprovar ou reprovar os atos daqueles com quem convivem e dialogam. Os cidadãos não têm nenhum poder executivo, mas possuem e conservam o poder espiritual do juízo moral. Nesse aspecto, Locke está de acordo com Hobbes, mas – prossegue – são os próprios cidadãos que estabelecem, pela sua aprovação ou pela recusa, o que deve ou não ser chamado de virtude. Com essa aprovação ou desaprovação eles estabelecem entre si aquilo que chamarão de virtude e de vício. Para Locke, as opiniões dos cidadãos sobre a virtude e o vício não estão confinadas ao domínio das convicções e opiniões privadas: os juízos morais dos cidadãos têm caráter de lei. Desta forma, a moral da convicção, excluída do Estado por Hobbes, é duplamente alargada.” Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: Eduerj/Contraponto, 1999. p. 50-51.

¹¹² LOCKE, 1978, p. 118-131. É interessante perceber os desdobramentos de tal proposição - desobediência civil - na teoria política posterior: THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros ensaios*. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1968. p. 7-46; ARENDT, Hannah. *Crises da república*. Tradução de José Volkmann. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 49-90; MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 373-392.

tantos conflitos causavam. O principal objetivo que movia Locke ao formular tais proposições era limitar o poder das monarquias absolutistas, razão pela qual julgava conveniente que a elaboração das leis fosse efetuada por um corpo criado para esse fim – no caso da Inglaterra desse período, a Câmara dos Comuns.

É importante ressaltar que os postulados liberais estão diretamente vinculados à necessidade de seu tempo. A pretensão ao resguardo da esfera privada em relação ao domínio político - compreendida na separação entre sociedade civil e Estado - vincula-se ao processo de constituição do capitalismo enquanto ordem econômica.¹¹³ A própria idéia de código - indissolúvelmente associada à noção de sistema - é fruto de um longo processo cultural de sistematização dos materiais jurídicos na busca da articulação de um ordenamento capaz de oferecer segurança, previsibilidade e conhecimento público (operado pela simplificação) das normas vigentes¹¹⁴.

2.4. Os fundamentos do constitucionalismo republicano-democrático

O projeto iluminista encontra em Jean-Jacques Rousseau outro grande protagonista quando este edifica uma teoria cuja matriz se encontra no papel desempenhado pelo conceito de vontade geral como propulsora e critério de legitimidade da organização estatal. A matriz racionalista-estatutária derivada dessa concepção difere, estruturalmente, da matriz histórico-contratualista, segundo Francisco Eduardo Trusso. O despotismo ilustrado será a realização do racionalismo no plano jurídico-político – admite a nação como valor equivalente à razão, qualificando-a com as mesmas notas que esta última alcançara no racionalismo: abstração, indivisibilidade, soberania. Em conseqüência, a nação invocou o caráter de soberania no plano político, como a razão o teria já conquistado no plano filosófico, assim como de fonte e medida de todo o direito, que, por ser

¹¹³ Um dos pilares jurídicos da economia capitalista é a pretensão à ordem. Como expressão polissêmica o vocábulo “ordem” possibilita, pelo menos, três definições, traduzindo conceitos diversos: (a) em uma primeira acepção, ordem significa o conjunto de formas nas quais se realiza *in concreto* a direção do processo econômico cotidiano, ou seja, a relação entre os fatores econômicos concretos. Nesse sentido, restringe-se a um conceito de fato, e não a um conceito normativo ou de valor, e é típico da teoria econômica liberal, na medida em que naturaliza, torna impessoal e automáticos os eventos da economia; (b) em um segundo sentido, o termo designa todas as normas ou regras de conduta, qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral), que condicionam a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; (c) em um último sentido, ordem econômica significa a ordem jurídica da economia, sendo constituída pelo conjunto de regras jurídicas que regulam a vida econômica. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1976. p. 67-70.

justamente fruto e criação da nação, se converte em autônomo frente às exigências de qualquer tipo externas a ela mesma, de caráter ideal ou histórico. A nação declarava-se, como à razão mesma, preexistente a todos os ordenamentos jurídicos, não se reconhecendo instância alguma anterior ou à margem dela; tudo o que a nação queira será justo, é aqui fundado, então, o interesse nacional como única medida e único juízo de valor para os atos, assim como única fonte de legitimidade.¹¹⁵

Jean-Jacques Rousseau¹¹⁶ inicia suas reflexões a respeito da organização política de seu tempo indagando se na ordem civil poderia haver alguma regra de administração legítima e segura, levando-se em consideração os homens tais como são e as leis tais como podem ser, buscando articular uma resposta que dê conta de que a justiça e a utilidade se achem constantemente de acordo.¹¹⁷ Parte da premissa central do contratualismo clássico,

¹¹⁴ Tal processo de codificação é examinado em ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19-90.

¹¹⁵ TRUSSO, Francisco Eduardo. *De la legitimidad revolucionaria a la legitimidad constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972. p. 04.

¹¹⁶ Jean-Jacques Rousseau nasceu em Genebra em 1712. Recebeu pouca educação formal e, em 1728, deixou sua pátria, levando a partir daí uma vida inquieta na França, Itália, Inglaterra e Suíça. Sua obra passou a ser conhecida por volta de 1750 com o *Discurso sobre as artes e as ciências*, no qual sustentava que a moralidade havia declinado com o progresso da cultura. Essa tese, indo contra a corrente das opiniões iluministas prevaletentes, iria constituir a pedra de toque de várias obras posteriores. O seu segundo *Discurso sobre a desigualdade*, de 1755, atacava a instituição da propriedade privada em termos semelhantes, enquanto o seu *Contrato social*, de 1762, oferecia um modelo para a redenção política do homem. No mesmo ano, aparecia o seu trabalho mais substancial, *Emile*, um tratado sobre educação. Perseguido pelas autoridades francesas e suíças por seu radicalismo e pela crítica ao cristianismo, passou o resto de sua vida temendo ser vítima de uma conspiração. Morreu em 1778, em Ermenoville, perto de Paris. Por volta do fim do século, suas idéias políticas, altamente desacreditadas enquanto viveu, chegaram a inspirar e a inflamar as opiniões da França revolucionária. Utilizamos como bibliografia geral a respeito do autor: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1989; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nogle. Brasília: Editora da UnB, 1989. Bem como os seguintes comentadores: CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 1985; CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. 3.ed. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1980. p. 159-191; KRISCHKE, Paulo J. (Org.). *O contrato social: ontem e hoje*. São Paulo: Cortez, 1993; NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Brasília: UnB, 1973. p. 154-165, 226-281; REDHEAD, Brian. *O pensamento político de Platão à Otan*. Tradução de Talita Macedo Rodrigues. Rio de Janeiro: Imago, 1989. p.123-138; SABINE, George H. *História das teorias políticas*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964. 566-586.

¹¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1989. p. 25.

em que a distinção entre estado de natureza e sociedade civil¹¹⁸ está pressuposta e deduzida pela razão. Porém, sua preocupação central é de que “o homem nasceu livre, e não obstante, está acorrentado em toda a parte. Julga-se senhor dos demais seres sem deixar de ser tão escravo como eles. Como se tem realizado essa mutação ? Ignoro-o. Que pode legitimá-la ?”¹¹⁹. Portanto, o erro denunciado por Rousseau reside na forma como é concebido o contrato social pelos seus contemporâneos. Sua tarefa, nesse sentido, consiste em “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação de qualquer força comum, e pela qual, cada, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes”¹²⁰. Esse é, portanto, o problema fundamental a que o *Contrato social* pretende responder.

Na solução de tal problema, o genebrino defende que as cláusulas desse contrato determinam-se em tal forma pela natureza do ato e que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito, de sorte que, embora não tenham sido nunca anunciadas, são elas sempre as mesmas ainda que tacitamente aceitas e reconhecidas até que, violando o pacto social, cada qual entre de novo na posse de seus primitivos direitos e recupere sua liberdade natural, perdendo a convencional em virtude daquela que renunciou.¹²¹

Estas cláusulas, bem entendidas, reduzem-se a uma só, a saber: a alienação total de cada associado com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, porque primeiramente, entregando-se cada qual por inteiro, a condição é igual para todos, e, por conseguinte, sendo esta condição idêntica para todos, nenhum tem interesse em fazê-la onerosa aos outros. Ademais, verificando-se a alienação sem reserva, a união é tão perfeita quanto possível e nenhum associado tem direito a reclamar, porque se restassem aos particulares alguns direitos, como não haveria superior comum que pudesse sentenciar contra eles e o público, sendo cada qual, em certo ponto, seu próprio juiz, pretenderia sê-lo em tudo. O estado natural subsistiria e a associação degeneraria necessariamente em tirânica ou vã.¹²²

¹¹⁸ "Seja como for interpretado o problema da historicidade do contrato, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi quem mais pareceu ter aceito, entre os contratualistas, o caráter hipotético das categorias-pares "estado de natureza/contrato social". No seu *Discurso sobre a Desigualdade*, ele denunciou o contrato como uma impostura intencional, através da qual os ricos teriam logrado impor sua dominação sobre a sociedade natural pré-política. No escrito posterior, sobre o *Contrato Social*, este é apresentado como única forma ideal e legítima de governo, pois preservaria a igualdade originária do "estado de natureza" através da autoridade legislativa dos cidadãos, que constituiriam a "vontade geral" soberana." Cf. KRISCHKE, Paulo J. (Org.) *O contrato social: ontem e hoje*. São Paulo: Cortez, 1993. p. 34.

¹¹⁹ ROUSSEAU, 1989. p. 26.

¹²⁰ ROUSSEAU, 1989. p. 35.

¹²¹ ROUSSEAU, 1989. p. 35.

¹²² ROUSSEAU, 1989. p. 35.

A liberdade, segundo Rousseau, encontra-se na idéia de que cada pessoa estaria submetida a uma suprema direção da vontade geral¹²³ e a recebe ainda cada membro como parte indivisível do todo¹²⁴. A liberdade do indivíduo, nessa concepção, está estreitamente vinculada ao Estado, na medida em que há uma passagem qualitativa das vontades singulares individuais para a vontade geral¹²⁵. O que o homem perderá pelo contrato social, segundo Rousseau, é sua liberdade natural e o direito ilimitado a tudo o que lhe diz respeito e pode alcançar. Passará, portanto, para uma situação em que sua liberdade será civil, isto é, possibilitada pela transição do estado natural ao civil, fator que produz no homem mudança importante, à medida que acaba substituindo “em sua conduta a justiça do instinto e dando aos seus atos a moralidade de que antes careciam”.¹²⁶

A soberania do povo articula a vontade geral, da qual deriva, em última análise, a legitimidade do governo. Há uma clara ruptura com a tradição dos direitos naturais lockeanos que dariam fundamentos teóricos à tradição anglo-saxônica; em oposição, há uma clara ligação de Rousseau a Hobbes na medida em que não subsistem elementos capazes de dar direção ao Estado, a não ser a soberania¹²⁷ derivada da vontade geral¹²⁸. A

¹²³ Para um exame crítico a respeito do conceito de vontade geral, bem como de suas repercussões nas formas de Estado leiam-se: BONAVIDES, Paulo. Democracia e liberdade no “Contrato social” de Rousseau. In: CAVALCANTI, Themistocles. *Estudos em homenagem a J.J. Rousseau*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962. p. 147-174.; DEBRUN, Michel. *Algumas observações sobre a noção da vontade geral no contrato social*. In: CAVALCANTI, Themistocles. *Estudos em homenagem a J.J. Rousseau*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962. p. 39-58; COUTINHO, Carlos Nelson. Vontade geral e democracia em Rousseau, Hegel e Gramsci. In: _____. *Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez, 1994. p. 121-142; MACFARLANE, L. J. *Teoria política moderna*. Tradução de Guillermo Solana Alonso. Madrid: Espasa-Calpe, 1978. p. 49-58; CHAPMAN, John W. *Rousseau: totalitarian or liberal?* Nova York, 1956.(capítulo I).

¹²⁴ “Esta pessoa pública que se forma assim pela união de todas as outras, recebeu antes o nome de *cidade* e agora recebe o de *república*, ou de *corpo político*, chamado por seus membros *Estado*, quando é passivo; *soberano*, quando é ativo, *poder*, comparando-o com seus semelhantes. Porém estes termos se confundem freqüentemente e tomam-se uns pelos outros. Basta saber distinguir quando são empregados em sua verdadeira acepção.” Cf. ROUSSEAU, 1989. p. 35. Observar o aspecto central do conceito de soberania, a partir de Hobbes e Rousseau, na obra de Carl Schmitt. Cf. SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. p. 81-130.

¹²⁵ “Há às vezes diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta atende só ao interesse comum, enquanto a outra olha o interesse privado, e não é senão uma soma de vontades particulares. [...] De fato, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade própria, contrária ou diferente da vontade geral que tem como cidadão. Seu interesse particular pode orientá-lo em modo diferente do interesse comum. Sua existência absoluta e naturalmente independente, pode fazer-lhe observar o que deve à causa comum, como uma contribuição gratuita, cuja perda será para os outros, menos sensível do que pagamento oneroso seria para ele, e considerando a pessoa moral que constitui o Estado como um ente racional, porque não é um homem, desfrutará dos direitos de cidadão sem querer preencher os deveres de súdito, injustiça esta cujo progresso ocasionaria a ruína do corpo político.” Cf. ROUSSEAU, 1989. p. 43.

¹²⁶ ROUSSEAU, 1989. p. 39.

¹²⁷ “A primeira e mais importante consequência dos princípios acima estabelecidos é que somente a vontade geral pode por si só dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, que é o bem comum, porque se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, a analogia desses mesmos interesses o fez possível.” Cf. ROUSSEAU, 1989. p. 43.

soberania será inalienável na medida em que, sendo o exercício da vontade geral, “não pode alienar-se, e ainda que seja o soberano, que é ser coletivo, não pode representar-se senão por si mesmo, podendo o poder ser transmitido, porém, não a vontade.”¹²⁹. Rousseau denomina de “República” aquele governo estruturado com base nos elementos apresentados, como já afirmamos, e sustenta que todo governo legítimo é republicano.¹³⁰

Precisamos lembrar, portanto, a distinção entre a concepção de contrato de J.J. Rousseau e a de John Locke. Para o primeiro¹³¹, como fica em evidência, os indivíduos abririam mão de *todos* os seus direitos em favor da comunidade, ao passo que, para o segundo, existiriam direitos preexistentes ao contrato - estado de natureza - que configurariam um critério de legitimidade¹³² para a ação do soberano e sobre os quais o corpo político criado através da associação não teria poderes, restando-lhe a obrigação de conservá-los. Tais direitos - liberdade e propriedade - constituem a base do liberalismo político clássico. À guisa de conclusão sobre esse ponto, poderíamos reafirmar as formulações de Carlos Alberto Moura, que propõe que, em meio às experiências revolucionárias da França e dos Estados Unidos da América, coexistem duas formas de conceber a relação Estado e sociedade civil. Os americanos, lockeanos em essência, estão preocupados em proteger a autonomia da esfera privada contra as intervenções do Estado, a autoridade política tendo como tarefa apenas de garantir uma ordem que é substancialmente pré-estatal e fundada na propriedade privada; já os franceses não reconhecem a existência, para a sociedade, de uma base natural independente do Estado. É que seu ideário se inspira na doutrina rousseauista da soberania, que é de essência

¹²⁸ “Para que, pois, o pacto social não seja uma fórmula vã, deve encerrar tacitamente esta obrigação: só ele pode dar força aos outros, sendo aquele que recusar obedecer à vontade geral compelido a isso por todos, o que não significa outra coisa senão que se lhe obrigará a ser livre.” Cf. ROUSSEAU, 1989. p. 8.

¹²⁹ ROUSSEAU, 1989. p. 43.

¹³⁰ ROUSSEAU, 1989. p. 54.

¹³¹ Coutinho afirma que existe uma nítida oposição entre a concepção rousseauiana das relações entre indivíduo e sociedade, por um lado, e, por outro, aquela defendida pelos demais contratualistas, em particular por Hobbes e Locke: Jean-Jacques não só define o ser do seu indivíduo natural mediante características bastante diversas daquelas usadas pelos dois pensadores ingleses, mas atribui ao homem um dinamismo histórico e uma potencialidade de transformação que estão inteiramente ausentes nesses últimos. Portanto, longe de poderem ser subsumidas na corrente individualista da época, as reflexões filosóficas de Rousseau antecipam em muitos pontos a ontologia do ser social de Hegel e, sobretudo, de Marx: o homem enquanto tal (enquanto ser que raciocina, dispõe de linguagem e age moralmente) é produto de seu próprio trabalho, de sua história, de sua práxis social. COUTINHO, Carlos Nelson. Crítica e utopia em Rousseau. *Lua Nova*, São Paulo, v. 1, n. 38, p. 05-30, 1996.

¹³² A doutrina da supremacia ou soberania do pacto constitucional, que é colocado axiológicamente por sobre toda outra lei positiva, e até mesmo da soberania popular, constitui a matriz anglo-saxônica. Poder-se-ia afirmar-se que esta última, ao expressar-se no pacto constitucional, não somente se restringiu, senão também rendeu para sempre reconhecimento a uma ordem superior preexistente. Cf. TRUSSO, 1972. p. 04.

hobbesiana¹³³, o que faria com que eles vissem o fundamento do direito natural na vontade, não no funcionamento autônomo de uma ordem pré-social, seja de um estado de natureza, seja de uma sociedade regida por leis naturais.¹³⁴ Ou seja, a autoridade política no liberalismo lockeano constata direitos ao passo que a autoridade soberana de Rousseau os constitui.

Por ora, é necessário observar que o pensamento democrático contemporâneo procura construir uma síntese entre essas posições, que, em razão de suas opções filosóficas, se auto-excluem do ponto de vista de articulação de projetos políticos reais. Tal empreitada pode ser vista, por exemplo, na questão colocada por Touraine de que a democracia, entendida como a defesa da livre escolha dos governantes pelos governados, impõe não só uma anterioridade dos atores sociais em relação ao poder político, mas a idéia de que os homens têm direitos morais que poderão ser opostos ao Estado. Será preciso escolher essas duas vias, que afirmam estar em condições de conduzir à democracia: por um lado, a que subordina a política e o direito a princípios que constituem

¹³³ “Hobbes introduz o Estado como uma construção política em que as convicções privadas são destituídas de sua repercussão política. No direito constitucional de Hobbes, as convicções privadas não encontram nenhuma aplicação às leis, as leis não são aplicáveis ao soberano. O interesse público de Estado, sobre o qual somente o soberano tem o direito de decidir, não compete mais à consciência. A consciência, da qual o Estado se separa e se aliena, transforma-se em moral privada: “Auctoritas, non veritas, facit legem” (É a autoridade, e não a verdade, quem faz as leis). O monarca está acima do direito e é sua fonte; ele decide o que é justo ou injusto; é, ao mesmo tempo, legislador e juiz. O conteúdo desse direito, como direito público, não está mais ligado a interesses sociais e esperanças religiosas; para além das igrejas, estamentos e partidos, lê marca um domínio formal de decisões políticas. Este domínio pode ser ocupado por esse ou aquele poder, contanto que possua a autoridade necessária para proteger os homens, independentemente de seus interesses e esperanças. A decisão política do príncipe tem força de lei.” Cf. KOSELLECK, 1999. p. 31.

¹³⁴ HABERMAS, apud MOURA, Carlos Alberto. Hobbes, Locke e a medida do direito. In: Filosofia Política VI. Porto Alegre: L&PM, 1989. p. 141. Verificar HABERMAS, Jürgen. *Derecho natural y revolución*. In: *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Tradução de Jacobo Muñoz. Madrid: Tecnos, 1987. p. 91-92; HABERMAS, Jürgen. Human rights and popular sovereignty: the liberal and republican version. *Ratio Juris*, Oxford, v. 1, n. 7, p. 1-13, 1994.

um direito natural; por outro, a que chama de “democrático” o regime que garante a maior participação possível ao povo e que elimina o poder das minorias dirigentes.¹³⁵

Da mesma forma que o debate político contemporâneo procura construir uma espécie de síntese desses projetos distintos, o positivismo no século XIX, propugnando – na busca de segurança e da previsibilidade jurídicas – um direito completamente asséptico à influência de valores, acaba por construir os mecanismos que o transformarão em uma poderosa técnica de controle social, como poderemos perceber no transcurso deste trabalho.

2.5. O positivismo e a compreensão científica do direito

As diferentes opções políticas herdadas dos séculos XIV a XVIII, que estruturaram o direito político e, posteriormente, o direito constitucional, passaram por um processo lento e gradativo de cristalização e purificação operado pelo positivismo, em direção a uma concepção estritamente normativa da Constituição. O positivismo, doutrina que encontra suas origens no início do século XIX e que influencia desde seu nascedouro até os dias atuais, de forma sistemática, o estudo e a aplicação do direito¹³⁶, é o elemento teórico impulsionador do processo de racionalização jurídica do Ocidente.

¹³⁵ TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 61-62. É importante perceber que tal distinção rearticula-se no amplo debate surgido nos últimos anos entre liberais e comunitaristas. A tese central dos comunitaristas é a prioridade da comunidade sobre os indivíduos, através de uma crítica a um liberalismo superficial para o qual os direitos individuais haverão de ser, sempre, postos com prioridade ao bem coletivo. Verificar, dentre outros, MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 1987; MACINTYRE, Alasdair. *Justicia y racionalidad*. Barcelona: EIUNSA, 1994; MULHALL, Stephen y SWIFT, Adam. *El individuo frente a la comunidad*. Madrid: Temas de Hoy, 1996; RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: Editora da UnB, 1981; WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993; DALY, Michael. *Communitarianism: a new public ethics*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1994; DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1994; KYMLICKA, William. *Liberalism, community and culture*. Oxford: Clarendon Press, 1989; SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982; TAYLOR, Charles. *Fuentes del yo*. La construcción de la identidad moderna. Barcelona: Paidós, 1996; ETZIONI, Amitai. *The new golden rule: community and morality in a democratic society*. New York: Basic Books, 1996; ETZIONI, Amitai. *The spirit of community: rights, responsibilities and the communitarian agenda*. New York: Crown Books, 1993.

¹³⁶ Convém, antes de introduzirmos a discussão do tema, trazer o esclarecimento de Norberto Bobbio sobre a diferença existente entre a expressão “positivismo jurídico” e o “positivismo filosófico”, pois o primeiro expressa uma concepção do que seja o direito (tratando-se de um método, de uma teoria do direito e uma ideologia do direito), ao passo que o segundo constitui uma concepção filosófica com grande influência na teoria da ciência, tendo como seus principais expoentes Saint-Simon, Emile Durkheim e Auguste Comte, este último através de sua obra *Discurso sobre o espírito positivo*. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15

A expressão “positivismo jurídico” deriva de “direito positivo”, que passou a ser utilizada a partir da Idade Média, apesar de, conceitualmente, representar, em conjunto com a definição de *direito natural*, uma das grandes dicotomias que orientam os debates jurídicos e políticos desde o pensamento grego (assim como público/privado, democracia/tiranía, dentre outras). Trata-se de definir em que momento histórico se deu a passagem da concepção jusnaturalista para a concepção positivista como a conhecemos hoje. Norberto Bobbio afirma que a origem do positivismo está ligada, fundamentalmente, à formação do Estado Moderno, que surgiu com a dissolução da sociedade medieval:

a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado Moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se assim ao processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.¹³⁷

Assim, temos a passagem da criação do direito pela sociedade civil, com sua formação pluralista¹³⁸, para o Estado, donde se colocam algumas das características do direito positivo – a lei estatal como fonte do direito e a teoria da coação. Nesse sentido, consolida-se o Estado tal como o conhecemos hoje e, portanto, consolida-se a concepção positivista do direito, no contexto do período que vai da Revolução Francesa até o final das principais codificações do século XIX. A influência no domínio político da teoria da separação dos poderes e do princípio da soberania nacional tende a privilegiar a lei escrita como fonte de direito, agora não mais como emanção do Estado incorporado pelo soberano absolutista, mas como expressão do Estado enquanto vontade da nação soberana.¹³⁹

Uma série de escolas ou concepções teóricas acerca do direito influenciaram decisivamente na elaboração do que vem a ser o positivismo jurídico, mesmo existindo entre elas divergências conceituais e origens em tradições jurídicas diferentes. Na

¹³⁷ BOBBIO, 1995. p. 26-27.

¹³⁸ Verificar a compreensão estabelecida pelo pluralismo jurídico. Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 21-69.

¹³⁹ BOBBIO, 1995. p. 45

Alemanha, desenvolveu-se a Escola Histórica¹⁴⁰, cujas características básicas são a compreensão da individualidade e a variedade do homem, decorrendo disso a crença de que não existe um direito único, fruto da razão, mas, sim, vários direitos conforme o período histórico, pois o direito é criação social; a convicção na irracionalidade das forças históricas, da qual se infere que o direito não é fruto de uma avaliação e de um cálculo racional, amparado por um sentimento de justiça; o pessimismo antropológico, expressando a descrença na possibilidade do progresso humano e na eficácia das reformas, até mesmo nas reformas jurídicas; o amor pelo passado, entendendo-se por tal a tentativa de remontar o direito para além da recepção do direito romano na Alemanha; e, por fim, o sentimento da tradição, buscando-se nas normas consuetudinárias a expressão da vontade do povo. Os historicistas foram precursores do positivismo jurídico não porque tenham construído fundamentos que lhes servissem de suporte, mas pelo fato de terem empreendido uma crítica radical ao direito natural, conforme o concebia o iluminismo, como um direito universal e imutável deduzido pela razão.¹⁴¹

Antônio Frederico Justo Thibaut, jurista alemão (1772-1840), foi um dos principais defensores da codificação¹⁴² do direito, concepção defendida pelos iluministas e que tomou corpo com o Código de Napoleão, quando este entrou em vigor na França em 1804. O movimento de codificação do direito inspirado pelos iluministas fundamentou-se na convicção “de que possa existir um legislador universal (que possa ditar leis universais, válidas para todos os tempos e lugares) e da exigência de realizar um direito simples e

¹⁴⁰ Para uma compreensão mais adequada do historicismo leia-se LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 65-95; LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. *Romantismo e política*. Tradução de Elisa de Araújo Oliveira. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

¹⁴¹ BOBBIO, 1995. p. 53

¹⁴² O século XIX é, de alguma forma, a época da segurança, estruturada no mundo dos códigos que consubstanciam, em ordenada seqüência de artigos, os valores do liberalismo. A base fundamental das codificações civilistas reside na formulação kantiana segundo a qual as esferas pública e privada se distinguem, na essência, pela diversidade de fontes: a fonte do direito privado reside em princípios racionais, apriorísticos; a fonte do direito público, na vontade do legislador. Tal entendimento parte do valor originário e fundamental do indivíduo, da primazia da autonomia individual perante a sociedade e o Estado, escolha que faz com que o direito seja estruturado em dois postulados fundamentais: o da exclusividade do domínio privado sobre todos os bens e o da generalização do contrato como única fonte de relações jurídicas. Construiu-se um sistema dito “científico”, cujo alto grau de abstração fazia crê-lo liberto de injunções econômicas ou políticas, neutro, categorizado e ordenado logicamente, estruturado sob os fundamentos da razão generalista. As aspirações de neutralidade científica, estabilidade e unidade visaram sistematizar todo o conteúdo privado num corpo único, o Código Civil, técnica que permitiu a sua fácil exportação (e assimilação) para o resto do mundo colonizado na tradição romano-germânica. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

unitário”¹⁴³, válido para toda a nação e a partir do qual se fechariam as possibilidades ao arbítrio. Desenvolveu-se na França, após a codificação do direito, a Escola da Exegese, que se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código de Napoleão. Entre as causas que determinaram o advento da exegese estão a própria codificação, que se tornou uma espécie de “receita” para a resolução dos problemas jurídicos; a mentalidade dos juristas dominada pelo princípio da autoridade, isto é, a vontade do legislador expressa nas normas, bastando, desse modo, ater-se à aplicação das mesmas; a doutrina da separação dos poderes, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno, não sendo facultado ao juiz criar o direito, sob pena de quebrar tal princípio; e, por fim, outro fator de natureza ideológica, o princípio da certeza do direito, que colocou, de forma definitiva, a questão da segurança na ordem jurídica como elemento fundamental.¹⁴⁴

Com isso, iniciou-se na tradição jurídica ocidental a prática de criação dos manuais, as obras exegéticas do direito codificado, que acabou por promover a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, desconstituindo o direito natural; fortalecendo uma concepção rigidamente estatal do direito; reivindicando que a interpretação da lei deve ter como critério a intenção do legislador; a identificação completa do direito com a lei escrita, trazendo o culto ao texto da lei; o respeito ao princípio de autoridade, segundo o qual se buscava demonstrar a verdade ou a justeza de uma proposição, apelando-se para a afirmação de um personagem cujas palavras não pudessem ser colocadas em discussão.

Na Inglaterra, Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859) foram os inspiradores do positivismo jurídico. O primeiro, que exerceu enorme influência no pensamento jurídico ocidental, era guiado pela convicção na possibilidade de estabelecer-se uma ética objetiva, justificando, assim, sua fé no legislador universal e na possibilidade de serem estabelecidas leis universais válidas para todos os homens. Elaborou vários projetos de codificação do direito inglês, assumindo uma crítica radical ao *common law*, baseada na incerteza deste, pois o direito elaborado pelos juízes não traria segurança à sociedade, e que não pode prever as conseqüências das próprias ações; na retroatividade do direito comum, pois, na falta de um precedente, o juiz acaba criando uma nova norma que retroage; não ser fundado no princípio da utilidade; na falta de competência específica do

¹⁴³ BOBBIO, 1995. p. 65.

¹⁴⁴ BOBBIO, 1995. p. 78-79

juiz em todos os campos regulados pelo direito e no fato de o povo não poder controlar a produção do direito por parte dos juízes.

John Austin, que em sua vida publicou uma única obra, *A determinação do campo da jurisprudência* (1832), elabora uma crítica ao direito legislado pelos juízes e determina sua concepção de direito positivo fundamentada nos seguintes aspectos: a afirmação de que o objeto do direito é o direito tal como ele é, e não o direito como deveria ser; a afirmação de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando; e, por fim, a compreensão de que o direito é posto pelo soberano da comunidade política independente, isto é, em tempos modernos, pelo órgão legislativo do Estado.

Segundo Norberto Bobbio, as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos: o primeiro aspecto diz respeito ao modo de abordar o direito: o positivismo jurídico responde a este problema considerando o direito como um fato e não como um valor, pois o mesmo nasce do esforço de transformar o estudo do direito em uma verdadeira ciência, com as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. A característica fundamental da ciência é sua objetividade, seu caráter avalorativo, a distinção rigorosa entre juízos de valor e juízos de fato, com a exclusão dos primeiros do seu campo de investigação. Com isso, não há que se falar em valor quando nos referimos às normas jurídicas, pois a sua validade (justa ou injusta) não é objeto da ciência jurídica, mas somente sua validade formal (é válida independentemente dos valores que introduz, desde que seja ordenada pela autoridade legislativa legitimada pelo ordenamento jurídico)¹⁴⁵.

O segundo problema diz respeito à definição do direito: o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito, fundada na concepção estatal do direito segundo a qual, como já vimos anteriormente, o Estado, como ente político soberano, detém o monopólio da coerção, isto é, o direito de uso da força na resolução dos conflitos. Decorre de tal proposição que a toda norma - imperativa ou não - acompanha uma sanção pelo seu descumprimento. Em seguida, há o

¹⁴⁵ Herbert L.A. Hart, em sua obra fundamental *The concept of law*, publicada em 1961, inovou estabelecendo um critério que define a validade da norma do ponto de vista formal. Sua teoria das normas primárias (as que impõem que as pessoas ajam de determinadas maneiras, ou se abstenham de determinadas ações) e normas secundárias (regulando o modo de criação das novas normas, e formulando a norma de reconhecimento que fornece os critérios de reconhecimento das normas válidas no sistema jurídico, examinando o modo ou processo como são criadas - a *rule of recognition*) é uma resposta dos positivistas à questão da validade das normas, fundada no formalismo do procedimento, e não nos valores que lhe são inerentes.

aspecto concernente às fontes do direito, sendo a lei a fonte preeminente do direito, pois, apesar de ser considerada a fonte primordial após a criação do Estado, ainda coexistem outras fontes – o costume, a doutrina (direito científico), a jurisprudência. Tem-se aí um ordenamento complexo, ao qual os positivistas propõem a teoria da hierarquia das fontes do direito como forma de tornar o sistema fechado, completo e coerente.

O quarto aspecto diz respeito à teoria da norma jurídica: o positivismo considera a norma como um comando, consolidando a teoria imperativa do direito, pois tal concepção tem uma longa tradição histórica. Diferencia-se de tal compreensão, que se enraíza com o advento do Estado, o qual passa a emitir comandos expressando sua vontade, a tradição da norma consuetudinária, que nada mais é do que a manifestação espontânea da vontade consubstanciada no costume.

Outra característica fundamental verifica-se na teoria do ordenamento jurídico, visto que o positivismo sustenta a teoria da unidade, da coerência e da completude do sistema, aspecto que pode ser considerado a grande contribuição dos positivistas à compreensão/construção do direito como o conhecemos hoje¹⁴⁶. A sexta característica é relativa ao método da ciência jurídica, com o positivismo sustentando a tese da interpretação mecanicista, fazendo prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito, já que o momento criativo do direito exaure-se na tarefa do legislador; cabe, pois, aos juízes e demais operadores interpretar o texto de forma a compreenderem a intenção registrada na lei. E, por fim, a teoria da obediência absoluta à lei enquanto tal, pois, apesar dos propósitos dos positivistas em compreender o direito como ciência, portanto isenta da análise de valores, tal assertiva se constituiu em um aspecto ideológico na medida em que ensejou uma atitude não científica diante da lei (a característica da ciência é a crítica), expressando tal proposição nada mais do que o conservadorismo e o apego à tradição.

Em última análise, o positivismo acabaria por construir, efetivamente, de forma autônoma a esfera do direito. Portanto, não importam ao sistema jurídico, na concepção positivista, qualquer instância, critérios ou mesmos princípios que não aqueles derivados dos próprios procedimentos que o sistema estabelece para sua constituição e renovação

(Poder Legislativo ou mesmo Poder Constituinte Reformador). A questão central, como veremos, está restrita não mais à justiça ou, mesmo, à eficácia de uma norma, mas, sim, à da sua validade lógica pelos parâmetros estabelecidos no próprio sistema jurídico¹⁴⁷.

2.6. A Constituição racional-normativa: consumação do processo de construção positiva do direito como sistema

A consumação do processo de racionalização¹⁴⁸ jurídica da Modernidade operou-se com o positivismo. Como vimos anteriormente, após um longo processo de elaboração teórica, a concepção positivista afirmou seus postulados em oposição ao rico manancial valorativo estabelecido pelo direito natural. Somente no Ocidente ocorreu um desenvolvimento da racionalidade jurídica que se estrutura em torno do conceito de ordem jurídico-legal formalmente legítima e legitimamente revisável. Contribuiu, decisivamente, para esse processo a diferenciação/distanciamento entre a jurisdição secular e a Igreja Cristã e as leis sagradas. A nitidez com que se apresentava, já no início da modernização capitalista, essa específica separação de esferas normativas desobstruiu o caminho para a imposição de leis emanadas legitimamente apenas da autoridade secular e, além disso, pavimentou a estrada para o desenvolvimento lógico do formalismo jurídico, em íntima afinidade eletiva com os interesses ideais dos juristas teóricos e seus discípulos nas faculdades de direito, em voga já na Baixa Idade Média.¹⁴⁹

A lógica do processo pode ser percebida na ênfase na sistematização interna dos enunciados normativos, na estruturação coerente da prática jurídica, na crescente

¹⁴⁶ Para um estudo da concepção de completude do ordenamento jurídico leia-se, dentre outros, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7.ed. Brasília: Editora da UnB, 1996; CANARIS, Claus, Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2.ed. Tradução de A. Menezes de Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

¹⁴⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000. p. 19-20.

¹⁴⁸ “Eis os quatro estágios do esquema weberiano para a racionalização jurídica: (1) primeiro, a revelação carismática do direito através dos profetas jurídicos (Rechtspropheten); (2) segundo, a criação e a aplicação empíricas do direito por notáveis (criação do direito mediante jurisprudência cautelar ou criação de acordo com os precedentes); (3) terceiro, a outorga do direito pelo imperium mundano e pelos poderes teocráticos; (4) e, por último, a codificação sistemática do direito (systematische Rechtssatzung) e o exercício do mesmo por juristas profissionalizados (Fachjuristen), formados em escolas de Direito com base numa educação literária de tipo lógico-formal.” Cf. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Tradução de José Medina Echavarría et al. 2.ed. 3. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1977. p. 513-603.

¹⁴⁹ PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 43-73, jun. 1998. p. 52-53.

racionalização formal do corpo de normas, até se atingir o estágio caracteristicamente moderno da constituição de uma esfera de valor autônoma. Essa esfera cultural é dotada de um dinamismo próprio, de uma lógica própria, sendo caracterizada por um direito formulado e exercido por juristas profissionais, por especialistas em direito, e capaz de fundamentar-se a si mesma de modo reflexivo, sem ter de recorrer a forças supra-sensíveis ou a normas já dadas de qualquer natureza.¹⁵⁰

A racionalização jurídica processa-se, acima de tudo, como crescente racionalidade formal. Esta, na verdade, é a resultante vetorial de um jogo dialético entre racionalidade formal e racionalidade substantiva¹⁵¹, que se verifica na oposição entre uma necessidade de calculabilidade e segurança, preconizadas pela ordem capitalista que avança, e demandas de justiça material de que são portadores no capitalismo avançado os movimentos democráticos das classes negativamente favorecidas, tendencialmente interessadas na (re)substantivação da lei e do direito, descontentes com a burguesa equivalência das noções de justiça e igualdade jurídica formal¹⁵². Porém, nesse processo de contínua racionalização do direito natural¹⁵³, este cede terreno ao positivismo jurídico, em uma caminhada que Weber reputa de desencantamento: “desencantamento, ora; pura e simplesmente desencantamento. O que de mais desencantado pode haver, no âmbito das esferas de normatividade, do que a racionalidade utilitário-instrumental do positivismo jurídico?”¹⁵⁴. Fruto e elemento impulsionador do progresso técnico e econômico do capitalismo que avança, o direito, mais e mais, torna-se técnico, estruturando-se em torno

¹⁵⁰ PIERUCCI, 1998. p. 54.

¹⁵¹ Para uma conceituação de racionalidade formal e racionalidade material, verificar Cf. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Tradução de José Medina Echavarría et al. 2.ed. 3. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1977. p. 603-621.

¹⁵² PIERUCCI, 1998. p. 57.

¹⁵³ “Misto perfeito de racionalidade formal e racionalidade substantiva é, segundo Weber, o direito natural moderno. Enfeixa harmoniosamente tecnicidades, clareza e precisão conceitual, lógica formal e rigor dedutivo, estruturação coerente e sistematicidade, sofisticação intelectual e abstração elevada, alcançando nada menos que o plano racional superior da justificação por princípios. Mas enfeixa também valor. É o que pretende dizer Weber quando, discretamente, identifica na impositação do jusnaturalismo uma certa implicação religiosa, desvendando-o então como “doutrina dotada de uma força distinta”, entenda-se: dotada justamente daquela materialidade meta-jurídica inerente a axiomática jusnaturalista que pede adesões da vontade e não apenas da razão. Porque tem na idéia de natureza humana universal seu arquivador, e no valor intrínseco da norma universalizável sua garantia de legitimidade, o direito natural se apresenta em face do direito tradicional revelado como seu sucedâneo, ou seja, como portador de uma nova aura de legitimidade quase sacral, e em face do direito positivo moderno como a única forma de legitimidade axiologicamente fundada ainda disponível numa sociedade dessacralizada. Escreve Weber: “Direito Natural é o conjunto de normas vigentes preeminentemente frente ao direito positivo e com independência dele, que não devem sua dignidade a um estabelecimento arbitrário, mas que, pelo contrário legitimam a força obrigatória deste. Quer dizer, o conjunto de normas que valem não em virtude de provir de um legislador legítimo (legitimação pelo procedimento), mas em virtude de qualidades puramente imanentes.” Cf. PIERUCCI, 1998. p. 58-59.

¹⁵⁴ WEBER, 1977. p 605.

de um aparato lógico-racional desprovido de toda sacralidade do conteúdo e, portanto, transformável, a qualquer momento, segundo fins racionais¹⁵⁵.

O projeto de autonomização do direito, preconizada pelo positivismo, alcança seu grau mais elevado na *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen, que também é responsável pela mais poderosa influência no destino dos sistemas jurídicos ocidentais, motivo pelo qual intentaremos reconstruir alguns de seus conceitos-chaves – tarefa que, certamente, lançará luzes sobre o constitucionalismo e a concepção da Constituição no período posterior.

O projeto de Hans Kelsen é estabelecer um estatuto teórico para a ciência do direito. Influenciado pelo positivismo reinante nas ciências, Kelsen procura delimitar claramente o objeto da ciência do direito, excluindo os elementos psicológicos, sociológicos, enfim, objetos que pertenceriam a outras ciências¹⁵⁶.

A jurisprudência tem se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar esta conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto¹⁵⁷.

Lança as bases da autonomia da ciência do direito a partir de uma separação ontológica de ser e dever-ser. Ciência de normas, a Teoria pura do direito deve ser consciente de uma singularidade de uma ciência do espírito que tem por objeto uma ordenação da conduta humana. Assim, decorre que o direito é a ordenação da vida humana que se estrutura através de normas que se constituem por comandos submetidos à lógica do dever-ser, irreduzíveis ao mundo do ser. A questão central, portanto, é caracterizada pela necessidade de fundamentação do direito. Se as normas pertencem ao reino do dever-ser, e

¹⁵⁵ “Como se sabe, Habermas discorda profundamente de que devamos nos resignar com este weberiano ponto final, completamente dominado pelo positivismo jurídico que outra coisa não é senão a colonização *in toto*, pós-direito natural, da esfera jurídica pela racionalidade técnico-instrumental-formal, a racionalidade dos meios. O direito como meio e não como valor.” Cf. PIERUCCI, 1998, p. 60.

¹⁵⁶ Kelsen, no prefácio da primeira edição, 1934, de sua obra *Teoria pura do direito*, deixa claro seu intento: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. [...] Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. XI.

este, em razão de sua estrutura lógica, não pode ser reduzido ao mundo do ser, qual será o fundamento das normas? Kelsen sustenta a fundamentação das normas na própria ordem do dever-ser, ou seja, em outra norma. A fundamentação do direito dar-se-ia intra-sistema, ou seja, é fornecida pelo limite superior do sistema, de modo que toda especulação extra-sistêmica é inútil e incorreta. “O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato”.¹⁵⁸

A norma fundamental é a necessidade lógica da realização do projeto de autonomização científica do direito das esferas da moral e da política¹⁵⁹. Se, por um lado, para os jusnaturalistas, o direito natural permanece como um critério de aferição da legitimidade do direito positivo, e, por outro, para aqueles teóricos de matriz hobbesiana, a legitimidade do direito funda-se no critério de *soberania* e, portanto, seu fundamento

¹⁵⁷ KELSEN, 1999. p. I.

¹⁵⁸ “A ordem jurídica é um sistema de normas. Surge a questão: o que é que faz de uma profusão de normas um sistema? Quando é que uma norma pertence a certo sistema de normas, a uma ordem? Essa questão está intimamente ligada à questão da validade de uma norma. [...] Para responder a essa questão, devemos, em primeiro lugar, esclarecer em que nos fundamentamos para atribuir validade a uma norma. Quando admitimos a verdade de um enunciado sobre a realidade é porque um enunciado corresponde à realidade, é porque nossa experiência o confirma. [...] A norma não é um enunciado sobre a realidade e, portanto, não tem como ser ‘verdadeira’ ou ‘falsa’. Uma norma é ‘válida’ ou ‘não-válida’. [...] O fato de alguém ordenar algo não é, em si mesmo, um fundamento para o enunciado de que alguém deve se conduzir em conformidade com o comando, não é um fundamento para que se considere o comando como uma norma válida, um fundamento para a validade da norma, cujo conteúdo corresponde ao comando. O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. [...] Chamamos de ‘norma fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 161-163.

¹⁵⁹ Em função da delimitação do tema, não empreenderemos a tarefa de remontar a influência kantiana no pensamento e nas teses de Kelsen, porém é necessário perceber que, “empenhado na construção de uma ‘metafísica dos costumes’ (ou seja, uma construção racional, a priori, sintética, sobre a conduta humana), Kant confronta-se com o velho problema das relações entre Moral e Direito e resolve-o no sentido de uma separação, e mesmo de uma antítese, entre as duas instâncias. Se para a Moral o que interessa é a determinação interior da ação do homem, aquilo que o leva agir, para o Direito é só o aspecto físico, a componente externa, que é relevante. Assim, se o Direito se conforma com a mera legalidade, ou seja, a simples concordância do acto com o comando, a lei moral tem em conta o respectivo móbil, exige o seu cumprimento por dever ético. Se para a Moral a lei suprema é ‘age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal’, para o Direito é ‘age exteriormente de tal sorte que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal’. [...] Desta dicotomia Kant deduz uma nova separação, a de Estado-moralidade, pois, sendo o Direito a liberdade exterior, era ao Estado que competia realiza-la coactivamente, garantindo a coexistência das várias liberdades e fazendo desse objectivo – onde no fundo coincidiam defesa das liberdades e actuação da idéia de direito – o seu único fim.” Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987. p. 58-59. Ver também MARCOS, Maximiliano Hernández. La formación del criticismo jurídico de Kant. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, v. 1, n. 89, p. 243-280, jul./set. 1995; HECK, José N. Direito e lei em I. Kant. *Síntese Nova Fase*, São Paulo, v. 1, n. 80, p. 43-72, jan./mar. 1998.

último é a decisão¹⁶⁰ (do monarca, do povo – articulada na vontade geral -, ou mesmo de uma classe social, em razão de sua proeminência econômica), para Kelsen o direito funda-se sobre si mesmo, em uma espécie de pressuposição-ficção.

A validade jurídica do direito compreendido como sistema, portanto distinto da moral e da política, depende da norma fundamental, que atribuirá autoridade ao primeiro legislador, sem o que a validade de todo ordenamento estaria prejudicada:

A hipótese última do positivismo é a norma que autoriza aquele que foi historicamente o primeiro legislador. A função integral dessa norma básica é conferir poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato. Interpretar esses atos de seres humanos como atos jurídicos e seus produtos como normas de caráter obrigatório, e isso que dizer interpretar como Direito o material empírico que se apresenta como tal, é possível apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como sendo uma norma válida. A norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico.¹⁶¹

A norma fundamental, emancipando o direito do mundo dos fatos e da moral, presta-se a dar um fundamento último de validade a um ordenamento jurídico. É preciso ter em mente que Kelsen reconhece dois tipos de sistemas normativos: um estático e outro dinâmico. O sistema estático é aquele em que as normas são válidas em virtude de seu conteúdo, que têm uma qualidade que as faz válidas por evidência. São válidas por evidência porque seu conteúdo é derivado de uma norma fundamental específica, e essa derivação se faz por operação intelectual dedutiva. A própria norma fundamental de tal sistema estático é válida em função de sua auto-evidência.

Já, em um sistema dinâmico, a norma fundamental não é auto-evidente, mas fictícia ou pressuposta; caracteriza-se por ser uma proposição sem conteúdo auto-evidente e que se limita a atribuir uma autoridade legislativa a alguém, que, por sua vez, atribuirá autoridade a outros. O resultado da prática legislativa assim distribuída é um ordenamento. Ocorre

¹⁶⁰ “Para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o direito, isto é, de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que vem tomada junto com o comando.” Cf. SCHMITT, Carl. *I tre tipi di pensiero giuridico*. In: _____. *Le categorie del Politico*. Tradução de Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bolonha: Il Mulino, 1972. p. 261. Ronaldo Porto Macedo Júnior afirma que, ao analisar o decisionismo jurídico, Schmitt observa que “juridicamente pode-se retrair o fundamento último de tudo que tem validade e valor jurídico num processo da vontade, numa decisão. Somente tal decisão está em condição de criar direito. A sua força jurídica não pode ser derivada da força jurídica de regras precedentes, relativas às próprias decisões. Com efeito, também uma decisão não correspondente a nenhuma regra cria direito. Esta força jurídica de decisões contrárias à regra cria direito. Tal força jurídica de decisões contrárias à norma é própria de cada ordenamento jurídico.” Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo de Carl Schmitt. *Lua Nova*, São Paulo, v. 1, n. 32, p. 202, 1994.

¹⁶¹ KELSEN, 2000. p. 170.

que, em função do conteúdo não auto-evidente da norma fundamental desse sistema, as normas derivadas não podem ser descobertas por meio de uma operação de dedução de um conteúdo particular de outro conteúdo mais geral. Todo juízo de pertinência deverá esgotar-se no fato de ter ou não cada norma do ordenamento sido produzida na forma definida pela norma imediatamente superior, e assim sucessivamente, até remontar à norma fundamental.

Um sistema estático é próprio da moral ou da religião, por exemplo, ao passo que um sistema dinâmico é próprio do direito. A consequência disso é que a questão do conteúdo não diz respeito à validade das normas jurídicas:

As normas jurídicas não são válidas por terem elas próprias, ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente. Elas não são válidas por causa de um atrativo que lhes é inerente. As normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondendo a um direito jurídico. A validade de uma norma não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso. A norma fundamental de uma ordem jurídica é a regra postulada como definitiva, de acordo com a qual as normas dessa ordem são estabelecidas e anuladas, de acordo com a qual elas recebem e perdem sua validade.¹⁶²

Esse pressuposto, ou ficção, lógico-transcendental que é a norma fundamental possibilita um juízo de validade das normas de um ordenamento sem recorrer a outras instâncias, que não o próprio sistema. Esse juízo de validade, enquanto a norma não desaparecer conforme o procedimento legislativo previsto para tal, é que levará ao princípio de legitimidade, completamente esvaziado de qualquer conteúdo. Também é possível concluir que a norma fundamental é o instrumento teórico pelo qual, como foi dito, se pode resolver uma pluralidade de normas na unidade de um ordenamento jurídico: o que significa que se está diante de um sistema — outro tema tão moderno.

Kelsen, após estruturar a definitiva separação entre direito, política e moral, delimitando a esfera do jurídico em torno de um sistema auto-suficiente, busca na

¹⁶² KELSEN, 2000. p. 166.

experiência ocidental, sobretudo norte-americana, em função de sua originalidade¹⁶³, definir o papel da constituição na hierarquia das normas.

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, grosso modo, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental¹⁶⁴, a constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos.¹⁶⁵

Assim, após um longo processo histórico de secularização do exercício do poder, acompanhamos a construção teórica operada pelo positivismo jurídico, que irá depurar a Constituição dos valores que substancialmente recolheu na jornada e nos debates dos séculos XVI, XVII e XVIII. Purificação, é preciso que se diga, que encontrou um ponto ótimo, mas que não foi capaz de superar os impasses do direito em sua tentativa de fundamentação. O saldo, talvez, tenha sido muito mais substancial na obliteração de determinados valores que estruturam algumas opções formais, bem como na confusão – operada pelo esvaziamento de seus conteúdos mais significativos – entre conceitos político-morais, agora reproduzidos em sua asséptica juridicidade, do que propriamente

¹⁶³ “La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa que se surgió. [...] A grande novidade americana será plasmar em uma Constituição escrita esse parâmetro normativo superior que decide a validade das leis emanadas do Parlamento. Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas bases, la noción de soberanía del órgano legislativo ordinario desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de Derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de Derecho; pero, en segundo lugar, aun bajo la forma escrita constitucional difícilmente se habría mantenido el *higher law* como una protección para los individuos si no se hubiesen apoyado sobre la *judicial review* (la facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes). De este modo, investido con forma legal e instrumentado por la *judicial review*, el *higher law*, con juventud renovada, entra en uno de los grandes períodos de su historia, y jurídicamente el más fructífero desde los días de Justiniano.” Cf. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1982. p. 51 e 53.

¹⁶⁴ “Neste sentido a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da constituição em sentido jurídico positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: o processo de criação do Direito positivo” Cf. KELSEN, 1985. p. 211.

¹⁶⁵ KELSEN, 2000. p. 182.

capaz de garantir um processo contínuo de legitimidade de seus comandos em função de sua racionalidade lógica.¹⁶⁶

2.7. A crise do positivismo e o constitucionalismo no século XX

O positivismo jurídico, na ânsia de fechar-se aos “problemas” criados pelos projetos disputados na arena política, bem como aos princípios reclamados por alguma instância moral, oblitera as opções jurídico-políticas legadas pela Modernidade em suas duas matrizes hegemônicas. De um lado, o liberalismo político que sustentaria o capitalismo *laissez faire* do século XIX – tendo a experiência americana como uma espécie de tipo-ideal do Estado burguês¹⁶⁷ -, que avoca critérios morais positivados nas constituições escritas como referenciais últimos de legitimidade e comando da sociedade. O individualismo do *homo economicus* protegido por critérios (agora jurídicos) cuja autoridade garantidora reside na Suprema Corte. De outro, a matriz comunitarista, cuja preeminência dos direitos coletivos sobre os individuais faz sentir-se na própria matriz rousseauiana – atente-se para o conceito de vontade geral - , que postula a legitimidade da decisão popular sobre qualquer espécie de “estado de natureza”.

¹⁶⁶ “Tanto na escola normativa, que tem seu máximo expoente em Hans Kelsen, como na institucional, que tem na Itália seu mestre em Santi Romano, o termo Constituição possui um significado meramente descritivo, perfeitamente igual ao que possui nas ciências naturais. Esse significado científico é absolutamente independente e autônomo de qualquer relação com o conteúdo concreto da Constituição que, por sua vez, seria político e axiológico. (...) Se atendermos ao significado concreto que tiveram no século passado as palavras Constituição e constitucional, notaremos que a ciência jurídica realizou uma obra de lenta, mas inflexível depuração dos valores nelas originariamente implícitos, esvaziando-as assim de alcance político, para garantir-lhes um uso neutro na pesquisa científica.” Cf. Verbete *constitucionalismo*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira et al. 12.ed. Brasília: Editora da UnB, 1999. p. 246.

¹⁶⁷ “ ‘We the people...do ordain and establish this Constitution for the United States of América’ . Com esta proclamação, que abre a Constituição norte-americana, primeiro exemplo de uma Carta escrita e solenemente ratificada, inicia-se o constitucionalismo moderno. A insinuada origem popular, entretanto, não correspondia à verdade dos fatos. Os autores do texto - elaborado a portas fechadas e sem qualquer participação do povo - eram abastados comerciantes e proprietários, heróis militares e advogados de renome. Não se contabilizou um voto nem se ouviu uma palavra do cidadão comum. A escravidão não apenas foi aceita, como se deu aos Estados do Sul um bônus por isto, na previsão do inciso 3, da seção 2, do artigo primeiro, de que o cálculo do número de membros do órgão de representação popular (*House of Representatives*) tomar-se-ia por base o número de ‘pessoas livres’ somado a ‘três quintos da população restante’ . E, mesmo o direito político básico do voto, era condicionado por qualificações de propriedade na maior parte do país. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição Brasileira*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 59.

A complexa realidade do século XIX e meados do século XX colocaria por terra as pretensões científicas do positivismo. A dura crítica empreendida por Karl Marx¹⁶⁸ sobre o caráter ideológico de que se reveste a concepção do Estado como a encarnação formal da razão universal, escamoteando a lógica de domínio econômico exercido pelas classes proprietárias dos meios de produção (capitalistas) sobre os trabalhadores, iluminaria durante grande parte do século XIX os movimentos sindicais europeus, que reivindicavam o atendimento às demandas concretas de melhoria das condições de trabalho e assistência à vida, denunciando a farsa do estatuto da igualdade formal perante a lei¹⁶⁹. Com isso, não demoraram a eclodir as revoluções que iriam delinear os contornos do século XX. A Revolução Russa em 1917 seria o prenúncio do longo embate.

Foi na Alemanha, entretanto, que os acontecimentos políticos e sociais permitiram as condições do surgimento de uma experiência constitucional que acabaria por definir os rumos do constitucionalismo posterior. Logo após a grande guerra de 1914-1918,

¹⁶⁸ “Em seus *Manuscritos econômico-filosóficos de 1844*, Marx já mostra como a constituição dessa esfera particularista é causa e efeito da divisão da sociedade em classes antagônicas: em proprietários de meios de produção e trabalhadores que possuem apenas sua capacidade de trabalho, isto é, em burgueses e proletários. O Estado deixa então de aparecer apenas como a encarnação *formal e alienada* do suposto interesse universal, passando a ser visto como um organismo que exerce uma função precisa: garantindo a propriedade privada, o Estado assegura e reproduz divisão da sociedade em classes (ou seja, conserva a “sociedade civil”) e, desse modo, garante a dominação dos proprietários dos meios de produção sobre os não proprietários, sobre os trabalhadores diretos. O Estado, assim, é um *Estado de classe*: não é a encarnação da Razão universal, mas sim uma entidade particular que, em nome de um suposto interesse geral, defende os interesses *comuns* de uma classe *particular*”. COUTINHO, Carlos Nelson. *Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez, 1994. p. 19.

¹⁶⁹ “Es preciso reconocer que en la obra de Marx no existe nada que se parezca a una teoría de los derechos humanos. Y esto es así, a mayor abundamiento de lo dicho, porque tampoco parece existir una *teoría* (entendida la expresión en un sentido algo estricto) de Marx acerca del Estado, del Derecho o de la ética que son los tres sectores en los que se sitúa (interdisciplinariamente) la problemática de los derechos humanos. Sin embargo, aunque no exista una teoría marxiana (ni marxista) de los derechos humanos, lo que sí existe es una crítica de Marx a los mismos que hoy sigue teniendo un gran valor, aunque en mi opinión no pueda aceptarse en todos sus aspectos. Dicho de otra forma: la importancia de Marx en este campo (como ocurre, en general, en relación con el Derecho, el Estado o la ética) es fundamentalmente crítica (negativa, por así decirlo), pero no propiamente constructiva.” Cf. ATIENZA, *Marx y los derechos humanos*. Madrid: Editorial Mezquita, 1983. p. 06-07. Para um exame mais completo a respeito do debate acerca das concepções de Marx sobre o Direito e o Estado, leiam-se: CAPELLA, Juan Ramón (Org.). *Marx, el derecho y el Estado*. Barcelona: Oikos-Tau, 1969; DÍAZ, Elías. Marx, el derecho y el Estado. *Revista da Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, v. 1, n. 55, 1979; GONZALEZ, Santiago Sanchez. El pensamiento jurídico-político de Karl Marx (I). *Revista de Derecho Político*, Madrid, v. 1, n.11, p. 117-140, 1981; GONZALEZ, Santiago Sanchez. El pensamiento jurídico-político de Karl Marx (II). *Revista de Derecho Político*, Madrid, v. 1, n.13, p. 95-136, 1982; PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

estruturou-se a República de Weimar¹⁷⁰, em uma espécie de síntese histórica das forças sociais alemãs em torno de um compromisso constitucional que se equilibrava em torno de idéias contraditórias, que mesclavam pretensões medievais com exigências socialistas ou liberal-capitalistas da civilização industrial. A nova Constituição foi aprovada em 31 de julho de 1919; pouco antes, porém, em 9 de julho, a Assembléia havia ratificado o Tratado de Versalhes, que impusera à Alemanha indenizações de guerra em montante desproporcional e insuportável. As potências vencedoras criavam, com isso, as condições predisponentes de um futuro colapso financeiro da República Alemã, tornando impossível a sua normal integração no concerto europeu do pós-guerra. O fator desencadeante da bancarrota adveio dez anos após, com o colapso da Bolsa de Nova York e a grande depressão mundial que se lhe seguiu. Abria-se, assim, o palco para a entrada em cena da

¹⁷⁰ Em novembro de 1918 a Alemanha viu-se sacudida por uma rebelião naval, que, em pouco tempo, desembocou em verdadeira guerra civil. Em 29 de outubro de 1918, os marinheiros estacionados no porto de Kiel rebelaram-se contra uma ordem do comando naval da frota de alto-mar para se lançarem à “batalha final”. Em 3 de novembro, a revolta ganhou adesões na quase-totalidade das forças navais, ao mesmo tempo em que, um pouco em toda parte, constituíam-se “conselhos de soldados e operários”, segundo o modelo soviético. Embora a abdicação do Kaiser Guilherme II fosse insistentemente pedida, ele ainda tentou salvar a dinastia, ao nomear, no início de novembro, seu filho, o príncipe Max de Baden, como chefe do governo. Alimentava com isso a esperança de ganhar tempo e, em último caso, abrir mão tão-só da coroa imperial, permanecendo como rei da Prússia. Os acontecimentos, no entanto, precipitaram-se. Na noite de 7 para 8 de novembro, uma “República Democrática e Socialista” era proclamada na Baviera. No dia imediato, sentindo que a liderança das forças populares lhes escapava em proveito dos grupos de esquerda mais radicais — notadamente o grupo *Spartakus*, chefiado por Karl Liebknecht —, os representantes do partido socialista majoritário alemão (MSPD) retiraram-se do governo e convocaram uma greve geral. O príncipe Max anunciou, então, a abdicação do imperador, designou o líder dos socialistas majoritários, Friedrich Ebert, para exercer as funções de chanceler e propôs a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. No mesmo dia 9, à tarde, o ministro Philip Scheidemann, também do MSPD, tomou a iniciativa de proclamar a República, do balcão da chancelaria em Berlim. O governo provisório então formado, sob a denominação de Conselho dos Delegados do Povo, era chefiado por Ebert e compreendia três representantes dos socialistas majoritários e três do Partido Social Democrático Independente (USPD); seus primeiros decretos foram o estabelecimento da jornada de trabalho de oito horas e a atribuição do direito de voto às mulheres. Seguiram-se várias medidas de assistência social aos setores mais carentes da população. Os objetivos político-constitucionais dos partidos que compunham o governo provisório eram, porém, divergentes. Enquanto o MSPD propugnava a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte e o estabelecimento de uma democracia parlamentar, o USPD manifestava-se a favor da imediata instituição da ditadura do proletariado e da completa socialização da economia, sem passar por uma reconstitucionalização formal do país. Nos últimos dias de novembro, o governo promulgou uma nova lei eleitoral e convocou eleições para a formação de um congresso de representantes das diferentes províncias imperiais, que veio a se reunir em Berlim em 16 de dezembro. Em 20 de janeiro de 1919, esse congresso votou, por ampla maioria, a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Uma semana antes, porém, exatamente entre 6 e 15 de janeiro, as forças policiais, que compreendiam vários grupos paramilitares, empenharam-se em sangrentos combates de rua em Berlim contra os militares do grupo *Spartakus*. Em meio à refrega, os líderes esquerdistas Karl Liebknecht e Rosa Luxemburgo foram capturados e sumariamente executados. Com o desaparecimento dessas grandes personalidades da esquerda, únicas em condições de resistir criticamente à influência do comunismo soviético, o movimento socialista alemão viu-se singularmente enfraquecido para ganhar a confiança das classes médias e enfrentar com êxito, nas urnas, o perigo montante da extrema direita totalitária. As eleições para a Constituinte realizaram-se em 6 de fevereiro e, contrariamente à expectativa, os partidos socialistas não alcançaram a maioria absoluta, obtendo 185 cadeiras (163 para o MSPD e 22 para o USPD), num total de 414. Cf. COMPARATO, 2001. p. 195-198.

barbárie nazista, que destruiu a República de Weimar em poucas semanas, no início de 1933.

A Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917¹⁷¹, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou, efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa à dignidade humana ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo.

A Constituição de Weimar não se limitou à clássica declaração de direitos e garantias individuais. Estes, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual, que os poderes públicos não estavam autorizados a invadir. Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, de programas de ação governamental. Aqui são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos poderes públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens, o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado e uma redistribuição de renda pela via tributária.

Com a mudança do perfil do Estado a partir do início do século XX, operada pela transição do Estado liberal para o Estado social, houve um aumento da complexidade da realidade a ser regulada pelo direito e seus intérpretes. A partir da década de 30, com a política do *New Deal* de Franklin Roosevelt, nos EUA, e transformações semelhantes que

¹⁷¹ A fonte ideológica da “Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos”, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, foi a doutrina anarco-sindicalista, que se difundiu no último quartel do século XIX em toda a Europa, mas principalmente na Rússia, na Espanha e na Itália. O pensamento de Mikhail Bakunin muito influenciou Ricardo Flore Magón, líder do grupo *Regeneración*, que reunia jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfírio Díaz. O grupo lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentavam as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917: proibição de reeleição do presidente da República (Porfírio Díaz havia governado mediante reeleições sucessivas de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado. A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (art. 5º e 123). Cf. COMPARATO, 2001. p. 18-188.

ocorreram posteriormente na Europa, operou-se uma mudança no perfil de atuação do Estado, na medida em que deixou de atuar somente nas atividades clássicas, limitadas pelos direitos individuais de liberdade e propriedade, e passou a desempenhar um papel de indutor do desenvolvimento econômico por via direta e articulador de políticas públicas com o objetivo de atender a demandas sociais (educação, saúde, previdência, seguro-desemprego).

Assim, temos uma mudança fundamental de um Estado que assumia uma postura negativa (no sentido de não fazer) limitando-se a proteger direitos, ao não interferir nas liberdades individuais do cidadão e em seu direito de propriedade, para um Estado que passa a ter uma postura positiva, no sentido de promover direitos ao articular as instituições capazes de suprir as demandas sociais¹⁷². Tércio Sampaio Ferraz observa, em relação à constitucionalização dos direitos fundamentais, o sentido promocional prospectivo que supõe, “para além da liberdade individual enquanto liberdade negativa, uma liberdade positiva, cujo exercício não está remetido a um tempo passado, e sim a um tempo futuro, na medida em que, no contexto do Estado social, ela não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado”¹⁷³.

Essa mudança no perfil de atuação dos Estados, com a constitucionalização dos direitos sociais, aprofundou-se após a Segunda Guerra mundial com a crítica do positivismo jurídico de concepção kelseniana, por este ter sido incapaz de levantar barreiras valorativas à emergência do nazi-fascismo¹⁷⁴ na Europa e aos regimes burocrático- autoritários na América Latina¹⁷⁵.

¹⁷² Essa realidade criou uma crise no Judiciário, na medida em que os pressupostos que orientavam a estrutura política do Estado passaram a não dar conta dos novos desafios, "de tal forma que 'a hipertrofia legislativa' do Poder Executivo traria consigo, então, uma perda de distinção entre os temas e o tempo da política e os do direito, repercutindo sobre a própria noção de legalidade, que, nessas novas condições, não poderia mais ser concebida classicamente, isto é, como o produto da separação característica do Estado de Direito entre a decisão legislativa e momento de sua aplicação. A confirmação do Judiciário em seu papel neutralizado faria dele um Poder anacrônico, voltado para o tempo passado em que a lei foi produzida, e, como tal, limitado à função de arbitragem dos conflitos privados, sem exercer jurisdição sobre o novo tipo de contencioso social, cuja natureza é pública e se expressa na manifestação da vontade de sujeitos coletivos". Cf. VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan/Iuperj, 1998. p. 29-30.

¹⁷³ FERRAZ, Tércio Sampaio. Apud VIANNA, 1998 p. 26.

¹⁷⁴ Verificar a experiência jurídico-política do Estado Nacional-Socialista em NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987. p. 151-166; GARCÍA DE ENTERRIA, 1982. p. 159-163; bem como para um exame a respeito do contexto de legalidade do poder de Hitler, verificar SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Tradução de Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971. p. 157-171.

¹⁷⁵ VIANNA, 1998. p. 25

A influência do constitucionalismo social seria verificada posteriormente, ainda que de forma tardia, nas constituições portuguesa (1976) e brasileira (1988), que carregariam seus textos de programaticidade¹⁷⁶, isto é, de valores na forma de quadros/programas que configuram verdadeiras plataformas políticas de ação dos dirigentes do Estado. Em um Estado de direito democrático-constitucional, isto é, na medida em que a Constituição estabelece os quadros em que se desenvolverá a atividade estatal, a atividade do legislador está, necessariamente, vinculada a esses limites e imposições.

A história constitucional do século XX acaba por ser a da circularidade. Inicia com a reivindicação de positivação de direitos sociais – fator que acabaria destruindo os postulados criados pelo positivismo, desde sua concepção estritamente normativa, até seus instrumentos técnicos (como a solução de antinomias do sistema, por exemplo) -, chegando

¹⁷⁶ Canotilho afirma que os textos constitucionais carregados de programaticidade - desde a velha Constituição mexicana de 1918 até a Constituição brasileira de 1988 - estão sob uma intensa crítica, operada desde o pensamento liberal da Constituição aberta até ao sistemismo autopoiético, passando por algumas variantes da sociologia crítica, que proclamam a falência dos "Códigos dirigentes" em um mundo caracterizado pela conjuntura, pela circularidade, pelos particularismos e pelos riscos. Subjacente a essa crise da Constituição dirigente está a crise de uma filosofia do sujeito e de uma teoria da sociedade, fundantes de uma metanarratividade emancipatória, que, em última análise, converteram o Estado em instância exclusiva ou quase exclusiva de direção da sociedade, e o direito, nessa medida, instrumento funcional dessa direção, desconsiderando o alto grau de "diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada" e outras formas de direção política, que vão desde os "modelos regulativos típicos da subsidiariedade", isto é, modelos de autodireção social estatalmente garantida até os modelos neocorporativistas, passando pelas formas de delegação conducente a regulações descentradas e descentralizadas". Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 15, p. 09, abr./jun. 1996.

ao paroxismo das cartas portuguesa e brasileira acabando com uma dura crítica dos exageros constitucionais¹⁷⁷:

a normatividade da Constituição não se coaduna com a grandiloquência das palavras¹⁷⁸, que expressam mais uma "ética de convicção" do que uma "ética de responsabilidade prática", revelando a necessidade de uma certa parcimônia normativa quanto a positivação constitucional de imposições, e por outro lado, a articulação de mecanismos constitucionais que externalizem as ações constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da Constituição.¹⁷⁹

¹⁷⁷ “O produto final foi heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. A doutrina constitucional caracteriza a Carta de 1988 como sendo compromissória, analítica e dirigente. Compromissória por ser um texto dialético, sem predomínio absoluto de uma única tendência política. Em um mundo ainda marcadamente dividido em dois blocos ideológicos antagônicos, o texto buscou um equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho. Ao lado da livre iniciativa, alçada à condição de princípio fundamental da ordem institucional brasileira, consagraram-se regras de intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com a reserva de determinados setores econômicos à exploração por empresas estatais, alguns deles sob regime de monopólio. O texto contemplou, ademais, um amplo elenco de direitos sociais aos trabalhadores e impôs restrições ao capital estrangeiro. O constituinte de 1988 optou, igualmente, por uma Carta analítica, na tradição do constitucionalismo contemporâneo, materializado nas constituições portuguesa e espanhola, de 1976 e 1978, de países que, a exemplo do Brasil, procuravam superar experiências autoritárias. O modelo oposto é o que tem como paradigma a Constituição dos Estados Unidos, exemplo típico do constitucionalismo sintético, cujo texto se contém em apenas sete artigos e vinte e seis emendas (em sua maior parte aditamentos, e não modificações à versão original). A tradição brasileira, a complexidade do contexto em que desenvolvida a reconstitucionalização do país e as características de nosso sistema judicial inviabilizavam a opção pela fórmula do texto mínimo, cuja importação seria um equívoco caricatural. É inevitável a constatação, todavia, de que o constituinte de 1988 caiu no extremo oposto, produzindo um texto que, mais que analítico, é casuístico e prolixo. Por fim, a Carta brasileira de 1988 é dirigente. O termo, trazido do constitucionalismo português, identifica uma opção pela inclusão no texto constitucional de grandes linhas programáticas, que procuram sinalizar caminhos a serem percorridos pelo legislador e pela administração pública. Estabelecem-se fins, tarefas e objetivos para o Estado e para a sociedade. Este tipo de constitucionalismo diminui, de certa forma, a densidade jurídica do texto, embora represente um esforço para condicionar a atuação dos poderes e impulsioná-los na direção eleita pelo constituinte, notadamente em domínios como os da educação, cultura, saúde e realização de valores como a justiça social e os direitos a ela inerentes. O constitucionalismo dirigente é extremamente dependente da atuação do Congresso Nacional na edição das leis ordinárias necessárias ao desenvolvimento dos programas meramente alinhavados na Constituição”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?) In: *A Constituição democrática e o Poder Judiciário*: Konrad Adenauer Stiftung, Debates, n. 20, 1999, p. 21-48.

¹⁷⁸ Interessante exemplo: “O socialismo e o sistema político e social revolucionário estabelecido nesta Constituição, defendido por anos de heróica resistência frente às agressões de todo tipo e à guerra econômica dos governos da potência imperialista mais poderosa que já existiu, e tendo demonstrado sua capacidade de transformar o país e criar uma sociedade inteiramente justa e nova, é irrevogável, e Cuba não voltará jamais ao capitalismo”. Emenda à Constituição de Cuba, aprovada pelo Parlamento Cubano em 27.06.2002. Cf. HAVANA tenta manter socialismo no pós-Fidel. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jun. 2002.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 15, p. 7-17, abr./jun., 1996.

Essa “virada” política no constitucionalismo pode ser explicada, evidentemente, por duas razões de fatores: inicialmente, pela derrocada das experiências políticas socialistas¹⁸⁰ e do próprio modelo do *Welfare State* europeu, em razão da crise econômica dos anos 70-80¹⁸¹ (cuja compreensão não faz parte do presente trabalho), mas também, fundamentalmente, pelo arcabouço teórico produzido pelos liberais¹⁸² que se contrapuseram às experiências totalitárias e planificadoras do século XX. Portanto, e assim finalizamos este segundo capítulo, é uma “virada” produzida pela realidade fática – os acontecimentos sociais e econômicos -, mas, e talvez com maior intensidade, fundada na própria “leitura” dessa realidade.

¹⁸⁰ A crise do socialismo poderá ser rapidamente examinada em BLACKBURN, Robin (Org.). *Depois da queda: o fracasso do comunismo e o futuro do socialismo*. Tradução de Luis Krausz; Maria Inês Rolim; Susan Semler. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, em um debate com a participação de Norberto Bobbio, Ralph Miliband, Edward Thompson, Jürgen Habermas, Hans M. Enzensberger, Fred Halliday, Eric Hobsbawm, Fredric Jameson, André Gorz e Diane Élson.

¹⁸¹ "São várias as explicações para a crise do Estado Social: (a) A crise do Estado Social como crise fiscal; (b) a segunda explicação para a crise do Estado social baseia-se na "inflação" das demandas e das proteções aos trabalhadores; (c) Haveria a teoria inversa, a crise do Welfare State, como resultado da crise de acumulação, ao fazer depender as receitas do Estado dos impostos aos assalariados e ao capital, e do nível do emprego e do salário; (d) A crise do Estado social como consequência do taylorismo-fordismo em nível dos processos de trabalho. A crise de produtividade gera desemprego, queda salarial, menor arrecadação para o Estado, crise fiscal, crise de legitimidade e reestruturação do próprio Estado em direção ao neoliberalismo." Cf. CENTENO, Miguel Angel. La política del conocimiento: Hayek y la tecnocracia. *Pensamento Iberoamericano/Revista de Economía Política*, Madrid, v. 1, n. 30, p. 76-77, 1995.

¹⁸² O projeto neoliberal pode ser apreendido, resumidamente, em três pontos: (a) existem formas de conhecimento e verdades a que não se pode chegar através do debate político; (b) o mercado é melhor meio para alcançar esse conhecimento; (c) não se deve permitir que o conflito político e social interfira no funcionamento natural do mercado. As posições intelectuais de Friedrich Hayek poderão ser examinadas na própria obra do autor: HAYEK, Friedrich A. von, *O caminho da servidão*. Porto Alegre: Globo, 1977, *Individualism and economic order*, University of Chicago Press, 1980; *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo/Brasília: Visão/Universidade de Brasília, 1983; *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Visão, 1985. Ou mesmo na análise crítica estabelecida, dentre outros, por WAINWRIGHT, Hilary. *Uma resposta ao neoliberalismo: argumentos para uma nova esquerda*. Tradução de Ângela Melim. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. (capítulos 1, 2 e 3), BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994. p. 383-442. Um balanço das consequências da assunção dos pressupostos e políticas neoliberais sob o ponto de vista social, político e jurídico poderá ser visto em LAURELL, Asa Cristina (Org.). *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. 2.ed. Tradução de Rodrigo León Contrera. São Paulo: Cortez, 1997; SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996; ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Neoliberalismo, reforma do Estado e Modernidade. In: _____. *Direito e século XXI - conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro: Luam, 1997; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996; ROMEO, Francisco J. Palacios. Neoliberalismo, hegemonía y nuevo orden: estrategia y resultante social en Latinoamérica. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, v. 1, n. 99, p. 59-102, en./mar. 1998.

3 A CRISE DA MODERNIDADE E O CONSTITUCIONALISMO: LEITURAS APROXIMATIVAS

3.1. A Modernidade, a Pós-Modernidade e o constitucionalismo

O crepúsculo do século XX, que, segundo Eric Hobsbawn, findou nos idos de 1989, evidenciou uma série de problemas, motivados, sobremaneira, pelas transformações econômicas, sociais, culturais e políticas em curso, que provocam a necessidade de reflexões acerca de determinados temas, cuja novidade, talvez, não resida na sua identificação ou delimitação, mas nos enfoques e conseqüências que lhes possam ser retirados.

O debate Modernidade/Pós-Modernidade e sua relação com a esfera jurídica - fundamentalmente com a teoria constitucional - está circunscrito a esses problemas, cujas respostas apontarão os rumos dos futuros possíveis. O constitucionalismo, compreendido como fenômeno político-jurídico derivado das revoluções liberais iniciadas no século XVII, cujos avanços teórico-práticos levaram a um crescente processo de racionalização do exercício do poder, é fruto de um contexto específico em que um conjunto de formulações marca a passagem, de forma descontínua e fragmentada, dos antigos regimes da Idade Média para a fase moderna.

Podemos afirmar que a Constituição, compreendida como a ordenação sistemática e racional da comunidade política, como o pacto fundador, como o centro normativo derivado da expressão do projeto político¹⁸³, como o conjunto de regras derivadas do contrato social através do Poder Constituinte, que fundam a legitimidade do exercício do poder, é conseqüência direta dos postulados iluministas expressos na crença na razão, na

¹⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 9-22

capacidade de deduzir da *ratio universalis* um conjunto de categorias que orientariam a capacidade de reflexão do homem e que possibilitariam sua capacidade de decidir acerca do bem e do mal.

Tal projeto filosófico deita raízes profundas em Kant, que postula a universalidade dos juízos e sistematiza uma filosofia da história fundada na crença em um progresso da humanidade respaldado pela razão, em direção a uma sociedade cada vez mais justa. Em função desse contexto racionalista derivado do projeto iluminista do século XVIII, do qual Hegel e, posteriormente, Marx, são frutos, e do processo de transformações políticas e sociais que lhe deram expressão prática, a teoria constitucional avança no sentido de recepcionar novos valores e direitos, provocando rupturas em relação à proposta constitucional liberal originária, traçando um modelo que tem na Constituição mexicana de 1918 seu início e na Constituição portuguesa de 1976 sua expressão de triunfo.

O constitucionalismo dirigente defendido pelo português Joaquim José Gomes Canotilho em sua tese de doutorado¹⁸⁴ sintetiza o projeto político-jurídico do constitucionalismo de grande parte do século XX, cuja concepção de “Constituição” - programática, dirigente, diretiva - provoca a ruptura com as concepções liberais. Porém, Canotilho verifica, em escritos posteriores, que os textos constitucionais carregados de programaticidade - desde a velha Constituição mexicana de 1918 até a Constituição brasileira de 1988 - estão sob intensas críticas, operadas desde o pensamento liberal da Constituição aberta até ao sistemismo autopoietico, passando por algumas variantes da sociologia crítica, que proclamam a falência dos "códigos dirigentes" em um mundo caracterizado pela conjuntura, pela circularidade, pelos particularismos e pelos riscos¹⁸⁵.

Afirma que, subjacente a essa crise da Constituição dirigente, está a crise de uma filosofia do sujeito e de uma teoria da sociedade, fundantes de uma metanarratividade emancipatória, que, em última análise, convertem o Estado em instância exclusiva - ou quase exclusiva - de direção da sociedade, e o direito, nessa medida, instrumento funcional dessa direção, desconsiderando o alto grau de "diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada" e outras formas de direção política, que vão desde os "modelos regulativos típicos da subsidiariedade", isto é, modelos de autodireção social

¹⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

estatalmente garantida, até os modelos neocorporativistas, passando pelas formas de delegação conducente a regulações descentradas e descentralizadas" ¹⁸⁶.

Tais considerações introduzem, de alguma forma, para fins deste capítulo, as relações necessárias entre o projeto constitucional do século XX e o debate da Modernidade/Pós-Modernidade, na medida em que uma série de críticas aos postulados modernos atinge em cheio e esvazia de sentido uma determinada concepção de Constituição. Portanto, em que consistem, precisamente, as críticas dos pós-modernos à Modernidade ? Quais são suas formulações? Poderíamos considerá-las rupturas em relação à modernidade ?

Na medida em que aceitarmos algumas das premissas filosóficas da Pós-Modernidade, o sentido dos conceitos que estruturam o constitucionalismo moderno, bem como de outros que estruturam as ciências sociais e a teoria constitucional, entra em crise. Porém, alguns autores identificam nos trabalhos dos pós-modernos - para além da negação sistemática e global da modernidade - elementos de uma crítica à racionalidade instrumental que fundou os projetos políticos autoritários, etnocêntricos e totalitários do século XX, procurando, com isso, não a superação da razão, mas, sim, dos processos instrumentais nela baseados.

Nesse sentido, procuraremos examinar os conceitos propostos e localizados neste complexo espectro teórico chamado Pós-Modernidade, cujas referências apontam para as críticas elaboradas por autores que se situam entre a filosofia e a sociologia, com o intuito de delimitar o caráter da crítica à modernidade, bem como de compreender os elementos de ruptura ou de continuidade que estabelecem. Ainda se faz necessário elucidar que a abordagem acerca dos temas propostos dá-se de forma a esclarecer, com um certo rigor, conceitos utilizados de forma não sistemática nos debates contemporâneos. Renato Janine Ribeiro lembra que a leitura sistemática dos textos não constitui uma tradição importante na área jurídica, tendo em vista a prática instrumental na sua utilização. ¹⁸⁷

O debate contemporâneo acerca das perspectivas do direito como modo privilegiado de regulação social encontra-se sobremaneira permeado de termos cuja pré-compreensão é

¹⁸⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

¹⁸⁶ CANOTILHO, 1996, p. 9.

¹⁸⁷ RIBEIRO, Renato Janine. Não há pior inimigo do conhecimento do que a terra firme. *Tempo Social/Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 189-195, maio 1999.

necessária, na medida em que, afastando-se tal premissa, cairíamos – como perigosamente transitam alguns autores - em palavras sem sentido na construção de *standards* operacionalmente funcionais, porém destituídos de maior significação.

Portanto, identificar as posições teóricas consistentes em meio ao simulacro que caracteriza o debate acerca da crise da Modernidade não é uma tarefa fácil. Referências críticas à Modernidade, denúncias do fim do projeto da Modernidade, demonstrações de evidências dos limites da razão moderna, desocultamento das aporias modernas pululam em meio a um turbilhão de publicações com linguagem estilizada e, no mais das vezes, contraditória, constituem um espectro cujo vetor aponta para uma nova era – uma era pós-moderna¹⁸⁸. A multiplicidade de temas tratados sob esse registro coloca àqueles que pretendem, de alguma forma, compreender suas implicações e os limites da ciência nos tempos em que vivemos uma tarefa inadiável: remover e rearticular, em meio ao entulho do oportunismo catedrático/acadêmico/literário, os fios que, à moda de Ariadne de Teseu, poderão levar à saída do labirinto¹⁸⁹.

Afinal, dois fatores fundamentais prejudicam ou obstaculizam, preliminarmente, o debate sobre os limites do projeto da Modernidade no cenário contemporâneo. Por um lado, acompanhamos nas últimas décadas um processo de estranhamento entre duas tradições discursivas distintas, que provocou, em última análise, um empobrecimento do debate público a respeito de temas vinculados à filosofia. Weber já havia identificado como característica da Modernidade um crescente e infindável processo de racionalização, que promove a construção de sistemas cuja lógica interna é cognoscível hegemonicamente

¹⁸⁸ É por demais evidente que a escolha do tema “pós-modernidade” parte do pressuposto de que há uma crise nas ciências sociais, cuja saída não reside no seu ocultamento através de simplificações operadas através de rótulos pejorativos. Habermas afirma que “em nosso século a filosofia se alimenta de temas levantados por quatro grandes movimentos através dos quais ela consegue fazer-se ouvir em círculos mais amplos. Apesar de todas as diferenças, perceptíveis tão logo alguém se aproxime dela, existem quatro complexos com fisionomia própria, que se destacam na corrente de pensamentos: a filosofia analítica, a fenomenologia, o marxismo ocidental e o estruturalismo. Hegel chegou a falar em figuras do espírito. Essa expressão impõe-se. Pois, no instante em que uma figura do espírito é nomeada e reconhecida em sua inconfundibilidade, já foi colocada à distância e condenada ao desaparecimento. Nesta medida, os que se declaram “pós” não são apenas oportunistas de faro atilado; temos que leva-los a ‘serio como sismógrafos do espírito de uma nova época’. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 12.

pelos seus membros – os especialistas. Porém, é em torno de uma das esferas preconizadas por Kant – a ciência – que observamos uma crescente autonomização, que promove um distanciamento do mundo da vida, através de uma racionalidade que abstrai em níveis cada vez mais complexos na tentativa de sintetizar uma realidade cada vez menos compreensível.

Com o advento dos meios de comunicação de massa e sua integração física no pós-guerra, percebemos a emergência da sociedade do espetáculo¹⁹⁰, cenário em que a própria atividade reflexiva passa a ser oferecida como mais um produto ao consumidor. Nesse contexto ocorre uma ruptura no seio da atividade científica – uma nova divisão social do trabalho científico –, operada pela emergência de profissionais que passam a produzir suas reflexões para o consumo de um mercado constituído por uma classe média ávida por informações. Assim, com a agilidade da produção em série e sem o rigor de uma crítica consistente, acompanhamos filósofos-jornalistas, críticos literários e uma infinidade de outros agentes assumirem um espaço privilegiado na esfera pública, segregando as

¹⁸⁹ Nunca é demais lembrar a farsa ensaiada por Alan Sokal e Jean Bricmont. Em 1996, a revista americana *Social Text* publicou um artigo assinado pelo professor de física da Universidade de New York, Alan Sokal, chamado “Transgredindo as fronteiras: em direção à uma hermenêutica transformativa da gravitação quântica”. O autor colocou um emaranhado de citações, misturando físicos teóricos com pós-estruturalistas, pregando a abolição da realidade física justificada pelo indeterminismo quântico e a teoria do caos. Mesmo assim, foi publicado e elogiado por setores da ciência contemporânea. Só mais tarde revelou tratar-se de uma farsa com o objetivo de denunciar a falta de seriedade e os limites das publicações pós-modernas. O episódio é relatado em SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas intelectuais*. São Paulo: Record, 1999.

¹⁹⁰ A sociedade ocidental pós-68 como a *sociedade do espetáculo* foi tematizada originalmente pelo francês Guy Debord em 1977. Para Debord o espetáculo é uma forma de sociedade em que a vida real é pobre e fragmentária, e os indivíduos são obrigados a contemplar e a consumir passivamente as imagens de tudo o que lhes falta em sua existência real. Cf. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997; posteriormente, Roger-Gérard Schwardzenberg iria utilizar o mesmo argumento para examinar a política e o Estado. Cf. SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado espetáculo: ensaio sobre e contra o star system em política*. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. Rio de Janeiro: Difel, 1978; fundamental para a compreensão da temática, em seu sentido mais amplo, é o exame de Baudrillard acerca das características de sociedade de consumo, do papel dos *mass media* e da publicidade na produção de desejos. Cf. BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1975.

construções complexas – pela dificuldade de sua compreensão interna ao grande público – ao gueto das publicações especializadas¹⁹¹.

Nesse quadro, percebemos a utilização de temas e conceitos caros à tradição teórica ocidental em meio a um conjunto de produtos consumidos em larga escala pela classe média; assim, folheando jornais, revistas, e assistindo às intervenções nos programas de auditórios televisivos¹⁹², acompanhamos exposições, resenhas, artigos sobre a Pós-Modernidade, em meio aos produtos da indústria cultural, produzindo um simulacro de debate teórico, perigoso na medida em que invade espaços outrora concedidos aos intelectuais¹⁹³; provocando conseqüências perniciosas na pesquisa acadêmica – uma espécie de debate de sinais trocados - tendo em vista a enorme influência da *mass media* sobre a própria universidade.

Por outro lado, opera-se uma confusão semântica produzida pela utilização de termos cujos significados, no mais das vezes, não estão suficientemente sedimentados, impossibilitando um diálogo transparente. Assim se dá com os equívocos verificados em alguns meios na utilização dos conceitos “modernismo”, “modernidade” e “modernização”, muitas vezes empregados na pesquisa jurídica sem o devido cuidado.¹⁹⁴

¹⁹¹ Bourdieu sinaliza com uma crítica nesse sentido: “Graças à televisão e aos jornais, se impôs a forma extremada do ensaísmo, representada por uma nova categoria de produtores culturais de quem os “novos filósofos” são o protótipo: esses “filósofos jornalistas”, como eram chamados por Wittgenstein, que na sua maioria trabalhavam na televisão, rádio, ou em revistas e jornais, lançaram no mercado bens culturais como um novo tipo de produto. Essas obras de produção cíclica e circulação muito escassa podem enganar os olhos dos que não conhecem: imitam os signos exteriores das investigações da vanguarda literária ou científica e tratam com aparência de grande pensamento, os grandes problemas do momento. [...] Existe atualmente uma internacional do ensaísmo que está em vias de suplantar ou submergir a verdadeira pesquisa, ao impor seu discurso peremptório e inquestionável sobre todos os temas de conversa obrigatória do “jet-set”: Paris e maio de 68, os imigrados e os dissidentes, os ecologistas e as feministas, Gorbatchov e os verdes”. Nesse mesmo ensaio Bourdieu volta suas baterias contra Alain Finkelkraut, Régis Debray, H. Stuart Hugues, André Glucksmann e Bernard-Henry Lévy, através de uma fina ironia. Cf. BOURDIEU, Pierre. Artigos de Paris. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 jun. 1992.

¹⁹² Possivelmente presenciaremos debates sobre a Pós-Modernidade em meio a mapas de astrologia; explicações sobre a física quântica, seguidos de explicações do maravilhoso poder de cura dos florais de Bach; argumentos sobre as conseqüências da teoria do caos misturados com demonstrações de tarô; painéis de “reengenharia do próprio eu” como necessidade de colocar-se de forma positiva frente à globalização. Enfim, um *prêt à porter* à francesa, um caldeirão à brasileira, capaz de satisfazer a todos os gostos, revestidos da seriedade produzida pelo hermetismo mágico das palavras.

¹⁹³ Com toda a ambigüidade que o termo pode refletir na história do saber.

¹⁹⁴ Sobre tudo no Brasil, onde a universidade não atingiu um patamar de burocratização, no sentido weberiano, que lhe possa equiparar-se ao meio acadêmico europeu ou norte-americano, isto é, com uma realidade universitária que não atingiu um grau satisfatório de especialização e profissionalização, o rigor acerca dos conceitos deixa a desejar. A especialização, o rigor dos conceitos, as elaborações teóricas mais sofisticadas são frutos, em última análise, de um ambiente de efetivo debate, vigilância, fiscalização, incipientes nas áreas correlatas ao direito.

Em vista disso, inicialmente, é necessário fazer as distinções acerca de tais termos, utilizados, geralmente, como sinônimos em relação à temática proposta. Temos, então, *modernidade*, considerada como um conceito apto para caracterizar os valores que têm inspirado o mundo desde o Renascimento em contraposição ao mundo medieval; o *modernismo*, entendido como um *ethos* do programa estético, filosófico e cultural que predominou nos movimentos de vanguarda a partir da segunda metade do século passado, e *modernização*, concebido como um projeto de transformação social – baseado na transferência, na adaptação do modelo das sociedades industriais avançadas – que dominou o desenvolvimento das ciências sociais, que legitimou estratégias políticas e imprimiu o ritmo das experiências econômicas a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.¹⁹⁵

Portanto, a relação proposta nesta dissertação restringe-se aos aspectos teóricos da chamada “Pós-Modernidade”, a partir da qual examinaremos as premissas de um debate que está centrado na crítica da razão. Talvez, diante da diversidade da produção cultural a respeito da temática, a delimitação proposta possa parecer arbitrária, porém parece-nos razoável que, em que pese as relações dialéticas entre o contexto socioeconômico de um capitalismo globalizado, os motivos do debate estético e as premissas teóricas que fundamentam a compreensão dessa realidade, percebe-se que as principais mudanças no constitucionalismo contemporâneo estejam fundadas em uma “virada” filosófica que não guarda uma vinculação imediata com as mudanças fáticas da realidade mundial.

Com isso, a primeira e inadiável tarefa corresponde à necessidade de situar o tema da Pós-Modernidade, seus principais interlocutores e os significados que lhe são atribuídos, procurando construir critérios lógicos para sua identificação e diferenciação na pesquisa acadêmica; em um segundo momento, definir uma moldura teórica capaz de sustentar os principais fatores que motivam a crise da razão ocidental, que permitem a denúncia de seus limites e apontam para o impasse na concretização de sua expressão política, a autonomia derivada do esclarecimento; e, por fim, sistematizar os eixos principais de crítica filosófica ao projeto da Modernidade com base nos quais se articulam as expressões pós-modernas e que servem de parâmetro – em sendo deslindados os problemas que sustentam – para a superação de suas aporias.

¹⁹⁵ DIEHL, Astor Antônio. *Vinho velho em pipa nova: o pós-moderno e o fim da história*. Passo Fundo: Ediupf, 1997. p. 27.

3.2. Situando o debate acerca da origem e dos significados do termo: o que é a Pós-Modernidade?

A história do debate Modernidade/Pós-Modernidade inicia-se, segundo Perry Anderson, como uma polêmica literária, quando foram utilizados os termos “modernismo”/“pós-modernismo”. Tais conceitos nasceram e foram utilizados pela primeira vez na América hispânica, por um poeta nicaraguense chamado Rubén Darío, para designar um movimento estético. O início por Rubén Darío, em 1890, de uma tímida corrente que levou o nome de *modernismo* inspirou-se em várias escolas francesas – romântica, parnasiana, simbolista – para fazer uma declaração de independência cultural em face da Espanha, que desencadeara naquela década um movimento de emancipação das próprias letras espanholas em relação ao passado¹⁹⁶. Posteriormente, a idéia de pós-modernismo surgiria pela primeira vez no mundo hispânico na década de 1930, uma geração antes do seu aparecimento na Inglaterra ou nos Estados Unidos. Frederico de Onís utilizou o termo *postmodernismo* para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo: a busca de refúgio contra seu formidável desafio lírico num perfeccionismo do detalhe e do humor irônico, em surdina, cuja principal característica foi a nova expressão autêntica que concedeu às mulheres¹⁹⁷.

Somente vinte anos após, o termo surgiria no mundo de língua inglesa, num contexto bem diferente – agora vinculado à categoria de época e não estética. Foi Arnold Toynbee, no primeiro volume de seu *Study of history*, também publicado em 1934, quem argumentou que duas poderosas forças concorreriam para moldar a história recente do Ocidente: o industrialismo e o nacionalismo¹⁹⁸. Posteriormente, no oitavo volume, publicado em 1954, chamava a época iniciada com a guerra franco-prussiana de “idade pós-moderna”. Mas sua definição continuava essencialmente negativa. As comunidades ocidentais haviam se tornado modernas tão logo conseguiram produzir uma burguesia numerosa e competente o bastante para se tornar o elemento predominante na sociedade. Em contraste, na idade pós-moderna, essa classe média não estava mais em posição de mando. Toynbee foi menos definitivo sobre o que se seguiu. Mas, sem dúvida, a idade pós-moderna era marcada por duas evoluções: a ascensão de uma classe operária industrial no

¹⁹⁶ ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 9

¹⁹⁷ ANDERSON, 1999. p. 9-10.

¹⁹⁸ ANDERSON, 1999. p. 11.

Ocidente e o convite de sucessivas *intelligentsias* fora do Ocidente para dominar os segredos da Modernidade e voltá-los contra o mundo ocidental¹⁹⁹.

No verão de 1951, o poeta Charles Olson, em carta ao também poeta Robert Creeley, começava falando de um mundo pós-moderno, posterior à era imperial dos descobrimentos e da Revolução Industrial. A primeira metade do século XX foi o “pátio” de manobras em que o moderno virou isso que temos, o pós-moderno ou pós-Ocidente. Em 4 de novembro de 1952, o dia em que Eisenhower foi eleito presidente, Olson elaborou um manifesto lapidar – supostamente fornecendo informação para um catálogo biográfico de *Twentieth Century Authors* –, que começava com a afirmação de que considerava o presente como prólogo, não o passado, e terminava com uma definição desse presente vivo em andamento como pós-moderno, pós-humanista, pós-histórico.²⁰⁰

Em 1959, C. Wright Mills utilizou o termo para indicar uma época na qual os ideais modernos do liberalismo e do socialismo tinham simplesmente falido, quando a razão e a liberdade haviam se separado numa sociedade pós-moderna de impulso cego e conformidade vazia. Irving Howe, de modo mais brando, utilizou-o para descrever uma ficção contemporânea incapaz de sustentar a tensão modernista com uma sociedade circundante cujas divisões de classe tornavam-se cada vez mais amorfas com a prosperidade do pós-guerra. Um ano depois, inspirando-se no uso que dela fizera Toynbee, Harry Levin deu à idéia de formas pós-modernas um contorno mais agudo, para descrever uma literatura derivada que havia renunciado aos rígidos padrões intelectuais do modernismo em prol de uma relaxada meia síntese. Era o sinal de uma nova cumplicidade entre o artista e o burguês, numa suspeita encruzilhada de cultura e comércio, onde teria início uma versão inequivocamente pejorativa do pós-moderno.²⁰¹

¹⁹⁹ “Uma classe média ocidental de prosperidade e conforto sem precedentes considerava lógico que o fim de uma era da história de uma civilização era o fim da própria História – pelo menos no que lhe dizia respeito e aos de seu tipo. Imaginava que, em seu benefício, uma Vida Moderna sadia, segura e satisfatória tinha milagrosamente chegado para ficar, como um eterno presente.” Cf. ANDERSON, 1999. p. 11-12.

²⁰⁰ ANDERSON, 1999. p. 12-13.

²⁰¹ ANDERSON, 1999. p. 18-19.

O termo sofreria uma nova mudança²⁰² de polaridade antes de ser estabelecido como referência coletiva em 1972, com o lançamento de uma publicação (o periódico *Boundary 2*) que trazia expressamente o subtítulo *Revista de Literatura e Cultura Pós-Modernas*. O ensaio-chave na primeira edição, de autoria de David Antin, intitulava-se “Modernismo e pós-modernismo: abordando o presente na poesia americana”²⁰³. Seu criador, William Spanos, decidira fundar a revista ao ficar chocado com o conluio entre os EUA e a junta grega, quando professor visitante na Universidade de Atenas. Em 1977, Charles Jencks lançou *Language of post-modern architecture*, onde festejava o pós-moderno como uma civilização mundial de tolerância pluralística e opções superabundantes, uma civilização que “tornava sem sentido” polaridades ultrapassadas como esquerda e direita, capitalista e classe operária. Numa sociedade em que a informação importava agora mais que a produção, não havia mais uma vanguarda artística, uma vez que não havia inimigo a derrotar na rede eletrônica global²⁰⁴.

Essa evolução do debate estético foi seguida, imediatamente, por uma maior ampliação do seu alcance numa direção inesperada. A primeira obra filosófica a adotar a noção foi *A condição pós-moderna*²⁰⁵, de Jean-François Lyotard, publicada em Paris em 1979, fruto de uma encomenda para produzir um relatório sobre o estado do “conhecimento contemporâneo” para o conselho universitário do governo de Quebec (Canadá), onde o partido nacionalista de René Levesque tinha acabado de assumir o poder²⁰⁶. Para Lyotard, a chegada da Pós-Modernidade ligava-se ao surgimento de uma

²⁰² “Nos anos 60, ela mudou de novo – ainda amplamente – para sinal fortuito, estranho. Em meados da década o crítico Leslie Fiedler, antítese temperamental de Levin, fez uma conferência sob o patrocínio do Congresso da Liberdade Cultural, organizado pela CIA para atuar na frente intelectual da guerra fria. Nesse cenário improvável, ele celebrou o surgimento de uma nova sensibilidade entre a geração mais jovem da América, que era uma geração de excluídos da história, mutantes culturais cujos valores – desinteresse e desligamento, alucinógenos e direitos civis – encontravam expressão e acolhida numa nova literatura pós-moderna. Fiedler explicaria depois que essa literatura produziria um cruzamento de classes e uma mistura de gêneros, repudiando a ironia e formalismo modernistas - para não falar nas distinções entre elevado e inferior - numa volta desinibida ao sentimental e burlesco. Em 1969, a versão de Fiedler para o pós-moderno podia ser vista, no seu apelo à emancipação do vulgar e à liberação dos instintos, como um eco prudentemente despolitizado da insurreição estudantil de época, que, ao contrário, não se poderia certamente considerar indiferente à história. Refração semelhante pode ser detectada na sociologia de Amitai Etzioni, mais tarde famoso por sua pregação da comunidade moral, cujo livro *The Active Society*, dedicado a seus alunos em Colúmbia e Berkeley no ano da rebelião universitária, falava num período pós-moderno a partir do fim da guerra no qual declinava o poder das grandes empresas e das elites estabelecidas e em que a sociedade podia pela primeira vez tornar-se uma democracia “senhora de si mesma”. A inversão argumentativa é simplesmente total em relação à Imaginação sociológica de Mills”. Cf. ANDERSON, 1999. p. 19.

²⁰³ ANDERSON, 1999. p. 23.

²⁰⁴ ANDERSON, 1999. p. 30.

²⁰⁵ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5.ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

²⁰⁶ ANDERSON, 1999. p. 31-32.

sociedade pós-industrial – teorizada por Daniel Bell e Alain Touraine – na qual o conhecimento se tornara a principal força econômica de produção numa corrente desviada dos Estados nacionais, embora, ao mesmo tempo, tenha perdido suas legitimações tradicionais.

Porque, se a sociedade era agora melhor concebida, não como um todo orgânico nem como um campo de conflito dualista (Parsons ou Marx) mas como uma rede de comunicações lingüísticas, a própria linguagem – “todo o vínculo social” – compunha-se de uma multiplicidade de jogos diferente, cujas regras não se podem medir, e inter-relações agonísticas. Nessas condições, a ciência virou apenas um jogo de linguagem dentre outros: já não podia reivindicar o privilégio imperial sobre outras formas de conhecimento, que pretendia nos tempos modernos. Na verdade, sua pretensão à superioridade como verdade denotativa em relação aos estilos narrativos do conhecimento comum escondia a base de sua própria legitimação, que classicamente residiu em duas formas grandiosas de narrativa. A primeira, derivada da Revolução Francesa, colocava a humanidade como agente heróico de sua própria libertação através do avanço do conhecimento; a segunda, descendente do idealismo alemão, via o espírito como progressiva revelação da verdade. Esses foram os grandes mitos justificadores da modernidade.²⁰⁷

O traço definidor da condição pós-moderna, ao contrário, é a perda da credibilidade dessas metanarrativas. Para Lyotard, elas foram desfeitas pela evolução imanente das próprias ciências: por um lado, através de uma pluralização de argumentos, com a proliferação do paradoxo e do paralogismo – antecipados na filosofia por Nietzsche, Wittgenstein e Levinas; por outro, por uma tecnificação da prova, na qual aparatos dispendiosos comandados pelo capital ou pelo Estado reduzem a verdade ao desempenho. A ciência a serviço do poder encontra uma nova legitimação na eficiência²⁰⁸. Com a condição pós-moderna, Lyotard anunciou o eclipse de todas as narrativas grandiosas. Aquela cuja morte ele procurava garantir acima de tudo era, claro, a do socialismo clássico. Nos textos subsequentes, ele ampliaria a lista das grandes narrativas então extintas; a redenção cristã, o progresso iluminista, o espírito hegeliano, a unidade romântica, o racismo nazista, o equilíbrio keynesiano. Mas o referencial que comandava sempre foi o comunismo.

²⁰⁷ ANDERSON, 1999. p. 32.

²⁰⁸ “O que ele via nelas era um pluralismo cognitivo baseado na noção – nova para o público gaulês, mas velha para os anglo-saxões – de jogos lingüísticos diversos e não mesuráveis. A influência subsequente, nesse sentido, foi em proporção inversa ao seu interesse intelectual, pois se tornou a inspiração de um relativismo vulgar que muitas vezes, tanto aos olhos dos amigos quanto dos inimigos passa por ser a marca do pós-modernismo.” Cf. ANDERSON, 1999. p. 32 e 34.

Exatamente um ano depois, em 1980, Jürgen Habermas proferiu seu discurso “Modernidade – um projeto incompleto” em Frankfurt, ao receber o prêmio Adorno da municipalidade. O trabalho ocupa posição peculiar no discurso da Pós-Modernidade. Em substância, aborda o pós-moderno apenas num grau limitado, mas teve o efeito de colocá-lo em destaque daí por diante como um referencial padrão²⁰⁹. Conforme Habermas, para além do mérito do debate estético, as verdadeiras aporias da Modernidade cultural são outras. O projeto iluminista da modernidade tinha duas vertentes: uma era a diferenciação, pela primeira vez, entre ciência, moralidade e arte, não mais fundidas numa religião revelada, mas como esferas de valor autônomas, cada uma governada por suas próprias normas - verdade, justiça, beleza; a outra era a soltura desses domínios recém-liberados no fluxo subjetivo da vida cotidiana, interagindo para enriquecê-la. Foi este programa que perdeu o rumo, porque, ao invés de penetrar nos recursos comuns da comunicação diária, cada esfera tendeu a desenvolver-se em uma especialidade esotérica, fechada ao mundo dos significados ordinários. No século XIX a arte tornou-se um enclave crítico cada vez mais alienado da sociedade, fetichizando mesmo a distância em relação a ela²¹⁰.

Para o autor, o projeto da Modernidade tinha ainda de ser realizado, pois a tentativa de negá-lo – uma decisão desesperada – havia fracassado. A autonomia das esferas de valor não podia ser anulada, sob pena de regressão. Ainda havia a necessidade de reapropriação pela linguagem da experiência comum das culturas especializadas que cada esfera produzira. Para isso, no entanto, tinha de haver barreiras para proteger a espontaneidade do mundo da vida contra incursões das forças de mercado e da administração burocrática.

As intervenções coincidentes de Lyotard e Habermas, pela primeira vez, deram ao campo o selo da autoridade filosófica e iriam apontar para um debate que, longe de esgotar-se nessas primeiras manifestações, recobrou o ímpeto na medida em que buscava redimensionar o diagnóstico da Modernidade, agora não mais como um período histórico tão-somente, mas como um projeto filosófico que se ramificava profundamente na forma de organização política e jurídica do Ocidente.

3.3. Pós-Modernidade: oposição, ruptura ou continuidade da Modernidade?

²⁰⁹ ANDERSON, 1999. p.44.

Após esse registro processado por Lyotard e Habermas, o debate assumiu um espaço efetivo no cenário filosófico, de onde iriam irradiar duas espécies de críticas à Modernidade²¹¹: a crítica progressista e a crítica conservadora, uma em direção a uma racionalidade factível e a outra em direção a uma racionalidade falível. A primeira crítica acentua as chances da razão; a outra tem em mira as falhas da razão; uma crítica é epistemológica²¹² e a outra, uma crítica metafísica. Segundo esse esquema interpretativo, poderíamos situar dois blocos de pós-modernos – ainda que arbitrariamente, tendo em vista que muitos dos interlocutores desse debate não gostem ou mesmo não concordem em enquadrar-se em tal perspectiva, diante do “irracionalismo” ao qual tal expressão estaria ligada .

Em um primeiro bloco estão aqueles autores que devem seu lugar filosófico a Nietzsche²¹³ e Heidegger, quando estes procedem a uma vigorosa crítica à Modernidade, carregada, em última análise, de um pessimismo niilista²¹⁴, na medida em que vislumbram na pretensão iluminista do esclarecimento progressivo, que se desenvolve com base na apropriação e reapropriação cada vez mais plena dos fundamentos, que freqüentemente são pensados também como as origens, uma tentativa legitimação da vontade de poder. É

²¹⁰ ANDERSON, 1999. p. 45.

²¹¹ “Poderíamos dizer que a modernidade é o ponto ao qual chegou o movimento iluminista. O movimento de afirmação da razão, o movimento da ilustração, da *Aufklärung*. E, nesse sentido, esta parada que se faz na segunda metade do século XX, mais para o fim deste século, é um balanço sobre as possibilidades que ainda tem o iluminismo, tem a ilustração, tem a afirmação da razão, depois da longa trajetória desde o renascimento e a reforma até os nossos dias.” Cf. STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 2.ed. Ijuí: Editora da Unijuí, 1997. p. 17.

²¹² Leia-se SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. Especialmente às páginas 17-30, onde o autor faz uma sucinta exposição dos principais interlocutores do debate epistemológico contemporâneo; GARIN, Eugenio. *La filosofía y las ciencias en el siglo XX*. Tradução de María Gargatagli. Barcelona: Icaria Editorial, 1983.

²¹³ Nietzsche, ao declarar a morte de Deus, não atingiu simplesmente a estrutura do sistema religioso. Acertou em cheio a base de todas as fundamentações metafísicas. Como um novo arauto da desconstrução, proclamou que o mundo da ética, a esfera dos valores, os princípios e as normas da moral são uma mera construção de sentido. Eles não subsistem em si, não têm uma essência, nem possuem uma referência ou valor objetivo no qual se ancorar. Não existe nada de natural nem de sobrenatural sobre o que alicerçar os conteúdos da ética. Os fundamentos são todos eles, sem exceção, criações humanas. RUIZ, Castor Bartolomé. O ethos humano: entre o niilismo e a utopia. *Filosofia Unisinos/ Revista do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Unisinos*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 89-107, 2001; Verificar HÉBER-SUFFRIN, Pierre. *O “Zaratustra” de Nietzsche*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1991. p. 40-52.

²¹⁴ Niilismo significa a experiência da perda de sentido e de valor por parte de nossos supremos valores. Como tais valores são aqueles que dão coesão e organicidade a uma cultura, o niilismo sinaliza um período de declínio de uma força ou unidade cultural, isto é, é um sintoma de decadência de uma cultura. Nas palavras de Friedrich Nietzsche: “O niilismo como um estado normal. Niilismo: falta a meta; falta a resposta para o “por quê”? O que significa niilismo – que os supremos valores se desvalorizam.” Cf. GIACCOIA JÚNIOR, Oswaldo. O niilismo e a lógica da catástrofe: para um diagnóstico nietzscheano da modernidade. *Filosofia Unisinos/ Revista do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Unisinos*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-87, 2001.

precisamente a noção de fundamento e de pensamento como fundação e acesso ao fundamento que é radicalmente posta em discussão por Nietzsche e Heidegger:

Eles se acham, assim, por um lado, na condição de terem de distanciar-se criticamente do pensamento ocidental enquanto pensamento do fundamento; de outro, porém, não podem criticar esse pensamento em nome de outra fundação, mas verdadeira. É nisso que, a justo título, podem ser considerados os filósofos da pós-modernidade. O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade, que, na medida em que quer fugir das suas lógicas de desenvolvimento, ou seja, sobretudo na idéia de “superação” crítica em direção a uma nova fundação, busca precisamente o que Nietzsche e Heidegger²¹⁵ encontram na crítica à modernidade: o limite da razão moderna²¹⁶.

Em um segundo bloco, as proposições que procuram delimitar na experiência moderna as ilusões e falhas de uma razão que, na sua pretensão de totalidade, tornou-se instrumental, encobrendo todo seu potencial emancipatório²¹⁷. Assim procedem aqueles que assumem a tarefa de resgatar a tradição iniciada pela Escola de Frankfurt, procurando reconstruir, de alguma forma, a condição de uma razão possível, superando a aporia delineada por Horkheimer e Adorno. Porém, para seus seguidores, o pós-moderno é visto como uma reação legítima às deformações da Modernidade, inserindo-se nisso a tradição antiiluminista instaurada por Adorno, mas, ao mesmo tempo, como uma simplificação

²¹⁵ Wilson Gomes afirma que, como quer que avaliemos a crise da modernidade, uma coisa, porém, é certa: todos aqueles que resolvem considerá-la com seriedade não podem evitar uma passagem (quando não um ponto de partida) obrigatória: Heidegger. A crise da Modernidade pode ser verificada, de forma muito simplificada, pelas cisões que decidiram a nossa resposta ao problema da realidade em algumas escolhas: 1) A decisão de pensar o ser como *realidade*, ao invés de como *possibilidade*; a escolha de pensar o ser como *estabilidade* e suporte, e não como *possibilidade aberta*, em Aristóteles e na sua recepção na latindade; 2) A decisão de pensar o ser como *visibilidade*, ao invés de como *abertura*, em Platão; a decisão, a esta ligada, de pensar o ser como *presente* e não como *clareira*; 3) O *esquecimento do ser* ou da diferença entre ser e ente, de Platão a Nietzsche; 4) A *perda do sentido do nada* e a *alteração do sentido da verdade*. Cf. GOMES, Wilson. Heidegger e os pressupostos metafísicos da crítica da Modernidade. São Paulo, *Síntese Nova Fase*, São Paulo, v. 1, n. 68, p. 119, jan./mar. 1995.

²¹⁶ VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. “A crítica da modernidade, no filósofo italiano, conduz à proposição de um pensamento da pós-modernidade que é, em resumo: (a) uma ontologia débil, uma ontologia do declínio, uma tentativa de superação da metafísica; (b) um nihilismo, tomado em sentido positivo, de fundação de um novo modo de encarar o mundo e o homem; (c) uma meditação sobre a irresistível pluralização das imagens do mundo; (d) uma ética, que se propõe o resgate da liberdade, entendida como desenraizamento e imaginação; (e) uma estética que busca recuperar o lúdico e a criatividade, esmagados pela tecnocracia.” Cf. CÉSAR, Constança Marcondes. A crítica da modernidade em Vattimo. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 1, n. 205, p. 21-50, jan./mar., 2002.

²¹⁷ Para maiores esclarecimentos a respeito dos conceitos de racionalidade instrumental e racionalidade emancipatória, verificar: MÜHL, Eldon Henrique. *Crítica à racionalidade instrumental*: as contribuições de Adorno e Horkheimer. In: CENCI, Ângelo (Org.). *Ética, racionalidade e modernidade*. Passo Fundo (RS): Edipuf, 1996. p. 61-81; DALBOSCO, Cláudio Almir. *Racionalidade, esclarecimento e emancipação na perspectiva de Adorno e Horkheimer*. In: CENCI, Ângelo (Org.). *Ética, racionalidade e modernidade*. Passo Fundo (RS): Edipuf, 1996. p. 83-122; WELLMER, Albrecht. Razón, utopia, y la dialéctica de la ilustración. In: BERNSTEIN, Richard J. *Habermas y la modernidad*. Tradução de Francisco Rodríguez Martín. Madrid: Cátedra, 1991. p. 65-110.

teoricamente inaceitável e politicamente perigosa, porque se aproxima de posições irracionais típicas das correntes conservadoras e rejeita, juntamente com as patologias da Modernidade, as categorias intelectuais que permitiriam superar essas patologias.²¹⁸

Portanto, essas duas vertentes confluem para a aceitação de que o fim da Modernidade²¹⁹ é o momento em que não foi mais possível sustentar que é factível, por meio de um único sistema filosófico, dar explicações que tenham eficácia em todos os domínios do saber humano: em nível cognitivo, em nível de conhecimento, em nível prático, em nível moral e também em nível subjetivo, em nível artístico. No momento em que perdemos esta unidade de um sistema, ou a possibilidade de haver um sistema filosófico que explique as diversas regiões fundamentais do saber e do convívio humano, chegamos ao fim da Modernidade. Isso porque a Modernidade se caracteriza justamente pela idéia de razão em que, de certo modo, o problema da unidade foi encontrado com base num princípio determinado. Mas é uma unidade que nasce da idéia de razão. Sistema já quer dizer, de alguma maneira, razão; portanto, o fim da Modernidade apresenta-se como o fim dos grandes sistemas filosóficos, o que, por outro, lado também significa que o fim da Modernidade termina se apresentando aí onde não se afirmam propriamente mais sistemas metafísicos.²²⁰

Enfim, quer dizer, os critérios últimos da verdade não serão mais fundamentos absolutos, nem será mais também o sujeito absoluto. Mas os critérios últimos da verdade serão simplesmente momentos que podemos explicitar deste mundo vivido e deste mundo prático. Não temos outros princípios a partir de onde estabelecer – nem Deus, nem o mundo das idéias, nem o “eu penso” kantiano, nem o saber absoluto de Hegel -, mas, de certo modo, é desde o mundo prático que temos de extrair critérios de verdade. Critérios de verdade implicam buscar condições de possibilidade da verdade. Essas condições de

²¹⁸ FREITAG, Bárbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 138.

²¹⁹ “A pós-modernidade não é nem um período histórico nem uma tendência cultural ou política de características bem definidas. Pode-se em vez disso entendê-la como tempo e o espaço privado-coletivos, dentro do tempo e espaço mais amplos da modernidade, delineados pelos que têm problemas com ela e interrogações a ela relativas, pelos que querem criticá-la e pelos que fazem um inventário de suas conquistas, assim com de seus dilemas não resolvidos. Os que preferiram habitar na pós-modernidade ainda assim vivem entre modernos e pré-modernos. Pois a própria fundação da pós-modernidade consiste em ver o mundo como uma pluralidade de espaços e temporalidades heterogêneos. A pós-modernidade, portanto, só pode definir-se dentro dessa pluralidade, comparada com esses outros heterogêneos.” Cf. HELLER, Agnes e FEHÉR, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 11.

²²⁰ STEIN, 1997. p. 21.

possibilidade da verdade, as condições transcendentais da verdade, que antes eram ditas como sendo do sujeito e da subjetividade, agora são extraídas do mundo prático.²²¹

Nesse contexto, a obra recente²²² de Jürgen Habermas reveste-se de suma importância na medida em que intenta recolocar o problema da Modernidade aceitando o desafio colocado pela expressão pública das manifestações dos pós-estruturalistas franceses. As reflexões de Habermas voltam-se abertamente contra a *Dialética do esclarecimento* (1947) de Adorno e Horkheimer. Ele proclama o fim da filosofia da consciência e a necessidade de uma mudança radical do paradigma para libertar o debate sobre a razão das aporias nas quais Horkheimer e Adorno a teriam conduzido. Habermas não deixa dúvidas de que considera Adorno e Horkheimer precursores da tendência pós-moderna que viria a ser seguida por Bataille, Foucault e Derrida, cujo denominador comum é a crítica radical da Modernidade e que leva em seu bojo traços evidentemente irracionaisistas.²²³

Segundo Habermas, o problema de Horkheimer e Adorno com o conceito de razão advém do fato de eles se aterem a um conceito histórico-filosófico de razão, de inspiração marxista. Pelo menos no início dos seus trabalhos (nos anos 30), os dois teóricos ainda não haviam abandonado a crença em uma razão histórica, que necessariamente se manifestaria através do processo material de produção e reprodução da moderna sociedade burguesa. Apesar do ceticismo crescente quanto à possibilidade de que a classe operária viesse a assumir os destinos da história, assegurando a concretização de uma racionalidade libertadora na sociedade moderna, Adorno e Horkheimer nunca abandonaram a crença em uma razão capaz de objetivar-se na história, emancipando a humanidade.²²⁴ Porém, a direção e o ritmo dos movimentos operários da primeira metade do século XX, com a sua tendência crescente de burocratização partidária e administrativa; a capacidade do sistema

²²¹ STEIN, 1997. p. 43.

²²² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social; Teoría de la acción comunicativa, II: crítica de razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987; HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990; HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 5, p. 04-19, 1991; HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994; HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000; HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001; HABERMAS, Jürgen. *La necesidad de revisión de la izquierda*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

²²³ FREITAG, 1990. p. 107.

²²⁴ FREITAG, 1990. p. 108.

capitalista moderno de gerir as crises econômicas e políticas, respondendo aos movimentos revolucionários com mudanças estruturais na organização da cúpula do poder (Estado fascista); a eficácia das modernas democracias de massa do capitalismo contemporâneo em estabelecer uma simbiose entre as forças produtivas e as relações de produção, cooptando a consciência das massas e produzindo, assim, mecanismos de integração jamais suspeitados, levaram Horkheimer e Adorno a desconfiarem, crescentemente, da capacidade emancipatória da razão histórico-filosófica.²²⁵ A denúncia da razão iluminista, transformada em mito, conduz Adorno e Horkheimer a um beco sem saída. Ao perder sua base material, a razão histórico-filosófica perde sua base normativa na esfera do trabalho.²²⁶

A crítica empreendida por Habermas a Adorno e Horkheimer alicerça-se sobre três eixos fundamentais: (a) em primeiro lugar, sobre o conceito de razão: para Habermas, Adorno e Horkheimer teriam se equivocado ao não revogarem esse conceito ultrapassado de razão histórico-filosófica, que remonta a Marx, quando este acredita poder encontrar na *categoria do trabalho* o substrato material e universal da constituição da razão²²⁷; (b) em segundo lugar, pela incapacidade desses autores em formular um conceito de verdade que pudesse, ao mesmo tempo, satisfazer aos requisitos da ciência e remeter ao conceito

²²⁵ “Enquanto projeto imemorial de dominação da natureza, o Iluminismo acabou por dominar o próprio homem, utilizando-se de uma razão nascida utilitária. Estão a dizer nada menos que: a potência emancipadora do Iluminismo só se realizou enquanto dominação e repressão. E como essa repressão está intrinsecamente ligada ao tipo de racionalidade do Iluminismo, o ciclo se fecha e o auto-esclarecimento não se dá; o jugo da tradição é substituído pelo jugo da reificação que a tudo e a todos atinge.” Cf. ROUANET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo, Companhia das Letras, 1992. p. 25. A passagem abaixo revela a denúncia que Horkheimer e Adorno fazem: “Desde sempre, o iluminismo, no sentido mais abrangente de um pensar que faz progressos, perseguiu o objetivo de livrar do medo e de fazer dos homens senhores. Mas, completamente iluminada, a terra resplandece sob o signo do infortúnio triunfal. O programa do iluminismo era o de livrar o mundo do feitiço. Sua pretensão, a de dissolver os mitos e anular a imaginação, por meio do saber. [...] Na escravidão da criatura ou na capacidade de oposição voluntária aos senhores do mundo, o saber que é poder não conhece limites. [...] A técnica é a essência do saber. Seu objetivo não é os conceitos ou imagens nem a felicidade da contemplação, mas o método, a exploração do trabalho dos outros, o capital. [...] O que os homens querem aprender da natureza é como aplicá-la para dominar completamente sobre ela e sobre os homens. Fora disso, nada conta. Sem escrúpulos para consigo mesmo, o iluminismo incinerou os últimos restos da sua própria consciência de si. [...] O que importa não é aquela satisfação que os homens chamam de verdade, o que importa é a operation, o proceder eficaz. (...) Portanto, nenhum mistério há de restar e, tampouco, qualquer desejo de revelação. [...] O mundo vira caos e a síntese é a salvação. [...] Caminhando em busca da ciência moderna, os homens se despojam do sentido”. Cf. HORKHEIMER, M. e ADORNO, T. W. *O conceito de iluminismo*. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 3-4.

²²⁶ FREITAG, 1990. p. 109.

integral de razão hegeliana, que abrange a dimensão científica, como a prática e a estética expressiva; (c) em um terceiro momento, por não conseguirem se familiarizar com o conceito de democracia fora da democracia de massas, cujo contexto dos anos 20-30 ensejou o nazi-fascismo. Habermas irá opor a essa incapacidade dos pioneiros da Escola de Frankfurt sua concepção comunicativa de razão e a defesa do caráter processual da verdade: razão e verdade deixam de ser conteúdos, valores absolutos universais, para serem definidos formalmente como procedimentos, isto é, regras de jogo fixadas consensualmente. A razão não tem, pois, sua sede no sujeito epistêmico, como o queria Kant, mas, sim, na organização intersubjetiva da fala.²²⁸

3.4. A superação dialética do paradigma constitucional moderno

A Modernidade²²⁹, como vimos, encerra um conjunto de possibilidades cujo elenco pode ser sintetizado em dois grandes eixos: a lógica da regulação e a lógica da emancipação²³⁰. A razão moderna guarda em si duas dimensões ligadas aos eixos mencionados: por um lado, a razão crítica (Habermas denominaria de “razão comunicativa”) como condição para a emancipação; por outro, a razão instrumental,

²²⁷ “Habermas mostra como Marx atribui, equivocadamente, um potencial de racionalidade ao conceito de “práxis do trabalho” que transcende o conceito de racionalidade instrumental. A racionalidade emancipatória está para Marx diretamente associada à categoria do trabalho, sem necessidade de outra forma de mediação. (...) O resgate da concepção emancipatória da razão não se dá para Habermas automaticamente com a superação das relações de trabalho alienadas e alienantes do capitalismo, como supunha Marx, mas exigiria uma nova mediação, que Habermas encontrará na categoria de intersubjetividade.” Cf. FREITAG, 1990. p. 110.

²²⁸ FREITAG, 1990. p. 112.

²²⁹ Segundo Canotilho, o conceito de “modernidade” relaciona-se com o modo de construção sociopolítica que se impõe no Ocidente partindo de certos vectores fundamentais: (1) crença nas virtudes da razão originadora de um processo de racionalização técnica, econômica e política; (2) crença nas virtudes da ciência, conferindo ao homem um senhorio crescente sobre as forças da natureza; (3) crença no sentido da história, acreditando que o sentido da história irá impondo progressivamente a sua lei; (4) crença no universalismo do modelo político racional que irá servir de modelo de referência para todos os povos e para todas as épocas; (5) crença no sujeito, capaz de prever, calcular e dirigir a sua vida em termos de liberdade individual (subjetivação/individualização). Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 110.

²³⁰ “Precisamos, pois, de um pensamento alternativo de alternativas. Tenho vindo a propor uma epistemologia que, ao contrário da epistemologia moderna – cuja trajetória é de um ponto de ignorância, que designo por caos, para um ponto de saber, que designo por ordem (conhecimento-como-regulação) – aponta para uma outra epistemologia para a qual o ponto de ignorância é o colonialismo e o ponto de saber é a solidariedade (conhecimento-como-emancipação)”. Cf. SANTOS, Boaventura Souza de. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. In: HELLER, Agnes et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 58.

indissolúvelmente reconhecida como razão técnica, liga-se irremediavelmente à regulação.

Boaventura de Souza Santos afirma que a

transformação da ciência moderna na racionalidade hegemônica e na força produtiva fundamental, por um lado, e a transformação do direito moderno num direito estatal científico, por outro, são as duas faces do mesmo processo histórico, daí decorrendo os profundos isomorfismos entre a ciência e o direito modernos. Tal como aconteceu com a ciência moderna, também o direito perdeu de vista, neste processo, a tensão entre regulação e emancipação social, originalmente inscrita no paradigma da modernidade.²³¹

O Estado constitucional é herdeiro da rica tradição intelectual que marca a Modernidade em suas duas vertentes – emancipatória e regulatória. Como já afirmamos anteriormente (capítulos I e II desta dissertação), verificaremos que a autonomização da esfera jurídica é uma tarefa colocada por duas grandes demandas das sociedades ocidentais que então se constituíram: por um lado, a demanda por liberdade, em que o direito se resolve na racionalização do poder; por outro, a demanda por previsibilidade e certeza, necessárias ao desenvolvimento econômico do capitalismo ascendente. A história constitucional dos séculos XVI a XVIII seria marcada pela aparente “confusão” entre tais demandas, que transitam entre programas políticos, declarações filosóficas, postulados morais e pretensões científicas. Porém, de modo acelerado, na segunda metade do século XIX, o constitucionalismo minimizaria os ideais éticos e as promessas políticas, de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal²³². A soberania do povo transformou-se na soberania do Estado-nação dentro de um sistema interestatal; a vontade geral transformou-se na regra da maioria (obtida entre as elites governantes) e na

²³¹ SANTOS, Boaventura Souza de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 120.

²³² “A partir de los inicios del siglo pasado (XIX), el Derecho fundamental se normativizará y formalizará desprendiéndose poco a poco de su relación con la realidad social. Es decir, los textos constitucionales aparecerán como productos de la imaginación de una elite de juristas y en cuanto voluntad expresada por Asambleas constituyentes. De este modo, el concepto de Constitución, su función y finalidad se concebirán según criterios estrictamente formales, o sea, como prescripciones articuladas, codificadas, difícilmente reformables, redactadas, proclamadas y promulgadas solemnemente. (...) Lo que me interesa subrayar es que el iusnaturalismo revolucionario en Francia comenzó a desustancializarse, esto es, a olvidar sus orígenes cristianos y a esgrimirse como una ideología legitimadora de las reivindicaciones burguesas. Dicha desustancialización, acentuada por la secularización, condujo a la formalización de los conceptos y a la tecnificación, no menos formalizada, de las estructuras constitucionales: las Constituciones ya no versarán directamente sobre contenidos sustanciales y reales, sino sobre las formas, engranajes y funcionamiento de la maquinaria estatal. Por otro lado, esa desustancialización-formalización-funcionalización de los textos fundamentales terminará por abandonar las justificaciones y fundamentaciones iusnaturalistas o por interpretarlas como un relictus con arreglo a criterios exegéticos desvalorizados.” Cf. LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 255-256.

razão de Estado, o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se um instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado²³³.

Tais efeitos foram, de alguma forma, observados por Marx quando este teria verificado que a filosofia especulativa do direito político hegeliano, que nada mais é do que a análise do Estado moderno, não soube escapar às miragens de uma Modernidade que, confundida com a racionalidade, se edificou unicamente sobre princípios considerados verdades da razão. Portanto, ela ocasiona uma mistificação: quando o direito do Estado moderno se diz fundamentado na soberania do povo, portanto, na co-soberania de todos os cidadãos, abstraindo-se a dependência social, a instrução ou a riqueza deles; quando proclama a igualdade e a liberdade, declarando solenemente a eliminação das desigualdades de nascimento, de nível, de raça, de riqueza ou de religião, não impede que os cidadãos mais instruídos ou mais ricos assumam os cargos mais importantes. Por conseguinte, existe no direito político moderno uma contradição flagrante entre a sociedade e o Estado, entre o homem e o cidadão.²³⁴

Portanto, o debate filosófico estruturado em torno do projeto da Modernidade repercute sobre o constitucionalismo na medida em que se torna aguda a denúncia de que o direito moderno acabou, após uma longa jornada articulada em torno de uma expectativa de normatividade emancipatória, por tornar-se refém de uma concepção positivista que o restringe ao papel de regulação social e manutenção do *status quo*. Após um longo processo de luta pela liberdade política e edificação de uma sociedade moralmente justa, acaba por servir de técnica de organização social, em que o cidadão se torna refém, agora não mais somente do soberano político, mas da economia.

Tal crítica encontra seus interlocutores, da mesma forma que no debate filosófico, em duas perspectivas. Uma se coloca frontalmente em oposição a qualquer pretensão de superação das aporias colocadas pela Modernidade, na medida em que, como vimos, negam a própria possibilidade da razão. Nesse sentido, a corrente de pensamento que se inspira em Nietzsche e em Heidegger discerne no aparelho jurídico da política moderna os

²³³ “O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e o do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passam a poder coexistir e até conviver com a racionalidade moderna, desde que se apresentem como regularidades (jurídicas ou científicas) empíricas.” Cf. SANTOS, 2000. p. 141.

sintomas de uma crise que, diametralmente oposta às promessas de emancipação do humanismo racionalista, encontra sua origem nas tecnologias da dominação – crise tão profunda em que o direito, onerado de pesados entraves, teria atingido seu ponto de esgotamento. Assim, os grandes conceitos do direito político da Modernidade – a soberania e cidadania, contrato social, Constituição, legalidade, representação, parlamentarismo, magistraturas – são esvaziados de sua substância. Totalmente esgotados, não passam de vacuidade. Então, o direito cai na logomaquia dos “direitos do homem” e da “democracia”, sem se perguntar sobre seus princípios nem sobre seus limites. Portanto, não apenas o Estado constitucional edificado para responder aos ideais da burguesia do século XVIII é um fracasso, mas o direito político, insuscetível, em seu movimento de autofundação, de chegar à sua fixação conceitual, extraviou-se – como toda cultura moderna – no impasse margeado pelas pretensões de subjetividade.²³⁵

Muito próxima dessa posição, conservadora ou regressiva, se assim o quisermos, está a crítica de Leo Strauss, quando este, em sua recusa da Modernidade, se opõe vigorosamente sobretudo à dissolução historicista do direito, que ele percebe no que outros consideram um progresso.

Ele mostra que o historicismo, que deriva do positivismo, ele próprio filho da exacerbação racionalista dos “modernos”, destruiu o sentido do mundo e seu gosto. No historicismo, seja ele científico ou jurídico, o racionalismo teceu uma teia de reações de leis sobre o mundo das coisas e dos homens, e a razão acabou por não “tolerar autoridade alguma ao seu lado ou acima dela. [...] Desde Maquiavel e Hobbes, a antropologia afirmou incessantemente a primazia do instinto de conservação que move o homem não só na banalidade cotidiana mas até nas construções mais sutis do direito político a partir dos reclamos de um sujeito que se parece, como um irmão, com o *ego cogitans* de Descartes. Assim, o individualismo ganhou uma força exemplar na filosofia de Locke, na qual ganha um édito, por sua natureza, “senhor absoluto”. Depois dele, a doutrina, baseada no direito natural inserido na natureza humana individual, construirá uma teoria dos “direitos do homem” entendidos como “direitos subjetivos”. Segundo essa lógica da subjetividade, o caminho estava aberto para a “liberdade dos modernos”, isto é, a curto prazo, para os delírios individualistas e a permissividade total.²³⁶

Strauss considera necessário que, aquém da rede das normas jurídico-políticas modernas que não passam de invenções humanas, portanto de representações, seja reabilitado o direito natural clássico que o racionalismo histórico, em todas as suas versões

²³⁴ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 394

²³⁵ GOYARD-FABRE, 1999. p. 435.

²³⁶ GOYARD-FABRE, 1999. p. 467-475.

marcadas de positivismo e de humanismo, ocultou. Convém, portanto, recusar as pretensões de normatividade racional e devolver à normatividade natural a preeminência original que possuía na ordem imanente do cosmos. Essa volta às perspectivas da cosmologia antiga é a única via para recuperar, no direito político, a consciência dos problemas fundamentais, sem o que tudo não passa de deriva²³⁷.

Outra perspectiva é aberta por aqueles autores que identificam na racionalidade formal do direito e, por conseguinte, do direito constitucional (enquanto expressão da razão instrumental), a característica fundamental da Modernidade, postulando sua superação através de uma outra racionalidade, capaz de superar o paradigma da subjetividade e a concepção de ciência construída pelo positivismo, como fator de recuperação do potencial emancipatório do direito. Tal tarefa estrutura-se em torno, então, destas duas dimensões: a necessidade de superação do paradigma da subjetividade, na busca de uma racionalidade emancipatória, para depois retomar as relações entre direito e moral, na perspectiva de uma concepção do direito como um sistema de juridicização de valores, atribuindo-se um papel essencial à Constituição na medida em que será o receptáculo dos mais abstratos valores: os princípios constitucionais. Portanto, a superação do paradigma jurídico da Modernidade passa pela fundamentação das possibilidades da razão (questão epistemológica); pela estruturação de uma nova teoria geral do direito, capaz de superar o positivismo jurídico, principalmente a partir da matriz redutora de Kelsen²³⁸, e, finalmente, recolocar o tema da interpretação da Constituição (hermenêutica), a partir da assunção de uma nova

²³⁷ GOYARD-FABRE, 1999. p. 467-475.

²³⁸ “En síntesis la alternativa propuesta puede resumirse en una sola frase: “retornar a Kelsen arruinando Kelsen”. Retornar a Kelsen significa subrayar el gran descubrimiento que está en la base de su trabajo de conjunto, la idea de democracia pluralista y presupone, a la vez, reconocer la primacía del momento normativo sobre cualquier otro momento constitutivo del ordenamiento jurídico. Pero para Kelsen la Democracia es ante todo – como se ha venido recordando – método y apertura a todo valor posible y por consiguiente, representa indiferencia y relatividad respecto de cualquier valor material. De aquí deriva la exigencia de concebir el derecho como mera forma y la necesidad de fundar una Teoría pura del Derecho. Aun así, la particular concepción kelseniana de la democracia y sus consecuencias en el plano de la teoría jurídica, son fruto de la falta de percepción de los elementos más significativos que propician el tránsito del Estado Legislativo-Parlamentario de la época liberal al Estado Constitucional de la Democracia pluralista y, en particular, de la consciente creencia en que este tipo de Estado comporta un orden de valores materiales jurídicamente configurado como “superior”. De tan incompleta percepción, que la historia constitucional sucesiva ha evidenciado de manera inequívoca, nace la exigencia de arruinar, de poner patas arriba a Kelsen.” Cf. BALDASSARE, Antonio. Constitución y teoría de los valores. *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, v. 1, n. 32, p. 27-28, 1994.

metodologia, que possa dar conta dos conflitos de valores inerentes à positivação de pretensões normativas contraditórias através dos princípios constitucionais²³⁹.

3.5. Elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo: o futuro da Constituição²⁴⁰

Assim, a partir das premissas jusfilosóficas alinhavadas, quais seriam os elementos necessários à compreensão pós-moderna do constitucionalismo? Cremos que, após a formulação das principais questões referentes às influências recíprocas entre Modernidade e constitucionalismo, poderíamos afirmar que os elementos centrais para a compreensão do constitucionalismo pós-moderno, e até mesmo pós-positivista, seriam os seguintes: (a) a compreensão do papel de supremacia atribuído à Constituição como elemento integrador²⁴¹ da comunidade política; (b) a superação da dicotomia, criada pela filosofia política clássica, entre soberania popular (vontade geral) e direitos humanos, como fatores de

²³⁹ É interessante observar que a experiência norte-americana, para muito além da técnica de controle de constitucionalidade, legou ao constitucionalismo do Ocidente a opção pela positivação de princípios morais: “El caso norteamericano es mucho más claro porque no sólo se planteó en él la posibilidad de recurrir al derecho natural, sino que en determinadas etapas históricas del constitucionalismo norteamericano el Tribunal Supremo recurrió abiertamente al iusnaturalismo, tanto racionalista como de fundamentación teológica. Ello es lógico, dado que la revolución independentista fue argumentada y fundamentada en el iusnaturalismo. La propia idea del *judicial review*, es decir, del control de la constitucionalidad de las leyes, tiene un origen iusnaturalista, al primar en la recepción americana del *common law* la concepción de Coke sobre la de Blackstone. [...] La propia Constitución, en cuanto documento escrito, puede considerarse desde el punto de vista norteamericano como “el intento de codificación de principios de justicia y de derechos naturales”; “codificación que, por supuesto, no los agota, y principios y derechos naturales cuya “plasmación en un documento no es un acto de voluntad o poder, sino de mero descubrimiento y declaración; principios y derechos que no deben su existencia al hecho de estar reconocidos en un texto constitucional.” Cf. GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 255-257.

²⁴⁰ As dez questões propostas por Vital Moreira para reflexão a respeito do futuro da Constituição: (1) da unidade e indivisibilidade do Estado ao pluralismo territorial; (2) as sociedades multiculturais, multiétnicas e multinacionais; (3) a cidadania dos não-nacionais; (4) o alargamento dos direitos fundamentais e dos seus mecanismos de tutela; (5) a crise da democracia representativa, neocorporativismo e os poderes fácticos; (6) as dicotomias políticas tradicionais e os sistemas mistos; (7) o futuro do Estado social e dos direitos sociais; (8) a abertura da Constituição às gerações vindouras; (9) as limitações da soberania constituinte e o “constitucionalismo global”; (10) a soberania nacional partilhada e o espaço político supranacional. Cf. MOREIRA, Vital. *O futuro da constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucionais: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336; Leia-se, também, NALIN, Paulo R. Ribeiro. A Constituição e a reinvenção do território: algumas implicações jurídicas em face da globalização. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 1, n. 34, p. 37-44, jul./set. 1997. Porém, as questões sobre as quais pretendemos refletir nessa dissertação restringem-se muito mais à tarefa de repor a questão da legitimidade do direito e do papel da Constituição em um sistema nacional dado do que propriamente sobre as questões colocadas pelo cenário de globalização ou mundialização, em que pese sua importância direta sobre as próprias condições fáticas de organização societária a partir do constitucionalismo democrático.

²⁴¹ LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: tcnos, 1987.

legitimação da ordem jurídica; (c) a superação da dicotomia direito natural e direito positivo, através da percepção que a Constituição positiva preceitos morais e, portanto, traz em seu bojo elementos valorativos capazes de servir de parâmetros materiais para a aferição da legitimidade do direito infraconstitucional; (d) a compreensão de que os conteúdos materiais dos princípios constitucionais que positivam normas éticas não poderão ser deduzidos ou pressupostos a partir de uma racionalidade centrada no paradigma da consciência, portanto a partir de uma racionalidade subjetiva e proponente de verdades absolutas, mas, sim, construídos através de uma racionalidade comunicativa, capaz de produzir consensos intersubjetivos em torno de proposições cuja validade é criticável; (e) em função da necessidade de legitimação e fundamentação do direito através de procedimentos democráticos, a percepção da pertinência da “abertura constitucional”, como fator de alargamento do consenso produzido pelo debate constitucional; (f) a percepção do valor da suplantação da hermenêutica tradicional (os quatro critérios interpretativos de Savigny), para uma técnica de interpretação capaz de dar conta da dupla necessidade de fundamentação racional das decisões constitucionais, bem como de adequada resolução sistemática dos conflitos de valores oferecidos pela positivação de pretensões normativas díspares de uma sociedade complexa pós-tradicional.

(a) A Constituição democrática como norma fundamental do sistema jurídico constitui a própria *reserva de justiça* da comunidade política, na medida em que atua como mecanismo de autolimitação, ou pré-comprometimento, adotado pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas²⁴². Ao estabelecer que certos direitos e instituições encontram-se acima do alcance dos órgãos ordinários de decisão política, ou mesmo fora de sua competência por força das limitações materiais ao poder de reforma da

²⁴² Oscar Vilhena Vieira salienta a problemática de visualizar tal limitação sob o enfoque das teorias democráticas procedimentais ou majoritárias: “Essa possibilidade de auto-limitação e de restrição da vontade majoritárias das gerações futuras é, no entanto, muito problemática se vista da perspectiva da teoria democrática, mais especificamente das teorias democráticas procedimentais ou majoritárias. Para essas correntes a democracia “é um sistema de governo da maioria que não impõe restrições à substância dos resultados sancionados pelo eleitorado, com exceção daquelas que são exigidas pelo próprio procedimento democrático de governo popular. [...] Observa a existência de tensões entre o constitucionalismo e a democracia: “Dessa perspectiva apenas aquelas expressões da vontade da maioria que violem os próprios fundamentos ou procedimento da democracia é que podem ser legitimamente bloqueadas. Qualquer tentativa de controlar decisões substantivas, que não estejam estritamente ligadas com a estrutura da democracia será considerada ingerência ilegítima no procedimento democrático. As constituições rígidas, principalmente aquelas que dispõem de um controle jurisdicional da constitucionalidade, e que portanto autorizam que autoridades não eleitas bloqueiem decisões tomadas pelos representantes dos cidadãos, constituem autênticos mecanismos anti-majoritários. Daí as tensões entre constitucionalismo, que privilegia a proteção de direitos, e democracia, que enfatiza a regra da maioria.” Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. *Lua Nova*. São Paulo, v. 1, n. 42, p. 58-59, 1997.

Constituição, as constituições também funcionariam como proteção contra aquelas inconsistências temporais, protegendo as metas de longo prazo que são constantemente subavaliadas por maiorias ávidas por maximizar os seus interesses imediatos.²⁴³ A supremacia da Constituição e sua compreensão como reserva de justiça está adequada à idéia de que determinadas condições devam ser observadas para a legitimação do direito. Tanto Rawls²⁴⁴ quanto Habermas argumentam sobre a necessidade de direitos fundamentais de liberdade e igualdade como fatores intrínsecos à participação popular no processo de elaboração do direito válido. Portanto, há um núcleo básico de direitos, protegidos constitucionalmente, que funcionam como pré-condição à formação da soberania popular.

(b) A compreensão da superação da dicotomia soberania popular – direitos humanos, deve partir, segundo Habermas, da seguinte questão: “cidadãos livres e iguais devem se conceder reciprocamente quais direitos fundamentais, se quiserem regulamentar a sua vida em comum por meio do direito positivo?”²⁴⁵ Se compreendermos o debate político como a forma de produção da vontade política racional, a suposição de resultados legítimos – fundados no procedimento democrático - tem de se apoiar, em última instância, em um arranjo comunicativo: as formas de comunicação necessárias para uma formação racional da vontade – e, portanto, garantidora da legitimidade – do legislador político devem ser, por sua vez, institucionalizadas juridicamente²⁴⁶.

²⁴³ VIEIRA, 1997, p. 54.

²⁴⁴ Oscar Vilhena Vieira defende que “a legitimidade do direito tem que ser buscada, antes de mais nada, em teorias éticas procedimentais”, tal como a *Teoria da Justiça* de John Rawls, que se afasta tanto do utilitarismo como do relativismo: “Para Rawls o estabelecimento de padrões morais deve decorrer de uma construção racional e não de uma pressuposição, como na teoria naturalista. [...] Trata-se portanto de um modelo procedimental de justiça. Não podendo contar com critérios independentes de justiça, como os oferecidos pelo direito natural, para avaliar se os resultados são justos, Rawls busca estabelecer um procedimento onde os resultados sejam necessariamente justos, em função da justiça do próprio procedimento. [...] John Rawls, estabelece princípios de justiça: (1) cada pessoa deve ter igual direito a mais ampla liberdade compatível com a liberdade dos demais; (2) desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de forma que ambas correspondam (a) a uma razoável expectativa de que a todos beneficiarão, e (b) que sejam ligadas a posições e postos abertos a todos. [...] Para se compreender a teoria constitucional de Rawls é importante notar que o autor estabelece uma hierarquia entre dois princípios, sendo certo que a Constituição abriga o primeiro e a legislação se responsabiliza pelo segundo: (a) O primeiro princípio da igual liberdade é o parâmetro primário para o poder constituinte. Suas exigências principais são de que as liberdades fundamentais das pessoas e liberdade de consciência e liberdade de pensamento sejam protegidas e que o processo político como um todo seja um procedimento justo. Assim a Constituição estabelece um status comum seguro de cidadania igualitária e realiza justiça política. (b) O segundo princípio entra em jogo no estágio legislativo. Dita as políticas sociais e econômicas sendo voltado a maximizar as expectativas de longo-termo dos menos favorecidos sob as condições de igualdade de oportunidade, submetido à manutenção das liberdades iguais”. Cf. VIEIRA, 1997. p. 62-66.

²⁴⁵ HABERMAS, 2001. p. 147.

²⁴⁶ HABERMAS, 2001. p. 148.

O nexu interno, procurado entre os direitos humanos e a soberania popular, consiste, portanto, no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional. Direitos que possibilitam o exercício da soberania popular não podem ser impostos a essa práxis como limitações de fora. Para Habermas, esse raciocínio é evidente de modo imediato apenas para os direitos políticos civis, ou seja, para os direitos à comunicação e à participação, mas não para os direitos clássicos à liberdade que garantem a autonomia privada dos cidadãos. Esses direitos – que devem garantir a todos chances iguais para conquistarem seus objetivos privados na vida e uma proteção jurídica individual abrangente – possuem, evidentemente, um valor intrínseco e não são como que absorvidos no seu valor instrumental para a formação democrática da vontade²⁴⁷.

(c) A superação da dicotomia direito natural e direito positivo, através da percepção de que a Constituição positiva preceitos morais e, portanto, traz em seu bojo elementos valorativos capazes de servir de parâmetros materiais para a aferição da legitimidade do direito infraconstitucional. O direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabe mais no positivismo jurídico de acepção estrita²⁴⁸. A aproximação quase absoluta entre direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondem às expectativas da comunidade política e sinalizam o déficit de legitimidade crescente do sistema jurídico. Assim, se, por um lado, torna-se evidente a abertura constitucional a princípios morais, através da positivação de pretensões de uma sociedade cada vez mais complexa, por outro, a superação do discurso cientificista que impregnava o direito não pode ensejar o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma

²⁴⁷ HABERMAS, 2001. p. 149.

²⁴⁸ A propósito diga-se que Kelsen, ao término da vida, reconheceu estar, por trás de qualquer norma jurídica, um ato de vontade. Nas suas próprias palavras: “Em obras anteriores, tenho-me referido a normas que não são o conteúdo de um ato de vontade. Em minha doutrina, a norma básica foi sempre concebida como uma norma que não era o conteúdo de um ato de vontade. Mas sim que era pressuposta por nosso pensamento. Devo confessar agora que não posso continuar mantendo essa doutrina; que devo abandoná-la. Podem crer-me, não tem sido fácil renunciar a uma doutrina que tenho defendido durante décadas. Abandonei-a ao comprovar que uma norma deve ser o correlato de uma vontade” O recuo de Kelsen está por ele confessado na forma de carta – artigo na Revista Austríaca de Direito Público (*Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*), Springer Verlag, Viena, 1963, p. 119-120. Cf. CHACON, Vamireh. A recepção de Carl Schmitt no Brasil. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 1, n. 185, p. 55-66, jan./mar. 1997.

razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo²⁴⁹ não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade²⁵⁰.

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana.

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do direito, de forma direta ou indireta. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*. Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico; espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Assim, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve

²⁴⁹ “[...] se ha podido decir que estamos en una etapa histórica en la que se ha producido la superación definitiva de la antítesis positivismo-iusnaturalismo, siempre presente en nuestra cultura jurídica. La Constitución expresa los valores que antaño se discutían como un estadio anterior a la positividad y, por tanto, como no jurídicos en sentido estricto. [...] Lo que queremos indicar es que, al afirmar la condición normativa de los valores, es preciso fijarse en las reglas de su uso y, concretamente, cómo de hecho los valores son asimilados a los principios constitucionales positivizados. Esto es, como hemos dicho, asimilables a los principios que requieren muy frecuentemente de una concreción que delimite su sentido y alcance para el supuesto de que se trate. Todo esfuerzo del Tribunal Constitucional en este orden habrá de ser beneficioso, tanto por lo que respecta a la justificación del uso de los valores como a la objetividad del uso de la fuente, como a la creación de criterios jurisprudenciales que les den fijeza para lo futuro.” Cf. CANALES, M. García. Principios generales y principios constitucionales. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, v. 1, n. 64, p. 151-153, abr./jun. 1989. Verificar também GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 31-32.

²⁵⁰ BARROSO, Luís Alberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 6, set. 2001.

pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes são os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem; já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias à vista do princípio da unidade da Constituição, o que não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da contemporânea dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, no qual as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin²⁵¹, cuja elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por

²⁵¹ A distinção entre princípios e regras e sua conceituação como espécies do gênero norma é estabelecida por Ronald Dworkin e, posteriormente, apropriada por Robert Alexy. Nos últimos anos, felizmente, tal compreensão tem passado a ser tematizada na doutrina brasileira. Verificar: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1989; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 43-104; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 27-54, 1999; MAUÉS, Antonio Moreira. Princípios constitucionais como técnica de limitação do poder. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 55-69, 1999; PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 17, p. 113-169, out./dez., 1996; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 228-266.

regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético; por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social²⁵².

A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*. Nesse contexto, impõe-se um breve aprofundamento da questão dos conflitos normativos. O direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida, simultaneamente, por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico serve-se de três

critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –; o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Esses critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. Relembre-se: as normas são aplicadas na plenitude da sua força normativa – ou, então, são violadas –, ao passo que os princípios são ponderados.

A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

(d) A compreensão de que os conteúdos materiais dos princípios constitucionais que positivam normas éticas não poderão ser deduzidos ou pressupostos com base numa racionalidade centrada no paradigma da consciência, portanto numa racionalidade subjetiva e proponente de verdades absolutas, mas, sim, construídos através de uma

²⁵² As teses gerais de Dworkin: (a) o Direito existente é composto não apenas por “regras” (no sentido de Hart), mas também por “princípios”. Aos “princípios” falta a determinabilidade dos casos de aplicação e apresentam uma dimensão que as “regras” não têm: uma dimensão de peso ou importância, que se revela a propósito do seu modo específico de colisão; os “princípios” não são hierarquizáveis em abstrato, conseguindo cada um a prevalência face ao outro à luz das razões determinantes do caso concreto ou de determinado círculo problemático; (b) não existe uma “regra de reconhecimento” (no sentido de Hart) que permita traçar uma separação definitiva entre argumento “jurídico” e argumento “moral”. Os “princípios” iludem o teste positivista de validade; (c) motivo pelo qual não existe, ao contrário do que pretendem os positivistas, uma separação conceitual entre direito e moral; (d) existe uma “resposta correta” para cada caso e uma “*best interpretation*” das decisões passadas. Tal procedimento depende do modo como a decisão se adequa à história do sistema jurídico e do grau de plausibilidade com que pode ser justificada com base nos princípios de moralidade; (e) esta “resposta correta” ao problema concreto baseia-se em “princípios”, e não em “políticas”, de tal modo que os direitos individuais têm prioridade sobre os fins coletivos. Cf. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

racionalidade comunicativa, capaz de produzir consensos intersubjetivos em torno de proposições cuja validade é criticável.

Habermas estrutura seu conceito de racionalidade comunicativa distinguindo, preliminarmente, os conceitos de ação em sentido estrito ou atividade não lingüística e ações lingüísticas ou atos de fala²⁵³. Argumenta que ações lingüísticas e não lingüísticas dependem de condições específicas de compreensão:

[...] Na perspectiva de um observador, nós somos capazes de identificar uma ação; mas não estamos de condições de descrever com segurança a execução de um plano específico de ação; para chegar a isso teríamos que conhecer a respectiva intenção que comanda a ação. Nós podemos inferir essa intenção lançando mão de indicadores, os quais adscrevemos hipoteticamente ao agente; para nos certificarmos da intenção, teríamos que ser capazes de assumir a perspectiva do participante. Ora, a atividade não-lingüística não oferece por si mesma essa perspectiva – ela não revela a partir de si mesma o modo como foi planejada. Somente os atos de fala conseguem preencher essa condição. [...] Os atos de fala distinguem-se das atividades meramente não-lingüísticas, em primeiro lugar, através da feição reflexiva da auto-interpretação e, em segundo lugar, através do tipo de fins que podem ser visados, bem como através do tipo de sucessos que podem ser conseguidos. Num nível geral certamente todas as ações, lingüísticas e não lingüísticas, podem ser apreendidas como uma atividade orientada para um fim. No entanto, a partir do momento em que desejamos fazer uma distinção entre ação de entendimento e atividade orientada para um fim, temos de levar em conta que a teoria da linguagem e a teoria da ação não atribuem o mesmo sentido ao jogo teleológico da linguagem, no qual os atores perseguem objetivos, têm sucesso ou produzem resultados da ação - os mesmos conceitos básicos são interpretados de modo diferente. Para os objetivos a que nos propomos, é suficiente descrever globalmente a atividade orientada para um fim como sendo uma intervenção causal no mundo objetivo, efetiva e dirigida para um fim. Ao fim escolhido sob pontos de vista axiológicos corresponde um estado no mundo, que deve adquirir forma e existência através da escolha e da aplicação de meios supostamente adequados.²⁵⁴

Argumenta que o alvo de um ato não lingüístico (ação) pode ser determinado no mundo objetivo independentemente dos meios intervenientes, “como se fora um estado a

²⁵³ “É possível deslindar melhor os vários nexos que existem entre a ação e a linguagem, entre o agir e o falar, se tomarmos como ponto de partida exemplos simples e claros. Para ilustrar o ‘agir’ eu tomo certas atividades corporais comuns do dia-a-dia, tais como, correr, fazer entregas, pregar, serrar; e explícito o ‘falar’ lançando mão de atos de fala, tais como, ordens, confissões, constatações. Em ambos os casos, estamos lidando com ‘ações’ em sentido amplo. Entretanto, a fim de não misturar as diferenças a serem realçadas a seguir, escolho de antemão dois modelos diferentes de descrição. Ações em sentido estrito, ou seja, atividades não lingüísticas do tipo citado como exemplo, são descritas por mim como atividades orientadas para um fim (*Zwecktätigkeiten*), através das quais um ator (*Aktor*) intervém no mundo, a fim de realizar fins propostos, empregando meios adequados”. Cf. HABERMAS, 1990. p. 65-70; HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999. p. 136-146.

ser produzido de modo causal”. Porém, as ações da fala não se deixam subsumir facilmente a esse modelo de atividade orientada para um fim, pois, se levarmos em consideração as ações de fala como meios para se atingir o entendimento e subdividirmos o fim geral do entendimento nos fins subalternos - compreensão, por parte do ouvinte, do significado expresso pela fala e reconhecimento do proferimento como verdadeiro - , a descrição, que apresenta o modo como um falante pode atingir esses fins, não preencherá nenhuma das três condições apontadas.

[...] (a) Os fins ilocucionários não podem ser definidos independentemente dos meios lingüísticos do entendimento; (b) O falante não pode visar o fim do entendimento como algo a ser produzido de modo causal, porque o sucesso ilocucionário (que ultrapassa a simples compreensão do que é dito) depende do assentimento racionalmente motivado do ouvinte. Para que possa haver acordo na coisa, é preciso que um ouvinte o sele, de certo modo, voluntariamente, através do reconhecimento de uma pretensão de validade criticável. Fins ilocucionários não podem ser atingidos por outro caminho que não seja o da cooperação, pois eles não se encontram à disposição do participante individual da comunicação, do mesmo modo que os efeitos produzíveis no modo causal. (c) Finalmente, o processo de comunicação e o resultado a ser produzido por ele não constituem, na perspectiva dos participantes, estados do mundo objetivo. Os atores que agem no nível dos fins defrontam-se no mundo na qualidade de entidades, apesar da liberdade de escolha atribuída reciprocamente – um não pode atingir o outro, a não ser como objeto ou como rival. Ao passo que os falantes e ouvintes assumem um enfoque performativo, no qual eles se defrontam reciprocamente como membros do mundo vital de sua comunidade lingüística compartilhada intersubjetivamente, isto é , como segundas pessoas.²⁵⁵

Tanto as atividades não-lingüísticas como as ações de fala encarnam um saber proposicional, contudo o modo específico de empregar o saber decide sobre o sentido da racionalidade, que serve como medida para o sucesso da ação. Se tomarmos como ponto de partida o uso não comunicativo do saber proposicional em ações teleológicas, estaremos partindo da idéia da racionalidade orientada para um fim (*Zweckrationalität*) tal como foi elaborada na teoria da escolha racional. Pressupondo o uso comunicativo do saber proposicional em atos de fala, descobriremos a idéia de racionalidade orientada para o entendimento (*Verständigungrationalität*), que numa teoria do significado pode explicitar apoiando-se nas condições para a aceitabilidade de ações de fala²⁵⁶.

(e) Em função da necessidade de legitimação e fundamentação do direito por meio de procedimentos democráticos, a percepção da pertinência da abertura constitucional,

²⁵⁴ Cf. HABERMAS, 1990. p. 65-70; HABERMAS, 1999. p. 136-146.

²⁵⁵ Cf. HABERMAS, 1990. p. 65-70; HABERMAS, 1999. p. 136-146.

como fator de alargamento do consenso produzido pelo debate constitucional. Peter Häberle afirma que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Em função da importância da decisão constitucional como elemento vinculante a toda comunidade política, Häberle enfatiza que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no referente às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de interpretação no processo constitucional (notadamente nas audiências e nas “intervenções”).²⁵⁷.

A teoria da interpretação constitucional teria colocado até o momento, segundo o autor tedesco, duas questões essenciais: (a) a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional; (b) a indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional) (regras de interpretação). Não se conferiu maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro (novo) problema relativo aos participantes da interpretação, refletindo um modelo de interpretação de uma sociedade fechada²⁵⁸.

Se considerarmos que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema Constituição e realidade constitucional²⁵⁹, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da realidade constitucional.[...] O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la. Toda a atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada.²⁶⁰

²⁵⁶ Cf. HABERMAS, 1990. p. 65-70; HABERMAS, 1999. p. 136-146.

²⁵⁷ HÄBERLE, 1997. p. 09-10.

²⁵⁸ HÄBERLE, 1997. p. 11-12.

²⁵⁹ “La Constitución constituye el poder y lo limita. No es sólo un texto jurídico, sino también un contexto cultural. Comentarios, textos, instituciones y procedimientos simplemente jurídicos no llegan a abarcarla. La Constitución no es sólo un orden jurídico para juristas, que éstos debieran interpretar de acuerdo con las viejas y nuevas reglas de su oficio. Actúa esencialmente también como guía para no juristas: para ciudadanos y grupos. No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas.” Cf. HÄBERLE, 1998. p. 46.

²⁶⁰ HÄBERLE, 1997. p. 12-13.

A ampliação do círculo dos intérpretes²⁶¹ sustentada por Häberle tem em vista a necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação da Constituição. A legitimação fundamental das forças pluralistas²⁶² da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças “representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da ‘res-publica’ na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário”.²⁶³

Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar, portanto, as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. O Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). Ordinariamente, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Häberle argumenta que a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional. Em uma sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de

²⁶¹ “Não é difícil reconhecer aqui a tese de Popper sobre a forma indireta e o caráter não absoluto do conhecimento (“*conjectures and refutations*”), a sua permanente preservação, que há de continuar uma humilde “*piece-meal social engineering*”, apta a ser corrigida, com a sua recusa à técnica do planejamento global, sua crença relativa na razão, seu entendimento experimental de política, sua defesa para uma reforma gradual e consequente, sua advertência em favor da paciência e da tolerância e seu engajamento por uma sociedade aberta enquanto “racional e crítica”, em favor da concorrência de diferentes idéias e interesses graças à liberdade de crítica e de pensamento, e, assim, em favor da liberdade do ser humano, de suas responsabilidades e de suas decisões, mas também sua luta contra a onisciência e a pretensão de onipotência da sociedade fechada.” Cf. HÄBERLE, 1997. p. 40.

²⁶² “A democracia é o princípio contemporâneo mediante o qual se confere legitimidade a todas as formas possíveis de convivência; poder-se-ia até dizer o único princípio legitimante da cidadania e da internacionalidade. Foi princípio filosófico nas revoluções; é jurídico nas elaborações pacíficas de cada sistema de governo que deve reger os cidadãos ou dirigir os Estados nas suas relações mútuas”. Bonavides sustenta a impossibilidade fática da igualdade e da justiça fora da esfera de compreensão democrática, e mais, sob a forma de democracia direta. Cf. BONAVIDES, Paulo. Um novo conceito de democracia direta. In: BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 350.

²⁶³ Cf. HÄBERLE, 1997. p. 30-33.

formas refinadas de mediação do processo²⁶⁴ público e pluralista da política e da práxis cotidiana²⁶⁵.

(f) A percepção do valor da suplantação da hermenêutica tradicional (os quatro critérios interpretativos de Savigny)²⁶⁶ para uma técnica de interpretação²⁶⁷ capaz de dar conta da necessidade de fundamentação racional das decisões constitucionais, bem como de adequada resolução sistemática dos conflitos de valores oferecidos pela positivação de

²⁶⁴ “Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam conseqüências especiais. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. [...] Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (*Konflikt und Kompromissrecht*)”. Cf. HÄBERLE, 1997. p. 47-48,51.

²⁶⁵ HÄBERLE, 1997. p. 46.

²⁶⁶ “A velha hermenêutica de Savigny, de inspiração romanista e jusprivatista, partia da legalidade dos Códigos e se afeiçoava ao Direito Privado, enquanto a “nova hermenêutica” parte da legitimidade das Constituições e se afeiçoava ao Direito Público. Os quatro métodos de Savigny – o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático, aos quais se juntou depois o teleológico de Jhering, compunham a espinha dorsal da hermenêutica clássica, que manteve até a primeira metade deste século, primazia absoluta. Um único método contemporâneo de interpretação constitucional que ainda se prende à velha hermenêutica e que foi durante a década de 60 severamente combatido na Alemanha, é o “clássico-hermenêutico” de Forsthoff, assim batizado por Böckenförde. [...] Ao tratar da nova hermenêutica afirma que interessa-o tão somente frisar, de passagem, seus desdobramentos no campo da interpretação e dos direitos fundamentais. Criou ela três novos métodos, assim classificados, segundo a terminologia de Böckenförde: o método tópico ou casuístico dirigido para o problema (Viehweg, Horst e Häberle), o método científico-realista que corresponde ao antigo método científico-espiritual (Smend) e o método hermenêutico-concretista (Friedrich Müller e Konrad Hesse).” Cf. BONAVIDES, Paulo. Um novo conceito de democracia direta. In: BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 350, 368.

²⁶⁷ “Dworkin fundamenta a idéia (hermenêutica) de que o leitor tem um papel criativo no processo de interpretação, seja na obra literária, seja na interpretação jurídica. Para Dworkin, os enunciados interpretativos não “descrevem” (ou “correspondem a”) uma realidade normativa pré-existente, mas são elementos de uma estratégia de “otimização” do Direito existente, na medida em que a interpretação realiza uma função de “mediação” entre o “melhor Direito” e o Direito que “é”, analisando este último como “a medida possível de realização” daquele.” Cf. LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma “recepção”*. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 256-257.

pretensões normativas díspares de uma sociedade complexa pós-tradicional²⁶⁸. A perspectiva pós-positivista e principiológica do direito influenciou, decisivamente, na formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.

O novo século inicia-se fundado na percepção de que o direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de *abertura* comunica-se com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito

²⁶⁸ Nesses termos, em minha opinião, raciocina Juarez Freitas, quando define um rol não exaustivo de preceitos orientadores da interpretação constitucional, dos quais destacamos: (a) todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional e se afigura irrenunciável preservar, ao máximo, a coexistência pacífica e harmoniosa entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade; (b) a interpretação constitucional é processo tópico-sistemático, de maneira que resulta impositivo, no exame dos casos, alcançar solução de equilíbrio entre o formalismo e o pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e rígidas; (c) ao hierarquizarmos prudencialmente os princípios, as normas (no sentido de regras) e os valores constitucionais, devemos fazer com que os princípios ocupem o lugar de destaque, ao mesmo tempo situando-os na base e no ápice do sistema, vale dizer, tomando-os, na prática, como fundamento e cúpula do mesmo; (d) o intérprete constitucional deve ser o guardião, por excelência, de uma visão proporcional dos elementos constitutivos da Carta Maior; (e) o intérprete constitucional deve guardar vínculo com a excelência ou otimização máxima da efetividade do discurso normativo da Carta, no que esta possui de eticamente superior, conferindo-lhe, assim, a devida coerência interna, e a não menos devida eficácia social; (f) o intérprete constitucional deve buscar uma fundamentação racional e objetiva pra as suas decisões sincrônicas com o sistema [...]; (g) o intérprete constitucional deve honrar a preservação simultânea das características vitais de qualquer sistema democrático digno de nome, vale dizer, a abertura e a unidade, que implica dever de zelar pela permanência na e da mudança. Cf. FREITAS, Juarez. *O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constituvional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 226-248.

conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real²⁶⁹. Como princípio instrumental de interpretação, desponta no Brasil nos últimos anos, por exemplo, a razoabilidade. Percorreu longa trajetória no direito anglo-saxão – notadamente nos Estados Unidos – e chegou ao debate nacional amadurecido pela experiência alemã, que o vestiu com o figurino da argumentação romano-germânica e batizou-o de princípio da proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade²⁷⁰ é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja

²⁶⁹ “[...] a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para essa participação. Essa concepção ‘procedimental’ da Constituição se mostra adequada a uma época como a nossa, apelidada já de pós-moderna, em que caem em descrédito as ‘grandes narrativas’, legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular ‘saber, para prever’. Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o direito, com a introdução nos sistemas políticos modernos, de uma Constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque se encontram argumentos num passado, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou outra coisa do tipo), para justificá-lo. Ao contrário como aponta Niklas Luhmann, a partir da instituição das constituições, culminando o processo de positivação do Direito, dá-se uma “abertura para o futuro” na forma dele legitimar-se, pois passa a prever as condições de ‘sua própria modificabilidade e isso, juridicamente, acima de tudo, através de regras procedimentais’”. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 30-31.

²⁷⁰ Para uma breve análise da evolução histórica da razoabilidade no direito norte-americano, a partir da cláusula do devido processo legal, verificar BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 209.

proporcionalidade²⁷¹ em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível, ou mesmo, aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei.

²⁷¹ Paulo Bonavides busca, nas palavras de Pierre Muller, elementos para estabelecer, em caráter provisório ou preliminar, duas noções de proporcionalidade: uma na acepção lata e outra na acepção escrita. Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão restrita, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Assim, nas palavras do autor, haverá violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são, por si mesmos, apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente, ou seja, manifesta. Tal princípio assume importância crescente na medida que os direitos fundamentais são incorporados às constituições e passa a haver a necessidade de controle da ação do Estado no sentido de dar efetiva proporcionalidade entre os meios empregados e seus fins últimos. Segundo Bonavides, a doutrina constatou a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade: a pertinência ou aptidão, a necessidade e a proporcionalidade tomada em sentido estrito. Afirma que a pertinência ou aptidão consiste no meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público. Pelo princípio ou sub-princípio da necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária. Finalmente, a proporcionalidade é entendida em sentido estrito, que consiste na escolha sobre os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto dos interesses em jogo. O princípio da proporcionalidade assume importância constitucional a partir da mudança de concepção de Estado de Direito, de um modelo em declínio que se vincula, doutrinariamente, ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar, para outro modelo em ascensão, atado ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro da ordem jurídica. Deve ser entendido como princípio formal desprovido de valor substancial, servindo, com isso, para a interpretação constitucional na medida em que serve de condicionamento para a atividade legislativa e judiciária, que devem ser efetivadas de forma que façam com que as leis sejam expressões dos fins traçados pela Constituição. Cf. BONAVIDES, Paulo. *O princípio constitucional da proporcionalidade e a constituição de 1988*. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 356-397. Verificar dentre outros, para maior elucidação, STUMM, Raquel. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995; BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*. Interesse Público, Porto Alegre, v. 2, n. 93, 1999; BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 23, p. 65-78, abr./jun., 1998; GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 1, n. 137, p. 13-22, jan./mar. 1998.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Modernidade jurídica é tributária dos materiais históricos produzidos no processo de constituição cultural do mundo ocidental. Nessa jornada, as experiências grega e romana serviram como ponto de partida para a marcha contínua de secularização e de racionalização da compreensão do mundo, com significativa influência sobre a posterior autonomia das esferas de saber. Constituíram-se de fundamental importância as reflexões iniciadas por Platão, na medida em que este autor buscava, muito mais que a superação de uma visão de mundo que se articula a partir de contingências ou mesmo de opiniões, critérios superiores capazes de estabelecer a verdade. Portanto, desde as primeiras manifestações filosóficas, haveria uma nítida relação entre as possibilidades e as formas de acesso ao conhecimento do mundo e o poder que seria exercido em nome desse saber. A concepção de Estado como uma associação ética para a busca da virtude, implicaria uma relação estreita entre a *episteme* e a legitimidade das decisões relativas à comunidade. Em Roma, entretanto, encontra-se uma experiência distinta, visto que os romanos fundaram a autoridade de seus líderes nas leis, preconizando a concepção jurídica do Estado em oposição à concepção política da esfera jurídica aceita pelos gregos. Desde então, durante séculos, pôde-se vislumbrar-se a busca de fundações racionais com o intuito de construir critérios de legitimidade ao exercício do poder, mesmo que nas circunstâncias históricas que se seguiriam tal origem se encontrasse em alguma esfera transcendente.

O constitucionalismo moderno configura-se, portanto, no movimento de juridicização das relações de poder que emergiu no século XVI como produto dessa tradição cultural, somada às experiências históricas concretas – de forma especial, a experiência inglesa dos séculos XIII a XV. A síntese entre o processo de racionalização, vitalizado sobremaneira pelo direito natural herdado dos estóicos, rearticulado pelos padres da Igreja e, posteriormente, secularizado, e a experiência da outorga de direitos e

prerrogativas por parte das monarquias do Antigo Regime a estamentos sociais cada vez menos dispostos a suportar arbitrariedades será a jornada de revoluções dos séculos XVII e XVIII. Por um lado, houve a Revolução Americana - claramente inspirada nos ingleses e em sua Revolução Gloriosa - , que consolidou em uma Constituição escrita a tradição dos direitos naturais, de inspiração liberal-burguesa, formulando mecanismos e instituições que legariam ao Ocidente a preocupação em conter o poder a partir de uma lógica de pesos e contrapesos (*checks and balances*), ou seja, conter o poder através do próprio poder, tendo como critério último para a legitimidade do exercício da soberania a garantia à esfera de direitos naturais, anteriores ao contrato social que daria origem ao Estado; por outro, a Revolução Francesa e sua concepção democrático-republicana, de inspiração rousсенiana, que não reconhecera direitos existentes fora da dimensão estatal. Os direitos seriam criados a partir do momento em que, hipoteticamente, dar-se-ia o ato de criação do Estado a partir do contrato social, pressupondo-se, portanto, uma dimensão de direitos civis e não naturais.

Os fundamentos ideológicos mediatos da experiência liberal que se instauraria são, fundamentalmente, lockeanos: (a) a possibilidade de conhecer os direitos naturais por meio da razão a partir da experiência sensível (a lei natural é clara e inteligível para todas as criaturas racionais); (b) uma visão antropocêntrica, na qual se encontra uma concepção da natureza humana desvinculada da ordem divina, que configura um tratamento secularizado do tema dos direitos humanos; (c) uma compreensão do contrato social que serve de instrumento de constituição do poder e caracterizador de sua legitimidade na mesma medida em que limita suas ações em relação aos indivíduos; (d) a percepção de que os homens nascem livres e iguais em direitos, e na defesa da propriedade como direito natural, entendida como apropriação da natureza através do trabalho. Os americanos, lockeanos em essência, estariam preocupados em proteger a autonomia da esfera privada contra as intervenções do Estado, na medida em que a autoridade política, nessa acepção, teria como tarefa apenas garantir uma ordem que é substancialmente pré-estatal e fundada na propriedade privada; já os franceses não reconheceriam a existência, para a sociedade, de uma base natural independente do Estado. Seu ideário inspira-se na doutrina rousсеauista da soberania, que é de essência hobbesiana, o que faria com que eles vissem o fundamento do direito na vontade, não no funcionamento autônomo de uma ordem pré-social, seja de um estado de natureza, seja de uma sociedade regida por leis naturais, ou

seja, a autoridade política no liberalismo lockeano constata direitos, ao passo que a autoridade soberana de Rousseau os constitui.

As diferentes opções políticas herdadas dos séculos XIV a XVIII, que estruturaram o direito político e, posteriormente, o direito constitucional, passariam por um processo lento e gradativo de cristalização e purificação operado pelo positivismo, em direção a uma concepção estritamente normativa da Constituição. O positivismo, doutrina que encontra suas origens no início do século XIX e que influencia desde seu nascedouro até os dias atuais, de forma sistemática, o estudo e a aplicação do direito, seria o elemento teórico impulsionador do processo de racionalização jurídica do Ocidente. O positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como um valor, pois nasce do esforço de transformar o estudo do direito em uma verdadeira ciência, com as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais; sistematiza a concepção estatal do direito segundo a qual o Estado, como ente político soberano, detém o monopólio da coerção, isto é, o direito de uso da força na resolução dos conflitos; consolida a crença na lei como fonte preeminente do direito; a teoria da norma jurídica como um comando, consolidando a teoria imperativa do direito; defende a unidade, a coerência e a completude do sistema jurídico; formula um método específico da ciência jurídica, no qual sustenta a interpretação mecanicista, fazendo prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito, já que o momento criativo do direito exaure-se na tarefa do legislador; cabendo, pois, aos juízes e demais operadores interpretar o texto de forma a compreenderem a intenção registrada na lei; e, por fim, a defesa da obediência absoluta à lei enquanto tal, pois, apesar dos propósitos dos positivistas em compreender o direito como ciência, portanto isenta da análise de valores, tal assertiva se constituiu em um aspecto ideológico na medida em que enseja uma atitude não científica diante da lei.

A consumação do processo de racionalização jurídica da Modernidade, portanto, opera-se com o positivismo. Após um longo processo de elaboração teórica, a concepção positivista afirma seus postulados em oposição ao rico manancial valorativo estabelecido pelo direito natural. Somente no Ocidente ocorreu um desenvolvimento da racionalidade jurídica que se estrutura em torno do conceito de ordem jurídico-legal formalmente legítima e legitimamente revisável. A lógica do processo passa pela ênfase na sistematização interna dos enunciados normativos, na estruturação coerente da prática jurídica, na crescente racionalização formal do corpo de normas, até se atingir o estágio caracteristicamente moderno da constituição de uma esfera de valor autônoma. Essa esfera

cultural é dotada de um dinamismo próprio, de uma lógica própria, sendo caracterizada por um direito formulado e exercido por juristas profissionais, por especialistas em direito, e capaz de fundamentar-se a si mesma de modo reflexivo, sem ter de recorrer a forças supra-sensíveis ou a normas já dadas de qualquer natureza.

A racionalização jurídica processa-se, acima de tudo, como crescente racionalidade formal. Esta, na verdade, é a resultante vetorial de um jogo dialético entre racionalidade formal e racionalidade substantiva, que se verifica na oposição entre uma necessidade de calculabilidade e segurança, preconizadas pela ordem capitalista que avança, e demandas de justiça material de que são portadores no capitalismo avançado os movimentos democráticos das classes negativamente favorecidas, tendencialmente interessadas na (re)substantivação da lei e do direito, descontentes com a burguesa equivalência das noções de justiça e de igualdade jurídica formal. Porém, nesse processo de contínua racionalização do direito natural, este cede terreno ao positivismo jurídico. Fruto e elemento impulsionador do progresso técnico e econômico do capitalismo que avança, o direito, mais e mais, torna-se técnico, estruturando-se em torno de um aparato lógico-racional desprovido de toda sacralidade do conteúdo e, portanto, transformável, a qualquer momento, segundo fins racionais.

O positivismo jurídico, porém, na ânsia de fechar-se aos “problemas” criados pelos projetos disputados na arena política, bem como aos princípios reclamados por alguma instância moral, oblitera as opções jurídico-políticas legadas pela Modernidade em suas duas matrizes hegemônicas. De um lado, temos o liberalismo político que sustentaria o capitalismo *laissez faire* do século XIX – tendo a experiência americana como uma espécie de tipo-ideal do Estado burguês -, que avoca critérios morais positivados nas constituições escritas como referenciais últimos de legitimidade e comando da sociedade; o individualismo do *homo economicus* protegido por critérios (agora jurídicos) cuja autoridade garantidora reside na Suprema Corte. De outro, há a matriz comunitarista, cuja preeminência dos direitos coletivos sobre os individuais faz sentir-se na própria matriz rousseauiana – atente-se para o conceito de vontade geral -, que postula a legitimidade da decisão popular sobre qualquer espécie de “estado de natureza”.

A crise dos projetos políticos originários da Modernidade acaba, entretanto, por provocar o esgotamento de seus sucedâneos jurídicos: de um lado, a crise do liberalismo percebida na dura crítica empreendida por Karl Marx ao caráter ideológico de que se reveste a concepção do Estado como a encarnação formal da razão universal,

escamoteando a lógica de domínio econômico exercido pelas classes proprietárias dos meios de produção (capitalistas) sobre os trabalhadores, acabaria por iluminar durante grande parte do século XIX os movimentos sindicais europeus, que reivindicavam o atendimento às demandas concretas de melhoria das condições de trabalho e assistência à vida, denunciando a farsa do estatuto da igualdade formal perante a lei, provocando as revoluções socialistas e a reforma dos Estados europeus no pós-guerra, em direção a políticas de bem-estar social; de outro, a profunda crítica à experiência totalitária que se instaura sob a égide dos regimes socialistas, já no século XX, com sua profunda influência cultural sobre as experiências jurídicas nacionais ocidentais, até o desenvolvimento dos modelos constitucionais dirigentes.

A Modernidade encerraria inicialmente, portanto, um conjunto de possibilidades cujo elenco pode ser sintetizado em dois grandes eixos: a lógica da regulação e a lógica da emancipação. A razão moderna, guardando em si duas dimensões ligadas aos eixos mencionados - por um lado, a razão crítica, como condição para a emancipação; por outro, a razão instrumental, indissolivelmente reconhecida como razão técnica, ligada irremediavelmente à regulação -, acaba por perecer na sua face instrumental. O direito, então, como fruto da razão moderna, acaba por se revestir das características da ciência moderna, da racionalidade hegemônica, perdendo seu caráter emancipatório, promessa originalmente inscrita no paradigma da modernidade. De fato, de forma acelerada, o constitucionalismo, na segunda metade do século XIX, minimizaria os ideais éticos e as promessas políticas, de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal ou, mesmo, das experiências totalitárias.

Nesse contexto, tornam-se cruciais as críticas dirigidas à Modernidade, em suas duas modalidades: a crítica progressista e a crítica conservadora, uma em direção a uma racionalidade factível e a outra em direção a uma racionalidade falível. A primeira crítica acentua as chances da razão; a outra tem em mira as falhas da razão; uma crítica é epistemológica e a outra, uma crítica metafísica. A crítica metafísica, formulada por aqueles autores que devem seu lugar filosófico a Nietzsche e Heidegger, carregada de pessimismo, na medida em que vislumbra na pretensão iluminista do esclarecimento progressivo, que se desenvolve com base na apropriação e reapropriação cada vez mais plena dos fundamentos, uma tentativa legitimação da vontade de poder. Portanto, é precisamente a noção de fundamento e de pensamento como fundação e acesso ao fundamento que é radicalmente posta em discussão em tal acepção. Procedem em uma

segunda perspectiva aquelas formulações que procuram delimitar na experiência moderna as ilusões e falhas de uma razão que, na sua pretensão de totalidade, tornou-se instrumental, encobrendo todo seu potencial emancipatório. Porém, essas duas vertentes confluem para a aceitação de que o fim da Modernidade é o momento em que não foi mais possível sustentar que é factível, por meio de um único sistema filosófico, dar explicações que tenham eficácia em todos os domínios do saber humano: em nível cognitivo, em nível de conhecimento, em nível prático, em nível moral e também em nível subjetivo, em nível artístico.

Nesse sentido, o debate filosófico estruturado em torno do projeto da Modernidade repercute sobre o constitucionalismo na medida em que se torna aguda a denúncia de que o direito moderno acabou, após uma longa jornada articulada em torno de uma expectativa de normatividade emancipatória, por tornar-se refém de uma concepção positivista que o restringe ao papel de regulação social e manutenção do *status quo*. Após um longo processo de luta pela liberdade política e edificação de uma sociedade moralmente justa, acaba por servir de técnica de organização social, em que o cidadão se torna refém, agora não mais somente do soberano político, mas da economia.

Tal crítica encontra seus interlocutores, da mesma forma que no debate filosófico, em duas perspectivas. Uma se coloca frontalmente em oposição a qualquer pretensão de superação das aporias colocadas pela Modernidade, na medida em que, como vimos, negam a própria possibilidade da razão. Nesse sentido, a corrente de pensamento que se inspira em Nietzsche e em Heidegger discerne no aparelho jurídico da política moderna os sintomas de uma crise que, diametralmente oposta às promessas de emancipação do humanismo racionalista, encontra sua origem nas tecnologias da dominação – crise tão profunda em que o direito, onerado de pesados entraves, teria atingido seu ponto de esgotamento. Assim, os grandes conceitos do direito político da Modernidade – a soberania e cidadania, contrato social, Constituição, legalidade, representação, parlamentarismo, magistraturas – são esvaziados de sua substância. Totalmente esgotados, não passam de vacuidade. Então, o direito cai na logomaquia dos “direitos do homem” e da “democracia”, sem se perguntar sobre seus princípios e sobre seus limites. Portanto, não apenas o Estado constitucional edificado para responder aos ideais da burguesia do século XVIII é um fracasso, mas o direito político, insuscetível, em seu movimento de autofundação, de chegar à sua fixação conceitual, extraviou-se – como toda cultura moderna – no impasse margeado pelas pretensões de subjetividade.

Outra perspectiva é aberta por aqueles autores que identificam na racionalidade formal do direito e, por conseguinte, do direito constitucional (enquanto expressão da razão instrumental), a característica fundamental da Modernidade, postulando sua superação através de uma outra racionalidade, capaz de superar o paradigma da subjetividade e a concepção de ciência construída pelo positivismo, como fator de recuperação do potencial emancipatório do direito. Tal tarefa estrutura-se em torno, então, dessas duas dimensões: a necessidade de superação do paradigma da subjetividade, na busca de uma racionalidade emancipatória, para depois retomar as relações entre direito e moral, na perspectiva de uma concepção do direito como um sistema de juridicização de valores, atribuindo-se um papel essencial à Constituição na medida em que será o receptáculo dos mais abstratos valores: os princípios constitucionais. Portanto, a superação do paradigma jurídico da Modernidade passa pela fundamentação das possibilidades da razão (questão epistemológica); pela estruturação de uma nova teoria geral do direito, capaz de superar o positivismo jurídico, principalmente a partir da matriz redutora de Kelsen, e, finalmente, recolocar o tema da interpretação da Constituição (hermenêutica) a partir da assunção de uma nova metodologia, que possa dar conta dos conflitos de valores inerentes à positivação de pretensões normativas contraditórias através dos princípios constitucionais.

Assim, poderíamos afirmar que os elementos centrais para a compreensão do constitucionalismo pós-moderno, e até mesmo pós-positivista, seriam os seguintes: (a) a concepção do papel de supremacia atribuído à Constituição como elemento integrador da comunidade política, na medida em que atua como uma espécie de reserva de justiça; (b) a superação da dicotomia, criada pela filosofia política clássica, entre soberania popular (vontade geral) e direitos humanos, como fatores de legitimação da ordem jurídica, na medida em que os direitos humanos fundam as formas de comunicação necessárias para uma formação racional da vontade do legislador político, institucionalizando-as juridicamente; (c) a superação da dicotomia direito natural e direito positivo, através da percepção de que a Constituição positiva preceitos morais e, portanto, traz em seu bojo elementos valorativos capazes de servir de parâmetros materiais para a aferição da legitimidade do direito infraconstitucional; (d) a compreensão de que os conteúdos materiais dos princípios constitucionais que positivam normas éticas não poderão ser deduzidos ou pressupostos a partir de uma racionalidade centrada no paradigma da consciência, portanto a partir de uma racionalidade subjetiva e proponente de verdades absolutas, mas, sim, construídos através de uma racionalidade comunicativa, capaz de

produzir consensos intersubjetivos em torno de proposições cuja validade é criticável; (e) em função da necessidade de legitimação e fundamentação do direito através de procedimentos democráticos, a percepção da pertinência da “abertura constitucional”, como fator de alargamento do consenso produzido pelo debate constitucional; (f) a percepção do valor da suplantação da hermenêutica tradicional (os quatro critérios interpretativos de Savigny), para uma técnica de interpretação capaz de dar conta da necessidade de fundamentação racional das decisões constitucionais, bem como da adequada resolução sistemática dos conflitos de valores oferecidos pela positivação de pretensões normativas díspares de uma sociedade complexa pós-tradicional, através dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce; ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: ACKERMAN, Bruce et al. *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 13-31.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. Transformaciones de la constitución en el siglo XX. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 100, p. 57-100, abr./jun. 1998.

ALBERONI, Francesco. *Las razones del bien y del mal: como concebir nuevos valores morales para la modernidad?* Barcelona: Editorial Gedisa, 1992.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a política e a história*. Tradução de Luz Cary e Luiza Costa. Lisboa: Editorial Presença, 1972.

AMADO, Juan Antonio García. La filosofía del derecho de Jürgen Habermas. *Doxa*, Madrid, v. 1, n. 13, p. 235-258, 1993.

ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

ANDERSON, Perry. *Passagens da antigüidade ao feudalismo*. Tradução de Beatriz Sidou. 5.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAGON, Manuel. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1990.

ARENDDT, Hannah. *Crises da república*. Tradução de José Wolkmann. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1972.

ARGÜELLO, Katie S. C. *Direito e democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

ARGÜELLO, Katie S. C. *O ícaro da modernidade*. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARGÜELLO, Katie. *O mundo perfeito: nem possível, nem desejável*. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber, direito e modernidade*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 73-107.

ARISTÓTELES. *A constituição de Atenas*. Tradução de F.M. Pires. São Paulo: Hucitec, 1995.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillamme. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

ARNAUD, André Jean. *O direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

ARRUDA JR, Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber, direito e modernidade*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito e século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito moderno e mudança social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ATIENZA, Manuel. *Marx y los derechos humanos*. Madrid: Editorial Mezquita, 1983.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 27-54, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

BALDASSARE, Antonio. Constitución y teoría de los valores. *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, v. 1, n. 32, p. 07-34, 1994.

BALLESTEROS, Jesús. Razones a favor de una postmodernidad alternativa (Respuesta a Javier de Lucas). *Doxa*, Madrid, v. 1, n. 6, p. 310-306, 1989.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da constituição*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da revisão constitucional e teoria da constituição originária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 198, p. 39-52, out./dez. 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral das constituições escritas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 1, n. 60-61, p. 25-98, jan./jul. 1985.

BARCELLONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*. Traducción de Héctor Claudio Silveira Gorski, José Antonio Estévez Araújo e Juan-Ramón Capella. Madrid: Trotta, 1992.

BARKER, Ernest. *Teoria política grega*. Tradução de Sérgio Fernando Guareschi. 2.ed. Brasília: Editora da UnB, 1978.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Alberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 6, setembro de 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas: limite e possibilidades da constituição brasileira*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?)* In: A CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA E O PODER JUDICIÁRIO. Brasília: Konrad Adenauer Stiftung, Debates, n. 20, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 23, p. 65-78, abr./jun.1998.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

BATISTA, Paulo Nogueira. *O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*. São Paulo: Cadernos PEDEX, 1994.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1975.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1998.

BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Unesp, 1994.

BENEGAS LYNCH, Alberto. Una introducción al “lenguaje” posmoderno. *Revista de Estudios Públicos*, Madrid, v. 1, n. 83, p. 197-240, 2001.

BIDART DE CAMPOS, Germán. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1991.

BISCARETTI DI RUFFÌ A, Paolo. *Derecho constitucional*. 1. reimp. Traducción de Pablo Lucas Verdu. Madrid: Editorial Tecnos, 1973.

BLACKBURN, Robin (Org.) *Depois da queda: o fracasso do comunismo e o futuro do socialismo*. Tradução de Luis Krausz, Maria Inês Rolim e Susan Semler. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 12.ed. Brasília: UnB, 1986.

BOBBIO, Norberto et al. *O marxismo e o Estado*. Tradução de Frederica L. Boccardo e Renée Levie. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade - para uma teoria geral da política*. 4.ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1994.

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

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7.ed. Brasília: Editora da UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Democracia e liberdade no “contrato social” de Rousseau. In: CAVALCANTI, Themistocles. *Estudos em homenagem a J.J. Rousseau*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962. p. 147-174.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a re-colonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORJA Y BORJA, Ramiro. *Teoría general del derecho y del Estado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento marxista*. Tradução de Antonio Monteiro Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

BOURDIEU, Pierre. Artigos de Paris. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 jun. 1992.

BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel*. Tradução de Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Tradução de Isabel Teresa Santos. Lisboa: Editorial Estampa, 1990.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, Madrid, v. 1, n. 21, p. 209-220, 1998.

CAMPUZANO, Alfonso de Julius. Las paradojas del Estado: Modernidad, democracia y universalidad. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v.1, n. 29, p. 39-69, 1996.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes de Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Os modos transitivos: os paradigmas da modernidade e da pós-modernidade no âmbito do direito constitucional e da ciência política. *ANAIS DA CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL*, Brasília, 1990, p. 103-114.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v.1, n. 15, p. 7-17, abr./juN. 1996.

CAPELLA, Juan Ramón (Org.) *Marx, el derecho y el Estado*. Barcelona: Oikos-Tau, 1969.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. *ANAIS DA CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL*, Brasília, 1990, p. 207-215.

CARMONA CUENCA, Encarnación. Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 76, p. 103-125, abr./jun. 1992.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. 3.ed. Campinas: Papirus, 1990.

CARPIZO, Jorge. *Lineamentos constitucionales de la commonwealth*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Unam, 1971.

CARRERAS SERRA, Francesc de. Por una constitución europea. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 90, p. 193-219, oct./dic. 1995.

CASSIRER, Ernst. *Filosofía de la ilustración*. Cidade do México: Fondo de Cultura, 1943.

CASTRO, Marcus Faro de. Equidade e jurisdição constitucional: notas sobre a determinação normativa dos direitos constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 1, n. 111, p. 41-56, jul./set. 1991.

CASULLO, N. *El debate modernidad-postmodernidad*. Buenos Aires: Pontosur, 1989.

CENCI, Ângelo (Org.). *Ética, racionalidade e modernidade*. Passo Fundo: Editora da Universidade de Passo Fundo, 1996.

CENTENO, Miguel Angel. La política del conocimiento: Hayek y la tecnocracia. *Pensamento Iberoamericano/Revista de Economía Política*, Madrid, v. 1, n. 30, p. 87-107, 1995.

CÉSAR, Constança Marcondes. A crítica da modernidade em Vattimo. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 1, n. 205, p. 21-50, jan./mar. 2002.

CHACON, Vamireh. A recepção de Carl Schmitt no Brasil. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 1, n. 185, p. 55-66, jan./mar. 1997.

CHAPMAN, John W. *Rousseau: totalitarian or liberal?* Nova York, 1956.

CHÂTELET, François. *O pensamento de Hegel*. Tradução de Lanos de Azevedo. 2.ed. Lisboa: Editorial Presença, 1985.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel à nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. 3.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1980.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *História do pensamento político*. Tradução de Roberto Cotes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. Tomo I.

CICCO, Cláudio de. *Direito, tradição e modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Teixeira. *O moderno e o pós-moderno*. Porto Alegre: LPM, 1991.

COHN, Gabriel. *Max Weber*. São Paulo: Ática, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSTANT de Rebecque, Henri Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Tradução de Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Jûris, 1989.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Crítica e utopia em Rousseau*. *Lua Nova*, São Paulo, v. 1, n. 38, p. 05-30, 1996.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios*. São Paulo: Cortez, 1994.

COUTINHO, Fábio de Souza. A constituição não-escrita dos britânicos. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 57-68, jul. 1985.

CROSSMAN, R.H.S. *Biografia del Estado moderno*. México: Fondo del Cultura Económica, 1986.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, direito e utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DALY, Michael. *Communitarianism: A new public ethics*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1994.

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DEBRUN, Michel. Algumas observações sobre a noção da vontade geral no contrato social. In: CAVALCANTI, Themistocles. *Estudos em homenagem a J.J. Rousseau*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962. p. 39-58.

DÉLOYE, Yves. *Sociologia histórica do político*. Tradução de Maria Dolores Prades. Bauru: EDUSC, 1999.

DENNINGER, Erhard. Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno. *Doxa*, Madrid, v. 1, n. 14, p. 359-377, 1993.

DESCAMPS, Christian. *As idéias filosóficas contemporâneas na França*. Tradução de Arnaldo Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

DIEHL, Astor Antônio. *Vinho velho em pipa nova: o pós-moderno e o fim da história*. Passo Fundo: Ediupf, 1997.

DOBROWOLSKI, Sílvio. O pluralismo jurídico na Constituição de 1988. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, v. 1, n. 115, p. 219-230, jul./set. 1992.

DOSSE, François. *História do estruturalismo*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Ensaio, 1993.

DROMI, José Roberto. Constitucionalismo y humanismo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 1, n. 70, p. 28-32, abr./jun. 1984.

DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Tradução de Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1998.

ETZIONI, Amitai. *The new golden rule: community and morality in a democratic society*. New York: Basic Books, 1996.

ETZIONI, Amitai. *The spirit of community: rights, responsibilities and the communitarian agenda*. New York: Crown Books, 1993.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FELIX TEZANOS, Jose. Comunidad y sociedad como paradigmas políticos. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 91, p. 83-97, en./mar. 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Curso de introdução à ciência política*. Brasília: UnB, 1979.

FERRY, Luc; RENAUT, Alan. *Filosofía política: de los derechos del hombre à la idea republicana*. Traducción de José Barrales Valladares. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.

FESTER, Antônio Carlos Ribeiro (Org.). *Direitos humanos: um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

FINKIELKRAUT, Alain. *A derrota do pensamento*. Tradução de Mônica Campos de Almeida. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martinez Meira. Madrid: Trotta, 2001.

FORACCHI, Mariaalice Mancarini; MARTINS, José de Souza. *Sociologia e sociedade: leituras de introdução à sociologia*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Les mots e les choses: une archeologie des sciences humaines*. Paris: Gallimard, 1966.

FOUCAULT. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREEMAN, Samuel. *Democracia e controle jurídico da constitucionalidade*. Lua Nova, São Paulo, v. 1, n. 32, p. 181-199, 1994.

FREITAG, Bárbara. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. *Tempo Social/ Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 7-44, 1989.

FREITAG, Bárbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.) *Direito constituvional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 226-248.

FRIEDRICH, Carl. *Gobierno constitucional y democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

GARCIA BELAUNDE, Domingo. La interpretacion constitucional como problema. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 86, p. 9-37, oct./dic. 1994.

GARCIA CANALES, M. Principios generales y principios constitucionales. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 64, p. 131-162, abr./jun. 1989.

GARCIA ENTERRIA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1981.

GARCIA, Maria. Sistemas constitucionais comparados: o sistema inglês (“Common Law”) e norte-americano. Alguns aspectos do direito constitucional brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 53-72, out./dez. 1994.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 3.ed. Madrid: Alianza, 1993.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Frederico da Suábia e o nascimento do Estado Moderno*. Tradução de Amílcar de Castro. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961.

GARCIA-PELAYO. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GARIN, Eugenio. *La filosofía y las ciencias en el siglo XX*. Traducción de María Gargatagli. Barcelona: Icaria Editorial, 1983.

GENRO, Tarso. *Utopia possível*. 2.ed. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1995.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. O niilismo e a lógica da catástrofe: para um diagnóstico nietzscheano da modernidade. *Filosofia Unisinos/ Revista do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Unisinos*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-87, 2001.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora da UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da UNESP, 1997.

GIESEN, Klaus-Gerd. Habermas, a segunda modernidade e a sociedade civil internacional. *Novos Estudos*, São Paulo, v. 1, n. 60, p. 87-96, jul. 2001.

GOMES, Wilson. Heidegger e os pressupostos metafísicos da crítica da modernidade. *Síntese Nova Fase*, São Paulo, v. 1, n. 68, p. 115-135, jan./mar. 1995.

GONZALEZ, Santiago Sanchez. El pensamiento jurídico-político de Karl Marx (I). *Revista de Derecho Político*, Madrid, v. 1, n.11, p. 117-140, 1981.

GONZALEZ, Santiago Sanchez. El pensamiento jurídico-político de Karl Marx (II). *Revista de Derecho Político*, Madrid, v. 1, n.13, p. 95-136, 1982.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRÜN, Ernesto. El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio. Madrid, *Doxa*, Madrid, v. 1, n. 21, p.167-177, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 1, n. 137, p. 13-22, jan./mar. 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 80, p. 198-207, out./dez. 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre a natureza processual da constituição. *Revista da OAB*, Brasília, v. 1, n. 66, p. 69-78, jan./jun. 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GUNNEL, John H. *Teoria política*. Tradução de Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

HABERMAS, Jürgen. Human rights and popular sovereignty: the liberal and republican version, *Ratio Juris*, Oxford, v. 1, n. 7, p. 1-13, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *La necesidad de revisión de la izquierda*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da Modernidade: doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 5, p. 04-19, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social; Teoría de la acción comunicativa, II: crítica de razón funcionalista*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Traducción de Jacobo Muñoz. Madrid: Tecnos, 1987.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Leôncio Gontijo de Gontijo de Carvalho et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HART, Herbert L. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1972.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 8.ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

HAVANA tenta manter socialismo no pós-Fidel. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jun. 2002.

- HAYEK, Friedrich A. von, *O caminho da servidão*. Porto Alegre: Globo, 1977.
- HAYEK, Friedrich. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo/Brasília: Visão/Universidade de Brasília, 1983.
- HÉBER-SUFFRIN, Pierre. *O “Zaratustra” de Nietzsche*. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.
- HECK, José N. Direito e lei em I. Kant. *Síntese Nova Fase*, São Paulo, v. 1, n. 80, p. 43-72, jan./mar. 1998.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais* - contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.
- HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1988.
- HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 86, p. 195-227, oct./dic. 1994.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- HESPANHA, António Manuel. *Vísperas del Leviatán: Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*. Madrid: Taurus, 1989.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.
- HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. *O conceito de iluminismo*. Tradução de São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- HORN, Hans-Rudolf. El Estado constitucional como proyecto común de la humanidad. *In: Problemas actuales del derecho constitucional: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 1994.
- HOWARD, Dick. A constituição dos EUA: duradoura e ainda assim adaptável. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, p. 133-136, jan./jun. 1988.

- HUGHES, Charles Evans. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. Traducción de Roberto Molina Pasquel. 2.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.
- INGRAM, David. *Habermas e a dialética da razão*. Tradução de Sérgio Bath. 2.ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.
- JAPIASSU, Hilton. *Introdução à epistemologia*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.
- JOUVENEL, Bertrand de. *As origens do Estado Moderno: uma história das idéias políticas no século XIX*. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: Eduerj/Contraponto, 1999.
- KRISCHKE, Paulo J. (Org.) *O contrato social: ontem e hoje*. São Paulo: Cortez, 1993.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.
- KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- KUNTZ, Rolf. *Locke, liberdade, igualdade e propriedade*. In: QUIRINO, Célia Galvão et al. *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: Edusp, 1998. p. 91-119.
- KURZ, Robert. *O colapso da modernização*. Tradução de Karen Elsabe Barbosa. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- KYMLICKA, William. *Liberalism, community and culture*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma "recepção"*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Madrid: Civitas, 1985.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução de 3.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LAURELL, Asa Cristina (Org.). *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de Rodrigo León Contrera. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

LINHARES, José Manuel Aroso. *Habermas e a utilidade do direito: a reconstrução de um modelo estrutural*. Coimbra: Almedina, 1989.

LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.

LOBRANO, Giovanni. *Modelo romano y constitucionalismos modernos*. Traducción de José Fuquen Corredor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1990.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Tradução de Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona: Editora Ariel, 1983.

LOPES, Marcos Antonio. O direito divino dos reis: uma história da linguagem política no antigo regime. *Síntese Nova Fase*, São Paulo, v. 1, n. 57, p. 223-248, abr./jun. 1992.

LÓPEZ SAENZ, Maria Carmen. Filosofía hermenéutica y deconstrucción. *Revista de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, v. 10, n. 18, p. 57-82, 1997.

LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. *Romantismo e política*. Tradução de Elisa de Araújo Oliveira. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

LÖWY, Michael. *Romantismo e messianismo*. São Paulo: Perspectiva/Edusp, 1990.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Carl Schmitt, interprete singular y máximo debedor de la cultura político-constitucional demoliberal. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 64, p. 25-92, abr./jun. 1994.

LUCAS VERDÚ, Pablo. El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La 'ideología constitucional' del Professor García de Enterría). *Revista de Derecho Político*, Madrid, v. 1, n. 13, p. 7-51, 1982.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución en la encrucijada (Palingenesia Iuris Politici)*. Madrid: Centro de Publicaciones de la Facultad de Derecho/Universidad Complutense, 1994.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Tecnos, 1987.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución: la constitución como norma y como integración política. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 83, p. 9-28, en./mar. 1994.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Barcelona: Dickinson, 1997.

LUCHI, José Pedro. *A superação da filosofia da consciência em J. Habermas: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

LÜHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LÜHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5.ed. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

LYRA FILHO, Roberto. *A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América: revisão crítica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1977.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo de Carl Schmitt. *Lua Nova*, São Paulo, v. 1, n. 32, p. 201-215, 1994.

MACFARLANE, L. J. *Teoría política moderna*. Traducción de Guillermo Solana Alonso. Madrid: Espasa-Calpe, 1978.

MACINTYRE, Alasdair. *Justicia y Racionalidad*. Barcelona: Eiuinsa, 1994.

- MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 1987.
- MALIANDI, Ricardo. *Dejar la posmodernidad: la ética frente al irracionalismo actual*. Buenos Aires: Editorial Almagesto, 1993.
- MALTEZ, José Adelino. *Princípios de ciência política: introdução à teoria política*. 2.ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas/Universidade Técnica de Lisboa, 1996.
- MANSILLA H.C.F. Los enfoques postmodernistas frente a las ambigüedades de la democracia y el desarrollo. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 84, p. 79-111, abr./jun.1994.
- MARCOS, Maximiliano Hernández. La formación del criticismo jurídico de Kant. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, v. 1, n. 89, p. 243-280, jul./set. 1995;
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996.
- MARSHALL, T. H.. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARTINS, Carlos Benedito. Notas sobre a noção da prática em Pierre Bourdieu. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 1, n. 62, mar. 2002.
- MATOS, Olgária C. F. *O iluminismo visionário: Benjamin, leitor de Descartes e Kant*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.
- MAUÉS, Antonio Moreira. Princípios constitucionais como técnica de limitação do poder. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 55-69, 1999.
- McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MEJIA GOMEZ, Carlos. *Teoria de la constitucion*. Bogotá: Editorial Temis, 1967.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2.ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- MERQUIOR, José Guilherme. *Rousseau e Weber: dois estudos sobre a teoria da legitimidade*. Tradução de Margarida Salomão. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1980.

MIRANDA FILHO, Mário. Politéia e virtude: as origens do pensamento republicano clássico. In: QUIRINO, Célia Galvão; VOUGA, Cláudio; BRANDÃO, Gildo (Org.) *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1979.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MOORE JR., Barrington. *As origens sociais da ditadura e da democracia: senhores e camponeses na construção do mundo moderno*. Tradução de Maria Ludovina F. Couto. Lisboa: Edições Cosmos, 1975.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1976.

MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) *Direito constitucionacional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336.

MOURA, Carlos Alberto. *Hobbes, Locke e a medida do direito*. In: *Filosofia Política VI*. Porto Alegre: L&PM, 1989.

MOYA CANTERO, Eugenio. Alan D. Sokal, Thomas S. Jun y la epistemología postmoderna. *Revista de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, v. 13, n. 23, p. 169-194, 2000.

MULHALL, Stephen; SWIFT, Adam. *El individuo frente a la comunidad*. Madrid: Temas de Hoy, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. A constituição e a reinvenção do território: algumas implicações jurídicas em face da globalização. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, v. 1, n. 135, p. 37-44, jul./set. 1997.

NEGRI, A. *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Libertarias/Prodhufi, 1994.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NISBET, Robert. *Os filósofos sociais*. Tradução de Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: Editora da UnB, 1973.

NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis, Editora da UFSC, 1988;

NOVAES, Adauto. *A crise da razão*. Rio de Janeiro: Fundação Nacional da Arte, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1987.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 107-127, jul./set. 1999.

PASUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PEIXOTO, Madalena Guasco. *A condição política na pós-modernidade: a questão da democracia*. São Paulo: Educ, 1998.

PÉREZ CALVO, Alberto. Las transformaciones estructurales del Estado-nación en la Europa comunitaria. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 99, p. 9-22, en./mar. 1998.

PERINE, Marcelo. A modernidade e sua crise. *Síntese Nova Fase*, São Paulo, v. 1, n. 57, p. 161-178, abr./jun. 1992.

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 17, p. 113-169, out./dez., 1996.

PICÓ, Josep (Org.). *Modernidad y postmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 43-73, jun. 1998.

PINTO, F. Cabral. *A formação humana no projecto da modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

PINTO, F. Cabral. *Leituras de Habermas: modernidade e emancipação*. Coimbra: Fora do Texto, 1992.

PIRES, Francisco Lucas. *Soberania e autonomia: estrutura da relação entre os dois conceitos no direito constitucional do ultramar*. Coimbra: Almedina, 1974.

PLATÃO. *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

QUESADA, Julio. Nietzsche contra Heidegger elementos ontológicos y políticos para un diálogo con Hannah Arendt. *Revista de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, v. 10, n. 18, p. 113-132, 1997.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987.

RAMOS, Manfredo Tomás. Ética e direito em Agostinho (Um ensaio sobre a “lei temporal”). *Síntese Nova Fase*, São Paulo, v. 1, n. 80, p. 107-132, jan./mar. 1998.

RAUBER, Jaime José; SOARES, Márcio (Coord.) *Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas*. 2.ed. Passo Fundo: Ediupf, 2002.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. *Lua Nova*, São Paulo, v. 1, p. 25-59, 1992.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: Antigüidade e Idade Média*. São Paulo: Paulus, 1990.

REDHEAD, Brian. *O pensamento político de Platão à OTAN*. Tradução de Talita Macedo Rodrigues. Rio de Janeiro: Imago, 1989.

RIBEIRO, Renato Janine. Não há pior inimigo do conhecimento do que a terra firme. *Tempo Social/Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 189-195, maio 1999.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política: os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Azucena. Aproximación a la idea de “República” en la Francia revolucionaria. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 91, p. 201-215, en./mar. 1996.

RODRÍGUEZ, Mariano. Kant y la idea de progreso. *Revista de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, v. 6, n. 10, p. 395-411, 1993.

ROMEO, Francisco J. Palacios. Neoliberalismo, hegemonía y nuevo orden: estrategia y resultante social en Latinoamérica. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, v. 1, n. 99, p. 59-102, en./mar., 1998.

ROSSI, Paolo. *A ciência e a filosofia dos modernos: aspectos da revolução científica*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da Unesp, 1992.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal estar na Modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nogle. Brasília: Editora da UnB, 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios de direito político*. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1989.

ROVIRA, Antonio. Jurisdicción y constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, v. 1, n. 102, p. 39-57, oct./dic. 1998.

ROYO, Javier Perez. La reforma de la constitución. *Revista de Derecho Político*, Madrid, v. 1, n. 22, p. 7-60, 1986.

RUIDIAZ GARCIA, Carmen. Tres visiones contrapuestas de la crisis de legitimidad de las sociedades actuales: D. Bell, H. Habermas y Ch. Taylor. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 88, p. 273-289, abr./jun. 1995.

RUIZ, Castor Bartolomé. O ethos humano: entre o niilismo e a utopia. *Filosofia Unisinos/Revista do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Unisinos*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 89-107, 2001.

SABINE, George H. *História das teorias políticas*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

SÁEZ RUEDA, Luiz. Lo indisponible y el discurso: el legado de Heidegger en la polémica “modernidad-potmodernidad”. *Revista de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, v. 1, n. 18, p. 133-158, 1997.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editora Astreal, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. La transición potmoderna, derecho y política. *Doxa*, Madrid, v. 1, n. 6, p. 223-263, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. O social e o político na transição pós-moderna. *Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 1, n. 31, p. 181-207, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Boaventura Souza de. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: HELLER, Agnes et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

SANTOS, Boaventura. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. São Paulo: Afrontamento, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987.

SCHIERA, Pierangelo. Sociedade “de estados”, “de ordens” ou “corporativa”. In: HESPANHA, Antonio Manuel. *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 145-153.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. I tre tipi di pensiero giuridico. In: *Le categorie del político*. Tradução Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bolonha: Il Mulino, 1972.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Traducción de Manuel Sanchez Santo. Madrid: Tecnos, 1983.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Traducción de José Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Álvaro L.M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1992.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 2, n. 93, 1999.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Observações sobre a “forma sistema/ambiente” em Luhmann. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. 1, n. 204, p. 475-492, out./dez. 2001.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado espetáculo: ensaio sobre e contra o star system em política*. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. Rio de Janeiro: Difel, 1978.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *Sociologia política: elementos de ciência política*. Tradução de Domingos Mascarenhas. São Paulo: Difel, 1979.

SERRANO MARÍN, Vicente. Nihilismo y fin de la historia. Una mirada sobre la cuestión de la (pos) modernidad. *Revista de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, v. 13, n. 24, p. 5-44, 2000.

SIÉYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado ?* Tradução de Norma Azeredo. 2.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SMEND, Rudolf. *Derecho constitucional y constitución*. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SODUPE, Kepa. El estado actual de las relaciones internacionales como ciencia social: crisis o pluralismo paradigmático? *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 75, p. 165-213, en./mar. 1992.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas intelectuais*. São Paulo: Record, 1999.

STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 2.ed. Ijuí: Editora da Unijuí, 1997.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la republica federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Tradução de Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

TAYLOR, Charles. *Fuentes del yo*. La construcción de la identidad moderna. Barcelona: Paidós, 1996.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros ensaios*. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1968.

TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O Direito e a ascensão do capitalismo*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 2.ed. Belo Horizonte: Itatiaia/São Paulo: Edusp, 1987.

TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno: elementos para um estudo histórico-conceitual das formas fundamentais de representação política no Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia ?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público y política*. Traducción de José Luis Carro. Madrid: Ediciones Civitas, 1974.

TRUSSO, Francisco Eduardo. *De la legitimidad revolucionaria a la legitimidad constitucional*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972.

USCATESCU, George. *Maquiavelo y la pasión del poder*. Madrid: Ediciones Guadarrama, 1969.

VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VAZ, Henrique C. de Lima. Ética e razão moderna. *Síntese Nova Fase*, São Paulo, v. 1, n. 68, p. 53-84, jan./mar. 1995.

VEGA GARCÍA, Pedro de. Mundialización y el derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, v. 1, n. 100, p. 13-56, abr./jun. 1998.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan/Iuperj, 1998.

VIEIRA, José Ribas. O ensino do direito constitucional e a ciência política: uma reflexão. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 5, p. 3-10, jul./dez. 1985.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. *Lua Nova*, São Paulo, v. 1, n. 42, p. 53-97, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VITA, Álvaro de. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. *Lua Nova*, São Paulo, v. 1, p. 5-25, 1992.

WAGNER, Peter. *Sociología de la modernidad: libertad y disciplina*. Traducción de Marciano Villanueva Salas. Barcelona: Editorial Herder, 1997.

WAINWRIGHT, Hilary. *Uma resposta ao neoliberalismo: argumentos para uma nova esquerda*. Tradução de Ângela Melim. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1998.

WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei - temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

WEBER Max. *Parlamento e governo*. Tradução de Leônidas Hegenber e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1999.

WEBER, Max *Metodologia das ciências sociais*. São Paulo/Campinas: Cortez/ Unicamp, 1992.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1999.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echavarría et al. 2.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

WEBER, Thadeu. *Hegel: liberdade, estado e história*. Petrópolis: Vozes, 1993.

WEIL, Eric. *Filosofia política*. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1990.

WELLMER, Albrecht. Razón, utopía, y la dialéctica de la ilustración. In: BERNSTEIN, Richard J. *Habermas y la modernidad*. Trad. Francisco Rodríguez Martín. Madrid: Cátedra, 1991. p. 65-110.

WERNANT, Jean Pierre. *As origens do pensamento grego*. 3.ed. São Paulo: Difel, 1986.

WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade*: a obra recente de Jürgen Habermas. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. *Crítica Jurídica*, Curitiba, v. 1, n. 19, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P.P.; LUTHER, J. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.

ZOLO, Danilo; FERRAJOLI, Luigi. *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Barcelona: Ediciones 2001, 1999.