

**FACULDADE DIREITO DE VITÓRIA – FDV
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

CALEB SALOMÃO PEREIRA SILVA

**EM BUSCA DA LEGITIMIDADE:
OBLIQUIDADE DO DIREITO,
CORREÇÃO PELOS DIREITOS HUMANOS**

**VITÓRIA
2009**

CALEB SALOMÃO PEREIRA SILVA

**EM BUSCA DA LEGITIMIDADE:
OBLIQUIDADE DO DIREITO,
CORREÇÃO PELOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em *Direitos e Garantias Fundamentais* da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daury César Fabriz

VITÓRIA
2009

CALEB SALOMÃO PEREIRA SILVA

**EM BUSCA DA LEGITIMIDADE:
OBLIQUIDADE DO DIREITO,
CORREÇÃO PELOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2009.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Daury César Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Para:

D'us.

Maria e Isaiah.
Pelos princípios.

Barbara *B.*

Valentina *b.*
(... você me ilumina, com
seus olhos me fascina...
Valentina...)

AGRADECIMENTOS

À Marise.

À Vida, cujos acasos, caprichos e generosa maleabilidade me permitiram encontrar, em Vitória, depois de anos, um ambiente adequado aos exercícios intelectuais há muito comprimidos entre a sensibilidade pulsátil da existência e as demandas objetivas que nos alcança a todos, embora de distintos modo e intensidade.

Àqueles que, na Vida, contribuíram para a minha formação humanística, a qual me impediu – com pungência – de lançar para o Direito aquele olhar de *enganosa pureza*, fazendo-me enxergá-lo como aquilo que é: caos buscando ordem, sociedade contorcendo-se, homens medindo forças, entre si e com a Natureza, seu fetiche de dominação, sabendo que seu próximo é parte dela.

Objetivamente, pois o Direito insiste nisso, emulando seu criador, agradeço ao meu professor-orientador, Dr. Daury César Fabriz, cujas inquietações existenciais atravessam o Direito e a Academia e com quem pude realizar trocas enriquecedoras.

A equidade me impõe: se realização de trocas (*justas, injustas*) é critério para agradecimento, não devo deixar de nominar os professores da FDV, Dr. José Bittencourt Filho e Dra. Eneá de Stutz e Almeida. Com ambos tive a oportunidade de, em sala de aula ou em mesas de ambientes pouco acadêmicos, exercitar pensamentos que se converteram em assertivas pretensamente científicas.

Devo anotar, também em tom de agradecimento, a inspiração recebida nas aulas e colóquios com a também professora da FDV, Dra. Gilsilene Passon.

Aos colegas do Mestrado também agradeço: pelo convívio e incentivo e pela oportunidade de confirmar que vale a pena cultivar relações de coleguismo e inevitável admiração, nuns casos, e o essencial respeito, em outros.

À FDV e seu *staff*.

“Vejo, uma ou outra vez, o Velho com prazer,
Romper com Ele é que seria errôneo.
É, de um grande Senhor, louvável proceder
Mostrar-se tão humano até pra com o demônio.”

Mefistófeles, falando d’Aquele
cuja imagem e semelhança teria
moldado nosso ser, segundo a
tradição hebraico-cristã.

RESUMO

A proposta crítica contida neste trabalho se direciona às considerações sobre o Direito e sua necessária e incessante busca de legitimidade. Nele o Direito é apresentado como a foz onde deságuam as forças sociopolíticas, sendo, por isso mesmo, caracterizado por uma obliquidade que tem constrangido seus estudiosos e ofendido seus destinatários desde os primeiros modelos de sistematização jurídica que a tradição nos apresenta. Essa obliquidade descende, como defendido aqui, do fato de que o Direito deriva do tratamento dado pelas instituições sociais, em especial o Estado, às pulsões ordenadoras (que exprimem a vontade-de-ordem para a obtenção de governança civil), às pulsões reguladoras e redutoras (que manipulam e domesticam as primeiras, encapsulando-as em textos legais ou leis) e às pulsões corretoras (que interpretam e aplicam os enunciados normativos supostamente tradutores das pulsões ordenadoras). Para ilustrar a ocorrência dessa obliquidade do Direito, optou-se por um esquema explicativo extraído da Ótica, segmento da Física, a partir do qual se revela que as pulsões ordenadoras sofrem sua primeira refração cognitiva (com o primeiro efeito axiológico-reducente) ao passar pela lâmina cognoscente política, representada pelas instâncias parlamentares, que exercem as pulsões reguladoras. A segunda refração cognitiva é identificada como aquela que ocorre quando as pulsões reguladoras, contidas no texto legal, são submetidas às pulsões corretoras, exercidas pela segunda lâmina cognoscente, identificada nos órgãos judiciais, que aplicam o Direito extraível das pulsões reguladoras (textos legais). Se o Direito é, como aqui se defende, a política encapsulada em enunciados normativos postos pelo Estado, é razoável qualificar de *ficcional* a estrutura supostamente democrática na qual o Direito é produzido, uma vez que esse Direito só raramente traduz e respeita pulsões ordenadoras de perfil popular, fato simplesmente depreendido das estatísticas socioeconômicas que a sociedade produz. Essa constatação vai permitir demonstrar a dificuldade dos diferentes métodos que o Direito contemporâneo vem utilizando para tentar superar a dicotomia paralisante entre a natureza (Direito Natural) e a convenção (Direito Positivo) e, ao mesmo tempo, analisar a eficácia desses esforços intelectuais no sentido de solucionar a tensão entre *faticidade* e *validade* num ambiente jurídico-político marcado pela pretensão de assegurar legitimidade a partir do estatuto da legalidade. É vital essa superação para retirar o Direito desse trilho que conduz incessantemente a uma fenomenologia do descenso de legitimidade. Dessa demonstração, poder-se-á extrair certas causas do abusivo descenso de legitimidade que gera o inaceitável mal-estar do Direito e, com as cautelas necessárias, discutir os caminhos que podem se apresentar, como resultado desses métodos,

para conferir a legitimidade desejada. Esse caminho, decerto jurídico, nasce na fonte primária do Direito: o Homem e sua soberania política, que será instado a voltar-se ao jogo político, uma forma de assegurar o desenvolvimento e a materialização dos Direitos Humanos, a última fronteira da Humanidade, sede possível da legitimidade perseguida.

Palavras-chave: Legitimidade. Democracia. Política. Direitos Humanos. Constitucionalismo.

RIASSUNTO

La proposta critica di questo lavoro vuole prendere in considerazione il Diritto e la sua necessaria e incessante ricerca di legittimità. Qui il diritto è presentato come la foce dove confluiscono le forze socio- politiche, ed è proprio per questo caratterizzato da una ambiguità che ha messo in difficoltà i suoi studiosi e offeso i suoi destinatari sin dai primi modelli di sistematizzazione giuridica presentati dalla tradizione. Questa ambiguità nasce, come viene sostenuto qui, dal fatto che il Diritto deriva dal trattamento che viene dato da parte delle istituzioni sociali, in particolare dallo Stato, alle pulsioni ordinatrici (che esprimono la volontà di ordine per ottenere il governo civile), alle pulsioni regolatrici e riduttrici (che manipolano e addomesticano le prime, incapsulandole in testi legali o leggi) e alle pulsioni correttive (che interpretano e applicano gli enunciati normativi che si suppone traducano le pulsioni ordinatrici. Per illustrare il verificarsi di tale ambiguità del Diritto, è stata presa in considerazione una spiegazione tratta dall'ottica, segmento della Fisica, da cui risulta che le pulsioni ordinatrici subiscono la loro prima rifrazione cognitiva (con il primo effetto assiologico- riducente) quando passano dal vetrino della conoscenza politica, rappresentata dagli organi parlamentari che esercitano le pulsioni regolatrici. La seconda rifrazione cognitiva è identificata come quella che si verifica quando le pulsioni regolatrici, contenute nel testo di legge, sono soggette alle pulsioni correttive, esercitate dal secondo vetrino di conoscenza, individuata negli organi giudiziari, che applicano Il Diritto così come si può estrarre dalle pulsioni regolatrici (i testi legali). Se il diritto è, come qui sostenuto, la politica incapsulata in enunciati normativi stabiliti dallo Stato, è ragionevole qualificare come immaginaria, fantasiosa la struttura, che si presuppone democratica, in cui il Diritto è prodotto, dal momento che tale Diritto solo raramente riflette e rispetta le pulsioni ordinatrici di profilo popolare, fatto che si può desumere semplicemente dalle statistiche socio-economiche che la società produce. Questa constatazione consentirà di dimostrare la difficoltà dei diversi metodi che Il Diritto contemporaneo usa per cercare di superare la dicotomia paralizzante tra la natura (Diritto Naturale) e la convenzione (Diritto Positivo) e, contemporaneamente, analizzare l'efficacia di questi sforzi intellettuali con l'obiettivo di risolvere la tensione tra ciò che è fatale, nel senso di prestabilito e ciò che è valido (o: fatti/norme) in un ambiente giuridico-politico caratterizzato dalla pretesa di garantire la legittimità a partire dallo statuto della legalità. È di vitale importanza il superamento di questo *impasse* per rimuovere il Diritto da questo binario, che conduce incessantemente ad una fenomenologia di perdita di legittimità. Da tale dimostrazione, si potranno dedurre alcune

delle cause dell'abusiva perdita di legittimità che genera l'inaccettabile malessere del diritto, e, con le cautele necessarie, discutere le alternative che possono essere prese in considerazione, come risultato di questi metodi, per conferire la legittimità desiderata. Questa strada, sicuramente giuridico, nasce nella fonte principale del Diritto: l'uomo e la sua sovranità politica, uomo che sarà invitato a dedicarsi al gioco politico, un modo di garantire lo sviluppo e la materializzazione dei diritti umani, l'ultima frontiera dell'umanità, sede possibile della legittimità tanto cercata.

Parole chiavi: Legittimità, Democrazia, Politica, Diritti Umani, Costituzionalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 HUMANOS SABERES, DIVINAS PRETENSÕES.....	19
1.1 REALIDADE, APREENSÃO E MANIPULAÇÃO.....	19
1.2 FENÔMENOS: OLHAR DA FÍSICA.....	23
1.2.1 Fenômenos de transporte: massa, calor, idéias.....	25
1.2.2 Luz, refração e descaminhos da <i>vontade-de-lei</i>.....	29
1.3 ANALOGIA INSTRUMENTAL E UTILIDADE INTEGRATIVA.....	31
1.4. NEOLOGISMOS: NECESSIDADE, PERTINÊNCIA.....	40
2 SOCIEDADE E PULSÕES ESTRUTURANTES.....	44
2.1 FENÔMENOS NATURAIS E FENÔMENOS SOCIAIS.....	44
2.2 SOCIEDADE E <i>VONTADE-DE-ORDEM</i> : PULSÃO ORDENADORA.....	48
2.3 CONSTRUÇÃO DO <i>LOCUS</i> INSTITUCIONALIZADOR DO PODER.....	53
2.3.1 Comunidade de interesses, burguesia e conflitos.....	55
3 DOMINANDO O MEIO, CONSTRUINDO AS FONTES.....	61
3.1 CONCEPÇÃO E CONFIGURAÇÃO DO ESTADO.....	61
3.1.1 Hobbes e a filosofia do Poder civil.....	64
3.1.2 Locke: propriedade como fundamento.....	67
3.1.3 Seyès e a ofensiva burguesa ou a Mitigação de Rousseau.....	70
3.2 A GEOMETRIA JURÍDICO-ORDENADORA.....	75
3.2.1 Revolução Industrial: produção e conformação do Direito.....	77
3.2.2 Revolução Francesa: ilusão do Direito.....	82
4 APROPRIAÇÃO DAS FONTES, CONFORMAÇÃO DAS ONDAS.....	89
4.1 IDENTITARISMO DO ESTADO DE DIREITO.....	89
4.2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER E CONSTITUIÇÃO DA <i>FONTE</i>	92
4.3 ARTIFICIALIZAÇÃO RACIONAL DA <i>FONTE</i>	98
4.3.1 Artificialização e legitimação política como dogma.....	103

5	TRINDADE DISCURSIVO-PROMISSORA	111
5.1	INAPTIDÃO DO SISTEMA FICTO-POLÍTICO.....	111
5.2	SOBERANIA: HIPOSTASIAMENTO DO SOBERANO.....	116
5.3	DEMOCRACIA: PULSÃO SEDUTORA, ONDA INEBRIANTE.....	122
5.4	MITIGANDO O PODER INSTITUCIONALIZADO.....	129
6	NOTAS SOBRE UMA IDEOLOGIA	138
6.1	PRESSUPOSTOS E FLEXIBILIZAÇÃO.....	138
6.2	RAZÃO LEGISLATIVA E TEMORES DE KELSEN.....	144
6.3	TENSÃO MEDIADORA DA DEMOCRACIA.....	152
6.4	DETERMINANTES DA IDEOLOGIA JURÍDICA.....	159
6.4.1	A pulsão ordenadora	160
6.4.2	Geografia econômica, Geometria jurídica	164
6.4.3	Instrumentos teórico-subjetivos: Razão, Indivíduo, Liberdade, Direito	169
7	OBLIQÜIDADE DO DIREITO	177
7.1	FENOMENOLOGIA DO DESCENSO DE LEGITIMIDADE.....	177
7.1.1	Além da legitimidade jurídico-racional	181
7.2	ACENTUANDO A OBLIQÜIDADE.....	185
7.2.1	Insuficiência dogmático-dicotômica	187
7.3	MAL-ESTAR DO DIREITO.....	195
7.3.1	Ensino Jurídico: <i>teologia pedagógica</i> e potencialização da obliquidade	198
7.3.2	Violência simbólica: tentativa de uma retórica legitimadora	203
7.3.2.1	Poder Judiciário: hiperlitigiosidade e <i>nonsense</i>	207
8	TRAVESSIA SINCRÉTICA EM BUSCA DA LEGITIMIDADE	215
8.1	IMPERATIVO INCONFORMISTA DO <i>PENSAMENTO JURÍDICO</i>	215
8.1.1	Hermenêutica jurídico-filosófica: preparando a argumentação	221
8.1.2	Teorias da razão e da argumentação jurídicas	225
8.1.2.1	Argumentação e retórica da legitimação: novos auditórios.....	227
8.1.2.2	Razão, Comunicação e Consenso.....	232
8.1.3	Há Direito nos Princípios	235
8.1.4	Estudos Jurídicos Críticos	236
8.1.5	Teoria Estruturante de F. Müller	238

9	POSITIVISMO AXIOLOGICAMENTE ORIENTADO.....	249
9.1	HUMANA ANTÍTESE DA CRIAÇÃO HUMANA.....	240
9.2	NOTAS HISTÓRICAS DO CONSTITUCIONALISMO.....	246
9.2.1	Consolidação e mitigação da ideologia constitucional.....	253
9.3	NEOCONSTITUCIONALISMO: O POSITIVISMO VALORATIVO.....	257
10	LEGITIMAÇÃO PELA <i>NOVA NORMA FUNDAMENTAL</i>.....	262
10.1	HÚMUS CIVILIZACIONAL: AVANÇOS DA MODERNIDAD.....	262
10.1.1	Notas sobre Os Direitos Humanos.....	265
10.2	DIMENSÃO UTÓPICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	270
10.3	<i>DIE NEUE GRUNDNORM</i> : NOVO MODO DE SER DO DIREITO.....	275
10.3.1	A política a serviço do Homem.....	280
	CONCLUSÃO.....	284

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata de *angústias*. Por não ser puramente filosófico, mas jurídico-constitucional, vai tratar dum mal-estar que acomete todos os que têm, no Direito, o seu eixo reflexivo-existencial, mesmo dirigido por uma rotação eminentemente prática, lugar em que elas surgem por outras vias.

A origem das angústias está na perceptível *obliquidade* que marca o Direito e desvela os elevados índices de ilegitimidade com que tem operado a governança jurídico-político-social. É fato, a fenomenologia do descenso de legitimidade – legitimidade como valor intrínseco à utopia acenada com a suposta democraticidade do Estado de Direito em sua versão *legal* e ainda mais em sua versão *constitucional* – tem se apresentado de modo manifesto tanto por causa de seu incremento quanto em razão das formas de exposição de seus efeitos que, na nominada *era da informação*, recebe ares de espetáculo ao mesmo tempo em que se converte num portal para a indignação.

O cenário Moderno da contemporaneidade pode ser assombroso. E pode ser iluminadamente promissor. É paradoxal, mas o cenário a ser conhecido parecerá deste ou daquele modo a depender de para onde e como olha o conhecente. A compreensão dependerá da “compreensão prévia” de quem busca compreender. Fixar o olhar unicamente no presente pode deprimir as expectativas e fazer-nos entrar no *engano*. Tentar compreender o agora e o porvir a partir do passado, respeitando a historicidade do que se busca compreender, pode nos conduzir ao *desengano*, relativizando os tempos e lugares do acontecer. Assim se dá, por exemplo, com a *tradição jurídica ocidental*, em especial com o *constitucionalismo* e, dentro deste, o núcleo nominado Direitos Fundamentais, fonte de *esperanças* e também, por causa das longas esperas, de *desperanças*. As angústias, nesse cenário, precisam ser tratadas.

O pretenso *tratamento* se inicia com o assentamento da vocação humana para a procura das respostas, seja partindo de uma matriz cognoscitiva teológica, seja humanística, ou vinculada à natureza. Porque será útil à argumentação que se pretende desenvolver, da Física serão extraídos alguns elementos que receberão uso analógico na *verbalização* e *formulação* de conceitos e de reflexões a respeito dos temas jurídicos e políticos que serão abordados. Exemplo dessa transição de conceitos da Física ótica e acústica para o Direito está, *v.g.*, na identificação do fenômeno aqui nominado *refração*; o Direito tem a sua obliquidade

determinada por esse fenômeno também identificável no campo jurídico-político: a pulsão ordenadora originada, por exemplo, de uma demanda representativa de interesses sociais, pode sofrer cogno-refração quando atravessa, institucionalmente, as lâminas ideológico-cognoscentes identificadas nos Poderes do Estado. Nesse caso, dir-se-á ter ocorrido o efeito axiológico-redutor, uma vez que as pretensões veiculadas na pulsão ordenadora terão sido esvaziadas de sua potencialidade transformadora.

Em seguimento, olhando para a Física, mas também para a Psicanálise, será considerado aspecto fundamental na constituição da ambiência jurídica e política, que se relaciona originalmente mais com o irracional do que o com o racional. Para isso, as categorias de *pulsão*, já referidas, surgem para ilustrar os impulsos do Homem determinados pelo natural princípio da ação-reação. O Direito nunca se firmou como *ciência* porque a *ciência*, aquela de perfil Moderno, ligada à *natureza* e seus fenômenos, pressupõe pré-conhecimento, apreensão e tratamento técnico-racional dos fenômenos – nela, até as pulsões são conhecidas previamente –, algo que a ságeza jurídico-política desconhece, mas que, de tanto almejada por alguns, terminou por se iludir com a hipótese de que, virando ciência, poderia alcançá-la, em razão do que desenvolveu seu formalismo e exacerbou sua dogmática.

As pulsões – ordenadoras, reguladoras, redutoras e corretoras – representam reações humanas em face dos acontecimentos, estímulos e ameaças que se lhe apresentam. Diferentemente das ficções teórico-normativas que têm conformado o Direito – perpetuadas pelo ensino jurídico que reproduz o modelo asséptico-ficcional, que se tornou hegemônico por razões bem conhecidas –, o *Lebenswelt*¹ jamais foi efetivamente submetido aos rígidos controles pretendidos pelos artífices do racionalismo Moderno. Ao contrário, a racionalidade é enganosa, firmando-se muito mais pela retórica da segurança e do progresso (de fato reconhecido em muitos aspectos da existência) do que pelo real sucesso em suas pretensões controladoras.

Hans-Georg Gadamer, cuja obra preza a razão como instrumento (mas não despreza a força irracional que move a animal humano), referindo-se “ao velha lema do iluminismo”, que tem

¹ *Lebenswelt* é neologismo do idioma alemão traduzido como ‘mundo da vida’. Foi cunhado por E. Husserl para designar ‘o mundo em que vivemos intuitivamente, com suas realidades, do modo como se dão, primeiramente na experiência simples e depois também nos modos em que sua validade se torna oscilante’. Segundo Nicola Abbagnano: “Husserl contrapõe esse mundo ao mundo da ciência, considerado como um ‘hábito simbólico’ que ‘representa’ o mundo da vida, mas encontra lugar nele, que é ‘um mundo para todos’”. (2003, p. 689).

como pretensão superar preconceitos e suspender privilégios sociais por meio do pensamento e da reflexão, nota a “fé no diálogo livre de coerções”, compartilhada por Jürgen Habermas e sua “pressuposição de entendimento contrafático”. E o faz para afirmar seu ceticismo diante da “supervalorização do pensamento filosófico na sua aplicação a uma função dentro da realidade social”. Ou, dito de outro modo, por ele mesmo: “[...] Meu ceticismo dirige-se contra a supervalorização irreal da razão em comparação com as motivações emocionais do ânimo humano” (2005, B, p. 529).

Contudo, os juramentos da Modernidade, veiculados numa retórica utópico-racional e libertária, constituíram o ambiente ideal à transformação de uma realidade socioeconômica havia muito fundada no princípio de autoridade de origem teísta. A partir dos filosofemas e epistemas gerados dentro da Igreja e pela pena e pensamento de seus estudiosos, iniciou-se a *tradição jurídica ocidental*, que culminaria na constituição de formas organizacionais concebidas para institucionalizar o Poder, disperso que estava entre centenas de pequenos e grandes tiranos, laicos ou eclesiásticos. A transformação a que o mundo europeu conheceu a partir do século XII foi possível pelo resgate de importância do Homem no universo, e isso não se deu apenas pela razão e pela noção de liberdade. Componentes do *ânimo humano* referido por Gadamer foram determinantes do *Zeitgeist*² que propiciaria as Revoluções européias e, em consequência, da concepção de uma época do Poder institucionalizado favorável à realização dos interesses daqueles que vinham protagonizando o movimento de ruptura de paradigmas para instalar os defensores de seus interesses no interior das novas instituições.

No quarto capítulo deste trabalho há uma tentativa de demonstrar como as poderosas pulsões ordenadoras, no século XVIII, foram colocadas a serviço da transformação para, em seguida, parecerem esgotadas ao ponto de se submeterem às amarras do racionalismo jurídico-formal cuja maior tarefa seria fixar o monopólio da produção normativa e, por essa via, *fechar o sistema* às pulsões transformadoras que continuavam fluindo, como continuam.

A arquitetura da política vitoriosa – sob o ponto de vista da manutenção da hegemonia política – foi desenvolvida a partir da ficção exibida pela sobreposição de símbolos de apelo

² Literalmente: “Espírito da época”, cfe. *Langenscheidts Taschen-wörterbuch Portugiesisch*. München: Langenscheidt KG, 1988. Expressão tradutora das idéias e valores de uma determinada época ou tempo, normalmente usada para referir o modo como esses valores influenciavam a interação das pessoas entre si e com a natureza.

popular, veiculados na retórica da *liberdade, igualdade e fraternidade*. Aqui a soberania é entregue, num ato político-formal, àquele que era o principal alvo da retórica libertária, o *povo*. A soberania *real* – titularizada por aqueles que detêm o Poder real que subjuga e coloniza o Poder político – admitia levar a sério as pulsões ordenadoras de natureza demófila, o que seria feito num processo político que jamais ultrapassaria as formalidades admitidas pela geometria jurídica conformadora do exercício do Poder político. Ao longo da História política, a cada vez que, mesmo respeitando a geometria, o *povo soberano* ensaiou exercer o Poder político, realizando a democracia pelas vias institucionais, aquele soberano *real* retirou sua *persona* e apropriou-se do Poder por vias outras para defender o seu espólio.

Esse cenário da política Moderna conduziria à formação de uma determinada *ideologia jurídica* cujas características, por tão úteis à promoção dos interesses da ordem social e econômica que vinha mantendo em suas mãos as rédeas das instituições havia séculos, seriam perpetuadas até nossos dias. Por essa ideologia, para viabilizar a projeção social – local e já global – de interesses exclusivistas (notadamente de natureza econômica, mas não só) o Estado foi reduzido a um mero lócus de institucionalização e legitimação do Poder. Embalado noutra tríade sedutora – razão, indivíduo e liberdade – o Homem instrumentalizaria o Estado e o seu *verbo*, o Direito, constituindo um mecanismo nefasto, porque exclusivista e demórobo, ao ponto de jamais ter deixado de freqüentar as mentes mais prolíficas, cujas sentenças, notando os riscos a que Humanidade sempre se expôs em função do modelo jurídico político constituído, invariavelmente admoestam à imperatividade de superação de um modelo retórico-institucional que abusa das técnicas de dominação e de sujeição com o único intuito de preservar o Poder.

Conseqüência inevitável do *modus operandi* dos artífices e mantenedores dessa ideologia jurídica, as sociedades têm assistido a uma pouco visível mas compreensível ocorrência jurídico-sociopolítica aqui nominada de *fenomenologia do descenso de legitimidade*. Resultante do modelo de Estado e de Direito construído pela tradição jurídica ocidental – marcada pelo monopólio da produção normativa, fundada no princípio da legalidade, num Direito Natural que, depois de *positivado*, se diz fechado, auto-referente e esconde quão refratário é às mudanças que se impõem –, essa ocorrência eleva ao insuportável o déficit de legitimidade. Esse déficit, em verdade, se mantém e se reproduz porque é antecedido de outro déficit, o de democracia.

Os efeitos nocivos da baixa *democraticidade* e da atuação dos sistemas jurídico (dogmático-formal) e político, que não dialogam e nem interagem adequadamente com a sociedade, são multiplicados pelas práticas educacionais acríticas que asfixiam o ambiente acadêmico na área do Direito, desde que o Império e a Igreja iniciaram a educação no Brasil.

O pensamento jurídico altanou-se quando as resultantes daquela ideologia jurídica fizeram a Humanidade acreditar que Homens estavam engajados numa *rebelião contra a sua própria existência*. O oitavo capítulo contém esforços para demonstrar e qualificar a presença de um *imperativo inconformista* que marca a reflexão sobre o Direito. Inconformismo é a marca da Humanidade. O inconformismo com a barbárie – achada nas ruas e nos livros da Modernidade desde o *mercantilismo* e agravada pelas novas formas de produção de riqueza, cujo desenvolvimento foi ensejado pela técnica, com cimeiras negadoras da Humanidade nas Guerras – tem sido a motivação de muitos estudiosos: politólogos, cientistas, filósofos, juristas, sociólogos, antropólogos e outros, que têm contribuído para a formação de uma razão crítico-humanizadora que tem se infiltrado no hermético mundo jurídico.

O portal dessa razão crítico-humanizadora foi aberto no Iluminismo, quando – reverberando idéias dos filósofos Antigos e dos teólogos medievais – se converteu em *dogma* a necessidade de controle do Poder, o que deu origem a uma nova ideologia dentro da tradição jurídica ocidental: a noção de *constitucionalismo* que, num olhar analogético, faz do Estado a Igreja e do constitucionalismo, o conciliarismo.

Contudo, quando do surgimento desse *portal constitucionalista*, o Homem Moderno já dominava algumas categorias de pensamento, inclusive aquela que divide os objetos cognoscíveis em *formal* e *material*. E à retórica caberia dar ao *universo formal* um caráter tão sedutor ao ponto de o outro, o *material*, ser visto como mera *utopia*, no sentido de pura ilusão jamais materializável. Aliás, uma das contribuições da Modernidade foi fazer derivar um sentido pejorativo do substantivo, obras das classes sociais representantes da ordem social e intelectual prevalente, no dizer de Karl Mannheim (2004, p. 233).

E aí se põe o desafio: transubstanciar o *formal* dotando o Direito, em especial o Direito Constitucional, de *valores* e de uma *moral* que vêm se sedimentando ao longo da mesma odisséia que formou a tradição jurídica ocidental. Esses valores já foram devidamente reconhecidos e – diferentemente do que alguns afirmam – fundamentados. São *valores*

derivados daqueles que, numa primeira onda libertária, foram insculpidos nas Constituições já como *Direitos fundamentais* e que são designados genericamente de *Direitos Humanos*. A sua maior fundamentação está em que – expurgando-se radicalismo e universalismos – o Homem ocupa o seu cerne, e todos os atos de governança política estarão juridicamente fundamentados e orientados por interesses de conteúdo afirmativo da dignidade do Homem.

O exercício proposto no último capítulo da dissertação vai à *teoria da norma fundamental*, tão cara à teoria formal construída por Hans Kelsen, para reconhecer o acerto parcial de sua epistemologia, mas também para afirmar a impossibilidade de preservá-la axiologicamente vazia. Afirmar-se-á que o húmus civilizacional permite que consideremos os valores contidos nos Direitos Humanos a vigerem como *norma fundamental*, que passará a fundamentar a conformação política das próprias Constituições e também a preservar esses *valores* nelas insculpidos fixando balizas axiológicas ao exercício dos controles de constitucionalidade, convertendo-se, por via reflexa, em efetivo controle de *legitimidade* e de *democraticidade*.

As reflexões aqui expostas têm uma singela pretensão: reafirmar a força do conceito de Constituição como norma-fonte e também de sua projeção sobre o universo sociopolítico e, por consequência, jurídico. Igualmente, reafirmar a percepção de que a historicidade dos valores morais autorizam considerar os Direitos Humanos devidamente fundamentados, o que os habilita a serem erigidos em bússola do agir político, sendo eles próprios a fonte ontológica e axiológica da produção normativa, fundamentando-a.

1 HUMANOS SABERES, DIVINAS PRETENSÕES

1.1 REALIDADE, APREENSÃO E MANIPULAÇÃO

A pretensão à onisciência que marca a história cultural do Homem pode muito bem ser revelada pela cunhagem do vocábulo *filosofia*, cujo significado original é *amor à sabedoria*, aspiração ao conhecimento e ao saber (HESSEN, 2003, p. 3), e que traduz os esforços cognitivos para apreender os fenômenos internos e externos aos seres. Não surgiu, ainda, no horizonte da marcha histórica da humanidade, o momento de solidificação do conhecimento, o que vem sugerido pelo fato de que muitas verdades – desde muito antes da conversão do *primado da razão científica* sobre outras formas de conhecimento – defendidas como axiomas merecedores de sacrifícios terem sucumbido diante de novas e contundentes evidências.

Ciência, segundo a filosofia, é "conhecimento que inclua, em qualquer forma ou medida, uma garantia da própria validade" (ABBAGNANO, 2000, p. 136). Vê-se, pois, que o conceito, em sua dimensão *moderna*, não descarta a idéia de "garantia absoluta de validade, sendo, portanto, como conhecimento, o grau máximo de certeza" (ABBAGNANO, 2000, p. 136). Essa *garantia da própria validade* e a promoção de certezas dogmáticas sujeitas unicamente à contestação a partir de novos dogmas ou postulados fundamentados nas mesmas razões científicas é uma impressão do conhecimento científico produzido na *Modernidade*.

No princípio, mitos explicavam os eventos da natureza. Unificadas as apreensões do Homem na figura de Deus, o sentimento de ligação da criatura com o Criador foi erguido à condição de fio condutor da compreensão e da explicação do universo. Esforçando-se por libertar-se das próprias criações, que se revelavam insuficientes para promover sua segurança, o Homem lançou-se ao desenvolvimento do *método* que o conduziria à *ciência*, marco da confirmação de que o Homem seria capaz de apreender a realidade que o cerca, caminho que o conduziria à *racionalidade científica* e transformaria seu modo de enxergar e apreender a *realidade*.

A sucessão das fases de relacionamento do Homem com o saber, no mundo ocidental, encontra apropriada ilustração nas palavras de Pedro Demo (1985, p. 20): "O que chamamos de ciência, de certa forma, quer substituir as explicações acima, porque não acredita nem em mitos, nem em religião, como formas de explicação. Chove, não por razões míticas ou religiosas, mas naturais." Ou seja, a odisséia do Homem em busca do sabedoria e do

conhecimento – nem sempre por amor, sublinhe-se – trouxe-o do Mito à Ciência. Essa circunstância não nos permite ignorar a pergunta: o que virá depois da ciência?

A partir de suas construções epistemológicas empíricas, a Ciência inaugurou uma irreversível marcha rumo à *desmitologização* e à *dessacralização* do mundo em favor de uma observável racionalidade natural, racionalidade esta identificada numa organização da *physis*, e a princípio apenas dela, somente apreensível por meio de um método dado, conhecido e construído a partir da razão humana. Daí deriva uma arrogância intelectual de feições divinas que supostamente autoriza o Homem a olhar por sobre os ombros e rir-se dos seus antepassados que, ignorantes, desenvolveram uma pobre compreensão do seu universo.

Essa arrogância inspirou Bacon a dizer: os antigos não poderiam continuar sendo invocados como autoridade porque nosso saber é muito superior ao deles (BARZUN, 2002, p. 233). Essa reflexão leva à afirmação de que "nada haveria de surpreendente se daqui a alguns séculos nossos sucessores na história venham (sic) a nos julgar irracionais porque acreditávamos em coisas tão frágeis como aquelas que agora chamamos de ciência" (DEMO, 1985, p. 21).

Para posicionar-se soberanamente em meio à natureza, ao seu próximo e aos fenômenos metafísicos derivados das percepções de ambos, o Homem considerou necessário dividir a *realidade*, distinguindo fato científico de experiência humana e promovendo a separação entre Homem e Natureza. Esse método de apreensão da realidade ganhou impulso quando os homens de ciência – somente chamados de cientistas a partir de meados do século XIX (BARZUN, 2002, p. 220) – promoveram o encontro da *abstração*, convertida em obsessivo hábito mental (BARZUN, 2002, p. 225), com a *análise*.

Este último vocábulo – *análise* – significa *decompor*, em sua língua de origem, o grego, e se insere na história das ciências e do racionalismo de modo inseparável, já que sua adoção como zênite metodológico determinaria a partição do todo em partes, a decomposição do Homem em compostos quase incomunicáveis. Sua operacionalização consiste no método de Descartes, que o via como o método ideal para a ciência, conforme esclarece o autor francês:

O que é o método? É examinar demorada e atentamente qualquer questão ou problema, e decompô-lo em tantas partes quantas as que o formam; depois, tratar cada parte separadamente – uma tarefa muito mais fácil do que tentar resolver o todo – e, por fim, tornar a reunir as partes, contando-as para certificar-se de que não deixou nenhuma de fora. (BARZUN, 2002, p. 231)

Essa trajetória metodológica que parte da abstração, passa pela análise e fragmentação, e termina numa pretensa recomposição do todo original, potencializou o pensar humano ao reduzir o objeto analisado à mínima parte e, ao mesmo tempo, como efeito decerto não desejado, determinou um modo de apreender a realidade que estagnou convenientemente os esforços para ampliar o nível de compreensão da própria condição humana. Essa cosmovisão suplantou todas as formas humanas de raciocínio, converteu-se num novo credo – o credo do racionalismo – e permitiu o surgimento da idéia de que "o raciocínio *analítico* é o único caminho para a verdade" (BARZUN, 2002, p. 231), desconsiderando as advertências de Rabelais e Montaigne para que a experiência humana não fosse reduzida a fórmulas pela razão e deixasse espaço para o impulso e a intuição (BARZUN, 2002, p. 232).

Avaliação mesmo superficial do método científico-analítico, racionalista e de matriz cartesiana – a partir do qual a humanidade erigiria seu saber científico – revela sua incompletude, entrevista nas frestas das realizações do Homem-ciência, apesar dos feitos que beneficiam expressiva parte da humanidade. E a cada realização científica aumenta a percepção humana derivada daquela atávica necessidade de uma verdade única, que ofereça segurança existencial. Por essas frestas também se pode perceber a manipulação da realidade a partir dos próprios postulados científicos, o que tem fortalecido a própria crença na ciência.

Pascal anteviu os descaminhos sugeridos pelo credo do racionalismo, denunciando o cientismo como "a falácia de acreditar que o método da ciência deve ser usado em todas as formas de experiência e que, com o tempo, resolverá todas as questões" (BARZUN, 2002, p. 249), que também foi capaz de criar uma vasta legião de habitantes dos *subúrbios da verdade* – expressão de Jacques Barzun, ao denunciar posição maniqueísta do credo racionalista, que desde sempre tem sido imposto à humanidade como se fora um dogma religioso (defendido com paixão pelo poder eclesiástico medieval), abrindo alamedas para manipulações de toda espécie, muitas vezes com o deliberado escopo de dissimular a derrubada de seus postulados.

Naqueles subúrbios não há ciência, mas apenas *opinião*, diriam. Expressão de maniqueísmo próprio do cientismo, mas de algum modo incompatível com o ideal das ciências, é a negativa de reconhecer o reducionismo intrínseco ao seu método baseado em *abstração-análise*, cujos domínios são menos amplos, menos complexos e mais rasos que suas fontes na realidade. Contudo, essa realidade exhibe a todo momento os fabulosos feitos e efeitos da ciência, quase sempre derivados de uma potente mistura de razão e intuição, o que pouco se destaca.

Redutor ou não em termos epistemológicos, o desenvolvimento das ciências tem permitido ao Homem utilizar certas descobertas e percepções como supedâneo para interpretar outros fenômenos e constituir novos métodos, permitindo a percepção de fatos supostamente imperceptíveis, ou mesmo induzindo ao surgimento de um novo olhar sobre fatos já conhecidos e analisados. Por vezes essas análises geram conhecimentos distorcidos ou incompletos porque o meio de análise e os instrumentos analíticos não possuem a agudeza necessária. De todo modo, o conhecimento humano é tributário desse método de compreensão do universo e de produção de ciência, que sendo acumulativa permite o exercício da interdisciplinaridade e o enriquecimento de certos campos do saber por meio da apropriação de esquemas explicativos próprios de outros.

Esse exercício pode ser útil, inclusive, para demonstrar os processos manipulativos acima referidos e também para mostrar que a racionalidade que a ciência busca fundar não pode ser definida fora do contexto social, sendo, portanto, ideológica (DEMO, 1985, p. 21), ainda que o positivismo científico, que inspirou o pensamento jurídico, negue esse seu caráter.

O esforço contido neste trabalho fará uso, em certo aspecto, dessas propriedades da ciência, na medida em que se valerá de uma teoria analítica desenvolvida pelas ciências naturais para realizar tentativas de esclarecimento de fenômenos de natureza sociopolítica, que deságuam no mundo das ciências jurídicas e refluem para o mesmo universo sociopolítico, num ciclo histórico que resume a existência do Homem como um ser social.

A analogia intentada é plenamente justificada pelo fato de demonstrar a *universalidade* do raciocínio humano e também pelo fato de desnudar o desserviço que prestam ao conhecimento humano aqueles que promovem o isolamento compartimentado das ciências, conduta que redundando num não-acasalamento epistemológico, que esteriliza o saber, de um lado, desumanizando-o, e exacerba o subjetivismo de outro, expondo-o ao preconceito pseudocientífico. Da verdade, perseguida pela cientismo, mais se aproximará o Homem quanto mais cético ele for. Em questões de Direito, representação e transferência de vontade democrática, a assertiva ganha potência.

A ciência do Direito herdou de suas antecessoras naturais um modelo racional-positivista androcêntrico, a refletir ironicamente o caráter *teológico* das instituições que surgiram nos anos inaugurais da *Modernidade*, que por sua vez preservaram o caráter patriarcal e também

teológico das instituições greco-romanas e judaico-cristãs, a exemplo do monoteísmo e da monarquia. A ciência, além de sexista (SANTOS, 2000, p. 87), é divinizante, dotando o Homem de pretensões sobre-humanas. Essas pretensões, contudo, apesar de grandiosas, no campo das ciências jurídicas, continuam apresentando sério déficit, talvez porque aqueles que teorizam o Direito tenham se esquecido de que "o maior problema da ciência não é o método, mas a realidade" (DEMO, 1995, p. 16).

1.2.1 FENÔMENOS: OLHAR DA FÍSICA

Marco da racionalidade que viria a inspirar a *Modernidade* foi o ramo científico denominado *Física*, que investiga as leis do universo no que diz respeito à matéria e à energia, que são seus constituintes, e suas interações. É definida como a ciência que trata de descrever e explicar os fenômenos naturais, e para isso cria modelos idealizados das situações reais, em que apenas os fatores que interessam são considerados (BONJORNNO, 2004, p. 12). O modelo racional intrínseco à Física permite que, a partir de conclusões sobre o comportamento de um modelo, se generalize o resultado a fim de explicar a situação real, e é capaz de prever circunstâncias futuras para o mesmo fenômeno.

As origens da *Física* remontam ao século VI a.C., quando nascia a filosofia grega, já dotada de um racionalismo explicativo. Nesse *caminho* rumo à razão, os gregos formularam os *princípios gerais* do movimento e da constituição da matéria, que aliavam bom senso, lógica e abstração, conforme se extrai da obra de Aristóteles, cujas conclusões durante séculos orientaram o estudo da Física na Europa (BONJORNNO, 2004, p. 12).

Phainómenon: aquilo que aparece – foi o vocábulo usado pelos gregos para designar o objeto de seus estudos relativos às leis e princípios que regem a matéria, a energia e suas interações, num conjunto denominado universo. Etimologicamente, pode-se dizer que fenômenos – o equivalente português de *phainómenon* – são as coisas que se nos apresentam (BONJORNNO, 2004, p. 13). A filosofia dirá que se trata de apreensão ilusória de um objeto, captado pela sensibilidade ou também reconhecido de maneira irrefletida pela consciência imediata, ambas incapazes de alcançar intelectualmente a sua essência.

Na Física, sabe-se que os fenômenos não se produzem por acaso, havendo entre eles relações de interdependência – essas relações constituem as leis da Física, que estabelecem relações

qualitativas e quantitativas entre eles. Num exemplo: numa avaliação qualitativa afirma que a pressão diminui o volume dos gases; seu equivalente quantitativo procurará determinar quanto diminui os gases quando a pressão duplica. Quando é possível medir algo e exprimir essa medida por números, estabelece-se uma *lei Física*. Segundo Bonjorno, lei Física é uma relação matemática entre as grandezas que participam de um mesmo fenômeno (2004, p. 16).

Os experimentos da Física clássica induziram ao desenvolvimento de métodos e fórmulas revolucionários ao criar ferramentas de análise dos fenômenos naturais que permitiriam a identificação de padrões que, uma vez apreendidos, confeririam ao Homem o controle sobre seu entorno *físico* a partir da compreensão dos fenômenos físicos e seus processos determinantes.

A pretensão de superioridade obtida a partir da Física pode ser apontada, inclusive, como a responsável pela equivocada e nefasta dicotomia entre Homem e Natureza: sendo ele, o Homem, capaz de subjugar-la – cumprindo o mandamento fundamental estabelecido no Éden por D'us ao primeiro Homem: "Frutificai e multiplicai, e enchei a terra e subjugai-a, e dominai sobre o peixe do mar e sobre a ave dos céus, e em todo animal que se arrasta sobre a terra."³ –, ele poderia fazer-lhe perene oposição, sempre em nome do *conforto*, da *ordem* e do *progresso*. Superado D'us pela Razão, o Homem deixaria de ser sujeito de *deveres*, pois a antropocentrização imposta pelas Ciências lhe conferiria unicamente *direitos*: perante o Outro, perante a Natureza.

Para cumprir promessas de emancipação existencial, o cientificismo foi compulsado a sair do campo das *ciências puras* e formar esforços para evoluir rumo à aplicação das teorias científicas aos fenômenos da natureza, desenvolvendo o campo das *ciências aplicadas*, onde se situam, no caso das ciências naturais, *v.g.*, as diferentes especialidades de engenharia. Como regra, as ciências têm o seu momento de teoria pura, ou abstração, como antecedente lógico e necessário de sua aplicação a casos concretos, seja por experimentalismo, seja por necessidade prática, o que explica, inclusive o investimento das empresas em setores de *pesquisa e desenvolvimento*. Muitas vezes, porém, a intuição guiou, como ainda guia, a seqüência prática que inspira o surgimento da teoria (BARZUN, 2002, p. 235).

³ Gênesis 1:28, cf. redação extraída de *Torá, a Lei de Moisés*, São Paulo: Sêfer, 2001.

Ávido por controles sobre os processos que via ocorrer na natureza e confiante no método científico-racional, o Homem promoveu admirável esforço para abstrair o fato observado, decompor as etapas dos processos e promover as análises indispensáveis à apreensão dos fenômenos físicos percebidos. Diante dos fenômenos naturais, o raciocínio abstrativo, pressuposto da reflexão analítica nos termos da filosofia científicista, considera o *meio* físico no qual evolui o processo observado, bem como a massa e a geometria do objeto, sempre que se depara com a necessidade de, *verbi gratia*, estudar os denominados *fenômenos de transferência* ou de *transporte* de massa, calor ou eletricidade.

1.2.1 FENÔMENOS DE TRANSPORTE: MASSA, CALOR E IDÉIAS

Há uma pré-compreensão de que esses fenômenos sofrem notável influência do *meio físico* e do *material*, conforme se pode constatar: "A massa do material, através da qual as variações ocorrem, afeta a *velocidade* do transporte, e a geometria do material afeta a *direção* do processo." (SISSOM e PITTS, 1988, p. 2). Esses mesmos autores citam, exemplificando referidos fenômenos de transferência, a colocação de uma gota de corante na água, quando o processo de transferência de massa faz com que o corante se difunda através da água até atingir um estado de equilíbrio perceptível a olho nu.

Além da visão, também o olfato pode detectar fenômeno semelhante quando se borrija uma pequena quantidade de perfume num ambiente fechado: a concentração de perfume torna-se mais fraca nas vizinhanças da fonte à medida que o perfume se difunde através do quarto (SISSOM e PITTS, 1988, p. 3). O tato também *sente* esse fenômeno quando firmamos a mão num cabo de panela em fervura, percebendo que o calor se transfere pelo material à medida que o aquecimento prossegue. Há um fenômeno físico-químico de transporte das partículas, do corante, do princípio ativo do perfume, e também do calor, fenômeno este sujeito à temperatura, à pressão e às próprias características das partículas e do meio físico. Para afirmar que os processos de transferência fazem parte da rotina das pessoas, referidos autores manejam outros exemplos, como a variação, sentida pelo paladar, como quando um cubo de açúcar se dissolve e se difunde na boca. Esses processos normalmente são estudados por fases analiticamente consideradas a partir da abstração – a ser comprovada ou não – de que eles obedecem a leis Físicas comuns, podendo ser descritos por equações matemáticas comuns.

Determinante para as análises necessárias à apreensão dos fenômenos de transporte é o conhecimento *a priori* do meio físico em que os mesmos se dão. É que todos os materiais se apresentam sob a forma sólida ou fluida, podendo, neste caso, serem líquidos ou gasosos, ou ainda numa combinação destas formas. Um sólido pode ser considerado como uma substância que oferece resistência a variações de sua forma, enquanto um fluido se deforma continuamente quando submetido a uma tensão de cisalhamento⁴.

Sabendo-se que os processos de transferência são afetados pelos meios, que determinam variações e permeiam de incertezas as análises pretendidas, apresenta-se como essencial entender as características de cada estado físico da matéria, pois reconhece-se que o modo de resistência distingue um sólido de um fluido.⁵ Desse pensar teleológico mirador de uma completude cognitiva específica é que deriva o *inclusivismo* metódico das ciências naturais, que buscam considerar todos os interferentes do processo, e cujo modelo parece não ter servido de inspiração para os ensaios do Direito como ciência.

Sissom e Pitts, dissertando sobre fluidos, sublinham a facilidade de se reconhecer água e ar como fluidos, dada sua definida *aparência*, mas lembram que o asfalto e o vidro também o são, assim como o sangue, cujo comportamento varia consideravelmente, a depender do conteúdo de células, açúcar e plasma (SISSOM e PITTS, 1988, p. 3). Os autores referem-se à influência da temperatura – variável importante dos fenômenos de transporte – sobre o comportamento do sistema analisado citando a frase "tão lento quanto o melão no inverno."

Os fenômenos de transferência de massa, calor e eletricidade, objeto de estudos da Física, interessam-nos pela sua capacidade de *transferir* nosso pensamento, num raciocínio analógico, para os fenômenos de transferência ou transporte de idéias e de vontades, por meios sociais e políticos, que marcam os fenômenos jurídico-políticos, objeto deste trabalho.

⁴ Cisalhamento, segundo Houaiss, é um fenômeno de deformação ao qual um corpo está sujeito quando as forças que sobre ele agem provocam um deslocamento em planos diferentes, mantendo o volume constante.

⁵ Certamente partindo de uma analogia dessas características fluidas e maleáveis do estado líquido da matéria, com certas características das sociedades que também denomina pós-modernas, Zygmunt Bauman retirou o seu conceito de *Modernidade líquida*, desenvolvido em obra homônima (BAUMAN, 2001), na qual afirma: "Fluidez' é a qualidade de líquidos e gases. O que os distingue dos sólidos, como a *Enciclopédia Britânica*, com a autoridade que tem, nos informa, é que eles 'não podem suportar uma força tangencial ou deformante quando 'imóveis' e assim 'sofrem uma constante mudança de forma submetidos a tal tensão. [...] Isso quanto à *Enciclopédia britânica* – no que parece uma tentativa de oferecer 'fluidez' como a principal metáfora para o estágio presente da era moderna." (p. 7)

De fato, as ciências naturais desenvolveram magnífico esforço para apreender os fenômenos de transferência referidos, reconhecendo mesmo que "para se entender o comportamento da matéria, é necessário considerar suas moléculas, que estão em constante movimento, colidindo e refletindo como bolas de bilhar". A evocação da analogia com o mundo social – atômico e molecular, individual e coletivo, como o mundo físico – se impõe com vigor, especialmente quando os autores completam o pensamento dizendo que "para descrevermos a matéria, devemos saber a história de cada molécula" (SISSOM e PITTS, 1988, p. 4).

Decerto o cientificismo jamais dedicou tamanha atenção à *história de cada Homem* considerando em seu contexto, o que por certo contribui para explicar porque as ciências sociais não têm conseguido apresentar os mesmos resultados *práticos* que as ciências naturais. As interferências do meio e do material, tão caras ao mundo das ciências naturais em sua vertente *aplicada*, historicamente pouco têm orientado os estudos das assim denominadas Ciências Jurídicas, como se vê nos casos de variações e perdas ocorridas durante os processos de produção normativa – legislativa e interpretativa-integrativa –, que também dão origem a distorções, neste caso com perdas históricas de grande abrangência.

Certas categorias Físicas, como *massa e força*, foram exaustivamente analisadas para delas serem extraídas as características indispensáveis à compreensão de certos fenômenos físicos, embora os vocábulos também se apliquem a fenômenos sociais. Massa é, *e. g.*, diferente de peso. Peso é a força da gravidade atuando sobre determinado corpo; onde não há essa força, o corpo não possui peso. Massa é uma quantidade de matéria, consistindo num certo número de moléculas, depende de sua estrutura molecular e permanece inalterada por influências externas (SISSOM e PITTS, 1988, p. 9).

O refinamento analítico dos fenômenos físicos de transferência incorporaram diversas técnicas. Nenhuma delas se abstém de incorporar as variáveis, num reconhecimento de sua relevância para o resultado do processo. Por exemplo, sabe-se que a massa de peso "x" na Terra, pesará "x menos y" na Lua em razão das diferentes forças gravitacionais que atuam sobre o sistema. A segunda lei de Newton, *v.g.*, relacionava massa, força e comprimento para afirmar ser a força aplicada sobre um corpo de massa constante, proporcional ao produto da massa multiplicado pela aceleração. Para apurar as análises dos fenômenos de transporte, desenvolveu-se, por exemplo, a técnica *langrangiana* e a técnica *euleriana*, a serem aplicadas de acordo com as necessidades específicas do caso. Segundo Sissom e Pitts (1988, p. 13):

Na mecânica dos sólidos elementar, usa-se o método lagrangiano de análise. Ele descreve o comportamento de partículas discretas, ou de massas pontuais, quando elas se movem no espaço. As leis fundamentais, como, por exemplo, a segunda lei de Newton, se aplicam diretamente às massas discretas que estamos considerando. O mesmo ponto de vista pode ser usado no estudo dos fenômenos de transporte, porém considere a complexidade da descrição do comportamento de uma partícula de um fluido à medida que ele flui através de uma região no espaço. Não só é difícil segui-la, como também sua forma não pode ser determinada, pois ela pode variar continuamente. Portanto, é mais vantajoso descrever o que acontece *num ponto fixo ou numa região fixa do espaço*. Este método, que é o método euleriano, nos permite observar fenômenos em pontos de interesse, em vez de tentar seguir uma partícula através de uma região do espaço; por exemplo, a temperatura no nariz de um foguete, a pressão num joelho de um encanamento principal [...], ou a concentração de perfume nas proximidades do ouvido de uma garota.

Essa comutação metodológica determinada pelo campo fenomênico de acordo com sua extensão e objeto de estudo demonstra a acuidade científica com que a Física persegue seu objetivo de analisar, para conhecer e dominar, os fenômenos de transporte de massa, calor e energia. Esse zelo com as diferentes variáveis dentro de um sistema foi o condutor de tanto êxito verificável no campo das ciências naturais aplicadas.

Há uma preocupação da engenharia com sua interação com, *v.g.*, o seu meio, o que leva os citados autores à assertiva rara de se encontrar em manuais de Direito: "Somos um produto do meio ambiente, interagimos com os campos existentes em torno de nós." (SISSOM e PITTS, 1988, p. 13). A sofisticação da Física aplicada ao desenvolver, por exemplo, o estudo dos *campos*,⁶ é uma preciosa lição de pragmatismo e objetividade para os estudiosos do Direito. Diz-se que um campo é uma região onde acontecem coisas observáveis, e que é possível a coexistência de campos diversos numa dada região. Trata-se de campos térmicos, de campos elétricos, de campos magnéticos, de campo aerodinâmico, que podem interagir entre si de modo a dinamizar ou retardar os processos de transferência de massa e calor. Em seu estudo, todas as variáveis são incorporadas pela análise que visa ao equacionamento do fenômeno.

No sentido inverso da organização das ciências naturais, a exemplo da *Física* aplicada, que incorpora os elementos externos e variáveis a fim de assegurar análise mais precisa e, portanto, mais eficiente e mais útil ao sistema – considerando-se, é verdade, que sua segmentação é pressuposto metodológico, a Ciência do Direito optou por desenvolver *métodos* de despolitização e desideologização, ignorando as variáveis sociopolíticas que a

⁶ Em seu *Poder Simbólico*, Pierre Bourdieu (2004, p. 27) faz uso analógico da expressão *campo* para referir-se a espaço relacional, idéia que “funciona como um sinal que lembra o que há que fazer, a saber, verificar que o objecto em questão **não está isolado de um conjunto de relações de que retira o essencial de suas propriedades**.” (grifo nosso).

determinam na medida em que interferem nos fenômenos de transferência, *e.g.*, do direito pressuposto na *vontade-de-lei* como pulsão ordenadora, conceito a ser desenvolvido abaixo, de uma dada sociedade, para o direito posto por intermédio da atuação parlamentar, ou ainda na concretização daquela vontade que, após convertida em direito posto, retorna à sua suposta origem por meio da atuação do poder jurisdicional.

Em ambos os casos, o *fenômeno de transferência de vontade-de-lei* sofre diversas interferências, nem todas conhecidas, e o resultado quase sempre deflagra um outro efeito: o da deslegitimação, *lato sensu*, do próprio sistema que *conduz* a resultados constitucional e democraticamente deficitários. A *depuração* proposta para a ciência do Direito, excluindo elementos estranhos à sua gênese formal-positivista, contribuiu para sua esterilização na medida em que pugnou seu isolamento dentro do meio que lhe deu origem, a pulsátil sociedade humana. Há, portanto, uma demanda por *correção* do Direito visando ao incremento de sua legitimação; para tanto, há de se compreender os fenômenos da afetam negativamente essa legitimação.

1.2.2 LUZ, REFRAÇÃO E DESCAMINHOS DA VONTADE-DE-LEI

O *espectro* epistemológico da Física, aliada à matemática, inclui outros interessantes campos de análises dos fenômenos naturais, entre eles os sub-ramos das ciências naturais que receberam o nome de *óptica* e *acústica*. Trata-se, no primeiro caso, da parte da Física que estuda as leis relativas às radiações luminosas e aos fenômenos da visão. O desenvolvimento de seu objeto de estudo – a luz, que sempre remeterá ao Iluminismo, momento de estruturação das sociedades humanas sobre os cânones do racionalismo moderno – alcançou níveis extraordinários, também graças ao método científico racional-abstrativo, e as conseqüentes análises e tentativas de reinterpretação do todo a partir de suas partes. No segundo caso, tem-se o ramo da Física que trata das leis dos sons e dos fenômenos que lhe são concernentes.

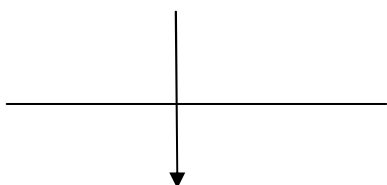
Ambos os fenômenos – luz e som – propagam-se por meio de *ondas*, definidas, na Física, como **perturbações periódicas** que se propagam num meio material ou no espaço. A óptica – como ramo da Física que estuda a luz e suas natureza, propriedades, fontes, propagação e medição – atualmente é uma área de experimentação muito ativa (BONJORNO, 2004, p. 317), prestando-se ao desenvolvimento de tecnologias de aplicações as mais diversas. Corpos luminosos (ou fontes primárias de luz, que emitem luz própria) e corpos iluminados (ou

fontes secundárias, que refletem a luz que recebem de outros corpos) são o objeto do estudo da Física óptica porque neles se origina o fenômeno *raio de luz*, cujo conjunto se denomina *feixe de luz* ou *pincel de luz*, e é definido como toda linha que representa geometricamente a direção e o sentido da propagação da luz (BONJORNNO, 2004, p. 318).

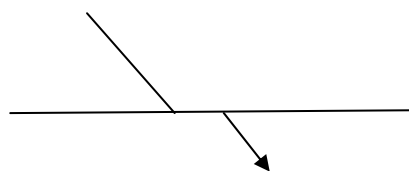
A fonte da luz e a trajetória do feixe de luz encerra um fenômeno de interesse para este trabalho na medida em que dele se pode extrair a percepção, por analogia, de interferências cuja *mecânica* muito se assemelha aos processos de interferência de fenômenos sóciopolíticos e econômicos nas *emissões* de vontade-de-lei por parte de fontes primárias do meio social.

Uma das interferências estudadas pela Física óptica, e também pela acústica, recebe o nome de **refração** e é definida como a mudança de direção de uma onda que se propaga em um determinado meio ao passar obliquamente para outro meio, no qual a velocidade de propagação é alterado. No caso da refração de onda luminosa, a alteração de velocidade é acompanhada de desvio de direção quando a incidência do raio é oblíqua (fig. 2), o que não ocorre quando a incidência é perpendicular (fig. 1):

(Fig. 1)



(Fig. 2)



A refração é, portanto, fenômeno interferente que retira o feixe de luz de sua trajetória *natural*, promovendo desvio de direção e redução na sua velocidade de propagação. Dessa análise de um fenômeno físico pode-se extrair linguagem, em sentido figurativo e semântico, capaz de denunciar com maior acuidade os efeitos a que são submetidos os fenômenos políticos que conformam o mundo jurídico.

A natural obliquidade do Direito deriva da entrada naturalmente oblíqua dele na sociedade, depois encapsulado em enunciados produzidos a partir de práticas não estruturadas para corrigir o processo. A produção normativa se processa à revelia das demandas de correção do *feixe* de interesses que é disparado pela sociedade, aqui nominado *pulsões ordenadoras*. Os desvios institucionais que acometem essas pulsões são a causa segunda da obliquidade, pois a primeira é representada pela própria natureza das instituições sociais.

1.3 ANALOGIA INSTRUMENTAL E UTILIDADE INTEGRATIVA

Analogia é operação lógico-integrativa de uso comum no meio jurídico, sendo mesmo um dos instrumentos de integração normativa expressamente *citado* na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657. de 4 de Setembro de 1942), e em outras normas especiais, efetuada especificamente quando a um caso não previsto na lei admite-se a aplicação de norma jurídica disciplinadora de fatos jurídicos semelhantes. Ou seja, havendo lacuna normativa para disciplinar determinada ocorrência-fonte de efeitos jurídicos, pode-se estabelecer correspondência entre esta ocorrência e outra semelhante, cujas características e propriedades são semelhantes ou idênticas.

Essa é uma analogia, por assim dizer, *interna corporis*, manejada como método integrativo demandado quando o aplicador do Direito se depara com lacunas ditas ideológicas⁷, reconhecendo a incompletude do sistema ou a própria deficiência da fonte do Direito, vista como o ordenamento jurídico. Este reconhecimento está na própria redação do artigo 4º da referida Lei de Introdução.⁸ Entretanto, longe de conferir completude ao sistema, a aplicação do método o desidrata na medida em que as fontes alcançadas pela analogia são todas, como dito, extraídas do próprio *sistema* do Direito.

Diante da reconhecida incompletude ou deficiência do ordenamento, Francesco Carnelutti propôs recorrer-se ao sistema por meio de método integrativo bi-seccionado, que denominou *heterointegração* e *auto-integração* (CARNELUTTI, 1999, p. 188). Segundo Bobbio, que adotou a terminologia deste *outro* mestre italiano, o primeiro método consiste na integração por meio do recurso a ordenamentos jurídicos diversos e também a fontes diferentes da fonte dominante, que nos sistemas como o brasileiro é a lei. O segundo método promove a integração através do próprio ordenamento, no âmbito da própria fonte dominante, sem recorrer a outros ordenamentos, com o mínimo de recurso a fontes distintas da dominante

⁷ Cfe. BOBBIO, Norberto: "Também se entende por 'lacuna' a ausência não de uma solução, seja ela qual for, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não a ausência de uma norma, mas a ausência de uma *norma justa*, ou seja, daquela norma que gostaríamos que existisse, mas não existe. Como essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas do confronto entre o ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas 'ideológicas', para distingui-las daquelas que fossem eventualmente encontradas no ordenamento jurídico como é, e que podem ser chamadas de 'reais'. [...] O fato de existirem lacunas ideológicas em todo sistema jurídico é tão óbvio que nem vale a pena insistir nisso. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: ao menos nenhum ordenamento jurídico positivo." (2007, p. 281)

⁸ "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

(BOBBIO, 2007, p. 287). Essa *auto-integração das fontes jurídicas*, expressão de Carnelutti, opera sobretudo por meio de dois procedimentos, ambos previstos referido artigo 4º: a analogia e os princípios gerais do Direito.

Ambos os métodos, porém, não desbordam do sistema jurídico, admitindo – para o equilíbrio do próprio sistema – até o recurso a *fontes diferentes da fonte dominante* e a ordenamentos jurídicos diversos, conforme se viu, mas sempre preservando a solução *interna corporis*. A analogia jurídica, dada a sua finalidade, opera no âmbito do próprio sistema, pois se trata de um instrumento de integração e preservação do ordenamento jurídico.

Como sistema hermético, fundado em pressupostos científicos eticamente desidratados, o Direito opera isoladamente, legitimando-se a partir de suas próprias proposições. É nesse contexto metodológico que se admite, a partir da visão funcionalista, que não interessa que a justiça se realize – já que ela não existe –, mas sim que o sistema funcione (KAUFMANN, 2007, p. 405)

Contudo, as ciências em geral evoluíram por meio de processos analogéticos, os quais permitiram que um dado modelo analítico desenvolvido em determinado campo de análise – v.g., a Física, a Matemática ou a Biologia – fosse aplicado com relativo êxito a outros objetos de estudo – e.g., o Direito e as Ciências Políticas.

A metodologia das ciências tem sido, sobretudo, *heterointegrativa*, segundo a expressão de Carnelutti. A história das ciências é mesmo pródiga na demonstração de *adaptações metodológicas* que transpuseram modelos de raciocínios, quase sempre abstrato-analíticos, de uma ciência para outra. As expressões *massa*, *força* e *peso* acima referidas, e.g., vêm da Física e, não obstante, se prestam a denominar componentes analíticos das Ciências Sociais.

Em Ciência Política, normalmente a expressão *massa* remete a algo sem *peso*, sem ação de *força* – neste caso sociopolítica, e não gravitacional – que lhe dê relevância sistêmica. Por derivação justamente do seu sentido original, físico – *conjunto de tamanho considerável, de maior ou menor coesão, constituído de matéria sólida ou pastosa, geralmente de forma indefinida*, segundo Houaiss (2002) –, chegou-se ao sentido figurado: *o conjunto das camadas mais numerosas da população*. Também se chega ao uso do vocábulo *massa* em sua forma figurada – pejorativa até, pois sugere algo disforme – por meio da corruptela ideológico-

semântica de *povo*.⁹ Da Física óptica pode-se extrair os conceitos de *fonte primária* e *fonte secundária* cujos sentidos remetem automaticamente a categorias jurídico-constitucionais, como a traduzir relações e competências de certos fenômenos e figuras jurídicos.

Fato a destacar para os estudiosos das ciências foi a sistematização realizada por Augusto Comte, para quem a *pureza metodológica* das ciências naturais poderia ser transplantada para a organização e ordenação, inclusive, das ciências cujo objeto não estava na *physis*. Matemático de formação, Comte considerava que a metafísica era um erro a eliminar (BARZUN, 2002, p. 554) e encantou-se com o fato de a Ciência, finalmente, ter-se ocupado dos fatos de uma forma direta, sem intermediações de qualquer natureza, exceto o raciocínio humano. Sua *Sociologia* representava sua pretensão de universalização do método científico, abrangendo todos os acontecimentos do *mundo físico*, seu objeto real.

A correlação nada biunívoca entre os métodos científicos e os fenômenos sociopolíticos, dos quais brotavam a necessidade do Direito, trouxe resultados pouco animadores para as relações jurídicas, exceto quando se considera os interesses de determinada comunidade de interesses, que parece ter se apropriado das *fontes* do Direito, influenciando sua conformação, sua estrutura e construindo seus *dogmas*.

Esta efetividade científica dissonante do Direito, contudo, não desautoriza a utilização, em seu estudo, de certos caminhos analíticos, de certos princípios e métodos que se revelam eficientes auxiliares cognitivos na interpretação dos fenômenos físicos. A *geometria*, e.g., parte da Matemática que tem por objeto o estudo do espaço e das formas e figuras que podem ocupá-lo, é fonte de diversas expressões apropriadas por outras ciências.

O próprio vocábulo *direito*, no campo jurídico, tem origem numa metáfora na qual uma figura geométrica assumiu um sentido primeiramente *moral* e, depois, jurídico: "[...] o direito é a linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e aparenta-se às noções de retidão, de franqueza,

⁹ Norberto Bobbio, ao discorrer sobre o verbete *povo*, descreve a trajetória do conceito político e registra: "O Povo tornou a ser deste modo uma mera designação social, realidade subalterna e disgregada, fundamentalmente excluída da gestão do poder, [...] presente tão somente como massa manobrável, e em momentos esporádicos e infrutíferos de rebelião [...]. Foi só com a redescoberta romântica do Povo, já em coincidência com uma visão política nacional, que identificava o Estado com a nação e, portanto, dava novo e maior valor a tudo o que compunha a realidade nacional, que ele começou outra vez a ser sentido como possível sujeito de visa política. Mas a sua revelação havia de estar depois concretamente ligada aos grandes processos de transformação econômico-social iniciados com a era industrial no século XIX e com a conseqüente formação de grandes partidos políticos populares" (1993, B, p. 987).

de lealdade nas relações humanas" (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 3). Nos diversos idiomas, latinos ou não, a etimologia preserva o apelo à retidão, moral e comportamental, como que revelando a ontologia e a teleologia do Direito: *derecho, diritto, right, Recht, droit*.¹⁰

Nesta analogia que nos conduz do conceito matemático-geométrico, situado espacialmente, ao conceito ético-normativo, é identificável nitidamente o exercício da *abstração lógico-analítica* como instrumento necessário à reflexão científica que analisa e examina universos não completamente conhecidos, mas apenas imaginados em seu hermetismo. Contudo, exsurtem indagações: conferirá esse método eficácia ao Direito, visto como ciência ordenadora dos interesses do Homem em sociedade? Terá validade para o Direito, que colhe suas necessidades e soluções, enfim sua realidade, dos fatos sociais concretos? Essa abstração, no Direito, tem conduzido a uma nociva *asepsia* epistemológica? Tem contribuído para a evolução, compreensão e aplicação de suas razões?

Ensaio de respostas a essas indagações têm de, imperativamente, considerar que a redução racional-naturalista operada pela ciência moderna e seu ciclo abstração-análise e fragmentação-recomposição levou a um "obscurecimento do sentido da racionalidade européia", conforme anota Remo Bodei. Esse autor refere-se à obra *A crise das ciências européias*, de Edmund Husserl, para lembrar desse extravio e perda do ímpeto teleológico (BODEI, 2000, p. 165).

Esse mal-estar da ciência identificado por Husserl contaminou especialmente o tratamento epistemológico das ciências sociais, cujo objeto – humano – relacionava-se direta e dinamicamente com interesses de diferentes ordens sociais, representados politicamente nas instituições criadas para *administrar* as sociedades. Husserl referia-se a *ciências européias* dadas a origem e o campo geográfico das ciências e do próprio autor; contudo, colonialismo e globalização desde sempre exportaram o modelo de ciência, criticado por Husserl e outros, a todas as sociedades que se tornaram satélites das metrópoles européias.

¹⁰ Vocábulo equivalente ao português *direito* nos idiomas espanhol, italiano, inglês, alemão e francês. O sentido lingüístico original do vocábulo português é encontrado no latim. Segundo Houaiss: "*directus*, reto, que segue em linha reta, que segue regras ou ordens preestabelecidas, que segue trajetória ou procedimento predeterminado, que conduz segundo um dado preceito ou segundo uma dada forma de ordenação."

No Novo Mundo, v.g., o Brasil, colônia lusitana que cedo entrou em crises de desenvolvimento institucional – simultaneamente à metrópole, Portugal, o que afetou seu desempenho e o de suas colônias no avanço industrial e capitalista verificado em outros reinos –, beneficiou-se com essa exportação do mesmo modo que por ela foi prejudicado: mais vícios do que virtudes terminaram por proliferar na *terra brasilis*. Daí ser válida a advertência: todas as reflexões tecidas neste trabalho sobre valores europeus têm a sua aplicabilidade reconhecida na sociedade e cultura brasileiras, ferreteadas que foram pelos postulados científicos e morais europeus.

No Direito tem-se potencializado o mal-estar derivado do extravio do *ímpeto teleológico e axiológico*, pois as analogias têm sido sempre redutoras da capacidade emancipatória das expressões aplicadas das ciências. O exercício intelectual desenvolvido até aqui ambiciona ter preparado a superfície para a utilização analógica das interferências identificadas nos fenômenos de transferência de massa e calor, e de refração da luz e do som, para demonstrar ocorrências de fenômenos símiles na institucionalização da *vontade-de-lei* e respectiva *pulsão ordenadora* de uma determinada sociedade, transformadoras que são da produção normativa implementada pelos canais institucionais e processos de evolução. A partir dessa reflexão analógica pretende-se esboçar uma diagnose que revele a sintomatologia do mal-estar do Direito causada pela erosão da crença nos processos de construção das normas.

No caso, por imposição da proposta epistemológica comportável no tipo de trabalho, uma dissertação, impõe-se um corte no objeto da pesquisa, que tratará apenas exemplificativamente da produção normativa realizada pelos órgãos estatais legislativos e judiciais, ao desenvolver os procedimentos necessários à efetivação dos enunciados normativos em face dos casos sob julgamento. Diagnose feita, a reflexão se dirigirá, sucintamente, ao desafio de sugerir propostas – e aqui a abstração e a análise serão necessárias, em conjunto com os valores próprios da idéia de Direito, fenômeno eminentemente social em sua manifestação primeva – aptas a colaborar com o resgate da legitimidade perdida.

A apropriação, para fins de analogia, das expressões e categorias explicativas próprias da Física Óptica representa, unicamente, a opção por uma terminologia e simbolismo capazes de ilustrar fenômenos cuja complexidade cognitiva parecem estar a exigir raciocínio analógico para induzir ao seu adequado entendimento. O mesmo se dá com o vocabulário tomado de

empréstimo da Psicanálise, o que faz lembrar Herbert Marcuse quando afirmou que empregaria em seu livro “categorias psicológicas porque elas se converteram em categorias políticas.” (1996, p. 25). A semântica raramente se permite apreender exclusivamente por um único campo do conhecimento, ao contrário, abre-se para guiar o pensamento especulativo noutras searas.

Assim, dos estudos da Física sobre os fenômenos acima e também da Psicanálise sobre os fenômenos e representações psíquicas do Homem, as seguintes expressões serão utilizadas ou adaptadas:

(a) **Meio:** espaço não-físico no qual se propagam as ondas (pulsões) ordenadora, reguladora, redutora e corretora; em nosso esquema cognitivo, a sociedade, seus componentes objetivos e e subjetivos, incluindo seus valores.

(b) **Fonte autêntica ou primária:** designará o *povo* como elemento no qual se ancora, retoricamente, a *raison d'être* do próprio Estado, convertido em fonte monopólica do Direito

(c) **Fonte autorizada ou secundária:** entidade institucionalizada, estatal ou não, que captura a *pulsão ordenadora* transformando sua natureza, significado e finalidade.

(d) **Pulsão ordenadora:** ou *onda ordenadora*, expressão conjunta para traduzir certas emissões de vontade da *fonte primária* e, por isso, classificada como *pulsão primária*. Trata-se de *pulsão social*, portanto, eminentemente pré-estatal, dirigida à constituição de uma governança social minimamente adaptada à vida comunitária.

(e) **Pulsão reguladora:** ou *onda reguladora*, expressão utilizada para significar a atuação das *fontes secundárias* no tratamento axiológico-transformador das *pulsões ordenadoras*. Exercida por *fontes secundárias*, com especial ênfase aquelas situadas no aparelho Legislativo e Executivo do Estado, sem excluir instituições da esfera privada que participam, com estas, da organização do espaço público. Trata-se de *pulsão social-estatal*; será de *primeiro grau* quando procedente de fonte não-estatal, mas de fonte social; será de *segundo grau* quando realizada pelo Legislativo e de *terceiro grau* quando implementada pela Administração (dito Poder Executivo).

Trata-se da movimentação do *processo de mediação* no espaço político propriamente dito, seja parlamentar ou seja sócio-institucional.

(f) **Pulsão redutora:** ou *onda redutora*, receberá o mesmo sentido da *pulsão reguladora* quando se desejar acentuar a intencionalidade manifesta de *reduzir* a capacidade transformadora da *pulsão ordenadora*. Com maior propriedade, será aplicada aos movimentos realizados por instituições privadas que se servem dos Poderes do Estado, colonizando-os e dirigindo seu agir político. Trata-se, claro, de *pulsão social-estatal* e também exerce força no do *processo de mediação* acima referido.

(g) **Pulsão corretora:** ou *onda de correção*, expressão aplicada para referir a atuação do Estado e também das instituições privadas tendentes à interpretação, integração e aplicação do produto das *pulsões reguladoras de primeiro e de segundo graus, ou Legislativas e Executivas*. No primeiro caso, refere-se ao Poder Judiciário e à Administração; no segundo caso, às instituições privadas que implementam métodos alternativos de resolução de controvérsias. Será considerada, também, *pulsão social-estatal*. A implementação do *processo de mediação* se dá, aqui, noutros termos que balizam a relação sujeito-instituição.

(h) **Pulsão apócrifa:** aquela pulsão social cujo objetivo é intervir nas pulsões ordenadoras (manipulando signos do sistema ficto-político no qual se baseia a vida em sociedade) e nas pulsões reguladoras, redutoras e corretoras (inoculando interesses e ideologias capazes de *dirigir* a o resultado das pulsões). A adjetivação busca traduzir exatamente a sub-repção de sua manifestação em face das fontes primária e secundária e das demais pulsões. A *mediação*, neste caso, é fraudada, pois os meios utilizados sonegam dados e subvertem as regras do jogo jurídico-político. Exercida habitualmente pela *soberania real*.

(i) **Mediação:** Processo jurídico-político que visa a contribuir para a estabilização das tensões sociais. Serve-se de instrumentos normativos, persuasivos e dissuasivos diversos, o que torna o Direito positivo uma ferramenta importante, mas não a única.

(j) **Soberania real ou oculta:** poder efetivo exercido por forças de naturezas distintas, com prevalência da natureza econômica, que exibem notável desenvoltura nas suas relações com o Poder institucionalizado e outras formas de expressão de poder político nas sociedades complexas. O soberano real ou oculto não pretende exibir sua face em público, basta-lhe utilizar as instituições sociais e políticas para dar vazão às suas exclusivistas pulsões ordenadoras, ao mesmo tempo em que, retoricamente, valoriza o soberano teórico (povo) e, simultaneamente, submete às lâminas cognitivas do Estado as pulsões ordenadoras de origem demófila.

(k) **Oblíquidade do Direito:** expressão conjunta definidora de uma qualidade intrínseca ao Direito. Oblíquo é aquilo que não é *direito* ou *reto*, mas tortuoso, torto. O antagonismo semântico deve ser acolhido, pois é esclarecedor da *natureza do Direito*. A crença na não-obliquidade e retidão do Direito enevoa a sua forte obliquidade. Também esse conceito deriva das Ciências primeiras, no caso a geometria, que define, por exemplo, *reta oblíqua* como aquela que intercepta não perpendicularmente uma outra reta ou plano. A ontologia do fenômeno ao qual se deu o nome de Direito seria a primeira a desautorizar o vocábulo; uma vez, por natureza, o Direito é oblíquo. A adoção de um adjetivo substantivado para designar o fenômeno denuncia, etimologicamente, o caráter utópico do Direito que, sabendo-se oblíquo, assumiu sua possibilidade de agir corretivamente. A manifestação dessa obliquidade, origem primeira da fenomenologia do descenso de legitimidade, constitui o que se vai nominar *Paradoxo da Obliquidade*, a traduzir exatamente essa contradição que o étimo revela e também o capcioso *nonsense* revelado no fato de, a teoria política Moderna, conferir ao povo o *status* de soberano – portanto, *fonte do Poder*, ainda que por meios mitigados como se dá pela via representativa – mas negar-lhe o *status* de *fonte do Direito*.

Da interação entre essas pulsões e seus protagonistas (as fontes autênticas e autorizadas) decorrem as **mediações**, que serão nominadas **propositivas** ou **primárias** quando realizadas sobre e a partir das *pulsões reguladoras e redutoras* e **impositivas** ou **secundárias** quando se derem sobre e a partir das *pulsões corretoras*. Dir-se-á **mediação apócrifa** quando a pulsão for qualificável do mesmo modo.

O vocábulo *pulsão* terá exatamente a acepção que lhe confere a psicanálise, segundo Houaiss, ao defini-lo como um “processo dinâmico que faz o organismo tender para uma meta, a qual suprime o estado de tensão ou excitação corporal que é a fonte do processo”. Trata-se de um fenômeno *empírico-racional*, por oposição a instintivo, que se processa no reconhecimento do Homem, individual e coletivamente auto-percebido, de sua posição no *Lebenswelt*. As pulsões são resultantes dessa auto-percepção e representam os esforços de interação e intervenção visando à conformação desse mundo às necessidades da existência.

Clara está a colheita realizada no prolífico pensamento de Sigmund Freud que, especulando sobre o Homem, identificou diversas categorias mentais que ajudaram a formar a cultura ocidental desde o século passado. Ao se referir a duas classes de pulsões (do alemão *Trieb*, também traduzido por instinto), o estudioso terminou por induzir à clivagem dualística em categorias includentes das demais: o movimento se faz em direção à vida ou em direção à morte, sendo esta a negação do princípio de vida, de vida digna.

Freud refere-se a uma *pulsão autopreservativa* (de vida) e a uma *pulsão destrutiva* (de morte), que se tornaram conhecidas como *Eros* e *Tânatos*. Sobre a dinâmica estabelecida entre ambas, Freud escreve a “a própria vida seria um conflito e uma conciliação entre essas duas tendências. O problema da origem da vida permaneceria cosmológico, e problema do objetivo e propósito da vida seria respondido dualisticamente.” (1976, p. 56).

Analisando as representações físicas e comportamentais das pulsões, Freud aprofundou seus estudos sobre a divisão do psíquico em *consciente* e *inconsciente*, segundo ele a premissa fundamental da psicanálise, pois “somente ela torna possível a esta compreender os processos patológicos da vida mental”. O raciocínio psicanalítico é *hermenêutico*, como se pode ver: “[...] A psicanálise não pode situar a essência do psíquico na consciência, mas é obrigada a encarar esta como uma qualidade do psíquico, que pode achar-se presente em acréscimo a outras qualidades ou estar ausente.” (1976, p. 25). Impossível evitar a analogia desses estudos com o Direito.

A compreensão do subtexto jurídico é essencial, pois é nele que se revelam as pulsões apócrifas da *soberania real*, aquela força que se mostra como um epifenômeno. E o que torna possível a compreensão desse subtexto? Ora, assim como Freud subdividiu o psíquico em *consciente* e *inconsciente* para reconhecer que somente essa divisão torna possível à

psicanálise compreender os processos patológicos da vida mental, os cidadãos, e em especial os que fazem do Direito o seu labor, precisam criar formas de interpretar os fatos do *mundo da vida* de modo *instrumental*, para isso, a *hermenêutica filosófica*, conforme se verá à frente, poder ser um fabuloso instrumento.

1.4 NEOLOGISMOS: NECESSIDADE E PERTINÊNCIA

Atrás se tratou de dois tipos de fenômenos exaustivamente estudados pela Física: fenômenos de transporte (de massa, calor e eletricidade), cujo processamento gera perdas ou alterações na forma e grandeza do valor transportado, dependendo do tipo de sistema ou campo em que se analisa o fenômeno; e fenômenos óticos e sonoros que sofrem refração em suas ondas que, partindo de determinada fonte, têm desviado seu curso e enfraquecida sua intensidade, num efeito também de redução de eficácia conhecido por refração.

Desde que o método científico permitiu compreender e explicar esses fenômenos, houve uma convergência de esforços para *conhecer* as variáveis que interferem nos processos, tudo com um objetivo: controlar a interferência e dela fazer o uso adequado, diminuindo-a, aumentando-a ou eliminando-a de acordo com as necessidades do sistema e em razão da *finalidade* do processo em questão.

Ciência social aplicada cujos epistemas atuais receberam seus moldes das Ciências Naturais, o Direito foi como que separado do contexto social que o conforma, e que é por ele conformado, a partir da aplicação irrefletida dos métodos científico-naturais pelos *juristas* desejosos de fazer parte do emergente *clube das ciências*. Os *caminhos* impostos ao Direito, como “ciência” e como instrumento de intervenção no fenômeno social, tomaram rumos assépticos a partir daquele processo de abstração-análise, privilegiando os campos dogmáticos, o que levou ao esquecimento de que ele é, a um só tempo, "o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos" (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. XII). Esse desvirtuamento metodológico, deveras acentuado pelo positivismo jurídico, contribuiu para o enevoamento das zonas, ou campos, de interface do Direito com a sociedade e com as demais Ciências Sociais, impedindo, *v.g.*, que o *meio* ao qual se destina possa enxergar os fenômenos que interferem no transporte de suas pretensões – pelas pulsões – em *direção* ao campo do Direito positivado.

Os institutos de Direito Constitucional, por exemplo, sede primeira das expressões da vontade popular no modelo do Estado Moderno (legalista e, depois, constitucionalista), desde os primórdios de sua organização metodológica têm sido subutilizados e não permitem que certos *valores* caríssimos à humanidade sejam materializados massivamente, não obstante serem insculpidos na Constituição formal, o que muitas vezes a reduz – por meio das pulsões apócrifas da soberania *real* – em mero *pedaço de papel*, irônica reflexão encerrada no pensamento de Ferdinand Lasalle (2001, p. 17). Vive-se, verdadeiramente, uma constitucionalização simbólica e formalizante e, no mesmo movimento, uma desconstitucionalização fática, na síntese de Marcelo Neves (2001, p. 164).

Para evidenciar esses fenômenos e suas interferências que (i) denotam a baixa condutividade do sistema político, (ii) resultam em baixa efetividade das normas jurídicas e (iii) implicam no reconhecimento do crescente descenso de legitimidade, a “ciência do Direito” tem desenvolvido sua terminologia específica, tradicionalmente incorporando, por úteis aos processos cognitivos, semântica e sintaxe das outras formas de conhecimento.

A fim, pois, de expressar o raciocínio analógico derivado da Física, inspirado pelos fenômenos supra expostos, neste trabalho far-se-á uso de neologismos cuja semântica é considerada instrumentalmente útil para identificar e analisar aqueles fenômenos, *mutatis mutandis*, no campo científico do Direito. Por melhor traduzir a idéia de desvio e de perda de intensidade e *legitimidade*, o texto se aterá ao fenômeno ótico, dele extraindo expressões analógicas, conforme visto, deixando ao largo, sem deixar de sublinhar sua riqueza semântica, os fenômenos acústico e mecânico de transporte.

Assim, a expressão lingüística cogno-refração será aplicada conceitualmente para referir-se aos efeitos do fenômeno que altera o conhecimento e interpretação do conteúdo de uma determinada pulsão jurídico-social que se projeta primeiramente no imaginário social e só posteriormente persegue caminhos institucionais para se acomodar.

Essa pulsão, dita ordenadora, tem sua fonte nas expressões sociais e políticas e será denominada vontade-de-lei, uma vez que o que se deseja expor é justamente a expectativa popular de submeter-se a leis que se legitimam pela semelhança entre seus desejos e o teor da norma, vista como sua vontade insculpida na *tábua de leis*, e seus efeitos na organização da vida em sociedade.

A *vontade-de-lei* – aqui uma corruptela semântica e semiótica da idéia de *Vontade de Poder* cunhada por Friedrich Nietzsche¹¹ – deixa sua fonte pulsátil, fonte primária, muitas vezes com vigor titânico e atravessa meios sempre carregados de potenciais interferências, identificados nas origens de classe dos atores sociais e nas estruturas institucionais que ocupam, que

determinam sua carga de concepções ideológicas, sua concepção de fé e sua opção religiosa, assim como suas prioridades sociopolíticas. Esses meios serão denominados filtros ou lâminas cognoscentes, uma vez que representam um campo a ser atravessado por aquela pulsão, travessia esta que costumeiramente redundando em alterações daquela *vontade-de-lei*, evidenciando o efeito denominado axiológico-transformador ou axiológico-reducente, uma vez que os valores contidos naquela pulsão original são repetidamente alterados, desidratados, reduzidos ou ampliados ao ponto mesmo de gerar a percepção de outro efeito, o teleológico-transformador.

Valor contido na **pulsão ordenadora** convertida em *vontade-de-lei* é uma categoria condutora dos arrazoados que serão desenvolvidos, que enxergaram as sociedades como fontes dessas pulsões, o que torna ontológica e epistemologicamente inviável considerar que o meio pulsátil em questão possa originar impulsos desideologizados ou despolitizados.

Com efeito, esse inglório passeio da *vontade-de-lei*, verdadeiro ciclo axiológico-transformador, por meio dos processos de produção normativa retira da norma sua pulsão axiológica e teleológica primeva, implicando indisfarçável deslegitimação da intenção soberana originada nas expectativas democráticas, circunstância que enfraquece sobremaneira a soberania que o Estado Democrático de Direito, tomando-a do povo por meio dos processos de representação política, quer devolver ao seu titular.

Se o bem da vida supostamente perseguido desde sempre pelo Direito depende da legitimidade das próprias formas encontradas por ele, Direito, para fundamentar-se como instrumento de

¹¹“Vontade de poder” do alemão “Wille zur Macht”. Fr. Nietzsche cunhou o termo e o utilizou abundantemente em seus escritos. Veja-se o exemplo: [...] Mas esta é uma antiga, eterna história: o que ocorreu então aos estóicos sucede ainda hoje, tão logo uma filosofia começa a acreditar em si mesma. Ela sempre cria o mundo à sua imagem; não consegue evitá-lo; filosofia é esse impulso tirânico mesmo, **a mais espiritual vontade de poder**, de ‘criação do mundo’, de *causa prima* (causa primeira).” (1992, p. 15). Alguns autores traduzem *Macht* como *potência*, tradução tida por imprópria por outros já que, entre os falantes de língua portuguesa, esse vocábulo evoca vigor biológico-sexual, nação forte e soberana e noções de física ou matemática. Essas e outras observações: notas ao livro referido de Nietzsche, p. 221 e 222.

governança social, e se um dos fundamentos do Estado que se quer construir – e esse é o prisma eleito por este trabalho, em consideração aos ideais iluministas – é a *democracia*, não parece admissível olvidar que esse *passeio hermenêutico da vontade-de-lei* desnatura o ideal democrático e promove a constituição de verdadeira *aristocracia democratizada* na medida em que os detentores das competências referidas – a saber, a de encapsular a *pulsão ordenadora* numa norma positiva e a de aplicar essa mesma norma para fins de *elidir e solver* controvérsias – desenvolvem suas obrigações funcionais promovendo, deliberadamente ou não, efetiva transformação axiológica e teleológica. Com frequência, diante de enunciados normativos de cunho emancipatório, essa transformação é reducente e implica numa materialização normativa redutora e distanciada das expectativas de cariz democrático.

Descrição adequada do fenômeno referido demanda um modelo de análise que pode, com precisão, ser tomado de empréstimo da Física, quando esse ramo da ciência explica os processos sucintamente descritos acima, bem como parece demandar os neologismos ora sublinhados, uma vez que os fenômenos guardam relação de semelhança, ainda distintos os objetos.

Assim, esse trabalho defenderá que o tema da emissão de pulsões ordenadoras e da transformação do conteúdo axiológico-teleológico das mesmas, que encerra complexidade cognitiva incomum, poderá receber uma abordagem mais esclarecedora a partir da aplicação dos neologismos ora propostos. Embora derivados de uma Ciência natural, cuja objetividade e *pureza* frequentemente implicam num alheamento do seu entorno, a riqueza semântico-simbólico e o sintetismo ortográfico dos neologismos poderão contribuir para uma explanação clarificadora de certos conceitos que habitam a temática.

2 SOCIEDADE E PULSÕES ORDENADORAS

2.1. FENÔMENOS NATURAIS E FENÔMENOS SOCIAIS

Quando comparamos as metodologias utilizadas pelas ciências naturais com aquelas manejadas pelas ciências sociais, inclusive as *aplicadas*, vemos que a similitude analógica se limita ao campo formal, concretizando-se apenas pelo uso quase inflexível da semântica e dos modelos analíticos, sem a incorporação do *ethos* próprio das forças sociais, que interagem com seu meio de modo muito distinto daquele próprio das forças naturais.

Vemos também que o *caminho* de racionalidade trilhado pelas ciências naturais é *inclusivo*, no sentido de submeter ao processo de abstração-análise todas as forças que eventualmente possam interferir no fenômeno observado e, conseqüentemente, operar para alterar ou manter o *equilíbrio do sistema*. O método busca, nesse caso, conhecer para revelar e revelar para controlar, num exercício de soberania do Homem sobre o meio.

Os próprios postulados racionalistas compilados pelo positivismo jurídico têm uma natureza inclusiva, de completude ao menos analítica visando ao conhecimento e controle do fenômeno circunscrito. Por outro lado, ver-se-á que, no caso específico do Direito, ciência social aplicada por excelência, o método utilizado é *exclusivo*, ou seja: antes de incorporar variáveis que interferem nos processos intrínsecos à conformação e realização do Direito, o método utilizado na interpretação dos fenômenos próprios da “Ciência” do Direito propõe tradicional e explicitamente a exclusão das variáveis metajurídicas que, obliquamente ou frontalmente, conferem ao Direito a conformação que ele termina por adquirir.¹²

A opção metodológica pela exclusão de variáveis exteriores ao denominado *sistema jurídico*, mas constituintes do sistema social – onde se realiza o Direito, implica numa opção epistemológica redutora capaz de isolar o Direito e provocar uma crescente perda de legitimidade, *lato sensu*, fato que aponta também para as causas de ausência de submissão do

¹² *Método Exclusivo e Método Inclusivo* são categorias aqui utilizadas apenas para referir-se às opções metodológicas que incorporam, ou não, elementos e variáveis extrínsecos aos fenômenos analisados. Na última hipótese, porque se considera que estes elementos interferem diretamente no equilíbrio e desempenho do sistema sob análise. No primeiro caso, há opção pela desconsideração de variáveis e elementos externos visando à preservação de supostas *pureza* e imparcialidade do fenômeno. Nos fenômenos jurídicos, tal opção metodológica é redutora tanto da eficácia do método quanto da potencialidade teleológica e axiológica do conteúdo do Direito.

cidadão ao primado da lei, exceto nos casos de certeza de sanção. Mantém-se, assim, uma aparentemente conveniente incompreensão da fenomenologia que revela a obliquidade e preserva o Direito em estado de descolamento dos interesses expressivos de uma vontade-de-lei representativa das necessidades dos seus destinatários, ou da humanidade, considerada em sua expressão quantitativa e qualitativa.

A percepção dessa dicotomia metodológica, que permite um constante obliquar-se da produção normativa no campo do Direito, conduz-nos à indagação: sendo o Direito dotado de potencialidades emancipatórias – vide o caso dos acontecimentos juridicamente sustentados das revoluções modernas –, porque seu modo de produção, interpretação, integração e aplicação permanece *asséptico* ao ponto de promover sua constante deslegitimação, derivada que é do seu notável afastamento do ideais de equidade?

A assimetria notável entre o desenvolvimento dos métodos *científicos* e sua efetividade diante do desenvolvimento técnico, e a efetividade dos métodos utilizados pela ciência do Direito encontra paralelo, não por acaso, com o desenvolvimento perceptível das Ciências ditas naturais e a “ciência” do Direito, aqui consideradas a partir dos seus *resultados*: o mundo científico tem sido brindado com sucessivos avanços, conduzindo o Homem às suas expectativas deificantes; já o mundo do Direito, cuja abrangência é eminentemente sociopolítica, tem contribuído para o surgimento de abissicas diferenças entre o dever-ser por ele próprio fixado e o ser efetivamente realizado a partir da atuação dos atores sociais e políticos sustentados juridicamente pelas suas próprias estruturas normativas.

Perceba-se que a alegadamente pretendida coincidência analógica entre os fenômenos físicos, e seus métodos de abstração-análise, e os fenômenos sociais que envolvem o Direito, que é fato social, e a ciência do Direito e seus métodos, que compõem a ciência moderna, possui um viés cronológico marcado pelo fato de que as Ciências Naturais, da quais se originou o método científico, conformaram-se mais nitidamente no período histórico denominado Idade Moderna, mesmo período em que o Estado de Direito¹³, uma versão revista e ampliada dos

¹³ Ao usar a expressão, tão cara ao meio jurídico, é apropriado tirar proveito da reflexão lógico-semântica de Hans Kelsen, referindo-se ao vocábulo alemão *Rechtsstaat*: “Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica.” (2006, p. 346). É certa a crítica do jurista tcheco de Viena quanto à

institutos símiles das cidades-estado da Baixa Idade Média, configurou-se como forma de contenção do poder político de origem democrática e passou a receber a denominação de Estado Liberal de Direito.

Se o Homem controla a natureza por meio do *método*, por que não poderia controlar o poder político pelo mesmo *caminho*? A essa pergunta as respostas foram sendo construídas à medida em que era desenvolvida a confiança do Homem em suas capacidades a partir do cientismo naturalista.

As inflexões intelectuais do Homem em busca da idéia de ciência e de sua materialização têm nobres registros já na Grécia de Platão e de Aristóteles. Platão promovera a distinção racional entre *ciência* e opinião, fixando o ideal clássico de ciência ao afirmar que as opiniões "desertam da alma humana, de modo que não terão grande valor enquanto alguém não conseguir atá-las com um raciocínio causal", mas "uma vez atadas, tornam-se ciência e permanecem fixas. Eis porque a ciência é mais válida do que a opinião legítima e difere desta última pelos seus nexos." (ABBAGNANO, 2000, p.136). Aristóteles burilou as reflexões de Platão e afirmou que a ciência é *conhecimento demonstrativo*, categoria compreendida como o conhecimento "da causa de um objeto, isto é, conhece-se porque o objeto não pode ser diferente do que é" (*apud* ABBAGNANO, 2000, p. 136). O objeto do Direito, contudo, não nos dá o *ser* do Direito porque o método que lhe serve não o persegue com a devida pertinência, permitindo que as *opiniões* prevaleçam sobre a realidade que o envolve.

Marcante no período das reflexões clássicas sobre a ciência foi o esforço envidado por Euclides na obra *Elementos*, onde buscou exhibir o conhecimento demonstrativo por meio da matemática, vista como "ciência perfeitamente dedutiva, sem nenhum recurso à experiência ou à indução" e que "permaneceu por muitos séculos (e sob certos aspectos permanece até hoje) como o próprio modelo da ciência." (ABBAGNANO, 2000, p. 137).

O ideal aristotélico de ciência moldaria todos os esforços para apreensão da realidade, inclusive aqueles identificados na Era Moderna, quando o paradigma racional-geométrico dominou as filosofias de Descarte e Spinoza. Outro filósofo, Kant, esforçou-se por *atar* o ideal clássico com os esforços modernos utilizando o termo *sistema*, pois para ele "a unidade

redundância contida na composição vocabular *estado de direito*. Contudo, é imprecisa a associação feita entre Estado de Direito e democracia.

sistemática é o que antes de tudo faz de um conhecimento comum uma ciência, isto é, de um simples agregado, um sistema." (KANT, 1991, p. 81). Para Kant, *sistema* é a unidade de conhecimentos múltiplos reunidos sob uma única idéia.

Apesar dos decalques metodológicos, a geometria do poder e a geometria jurídica do controle do poder não devem sua origem aos pensadores renascentistas e muito menos aos iluministas. Em verdade, ecos dos ideais republicanos greco-romanos materializaram-se na Idade Média por meio da teoria política escolástica¹⁴, que se alimentou das fontes clássicas e atualizou criticamente determinados conceitos que estruturaram aquelas civilizações e que, por processos históricos e sócioantropológicos, chegaram aos nossos dias. O resgate de princípios filosóficos da Antiguidade estimulou o Renascimento e induziu o Ocidente ao Iluminismo, momento histórico que realçou a busca humana e racional do conhecimento.

Assim, do Renascimento e do Iluminismo derivaram epistemas e filosofemas que, se foram deveras úteis ao objeto das ciências naturais, não instrumentalizaram adequadamente as ciências sociais, com destaque para o Direito, cujos métodos *exclusivistas* o esvaziaram de sua *humanidade*. Edgar Morin afirma que "são as ciências humanas que, no momento atual, oferecem a mais fraca contribuição ao estudo da condição humana, precisamente porque estão desligadas, fragmentadas e compartimentadas" (MORIN, 2006, p. 41)

O objeto de estudo de uma dada área do conhecimento será mais bem conhecido se o método aplicado a esse objeto for compatível com a ontologia desse mesmo objeto. Os fenômenos naturais, por óbvio, possuem características reconhecíveis pelo método científico-racional de matriz cartesiana, instrumento que promete e persegue pureza e certeza. *Contrario sensu*, as características dos fenômenos sociais exigem abordagem metodológica diferente, capaz de integrar as variáveis diversas, caracterizada pela transdisciplinaridade. A fragmentação para

¹⁴ Houaiss define *escolástica* como o "pensamento cristão da Idade Média, baseado na tentativa de conciliação entre um ideal de racionalidade, corporificado especialmente na tradição grega do *platonismo* e *aristotelismo*, e a experiência de contato direto com a verdade revelada, tal como a concebe a fé cristã." Quentin Skinner, embora discordando do simplismo da assertiva, reconhece o relevante papel da escolástica no desenvolvimento da teoria política renascentista, o que tem levado estudiosos a declarar que 'a escolástica anunciou o humanismo'. Esclarecedoras as reflexões desse autor: "Os alicerces da escolástica começaram a ser lançados com a gradual redescoberta do *corpus* central das obras filosóficas de Aristóteles. Considerável número de textos aristotélicos, muitas vezes conservados em traduções árabes, passou a ingressar na Europa, por intermédio do califado de Córdoba, em inícios do século XII (Haskins, 1927, pp. 284-90). Graças aos esforços envidados por eruditos como o bispo Raimundo de Toledo, essas obras não demoraram a ser traduzidas para o latim [...]. Os primeiros textos de Aristóteles a serem assim popularizados foram os compêndios de lógica, mas em meados do século XIII os seus tratados morais e políticos também estavam disponíveis para o público europeu. [...] Logo se notou que a filosofia moral e política de Aristóteles questionava a fundo o agostinismo, que então predominava na concepção do que seria uma vida política cristã." (SKINNER, 1996, p. 71).

fins metodológicos, a que acima se referiu, funciona de modo perverso para tipos de conhecimento do qual faz parte o Direito. Pode-se dizer, outra vez com Morin, que "tal como a fragmentação das ciências biológicas anula a noção de vida, a fragmentação das ciências humanas anula a noção de Homem." (2006, p. 41)

Ainda assim, há que se reconhecer que, dentre os fenômenos sociais, dois tipos modelaram a vida em sociedade: o Estado Moderno¹⁵ e o seu duplo, o Direito que o conforma. A expressão fenomenológica dessas duas criações intelectuais, em sua configuração típica do período histórico nominado Idade Moderna, impõe-nos a percepção e o reconhecimento de uma pulsão emancipatória, por um lado, e de uma contracorrente conservadora, por outro; uns enxergando o Direito, outros, o Oblíquo. O Direito, assim, transformou-se na arena em que se digladiam essas pulsões, num certo sentido utópicas, porém, de real manifestação no ambiente social. A sociedade se constituiu, ainda utilizando a analogia com os elementos da Física, no *meio* em que se desenvolve o Estado, que passa a emitir *ondas* normativas direcionadas aos membros da sociedade, a partir das quais o Homem realiza e se submete às mediações, já apresentadas como *propositiva* (quando se opera no âmbito das normas resultantes das pulsões reguladoras ou redutoras, jurídicas ou não, sob consenso dos interessados) e *impositiva* (quando, frustrada aquela, o monopólio da força se impõe por meio da pulsão corretora originada no Poder Judiciário).

2.2. SOCIEDADE E VONTADE-DE-ORDEM: PULSÃO ORDENADORA

O meio, nos termos atrás vistos, constituído pelas sociedades humanas é o cenário que tomaremos como exemplo para introduzir elementos necessários à análise pretendida. O vocábulo *sociedade* frequentemente vem associado a outro, Estado, como se constituíssem ser unitário ou existente numa relação de dependência; porém, a sinonímia primitiva se deu entre *agrupamento social e sociedade* e a idéia de *ordenamento*, seja *político* ou seja *jurídico*, fato identificável em remotos tempos anteriores ao surgimento da idéia de Estado e de Direito.

¹⁵ *Estado Moderno*, neste trabalho, será expressão aplicada para referir-se àquela estrutura político-organizacional teoricamente concebida a partir das bruxuleantes estruturas político-associativas Medievais que apresentavam dois elementos distintivos dos *estados do passado*: a autonomia (revestida de soberania como dogma político) e a separação entre o próprio Estado e a sociedade civil (Cfe. GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**, Porto Alegre: LP&M, 1980, p. 17). Pode-se acrescentar como elemento caracterizador do Estado Moderno a ereção da *regra do direito* como dogma fundante, que seria aprofundada por meio da acentuação da positividade normativa. Esse *Estado* viveria suas fases, com esforço registrada por sua historicidade: Estado Absolutista, Estado Liberal e Estado Social.

A complexidade das agrupações sociais e a suas pulsões ordenadoras, dirigidas ao ordenamento político e comportamental dos seus membros, têm constituído um meio de comunicação propício ao surgimento de formas de ordenamento político, de ordenamento jurídico e também de autoridades automeadas responsáveis pelo controle e implemento de ambos, fato que marcou a história do Homem no que respeita sua relação com o semelhante.

Os registros históricos das sociedades humanas permitem considerar acertado o entendimento de que, ao tomar consciência de sua condição existencial em algum momento de sua história, o Homem deparou com o antecedente necessário para desenvolver a *consciência do outro* e, por conseqüência, do sistema *social* em que vive, ensejando a compreensão de que fazia parte de algo maior do que sugeria sua condição de espécimen (MORAES, 1996, p. 29).

Talvez mais presente que os sentidos de insegurança e temor, sublinhados por Thomas Hobbes em sua fábula política que ensaia uma explicação da suposta contratação do pacto social, tenha sido sempre o *sensu de sobrevivência*, visto por alguns autores como “inato, incondicionado e de natureza biológica, sendo a fonte, a causa primeira e última de todo o nosso comportamento individual e social” (MORAES, 1996, p. 104). Referido *sensu* está na origem das pulsões ordenadoras.

Esse sentimento, se aliado àquela autoconsciência derivada do *sensu* de pertença a um meio de semelhantes, poderiam, segundo essa inteligência, acentuar a idéia comum de sociabilidade e nos remeter ao reconhecimento de um *atavismo* relacionado ao temperamento gregário, de cooperação e de solidariedade, de tendência a uma ordem permissiva da convivência harmônica e de direção visando a fins adequados ou úteis ao conjunto (MORAES, 1996, p. 32). Isto equivale a reconhecer que há, como componente da natureza humana, uma *vontade-de-ordem*, uma demanda por ordenamento; demanda que reflete a vontade humana de constituir ambiente social capaz de lhe conferir sentimentos de segurança existencial. Num degrau acima dessa reflexão em sentido humano, poder-se-á distinguir, no argumento, a idéia de solidariedade permeando o conceito de sociabilidade.

Essa *vontade-de-ordem* como pressuposto de segurança existencial, independeria, portanto, da presença de uma autoridade política ou mesmo de um ordenamento jurídico. Um desejo de ordem que – brotando diretamente, daquela necessidade grupalmente percebida de segurança

e indiretamente, das demandas e costumes sociais – seria, ao contrário, origem e razão de ser desses ordenamentos, sendo mesmo capaz de, por vias transversas, lhe conferir, relativamente, o que a ciência política denomina *legitimidade política*, conceito não mais rarefeito que tem sido insistente e insuficientemente, ao longo da história, apropriado pelas mais diversas *fontes de poder*.

A reflexão acima flerta com a resposta e respectiva indagação de Léon Duguit quando propõe o exemplo de uma sociedade ideal destituída de autoridade política e de leis escritas: numa sociedade assim constituída existiria um direito? Qual seria o fundamento desse direito? (2005, p. 11). A peremptória solução apresentada pelo autor – “Que haveria um direito, parece-nos incontestável.” – repele, segundo o próprio, Hegel e Ihering, para quem o Direito só se concebe como criação do Estado e só pode existir a partir da sua constituição por este ente político, e reafirma a percepção de uma subjetividade inata que ruma inexoravelmente em direção ao Direito, até independentemente do Estado, como se estivéssemos tratando de um determinismo ilustrado pela relação existente entre um vegetal e a luz solar, representada pelo fenômeno denominado *fototropia*. As injunções políticas viriam relativizar o argumento e a outorgar relativa razão a Hegel e a Ihering, pois o Estado se tornaria principal fonte da lei.

Abrigados sob um rol de sentimentos comuns, o ser humano e seus ordenamentos políticos se arranjaram sob os mais diversos moldes segundo a subjetividade desenvolvida por seus membros em diferentes eras, em especial por seus membros sob algum aspecto proeminentes, e segundo as exigências impostas por seus objetivos e pela complexidade dos desafios que se lhes apresentavam. Martin van Creveld, ao tratar de uma era *anterior ao Estado*, que iria, segundo sua inteligência, da pré-história ao fim do século XIII, refere-se a tribos sem governantes, tribos com governantes, cidades-estado e impérios (2004, pp. 1 e ss.), reconhece que, embora inexistente uma corporação política de grande abrangência e organização de caracteres modernos, havia um *sentido de ordenamento político que agregava sentimentos e interesses comuns*.

Admite-se dizer, então, que, nas sociedades humanas, independentemente do arranjo político que se faça, certo nível de harmonia social se revela como um fim, sendo mesmo considerada como necessária e indispensável à sobrevivência dos grupos, pois se constitui num valor que autoriza que cada indivíduo exija, do outro, ações e abstenções, não só em benefício próprio, mas também em benefício do conjunto (MORAES, 1996, p. 106). Também segundo esse

autor, nas mesmas obra e página, “a norma jurídica primordial seria, pois, a expressão do sentimento de que o interesse particular não é o único bem a ser atendido”.

Essas considerações abrem horizonte para a apresentação de reflexão sobre as díspares subjetividades das sociedades de distintas eras, incluindo aquelas referidas como *anteriores ao Estado*, visto este sob sua feição Moderna. Componente comum a essas subjetividades parece ser a noção de pertença a um grupo, assim como a sensação de proporcionalidade entre segurança existencial e coesão grupal, e também o senso de sobrevivência e de promoção de uma *relativa harmonia social*, o que induz à constituição de um dado agrupamento político organizado e ordenado para este fim. Esses elementos característicos de uma sociedade humana têm conformado as mais diferentes agremiações sociais, independentemente de suas estruturas antropológicas e sociológicas.

Pode-se afirmar que estavam presentes entre os helênicos, cuja subjetividade estava ligada à relação desse povo com o contexto da pólis; estavam presentes também entre os cidadãos medievais, que marcavam sua subjetividade a partir da relação com Deus e Sua criação; e também podem ser encontrados no Homem moderno, que caracterizou sua subjetividade pela relação de si com o outro, relação esta mediada, com maior ênfase, pelo Direito (MORRISON, 2006, p. 318).

Na variação conteudística das subjetividades acima referidas desenham-se marcadamente os traços dos eflúvios socioculturais e político-econômicos de cada era. O deslocamento que se opera no elemento nuclear da subjetividade temporal – mediação das relações interpessoais a partir do (i) conceito de *polis*, (ii) da presença divina e mediação a partir (iii) de um modelo comunicativo de conteúdo normativo e universalizante, lastreado na cosmovisão e nos interesses do *homo faber et mercator* – resultou numa subversão daquela ordem que reconhecia a imanência de uma *vontade-de-ordem* determinante da existência da *norma apriorística primordial* acima citada.

Na quadra histórica em que se deu este último realinhamento das subjetividades a partir do Direito, já considerado em sua apresentação *estatal* ou *oficial*, o mundo ocidental seria inundado por novos sentimentos e percepções que, longe de serem universais, serviriam para amoldar uma *nova sociedade* cuja configuração vinha sendo construída havia alguns séculos.

Afaste-se o risco, simplista, de enxergar nessa última inflexão algum fenômeno espontâneo ou mesmo como tendo origem na vontade particular de um ou outro monarca. Tendo antecedente necessário aquele inato sentimento de ordem, como pressuposto de atendimento de outra inata necessidade – de segurança existencial, operou-se o conseqüente lógico, que veio a ser a organização das sociedades cada vez mais complexas sob moldes que vinham se mostrando eficazes quando *impostos* a sociedades igualmente complexas, mas geograficamente menores. Estavam postos, então, novos paradigmas para as sociedades ocidentais e seus satélites geográficos, desta vez com vocação universalizante porque seus pressupostos e valores também vinham se globalizando.

O conflito dessas distintas formas de organização social foi captado por Michel Foucault quando afirmou que o motor fundamental da história foi o enfrentamento “entre dois tipos de sociedade pela constituição de um Estado” (1999, p. 281). O professor do *Collège de France* referia-se a novas formas de organização jurídica e econômica, de modelo urbano, que prevaleceram, segundo ele, não por méritos militares, mas porque exibiam as sedutoras credenciais da prosperidade material e da capacidade administrativa, além de instintos inovadores, moral, vontade e outras características que as capacitaram para a tarefa de fazer com que suas instituições deixassem de ser locais e se tornassem, enfim, “as próprias instituições do direito político e do direito civil do país” (FOUCAULT, 1999, p. 201). As sociedades, maleáveis a partir de sua demanda-necessidade de ordenação, mostravam-se sugestionáveis por um discurso *ordenador*.

A universalização dessas instituições inovadoras, que se lastreavam naquela interação subjetiva mediada pelas novéis formas jurídicas, foi promovida por uma ordem social que, oficialmente alijada do ordenamento político europeu medieval, vinha se fortalecendo na pessoa do *homo faber et mercator*, sujeito constituinte daquela classe social, cujo protagonismo determinou a configuração da nova sociedade. Esse *homo oeconomicus*, inserido em sua classe, reconheceu que todas as funções constitutivas do ente que pretendia erigir estavam em suas mãos. Essa classe é a burguesia histórica. Esse ente é Estado moderno.

Ambos, a burguesia histórica e o seus lócus de poder, o Estado moderno, atenderiam de um modo especialmente exclusivo as demandas por ordem, propiciando – até mesmo em termos científicos – a construção de pontes epistemológicas, com intensos efeitos sociais, entre o medievalismo e a Modernidade; entre a sociedade com subjetividade regulada pela teologia;

entre a sociedade ordenada por valores ancestrais e uma nova, amoldável por uma ordem artificial pronunciada por um ente igualmente artificial.

2.3. CONSTRUÇÃO DO *LOCUS* INSTITUCIONALIZADOR DO PODER

A atemporalidade das sociedades, quando analisadas sob a perspectiva explanada no capítulo imediatamente anterior, a saber: agrupamento social que alimenta a demanda por ordem, revela outra face desta demanda que está intrinsecamente vinculada à questão do *poder*. Acertado é reconhecer nesta demanda, ao se adotar essa perspectiva, um conteúdo teleológico que bem pode ser traduzido no entendimento espontâneo de que “o Poder deve ser um provedor de tranqüilidade” (BURDEAU, 2005, p. 23). Sociedades medievais, *exempli gratia*, bem como as sociedades antigas, conviveram intensivamente com poderes distintos, relacionando-se de modo quase sempre tempestuoso com suas fontes, razão pela qual aquela velha intuição derivada do senso de autopreservação despertou o pensamento para a necessidade de *institucionalização do poder*.

Instituição é vocábulo aqui utilizado no sentido que lhe confere Burdeau ao afirmar que se trata de um empreendimento a serviço de uma idéia e organização de tal maneira que, estando a idéia incorporada no empreendimento, este possa dispor de um poder e de uma duração superiores aos dos indivíduos pelos quais ele age (BURDEAU, 2005, p. 11). É uma entidade que, sem ser divina, reveste-se de atributos sobre-humanos, concebida pelos homens para torná-la “titular de um *poder* que um chefe, por mais prestigioso e poderoso que seja, não pode assumir” (BURDEAU, 2005, p. 10). O professor francês assevera que, nas sociedades políticas, surge um momento em que as qualidades pessoais de um chefe, por mais especiais que sejam, mostram-se impotentes para justificar a autoridade por ele exercida.

Em certa quadra da jornada humana, dadas as condições sociohistóricas, tornou-se social e politicamente compreensível a dissociação entre o poder e o indivíduo que o exerce, no dizer de Burdeau. Ao deixar de estar incorporado “na pessoa do chefe, não pode subsistir ao estado de ectoplasma”, o que constitui a demanda por um outro titular (BURDEAU, 2005, p. 12). Surge, então, a oportunidade – e também a necessidade – de um trespasse do modelo *personalizado* de exercício do poder, para outro, configurado a partir de um processo de *institucionalização*.

A transição do estágio de *personalização* do poder para este denominado *institucionalização* somente foi tornada possível em decorrência da dissonância axio-teleológica entre as expectativas sociais e os efeitos reais do exercício do poder. Valorizou-se a crença na hipótese de que a institucionalização do poder conduziria à sua disciplina de modo a evitar a *corrupção da virtude*, conforme refere Maurizio Fioravanti ao analisar as construções políticas de gregos e romanos, preocupados que estavam em evitar que o exercício do poder convertesse monarcas em tiranos, aristocratas em oligarcas e povo em demagogos pronunciando um discurso demagógico (2001, p. 31).

Inspirado por eflúvios existenciais originados no senso de sobrevivência, o Homem pautou sua história nos esforços que julgou necessários para encapsular o poder de modo a reduzir os efeitos nefastos de seu exercício, numa interpretação. Noutra, o Homem o encapsulou para, do seu exercício dirigido, tirar melhor proveito.

A história humana, inclusive, formatou diferentes teorias políticas de acordo com os perfis sociológicos e politológicos de cada era, teorias estas que freqüentemente permitem reconhecer embates entre o esforço de constituir estruturas político-organizacionais com a finalidade de gerar *disciplina social* e aquele esforço para gerar *disciplina do poder*. Essas diferentes disciplinas, desenvolvidas para acomodar as demandas de distintas épocas, são retratadas com precisão pelo referido pesquisador italiano quando relembra Aristóteles e sua percepção da degeneração da *polis* que, segundo o Estagirita, teve origem na mercantilização da vida pública e sua orientação para interesses particulares e a conseqüente divisão social entre pobres e ricos (FIORAVANTI, 2001, p. 22).

Fioravanti sublinha que Políbio, historiador grego que olha para o passado dois séculos após Aristóteles, somente consegue enxergar em seu presente uma *disciplina do poder*, cuja teoria traz em seu âmago o pressuposto da imposição de limites ao seu exercício (2001, p. 27), fato que autoriza o mestre italiano – sob as ressalvas que o conteúdo semântico do vocábulo e seu uso sugerem – a reconhecer a existência de uma *constituição dos antigos*. Constituição em sentido lato, lastreado no ideal de limitação do poder e o seu exercício plural – donde derivou a idéia de *democracia* –, que atendia pelo étimo *politeia* entre os gregos e *constitutio* ou *status civitatis*, entre os romanos, e sempre guiada por uma grande idéia, qual seja, a de organização de uma comunidade política duradoura, livre de uma vida concreta percebida como mero efeito das aspirações dos potentes e vencedores (FIORAVANTI, 2001, p. 31).

Esforços dirigidos à *institucionalização* do poder, traduzindo o desejo de transferi-lo da *pessoa potente*, que governa, para uma instituição impessoal e plural, são igualmente fatores determinantes e fatores determinados pelos influxos daquelas sociedades que desde sempre exibem uma **pulsão ordenadora**. Porque é razoável parafrasear Barbas Homem – ao afirmar: “As instituições não podem ser compreendidas sem se estudarem os seus pressupostos teóricos” (HOMEM, 2006, p. 25) –, deve-se reconhecer a imperatividade de extrair elementos cognitivos dos pressupostos da gênese do Estado, a instituição-mor da qual se trata.

Nesse exercício reflexivo, indispensável olhar para a História da Política. E nesse olhar, a vista não foge das lutas de classe – qualquer delas composta por seres essencialmente semelhantes, que se sublinhe a obviedade – que marcaram especialmente a História europeia. Entre as classes sociais organizadas que se digladiavam nos séculos que serviram de ensaios à *materialização da efetiva institucionalização do poder*, uma tem recebido merecido destaque: a burguesia histórica, orientada por seus projetos de organização socioeconômica e protagonista do processo de evolução civilizatória europeia. Sobre ela, seus notáveis esforços e realizações, e também sobre os acontecimentos dos quais foi protagonista ou simples interessada, será necessário tratar nas próximas linhas.

2.3.1 Comunidade de Interesses, Burguesia e Conflitos

Observa Norbert Elias¹⁶ que, durante toda a Idade Média, se assistiu às lutas entre a nobreza e a Igreja por suas respectivas parcelas no controle e produção da terra, sendo que nos séculos XII e XIII emergiu um novo grupo participante do confronto de forças: os privilegiados moradores das cidades, a denominada *burguesia*¹⁷, estrato social caracterizado pela presença de humanos especialmente laboriosos e ambiciosos e descolados das crenças vigentes.

¹⁶*O processo civilizador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, vol. 2, p.15. Nesta obra Norbert Elias constrói interessante análise sociológica do Homem medieval na qual, além de aspectos gerais da vida político-social, dissecar hábitos que, num processo socializador e civilizante, confeririam ao Homem contemporâneo sua carga de valores que moldou o mundo ocidental.

¹⁷Há comentário esclarecedor acerca desse estamento medieval em *Da alvorada à decadência*, de Jacques Barzun, Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 276: "O nome 'burguesia' tem-se prestado a tantos usos desde a voga do marxismo e da sociologia, que necessita de um momento de atenção. Um dos mais tolos e cediços chavões com que nos deparamos em livros é: 'a burguesia nascente'. A grande maioria das vezes é representada como tendo surgido na Inglaterra do século XIX como uma classe composta de fabricantes. A frase também serve para explicar vários movimentos de reforma na Inglaterra e revoluções em outros países; consideram-na responsável pelo aperfeiçoamento da organização policial e a popularidade do romance. A burguesia nascente assemelha-se a um perpétuo *soufflé*. Para Karl Marx, os burgueses eram os senhores de uma etapa da história, como se os aristocratas e os camponeses já não exercessem qualquer poder. Depois dele, romancistas e críticos usaram o

Essa *classe social*, constituída de uma *ordem mercantil*, cresceu a partir do desenvolvimento dos burgos medievais europeus, lastreada nas atividades comerciais típicas das sociedades feudais. Sua ínfima posição diante daqueles outros dois estamentos dominadores haveria de determinar sua existência e orientar sua reação. Sua conduta freqüentemente conflituosa em face do poder político-religioso constituiu um simbolismo que lhe concedeu um cariz de classe fora-do-sistema, e a partir dessa percepção ela pôde agregar mais pessoas e outras classes, constituindo uma comunidade de interesses que conferiria muito mais contundência às suas exigências.

A partir do século XII, juntamente com o fortalecimento de reis e grandes senhores de terra, que teve como umas das causas a necessidade de exercício da soberania e autonomia e como um dos efeitos o enfraquecimento do sistema feudal (GILISSEN, 2003, p. 130), as circunstâncias sociais, políticas e econômicas constituíram terreno fértil para o crescimento do pensamento libertário burguês, que seduzia igualmente outros estamentos da sociedade européia.

Se a burocracia, historicamente composta por membros do clero – que, virando agentes do rei, substituíam autoridades locais a fim de uniformizar o modo de governar, em consonância com as ordens do monarca (BARZUN, 2002, p. 274) –, foi uma importante aliada da monarquia fortalecendo-a ao fazer repercutir suas ordens, a burguesia teve um duplo papel que lhe outorgou relevância político-social.

nome como um termo pejorativo, denotando um moralismo sufocante e gostos que denunciavam sua indiferença por valores culturais e éticos." Barzun também faz correções a respeito do uso da expressão no tempo da história, evidenciando os equívocos literários que ameaçam a precisão histórica: "Para começar, a cronologia está errada. A época da burguesia nascente não é o século XIX, mas o século XII. Foi então que, após um penoso esforço, as cidades da Europa começaram a reviver, as estradas melhoraram e o comércio floresceu de novo para além da muralhas citadinas. Nos primórdios da Era Moderna, esse comércio era inter-europeu e em breve, global. As pessoas que o realizavam receberam o nome de burgueses por serem habitantes do *burgo* ou cidade." O mesmo autor, *loc. et op. cit.*, confirma o poder econômico e a penetração social da classe burguesa, revelando, mais uma vez, o poder econômico como, talvez, a principal causa da sua influência histórica: "Eram gente abastada; já no século XIV estavam emprestando dinheiro a reis e substituindo o clero como funcionários da administração pública, pois sabiam ler, escrever e, em especial, fazer contas. No reinado de Luís XIV, ocupavam os mais importantes postos e estavam sendo nobilitados a torto e a direito por seus serviços. Assim, a burguesia não estava nascendo duzentos anos mais tarde, nos dias da Rainha Vitória. Já tinha crescido tudo o que tinha de crescer." É essa capacidade econômica que irá conferir aos burgueses um duplo poder: tanto o de submeter seus pares clericais e nobres às suas pretensões hegemônicas, que levou à extinção dos privilégios destes, quanto para manter sob controle as grandes massas que, espalhadas pelos decadentes reinos europeus, também alimentavam aspirações de autonomia e dignidade. Essas massas humanas, entretanto, jamais receberam da burguesia tratamento mais digno que aquele que lhes dispensavam a nobreza e o clero. Sua afinidade com essas massas oscilava de acordo com os interesses e inimigos de momento.

Além de celeiro de servidores qualificados para a administração dos reinos (BARZUN, 2002, p. 275, 276), inicialmente a burguesia foi também o esteio dos monarcas, que a ela recorriam quando os custos de manutenção da guerra atingiam limites insustentáveis; por isso, monarcas mais fortes eram aqueles em cujos domínios existiam cidades prósperas: artesãos e mercadores que aí viviam eram seus aliados naturais, visto que quase sempre precisava se fortalecer perante os nobres. Estes, por seu lado, historicamente se constituíram nos grandes inimigos dos habitantes dos burgos, saqueando-os e impingindo-lhes tratamento ignominioso, a exemplo do insuportável confisco tributário em nome da segurança da propriedade e de outros institutos feudais cuja única função era manter sob opressão servos e vassallos.

A história mostra e a psicologia explica que o poder demanda mais poder, numa espiral que conduzirá, se freios não existirem, à concentração absoluta. Por isso que, posteriormente, essa mesma burguesia, vendo-se impedida de ostentar as mesmas vantagens da nobreza e fortalecida por seu crescimento em importância e infiltração em todos os aparelhos das estruturas de poder medieval, deslocou-se do *status* de aliada do monarca – a quem auxiliava nos embates com a nobreza – e buscou emancipar-se politicamente ao ponto de reivindicar seu reconhecimento como parte integrante das estruturas de poder então existentes.

O enriquecimento da burguesia, em sentido lato, e sua crescente participação na administração dos negócios do reino, por meio do exercício de atividades técnicas, intelectuais e financeiras, permitiram-lhe auferir liberdade e poder num crescendo tal que em poucas décadas passou a dominar social, política e economicamente outras classes que protagonizavam no mundo feudal. Essa supremacia da burguesia culminaria em episódios marcantes da recente história ocidental – a exemplo daqueles ocorridos nos Estados Unidos da América, na Inglaterra e em França na segunda cinquentena do século XVIII, sendo este referido por último talvez o mais destacado deles, embora posterior à Revolução Americana e menos importante, em termos econômicos, do que a Revolução Industrial inglesa.

Em todos esses capítulos da construção da sociedade moderna, lá estava o *Homem renascentista*¹⁸, o burguês convertido em importante ator social, protagonizando mudanças estruturais com o objetivo de criar seu *locus* existencial, moldado às suas necessidades e

¹⁸Referência à obra *O Homem do Renascimento*, de Agnes Heller, em tradução portuguesa publicada em 1982 pela editora Presença, de Lisboa, no qual a autora constrói admirável perfil da sociedade renascentista e do Homem burguês, construtor intelectual e material desta sociedade.

ambições: ele mudaria de posição subjugando seus concorrentes pelo predomínio do controle social. Um espírito de indômito *aquisidor*¹⁹ se inquietava em posições subalternas e reivindicava o protagonismo e a posse do comando da história, ao menos da sua história, que queria ver construída sem as peias de outros grupos que considerava exageradamente premiados com privilégios.

É conhecida, pois, a trajetória da burguesia e o seu ciclo histórico-existencial, o qual denota um nascimento progressista, revolucionário – quando levou à ruptura das amarras sociais, beneficiando todo o mundo ocidental – e uma acomodação conservadora cujo início se percebe no momento em que lhe são reconhecidas prerrogativas especiais. A partir de meados da Idade Média ela já exercia inegável influência na organização feudal erguida a partir do declínio do Império Romano.

O bruxuleante poder político – o Estado embrionário, ainda *personalizado* – identificável nos fins da história medieval, onde reis e papas lutavam para fazer prevalecer a autoridade temporal, refortalecida na figura do Sacro Império Romano-Germânico, ou a autoridade espiritual²⁰ dos herdeiros de Pedro, foi corroído pelos ingentes esforços materiais e intelectuais da burguesia para se firmar como um dos pilares da era que se avizinhava.

As novas demandas políticas, sustentadas por originais filosofemas construídos sobre a base racionalista das ciências em desenvolvimento desidrataram o vigor da *teoria das duas espadas*, que autorizava a dicotomia material do *plenitudo potestatis* divino em duas forças: *auctoritas* e *postestas*, reconhecidas respectivamente ao príncipe da Igreja e ao Rei. O avanço da Idade Média haveria, e esta era a crença da burguesia, de permitir a construção de novas teorias políticas e religiosas, bem como novas instituições político-administrativas aptas a empurrar os limites da idéia de entidade administrativa e capaz de zelar pelos interesses dos

¹⁹Gilson Baptista Soares, tradutor da obra citada de Philippe Gigantès (2002) usa esse vocábulo reconhecendo que não está dicionarizado e justificando o neologismo pela utilidade em traduzir "aqueles que são aquisitivos."

²⁰"De uma parte, a autoridade temporal ressuscitada na imagem do Santo Império Romano-Germânico; doutra, a autoridade espiritual dos Papas, em toda sua majestade, rodeada da aura divina com porfiar por uma supremacia jamais lograda nem consumada ao longo de tantos séculos de rivalidades do Sumo Pontífice com os Imperadores da Coroa Romano-Germânica." (Bonavides, Paulo. *Teoria do Estado*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33). A história nos permite entrever a presença dos expoentes dessa classe feudal protagonizando eventos, com a devida discricção, cujos efeitos pareciam mesmo ser preparatórios de sua primazia, que a própria história viria confirmar.

estamentos de maior influência, representando a alvorada do que viria a ser conhecido como *Estado Moderno*.

A necessidade desta nova classe de consolidar suas conquistas e petrificar certos avanços políticos demandava urgente estabilização da correlação de forças lastreada em certos princípios fundadores do *universo burguês*. Além disso, era necessário que os outros *dois estamentos* principais – nobreza e clero, que tiveram seus lastros e princípios lançados em irrecuperável crise histórica, fossem mantidos sob controle e submetidos a um novo *ordenamento*.

Essa nova ordem não necessariamente se oporia de modo irremediável ao clero e à nobreza; sua função principal era distribuir de modo mais equitativo entre si os privilégios, até então concentrados nas duas primeiras classes. A opção histórica seria pelo concerto, não pela confrontação. Por não olhar pela maioria, senão para si mesmo, a burguesia desejava conchavos que lhe acomodassem no andar superior da sociedade européia.

O cenário dialético sociohistórico no qual se deu a ascensão da burguesia fervilhava de idéias capazes de relativizar a importância da imagem de D'us – princípio maior de um daqueles estamentos, a Igreja - e também da Monarquia e sua origem divina, lastro de outro *estamento*, a nobreza. É certo que os teóricos burgueses, renascentistas e iluministas, reconheciam a necessidade de manutenção do Homem sob os olhos de um *ser superior*, ao qual a submissão não parece ignominiosa. D'us poderia se mostrar complacente e permitir ao Homem construir o mundo, regido por uma ordem social moldada aos interesses de uma nova classe controladora. A partir desses pensamentos, revolucionários àquela altura da marcha histórica, assistiu-se a uma verdadeira *antropocentrização* da política e também do Direito, já administrado como instrumento de direcionamento e contenção das relações sociais.

O dilema histórico, somado ao espírito do medo que rondava a existência naqueles tempos sombrios e também ao senso de sobrevivência, levou os homens a conceberem uma instituição que surgiu já se metamorfoseando, tendo sido criada sob a forma de ficção jurídico-constitucional com a intenção de preservar alguns homens da submissão direta a outros homens.

Concebida, pois, a *instituição estatal* com feições Modernas, afastando-se os princípios fundadores da autoridade dos outros dois estamentos, os Homens fizeram dela a sede e o

suporte simbólico do poder cuja necessidade e peso sentem todos os dias, mas que, sendo reconhecido a um ser intangível, ainda que secular, permite-lhes curvar-se a uma autoridade que sabem inevitável, sem, porém, sentirem-se sujeitos a vontades humanas. Estava criada, na percepção refinada de Georges Burdeau, “uma forma de poder que enobrece a obediência” (2005, p. XI).

No interior desta inovadora forma de poder, institucionalizado, entranhava-se uma nova *ordem socioeconômica* cuja moldura, a ser fortalecida pelas normas jurídicas emanadas do centro de comando deste mesmo poder, haveria de substituir a força bruta pela força do Direito. Por este seria factível abandonar em definitivo os anseios por uma *disciplina social* em nome de uma *disciplina do poder*.

Os protagonistas burgueses também se curvavam às ordenações emanadas daquele novo ente, que institucionalizaria o *poder*, mas não sem antes subverter o conceito de e capturar as fontes dessas ordenações. Seu grande projeto seria mesmo fazer o Estado *ocupar o lugar de D'us*, considerando a nova ordem política que diminuía consideravelmente o alcance do espectro teológico, algo a ser alcançado por meio da Ciência, então incipiente, lastreada num sistema do tipo cartesiano, que surgiria como o único capaz de tomar o lugar das várias construções filosóficas que derivaram do sistema aristotélico (ROVIGHI, 1999, p. 433).

3. DOMINANDO O MEIO, CONSTRUINDO AS FONTES

3.1 CONCEPÇÃO E CONFIGURAÇÃO DO ESTADO

Muitas décadas antes dos embates filosóficos, políticos e físicos que deram forma ao Estado iluminista, sempre com supedâneo nas reflexões dos gregos e dos primeiros pensadores cristãos, os europeus teorizavam sobre o poder e suas múltiplas formas de exercício. Contudo, há três ciclos teóricos da história pós-medieval que, dados seus reflexos nas sociedades futuras, passaram a compor em definitivo a constelação de construções que iluminam e sustentam o Estado Moderno iluminista.

A eleição arbitrária desses três ciclos, dos quais se tratará abaixo, tem justificativa no fato de que as teorias que os compõem terem se tornado o sustentáculo do edifício a que chamamos *Estado Moderno-Liberal*. Vem daí a necessidade dessa nota histórica: sem as teorizações abaixo referidas, é possível que o Estado moderno-liberal de configuração *constitucional* não tivesse surgido ou, se surgido, não apresentaria suas conhecidas feições. Feições estas que têm indiscutivelmente promovido interesses díspares, antagônicos até; de uns que detêm a propriedade dos bens socialmente relevantes e dos outros, que se submetem aos primeiros, não sem antes sucumbir ao temor reverencial inspirado pelo *novo deus*, o Estado moderno. Há uma balança da vida e uma luta para manter seu equilíbrio mínimo, desejado pelos herdeiros daquela visão aristotélica da *politeia*, ou seu desequilíbrio constante.

O Estado que emergirá desta epopéia feita de idéias, suor e sangue terá a pretensão de conduzir a Humanidade ocidental – e posteriormente toda ela – de um ficcional *estado de natureza*, que será descrito de distintas formas, para um *estado social e político*, que será nominado *estado civil*. A ponte histórico-política seria construída a partir de uma soberba teoria que pretendeu “estabelecer, ao mesmo tempo, a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um acordo de vontades”. Esse acordo de vontades selará certo tipo de consenso e pretenderá por fim ao estágio pré-político, aquele estado de natureza, e iniciar a sociedade política, o novo estado civil (STRECK e MORAIS, 2006, p. 29).

A filosofia política, incrementada pelo fluxo e refluxo das idéias renascentistas, daria numerosas sugestões para a superação desse estágio *pré-político*, observados os cânones racionalistas libertários e contestadores do teocentrismo que marcara a filosofia medieval.

Identifica-se, em todos os teóricos que se lançaram à tarefa, uma intenção específica que demandava esforços dirigidos para o equacionamento da questão relativa à *legitimação do poder* e também ao seu *controle*. Para arquitetar um modelo teórico racional e defensável, os filósofos contratualistas – incluindo os mais célebres: Hobbes, Locke, Spinoza e Rousseau – sustentariam seus argumentos em variadas concepções e interpretações do poder político. Certamente um dos argumentos mais notáveis seria apanhado nos escritos medievos e seria alçado ao nível metafísico de um *direito natural*, robustecendo uma teoria que seria fundadora da modernidade e seus cânones normativos.

O Estado Moderno ganharia, com os filosofemas desenvolvidos a partir do Renascimento, uma configuração que, superadas naturais divergências e promovidas algumas adaptações, se estabilizaria e conduziria a Humanidade de um modo jamais visto. O húmus da história européia alimentaria a historicidade mundial, constituiria de modo peculiar as fontes do poder, conformaria as pulsões ordenadoras, criaria os canais para exercício das pulsões apócrifas e, por tudo isso, serviria a uma padronização, com raras exceções, do *modus vivendi* lastreado nos ordenamentos submissivos que o Homem passaria a conhecer e que representaria o que viria a se chamar *tradição jurídica ocidental*. Compreender sua historicidade e ontogenia cambiantes é compreender a própria condição humana.

É certo que o Estado Moderno de que se trata aqui é o *Estado civil, secular*, aquele que recebe o desenho pela mão do Homem, liberto que se fez tanto do báculo da Igreja quanto da espada dos príncipes (NAY, 2007, p. 103). Mas seria um erro não anotar – inclusive para tornar mais compreensível as referências, aqui registradas, sobre o conceito de *teologia política*, tão manejado por respeitáveis doutrinadores – que a ascensão desse Estado secular, fruto da tríade demasiadamente humana *razão-indivíduo-liberdade*, está imbricada com o surgimento do que alguns autores consideram o *primeiro Estado moderno ocidental*, a Igreja Católica Apostólica Romana (BERMAN, 2006, p. 142).

Harold Berman, citando o historiador inglês F. W. Maitland, sublinha ser impossível formular qualquer definição aceitável de Estado que não inclua a Igreja Medieval. Maitland,

complementado por Berman, destaca a aquisição, pela Igreja, da maioria das características que viriam a distinguir o Estado Moderno (2006, p. 142):

[A Igreja] alegava ser uma autoridade independente, hierárquica e pública. Seu líder, o papa, tinha o direito de legislar, e de fato os sucessores do papa Gregório VII promulgaram uma série de novas leis, às vezes por sua própria autoridade, às vezes com o auxílio dos concílios convocados por eles. A Igreja também aplicava suas leis por meio de uma hierarquia administrativa, por intermédio da qual o papa governava, como um soberano moderno, através de seus representantes. Ademais, a Igreja interpretava suas leis e aplicava-as, por meio de uma hierarquia judicial que culminava na cúria papal em Roma. Portanto, a Igreja **exercia os poderes legislativo, administrativo e judiciário** de um Estado moderno. Além disso, ela aderiu a um sistema racional de jurisprudência: o Direito Canônico. [...] Ocasionalmente, a Igreja até mesmo organizava exércitos.

Claro que se impõe a ressalva, encampada pelo próprio Berman, de que é um paradoxo nominar a Igreja de Estado moderno, pois o principal traço de distinção entre os Estados antigo e moderno é exatamente o caráter secular do segundo. Claro também que esse digressivo olhar sobre as origens do Estado, como se disse, confere mais inteligibilidade os argumentos relativos à teologia política: tendo sido a Igreja o primeiro Estado (não necessariamente Moderno, mas de modelo moderno, ou que antecipou o modelo Moderno), é um conseqüente lógico que sua concepção e configuração sejam decalcadas pela indelebilidade de um determinado modo de organização concebido também para institucionalizar o Poder.²¹ Igualmente, a analogia enseja o entendimento da *forma* adquirida pelo Estado: centralizador, autoritário, formalista, promitente de redenções, *oblíquo* mas se dizendo *reto*.

A épora do Poder do Estado religioso representado pela Igreja certamente foi *copiada* pelo racionalismo balizador do pensamento Renascentista. Do que se vai tratar agora é extraível a transferência da necessidade de manutenção do sentimento de reverência como instrumento de tratamento das *pulsões ordenadoras*, antes submetidas a forças supostamente divinas, oriundas de um ser Todo-poderoso que nos exigia adoração e obediência.

²¹ São muitos os exemplos que apontam para as semelhanças institucionais e comportamentais entre Igreja estabelecida e o Estado Moderno em construção. Algumas são de fato espirituosas: “Desenvolvimento da cultura cortesã como liturgia da nova religião do Estado: em vez de igrejas, são construídos castelos, em vez de missas, são realizadas festas na corte, em vez de eucaristia e dos sacramentos, a representação e a adoração do rei pela sua corte. (SCHWANITZ, 2007, p. 97). O enredo era o mesmo. Mudaram-se o autor e os atores: sai Deus, entra o Homem; saem os sacerdotes e vêm os burocratas do Estado.

No ponto de inflexão da Modernidade, a tríade da qual ainda se falará – razão, indivíduo e liberdade – atuaria de modo a constituir um vórtice político orientado pelas pulsões ordenadoras do Homem liberto, racional e autônomo. Não foi outra coisa que se deu quando Thomas Hobbes decidiu tomar parte do poder que se atribuía ao transcendente divinizado e localizado na Igreja para entregá-lo ao *Leviatã*. A mudança da sede do poder, da Igreja para o Estado, somente poderia ser concretizada se os pressupostos da relação de poder que durante séculos sustentava o Estado eclesiástico fossem parcialmente preservados. Vejamos, então.

3.1.1 Hobbes e a filosofia do poder civil

Das teorias que buscaram fundar as razões ontológicas desta criação do Homem Moderno, uma que recebeu raro destaque é aquela desenvolvida pelo filósofo liberal inglês Thomas Hobbes, considerado por diversos autores o *inventor do Estado* (e.g., CREVELD, 2004, p. 482), inclusive como necessário mediador social. Falando de seu nascimento, Hobbes afirmou que sua genitora trouxera gêmeos à luz, ele próprio e o medo. Atemorizava menos o filósofo a barbárie imposta à coletividade pelos detentores do poder, a nobreza e a igreja, e mais a permanente sensação de conflito que o mundo sem ordem inspirava, e também a ausência de *método* na organização da vida social.

Essa sensação potencializava o horror em que viviam seus contemporâneos: o ambiente caótico – denominado por ele de *estado de natureza*, a sugerir o horror anômico – clamava por ordem e Hobbes foi o primeiro filósofo moderno a tentar estruturar a sociedade sobre uma ordem jurídico-política de bases científicas²². Para Hobbes, o estado de natureza – fonte de seus temores existenciais e filosóficos – deveria ser banido, e o *direito natural* substituído por um *direito positivo*, originado do Estado. Sobre o projeto de Estado e a sua legitimação pela origem do ordenamento jurídico, o próprio Hobbes assim se expressa (HOBBS, 2005, pp. 155 e 156):

²² Simone Goyard-Fabre assim expressa o apego de Hobbes aos postulados científicos: "À luz do epistema mecanicista adotado por Hobbes, o esboço traçado por Bodin de um direito político, no qual repercutia o canto divino do mundo, assume uma feição 'fabulosa' e, de qualquer modo, obsoleta. Hobbes considera que não se chega às verdades do direito político ouvindo a música das esferas que os 'sineiros do mundo' fazem soar. Para compreender as estruturas do Estado, é preciso elevar-se ao conhecimento lógico e aos encadeamentos necessários dos elementos que nele compõem. O cientificismo pretendido pela teoria hobbesiana abre à evidência um registro novo para a filosofia do direito. Nesse registro escrevem-se, com uma nitidez excessiva, no passo geométrico do mecanismo, os paradigmas da Modernidade jurídica e política." (*Os princípios filosóficos do direito político moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 31).

Entendo por *leis civis* aquelas leis que os homens são obrigados a respeitar, não por serem deste ou daquele Estado em particular, mas de um Estado [...]. E em primeiro lugar é evidente que a lei, em geral, não é um conselho, mas uma ordem, nem uma ordem dada por qualquer Homem a qualquer Homem, mas somente daquele cuja ordem é dada a alguém anteriormente obrigado a obedecer.

O *Zeitgeist* hobbesiano decerto fez parecer necessário dar conteúdo científico ao método político, inclusive para afastar interferências já conhecidas, numa reflexão tributária da Física mecanicista de Mersenne e Galileu, com os quais o inglês conviveu durante seus estudos na Europa continental (BOBBIO, 1991, p. 25). Prenunciando o império racional-tecnicista que marcaria o mundo moderno, o filósofo político inglês construiu uma magnífica ponte entre antropologia e política (GOYARD-FABRE, 2002, p. 31) e, indo além de Maquiavel – que vislumbrara vínculos entre os jogos da política e as características morais do Homem –, detectou na natureza humana a fonte das estruturas de direito da política.

Ao defender a concepção de uma ordem social estável onde pudesse florescer a sociedade civil, Hobbes inaugurou o *liberalismo político*, que se constituiria na filosofia política basilar da Modernidade, e também uma nova ética social, baseada na legítima defesa dos próprios direitos (MORRISON, 2006, p. 92). Inspirado por seu tempo, o qual assistia ao frenético desenvolvimento das ciências e à reaproximação dos homens com o legado clássico, além de violenta conflagração civil, Hobbes elaborou uma *filosofia do poder civil* recorrendo aos conceitos, às categorias e aos esquemas, enfim, ao método da nascente ciência mecanicista.

Era necessário, como intuíram Hobbes e muitos de seus contemporâneos, refutar um *modus vivendi* complacente com comportamentos bestiais sob pena de a *commonwealth* ser inviabilizada. Outra vez surgia o senso de sobrevivência como guia do agir humano, impondo a domesticação da força, submetendo-a a específicas regras de convivência; mostrando ser necessário construir uma cidadela normativa inexpugnável pelo espírito *aquisidor*, uma vez que a exacerbação desse espírito – legítima para todos uma vez que as diferenças entre os homens se mostravam cada vez mais pálidas – expunha a risco todos os membros da nação.

A atmosfera respirada por Hobbes – o *estado de natureza*, cuja percepção agudizava-se pelos efeitos da guerra civil –, que o levou a experimentar a *dialética do medo e do poder* (MORRISON, 2006, p. 92) e, sob as luzes da ciência em desenvolvimento, também a *humanizar* as causas e os efeitos da vida em sociedade, iria se sustentar durante os séculos subsequentes,

sempre associada à figura de um *mandatário institucional* detentores de poderes quase absolutos, o *Leviatã*, tivesse ele ou não as feições imaginadas pelo filósofo inglês.

A precariedade das relações sociais típicas do momento histórico vivenciado por Hobbes certamente está nas raízes de seu pensamento: é necessário conceber um ser cuja potência e força real se converta no valhacouto, não dos desvalidos secularmente mantidos nas periferias da história, mas de uma nova classe que precisava impor seus interesses livres de qualquer restrição originada nas intenções de manutenção de determinado *status quo*.

A fonte desse poder seria o elemento de *soberania* que Hobbes, discreta e convenientemente, deixou de reconhecer no rei e mesmo em D'us, para abrir as cortinas à entrada triunfal do Homem burguês na história dos seres capazes de emanar força e autonomia. Estava posto de modo categórico o modelo contratual de estruturação da vida em sociedade. A forma de expressão desse poder seria a lei, emanada de fonte soberana, pensada na autoridade de um rei à imagem do filósofo-rei conhecida nos textos clássicos.

Ao antropologizar a política e seu elemento ordenador, o Direito, Thomas Hobbes revolucionou a doutrina do poder, dando-lhe existência nos enunciados normativos que disciplinariam o agir dos homens no *estado de natureza*, criando sua antítese. O pensamento juspolítico hobbesiano incorporava elementos do racionalismo iluminista emergente e redesenhava a filosofia política até então reinante.

Conforme registra Simone Goyard-Fabre (2002, p. 34), os novos filosofemas hobbesianos tropeçariam em resistências lastreadas nas teorias que há séculos sustentavam aquele mundo em transição. Ou seja, embora estabelecidos novos marcos, o triunfo da Modernidade ainda estava sob ameaça. A burguesia precisava de novos teóricos e novas interpretações para construir o seu mundo; o liberalismo e seu corolário, a liberdade do Homem, estavam sendo fundados, o que exigia contribuições diversas para a construção das bases sobre as quais a *Modernidade* se ergueria.

Hobbes, que via a natureza humana dominada por paixões, instintos e egoísmo, considerava que, para o Homem, a proteção seria encontrada no Estado, o poder expresso no *homo mechanicus*. Esse estado de natureza *real* contrapunha-se ao *estado de natureza ideal* e clamava por correção (BOBBIO, 1998, p. 83). A correção seria resultado da ação do Estado

que, segundo Hobbes, criava, assim, um fabuloso instrumento de mediação das relações sociais. Este instrumento, como se verá, paira sobre sua indispensabilidade como criação do intelecto cuja atuação é, necessariamente, parte do débil equilíbrio intermitente que a humanidade persegue.

Os teóricos burgueses, ou simplesmente os teóricos financiados pela burguesia e pela nobreza esclarecida, sabiam da potencialidade agressiva e usurpadora de seus pares, estimulada por semelhanças existenciais e originais desnudadas pela suspensão do véu do *direito divino*. *Cobiça e aquisição*, visando à *acumulação*, não era um atavismo exclusivo desta ou daquela classe social, mas do Homem, como Hobbes reconhecera na citação comparativa da vida em alcatéia. Sozinho, o Homem sucumbiria às suas ambições. E sozinho estava, num cenário moralmente assoreado pela tirania e pela ingente anomia.

3.1.2 **Locke: a propriedade como fundamento**

Diferentemente de Hobbes – para quem o *estado de natureza* clamava por ordem, também no sentido legal, como forma de amainar o sentimento de guerra primitiva –, John Locke elaborava pensamento segundo o qual no *estado de natureza* existia o *direito natural*, razão pela qual o problema não era a falta de leis, mas a sua violação.

Para Locke, o poder civil contido no Estado representava a força capaz de proteger a lei, proporcionando a reparação dos danos, punindo os culpados (BOBBIO, 1998, p. 181), e assegurando a convivência pacífica. Contratualista, como a de Hobbes, a teoria política de Locke dela apresenta divergências em decorrência da própria compreensão da idéia de *estado de natureza*. E aqui se apresenta a principal distinção entre os dois filósofos ingleses, cujas teorias se complementaram para melhor servir aos desígnios das classes sociais prevalentes. Dedicar atenção a essa distinção é importante para empreender a reflexão que o texto encerra.

A teoria contratualista hobbesiana consistia na elisão do *estado de natureza* e na constituição de meios de preservação da vida, principal direito do cidadão, inclusive contra intervenções ilegais por parte do soberano. O *direito natural* seria substituído por um direito positivo, originado no Estado e legitimado pelo pacto de sujeição. Por outro lado, a teoria de Locke inovou ao eleger os *direitos naturais* dos cidadãos como a razão de ser do Estado civil; dentre estes, os principais eram o direito à preservação da propriedade, conferindo-lhe conceito

amplo que ultrapassava a propriedade de bens materiais²³, e também o direito à preservação da comunidade contra ataques estrangeiros.

Essa amplitude conceitual da propriedade no pensamento de Locke tem sido considerada ambígua, o que refletiria tanto a própria época de transição do autor, quanto uma tentativa de conciliar posições naqueles difíceis anos ingleses. Sobre o conceito de propriedade em Locke, Crawford Macpherson (1979, p. 258) formulou reflexões esclarecedoras:

[...] nem sempre ele usa o termo propriedade em sentido lato. Em sua argumentação decisiva quanto às limitações dos poderes do governo está nitidamente usando propriedade no sentido mais comum, de terras e bens (ou direito à terra e aos bens), como o faz durante todo o capítulo 'Da propriedade'. As implicações dessa ambigüidade não precisam nos deter aqui; é preciso apenas que notemos que, tanto quando usava propriedade no sentido lato, quanto no restrito, estava sempre classificando a riqueza, a vida e a liberdade, como objetos dos desejos naturais, dos homens, objetos para cuja preservação os homens instituíam governos.

Em seu *Segundo Tratado sobre o Governo* (1978), Locke enfoca a propriedade como a *raison d'être* do Estado e reconhece que do desenvolvimento do comércio e da invenção da moeda derivaram a exacerbação de sentimentos de *cobiça* e também a *discórdia*, ecoando as lamentações aristotélicas sobre a degeneração da *politeia*.

Ele teorizou sobre a renúncia espontânea das pessoas à liberdade e à igualdade ilimitadas em troca da segurança pessoal e patrimonial, sendo a garantia dessa segurança a causa primeira do surgimento do Estado. Ele afirmava ser essa a função primária do Estado, conforme cita Richard Pipes: "Poder político [é] um Direito de fazer leis... para a regulamentação e preservação da propriedade" e "...o grande e principal fim dos homens sob um Governo é a preservação de sua propriedade." (2001, 57).

Grande avanço representou o pensamento lockiano para o liberalismo burguês, uma vez que, para Hobbes, apenas a vida está na categoria do direito natural, jamais a propriedade. Para elevar a propriedade ao *status* de direito natural, Locke desenvolve argumentos para fundamentar sua teoria da propriedade; segundo esta, a propriedade é adquirida pela

²³ Ives Michaud aprofunda a idéia de propriedade vinculada à de liberdade, no pensamento lockiano: "A liberdade do Homem, repete Locke, é liberdade de dispor de suas ações, de suas posses e de sua pessoa como bem entender, dentro dos limites da lei natural (II §4). É preciso que ele seja sensível ao conjunto heteróclito que o termo *property* abrange: ações, posses e pessoas não são certamente possuídas no mesmo sentido. (...) Por propriedade, não se deve pois entender, como fazemos hoje, apenas a propriedade de bens materiais, mas aquilo que teóricos do direito natural como Pufendorf ou Grotius chamavam o *suum*, o que pertence como propriedade particular a alguém e da qual os outros devem se abster. No fundo, esse termo de propriedade significa que alguém tem um direito sobre alguma coisa, que não lhe pode ser tirada sem o seu consentimento." (1991, p. 38).

transformação de um objeto mediante o esforço individual nele investido para se chegar a um produto substancialmente diferente.

Tal reflexão em Locke parte de um pressuposto que até os dias atuais acende ânimos em qualquer debate filosófico: a igualdade entre os homens. O filósofo inglês considerava que D'us criara a natureza para todos, sendo que para sua sobrevivência foi permitido que se apropriassem de parte dessa natureza; ao adicionar esforço e trabalhos próprios a qualquer parte da natureza, ocorreria a aquisição da propriedade.

Assim, estava posto o dogma liberal de maior repercussão naqueles anos: a propriedade derivava da ação do Homem sobre a natureza; ao empreender esforços sobre uma coisa, transformando-a ou agregando a ela valor econômico, o Homem adquiriria sua propriedade. No âmago da teoria, estudiosos à direita e à esquerda da filosofia lockiana identificaram o compromisso intelectual com o direito à acumulação ilimitada, o que viria em apoio ao *modo de produzir* riqueza já eleito e experimentado pela burguesia, independentemente das teorias que regessem a política e a sociedade desde os primórdios da história humana. Locke erigiu um constructo intelectual de admirável inteligência para sustentar os direitos da burguesia histórica e dos aspirantes a ela.

Locke reconhecia que D'us deu o mundo aos homens igualmente visando à sua sobrevivência; a propriedade nasceria, como visto, da apropriação pelo trabalho: "O trabalho que é meu, tirando as coisas do estado de comunidade em que elas estavam, fixou minha propriedade sobre elas."²⁴ No embalo do mecanicismo que programava o pensamento filosófico da sua época, segundo Pipes (2001, p. 58), Locke acrescentaria à frase cartesiana "Penso, logo existo" uma outra: "Existo, logo possuo." Nesse mesmo embalo mecanicista, os tempos subseqüentes, orientados pelo pragmatismo e fetiche contidos no *possuir* e no simbolismo das *mercadorias* como objeto de revelação do possuidor, os homens submersos na Modernidade incompleta acrescentariam uma outra ilustrativa frase: "Possuo, logo existo."

Merece nota que certos limites à apropriação imaginados por Locke por força do adensamento populacional e pelo laivo de civilidade que a Europa já respirava em sua época, afastavam a sociedade, é verdade, do estado de natureza hobbesiano, mas não seria capaz de evitar a

²⁴Citado por Ives Michaud, *op. cit.*, p. 39.

franca ascensão do rol de propriedade de uns como decorrência da perda de *propriedade natural* de outros.

Curiosidade ladina sobre essa *teoria da propriedade trabalhista* noticia que anarquistas e socialistas, no século XIX, explorariam a idéia lockiana de aquisição pelo trabalho para atacar a propriedade, demonstrando que, sob o modo de produção capitalista, o proletariado não ganha os frutos de seu trabalho e por isso os bens produtivos deveriam ser estatizados (PIPES, 2001, p. 59).

Evidente que esse quase-chiste ideológico não surtiu os efeitos políticos idealizados por seus autores, que se apropriaram indevidamente do pensamento lockiano, de fato engendrado para fortalecer, inclusive, o direito de insurreição dos súditos na hipótese de o rei violar ou deixar violarem os direitos de propriedade. Mais que defesa da propriedade, contudo a geometria do pode lockiana fixava balizas de novo modo de convivência paras as sociedades humanas. O legado de John Locke serviria para a futura legitimação do princípio acumulativo aplicado ao conceito de propriedade capitalista. Esse princípio receberia tratamento normativo especial nos ordenamentos jurídicos vindouros, sendo que o mais expressivo deles nasceria na sociedade francesa, diretamente influenciada pelo poderoso pensamento anglo-saxão.

3.1.3 Seyès e a ofensiva burguesa ou a Mitigação de Rousseau

Completando a tríade de pensamentos catalogados na filosofia do Direito relevantes para a análise aqui proposta, importa registrar menos as formulações teóricas do abade Emmanuel Joseph Seyès²⁵ e mais as razões políticas que as orientaram. Isso porque o espectro teórico que orientou o pensamento do grupo político representado por Seyès tinha parentesco epistemológico com as teorias contratualistas de Hobbes e Locke, mas também – em que pesem as objeções do pensador suíço ao formato jurídico-burguês do instituto da propriedade privada e também à inadmissibilidade da representação da soberania – com a doutrina da soberania popular de Jean-Jacques Rousseau, que era intuitivamente compreendida pelos iluministas como “um procedimento dialético no qual a totalidade das liberdades individuais

²⁵Emmanuel Joseph Seyès nasceu em 13 de maio de 1748, na cidade de Fréjurs-em-Provence e faleceu em Paris, no ano de 1836. Filho de um coletor de direitos reais, viu na carreira eclesiástica alternativas de sobrevivência para um jovem inteligente e, ao mesmo tempo, um caminho para a ascensão social.

naturais converge para o Estado, que vai redistribuí-las, consagradas com o selo do direito positivo.” (BILLIER e MARYIOLI, 2005, p. 148).

O *telos* do discurso da comunidade de interesses proferido pela pena de Seyés pretenderia ser legitimado pelo pensamento contratualista que, se fundava num conceito de soberania popular segundo o qual “todos os cidadãos exercem autoridade absoluta através de assembleias populares legislativas” (WOKLER, 1989, p. 132). Mesmo reconhecendo o risco inerente, Rousseau acreditava em que a única defesa possível contra o despotismo está na soberania popular, que não deveria ser construída por meio de representantes. Seyés aproveitaria parte do discurso de Rousseau, mitigando sua face popular sustentada na *democracia direta*, para promover a instituição da soberania por meio dos *representantes da nação*, que seriam reunidos num grande conclave político. O racionalismo político da comunidade burguesa sobrepuja-se ao anti-racionalismo do filósofo suíço, que negava legitimidade à atuação da *nação* por representação.

Tratando também da organização estatal, agora aquela desenvolvida por Thomas Hobbes, Simone Goyard-Fabre (2002, p. 34) asseverou que:

"A essência da Modernidade só pertencerá de maneira decisiva à problemática do direito político no final do século XVIII, quando a filosofia do iluminismo, desteologizada, buscar a idéia do Poder e a exigência organizacional do espaço público *a parte hominis* somente nas capacidades arquetônicas da razão."

A autora, com essa sentença, expressava a continuidade de intenções, como num grande e atemporal projeto político, a que se lançaram os teóricos *iluministas* por meio do aperfeiçoamento dos institutos concebidos ao longo da Idade Média, e, especialmente, no período do Renascimento, e também aqueles derivados do pensamento reformista religioso.

Com esse mesmo espírito de aperfeiçoamento,²⁶ o abade Seyès elaborou pequena obra cujo objetivo imediato era evidenciar, ratificando, a importância histórica dos interesses econômicos da *ordem mercantil* no cenário europeu – na França, especificamente – e propor a

²⁶ "De fato, Seyès – que assim lança o espírito do direito político moderno – não tem dúvida alguma de que a sociedade política é, como vira Hobbes e como repetiu magnificamente Rousseau, um 'ser de razão' criado ou 'instituído' pelo Homem e obediente às leis de constituição que lhe são imanentes. É por isso que a 'ciência política', que Hobbes e depois Rousseau se jactarão, ambos, de ter inaugurado, e que Seyès, por sua vez, se gabará 'de ter acabado', não pode, declara ele, prender-se àquilo que 'deve ser'." Cf. Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 107.

construção de um marco normativo apto a gerar as condições de prevalência desses interesses no interior das instituições em construção. Objetivo mediato de seu labor era converter esse marco normativo em *lei fundamental* de tal modo que, a partir dela, os projetos de classe fossem implementados.

O opúsculo, recebeu o nome de *Qu'est-ce que le Tiers État?*²⁷, numa inequívoca referência à comunidade cujos interesses promovia e também às suas pretensões. Nele, o *terceiro estado* propunha a igualdade de seus direitos em face às duas outras ordens, o clero e a nobreza (SEYÈS, 2001, p. XX). Era, é certo, um libelo elitista promulgado por um estamento que ainda alcançaria o reconhecimento de igualdade com outras classes sociais.

O *terceiro estado* do título da obra era um fictício corpo sócio-político que ganhou forma por meio de édito de Felipe IV, o Belo, criador dos *Estados Gerais* em 1302, na França. Essa entidade era composta por representantes do clero, dos nobres e dos *comuns*. Os *comuns*, na verdade mercadores dos burgos que haviam adquirido – conforme lembrado acima – força política e acumulado recursos financeiros, eram chamados, naquela estrutura, de *terceiro estado* ou *estado plano*²⁸. O *terceiro estado*, embalado pelas teorias políticas que ferviam nas universidades, mosteiros, castelos, cortiços, cafés e ruas da Europa, proclamar-se-ia a própria fonte do poder político nacional, que seria institucionalizado, inicialmente, na *Assembléia Nacional Constituinte*, centro irradiador do Poder.

Nos anos que precederam a impressão e distribuição do opúsculo de Seyès, a França arquejava em grave crise econômica e social sob o absolutismo reinante desde a dissolução dos Estados Gerais, motivada também por desacordos de natureza tributária mais de um século antes da Revolução Francesa, evento para o qual muito contribuiria a obra de Seyès, e fruto exatamente de um processo revolucionário surgido no bojo do conflito entre o *Terceiro Estado* e os dois outros estamentos privilegiados.

²⁷ A obra de Seyès foi vertida para o português por Norma Azevedo e publicada no Brasil pela Editora Lumen Juris em 2001 sob o esclarecedor título *A Constituinte Burguesa*, na qual o abade francês responderia à pergunta-título do texto original.

²⁸ "[...] Terceiro Estado – entidade fictícia destinada a representar todos os que não eram nobres nem membros do clero, mas de fato dominada pela classe média." Cf. Eric J. Hobsbawm, *A era das revoluções – 1789-1848*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, p. 90.

Os *Estados Gerais*, que consistiam em uma assembleia feudal, foram convocados outra vez, em 1º de maio de 1789, em meio à crise já mencionada. Um dos assuntos a serem discutidos no conclave era a arrecadação tributária necessária para a manutenção da estrutura da administração pública. Na assembleia eclode a mais grave crise entre os *estados*, culminando na instauração, em 17 de junho de 1789, da Assembleia Nacional que assume o compromisso de elaborar a primeira *constituição jurídico-política* da sociedade francesa.

Sustentáculo teórico da convocação da assembleia nacional constituinte, ou *convenção nacional*, foi o já desenvolvido conceito político de *poder constituinte originário*, que se apresentava como a nação – que “existe antes de tudo, ela é a origem de tudo” (SEYÈS, 2001, p. 48) –, reunida para expressar sua vontade, que “é sempre legal, é a própria lei”. Localizado no ponto de conexão entre a *política* e o *direito*, no dizer de Georges Burdeau (*apud* HORTA, 2002, p. 39), o *poder constituinte*, na condição de *vox populi*, cria a ordem jurídica após superar o conflito entre “a turbulência das forças sociais e a serenidade dos procedimentos, entre a desordem revolucionária e a ordem dos regimes estabelecidos” (HORTA, 2002, p. 29).

A história acelera sua marcha e, em 4 de agosto de 1789, a Assembleia decreta a igualdade fiscal ao abolir os direitos de tributos feudais; em 26 de agosto do mesmo ano foi promulgada a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* e em 3 de setembro a *Constituição*. A *Declaração* representava garantias excepcionais para o direito da época; seus reflexos ecoariam séculos afora e, fortalecendo-se e espraiando-se além do previsto. Seu artigo 16, *exempli gratia*, insculpiu regra que seria erigida a princípio de toda sociedade localizada no hemisfério ocidental: *qualquer sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem promova a separação dos poderes, não tem Constituição*.

O texto da constituição da Revolução alinhou-se às idéias preponderantes expressadas na *Declaração*, algumas tratadas por Seyès em seus parcos escritos, quando postulava, não um sistema de participação democrático, no sentido que hoje conhecemos, mas um processo representativo restrito, alijando as classes populares. Seyès, reverberando a opinião de seus titereiros, pregava uma *democracia de classe*, realidade exclusivista que não reduz o valor dos avanços representados naquele período de humanização das condições existenciais por meio da institucionalização de relações jurídicas de assimetrias menos radicais.

Inaugurava-se, assim, na Europa, uma era de *constitucionalização* de Direitos. Essa constitucionalização, reforçada pelo ato fundador contido na *Declaração*, representou grande avanço na estruturação daquela instituição denominada Estado; sendo próprio o registro da influência preponderante do *terceiro estado* nessa concepção do Estado francês dos fins do século XVIII.

Há propriedade no referido registro especialmente quando se reconhece que a Assembléia Nacional de agosto de 1789 reuniu-se, afrontando os outros *estados*, para responder às perguntas formuladas por Seyès: o que é o Terceiro Estado? O que tem sido ele, até agora, na ordem política? O que é que ele pede? As respostas de Seyès (2001) foram, respectivamente: *tudo, nada, ser alguma coisa*; respostas que fizeram eco na constituição da Revolução e, conforme se verificaria, em todas as outras elaboradas desde então.

Não há conotação ideológica na percepção de que o abade francês, em sua lide, servia aos interesses seculares de uma ordem social que era a síntese de seus interesses comerciais e que vinha se insurgindo contra o papel secundário que a história lhe reservava. As ofensivas intelectuais lembradas acima representavam seus esforços em preparar a superfície para seu *début* como protagonista da história moderna. Essa história dependeria de um arcabouço normativo cuja fonte pudesse ser cooptada, inclusive como estratégia para evitar rupturas similares àquelas causadas por ela, ordem mercantil.

Com Seyès, a burguesia – o *terceiro Estado* – e sua comunidade de interesses verbalizava seus históricos anseios numa inovadora estrutura semântica e institucional e *constitucionalizava* juridicamente a posição social que suas qualidades supostamente lhe asseguravam. A Europa assistia ao refinamento de teorias que erguiam ao *status* político legitimado uma entidade formalmente concebida dentro de um projeto político representativo dos interesses de uma determinada ordem social.

Depois da ascensão e declínio de vários impérios, *pagãos* e *cristãos*; após o fortalecimento e descenso do poder clerical lastreado no poder divino de reis e papas, e também em consequência da formação cultural que sintetizava os pensamentos clássico e cristão medieval, o *homo oeconomicus* aperfeiçoara o modelo de sociedade que viabilizaria seu projeto exclusivo.

Estes três momentos da filosofia político-jurídica – representados por Thomas Hobbes, John Locke e Emmanuel J. Seyès –, marcos constitutivos da ciência política e do modelo institucional do qual nossos tempos são tributários, conduziram a sociedade européia, assim como seus satélites mundiais, à cimeira emancipatória diante dos poderes clerical e imperial, além de preparar a superfície para a entronização de novas formas de relacionamento do Homem com a natureza e com o próximo. Da análise destes três capítulos da história da filosofia político-jurídica pode-se derivar uma paulatina conformação das instituições criadas pelo intelecto humano àquelas vocações sugeridas pelos construtores de uma ordem social, inspirada pela nova *política*, balizada por ordenamento jurídico e instrumentalizada para uma nova ordem socioeconômica juridicamente institucionalizada.

As concepções de sociedade e poder contidas nas reflexões e obras destes homens influenciaram inúmeros pensadores. Juntos, deram origem a circunstâncias transformadoras do espírito do seu tempo, não sem promover rupturas de diferentes graus e efeitos. Como se verá, havia um fio condutor que tinha ligações diretas com expressões dos interesses de uma nova comunidade, constituída em torno da *ordem mercantil* à que se referiu. Interesses outros seriam, assim, tratados como secundários a partir da configuração normativa derivada da nova ideologia jurídica inaugurada sobre os escombros da velha ordem.

3.2 A GEOMETRIA JURÍDICO-ORDENADORA

A configuração contemporânea do Estado é o resultado da evolução das relações políticas que constituíram o objeto de reflexão de inúmeros estudiosos. As considerações sobre o tema sempre tangenciaram os mesmos elementos constitutivos das sociedades, independentemente da época observada, sendo inegável a imanência de interesses exclusivistas e incontroversa a necessidade de um mediador supostamente isento, tangível ou não.

A arbitrária seleção de Hobbes, Locke e Seyès é apenas ilustrativa do imenso esforço intelectual empreendido pelo Homem moderno, assim como seus antecessores, para cinzelar formas de organização minimamente civilizadas, constituindo ambiente em que a segurança – posteriormente acompanhada do adjetivo *jurídica* – fosse algo palpável. Esses autores, verdadeiros ativistas políticos, deram sua contribuição conscientes de que o edifício moderno era portentoso e dependia da contribuição de todos seus contemporâneos. As escolas de pensamento derivadas sucessivamente das idéias condensadas por esses homens permitiriam à

humanidade presenciar abissais e promissoras modificações nas relações do Homem com o seu entorno, humano ou físico, num teatro de conflitos baseado no enredo ciclótico da dor e do prazer, da paz e da guerra, da justiça e da injustiça, do ser e do dever ser, do Direito e do Oblíquo.

Os três, assim como dezenas de outros que poderiam ser nominados, estavam existencialmente convencidos de que a desintegração do Império Romano não inibira o Homem inquieto e preso em seu calabouço intelectual; reconheciam, talvez, que o colapso de uma era tinha sedado suas faculdades investigativas por uns poucos séculos. É verdade que já no século XI crescia a certeza de que era necessário ordenar o conhecimento, racionalizá-lo e convertê-lo em instrumento de submissão da natureza ao Homem.

O legado clássico vinha sendo reavaliado nos mosteiros e universidades cristãos e também nos centros de estudos orientais situados em ambos os lados do Mediterrâneo. As intensas indagações filosóficas suscitadas no ambiente renascentista prepararam a superfície para o advento de novas e revolucionárias concepções da natureza, do Homem e da sociedade e, sobretudo, de D'us.

Pouco tempo decorreu até que a efervescência restrita àqueles claustros intelectuais transbordasse para as sociedades, dando origem a micro-revoluções sistêmicas que se multiplicaram e transformaram todo o conhecimento humano já produzido no Ocidente. Todas as áreas do conhecimento sofreram corrosão em suas bases científicas – quando estas existiam, e ontológicas. O Renascimento criara condições intelectuais para o enfrentamento do medo hobbesiano, para o *desmascaramento* dos discursos dominadores que emolduravam o mundo medieval e naturalizavam grandes fossos sociais, bem como para construção de novos modelos de produção de riqueza, de cultura e também de controle por meio de novos paradigmas ordenadores. O Renascimento foi o *fiat lux* da Modernidade.

Aquela comunidade de interesses erguida no entorno da *ordem mercantil* e por ela inspirada, e que protagonizava histórias de permeabilização das estruturas sociais medievais, era a mesma que aplicava os conhecimentos acumulados aos esforços de construção daqueles novos modelos. No contexto, essa comunidade exibia-se com notável progressismo: era imprescindível que a expansão dos limites da existência social atingisse campos capazes de acomodar seus projetos emancipatórios.

O mundo europeu vinha sendo constituído a partir da mundividência burguesa. Esse progressismo, contudo, se revelaria eficiente instrumento de transformação do meio para obtenção dos fins. E estes foram sobejamente anunciados por meio de movimentos sociais que radicalizaram as tendências de ruptura, não sem razão historicamente chamadas de *revoluções*.

Decorrido o tempo necessário ao afastamento histórico, imprescindível à avaliação desapassionada, estes pontos de inflexão sócio-histórica exibem com transparência suas causas nas entrelinhas das leis e decretos outorgados nos tempos de transformação. O senso de oportunismo determinante nos protagonistas das revoluções modernas impôs-lhes a necessidade de utilizar o Direito e seu Estado para viabilizar a legitimação de emissões jurídico-ordenadoras favoráveis aos seus interesses econômicos, voltados que eram à liberdade de mercancia, labor, aquisição, acumulação e exploração, não apenas da natureza.

Convém registrar que o extrato filosófico condutor das ricas reflexões que permitiram as rupturas reconhecidas como precipitadoras das revoluções abaixo, tem sua gênese nos movimentos da *reforma* e da *contra-reforma religiosas*, muito mais políticas em sua essência do que sua adjetivação faz parecer, das quais muito se poderia falar dada a sua relevância paradigmática no pensamento europeu do contexto. Os solapões causados pelos reformistas e suas filosofias libertárias, além de desnudar os engodos patrocinados pelo clero em conluio com a alta nobreza, ensejaram a proliferação de escolas filosóficas de vocação revolucionária, ainda que não propriamente populares. O Velho Mundo e o Mundo Novo, unidos pelo Atlântico e também por semelhanças de idéias, sofreram os tremores estruturais que os novos filosofemas causaram aos modelos de gestão política. Excluindo-se então, propositalmente, outros eventos qualificáveis como revolucionários, entre os quais a *Revolução Papal*, abaixo se tratará de duas relevantes ocorrências que tiveram lugar no lado europeu do Oceano Atlântico.

3.2.1 A Revolução Industrial: produção e conformação do Direito

A razão orientada para a técnica, e esta voltada à produção tecnológica, já haviam demonstrado sua capacidade de influenciar os rumos existenciais dos agrupamentos humanos. A tecnologia rudimentar aplicada à agricultura, à produção de armamentos, utensílios e à

construção civil, foi paulatinamente incorporada pelas sociedades e atingiu desenvolvimento expressivo em escala maior nas décadas iniciais do século XVIII, na medida em que novas tecnologias foram sendo criadas. O domínio do mundo natural pela técnica já era um imperativo do mundo moderno e o modelo mental possibilitante dessa dominação haveria de ser transposto para outros campos do relacionamento humano.

A Inglaterra daquele século foi o palco principal, mas não o único, de uma verdadeira revolução científica e tecnológica que atingiu positivamente os processos de industrialização. Essa *evolução acelerada* do poder produtivo das sociedades humanas tem sido considerada, por respeitáveis historiadores, como o mais importante acontecimento da história da humanidade desde a invenção da agricultura e das cidades (HOBSBAWM, 2003, p. 52).

A análise aqui pretendida não comporta considerações alongadas sobre aspectos outros, que não os jurídico-sociais, dessa quadra da humanidade. As maravilhas tecnológicas e industriais, bem como seus efeitos na multiplicação da riqueza das nações jamais poderão ser olvidadas, o mesmo se dando com sua resultante perversa. A transição de uma economia agrícola para outra, de caráter industrial, jamais poderia ter alcançado êxito sem a aplicação de amargas medidas condicionantes do modelo então nascente.

A sociedade europeia que mais ortodoxamente se lançou à transição de uma era pré-industrial para a nova era, de maravilhas mecânicas e têxteis, foi aquela que – após ter destruído seu campesinato, esfumando a ligação até então natural entre terra, trabalho humano e riqueza (BAUMAN, 2001, p. 167) – criou um imenso "exército reserva de trabalho" que, faminto e desamparado, acorria às cidades-pólo a fim de vender seu único *capital*, a força de trabalho.

Teórico de destaque nos anos que precederam a Revolução Industrial inglesa foi Adam Smith, cuja conhecida obra *A riqueza das Nações* investigava a *natureza* e as *causas* da riqueza dos povos, censurando racionalmente todo tipo de intervenção estatal no mercado de trabalho e de alimentos, além de destacar os efeitos nefastos das políticas de subsídios e incentivos. Smith, nascido na Escócia – "[...] país ao mesmo tempo envolvido e separado do curso principal da convulsão industrial, Física e psicologicamente próximo do país que se tornaria o epicentro da emergente ordem industrial [...]" (BAUMAN, 2001, p. 162) – deu caráter de economicidade ao lema *laissez-faire, laissez-passer* dos franceses ao teorizar inteligentemente sobre o *livre*

comércio e promover a primeira reflexão sistemática e científica sobre o capital, feito que lhe conferiria adequado epíteto: *pai* do liberalismo econômico.

O filósofo moral escocês deu razão utilitária àquele espírito *aquisidor* característico da comunidade de interesses liderada pela ordem mercantil ao desenvolver a figura da *mão invisível*, apresentado-a como um mecanismo usado por classes proprietárias – ricos latifundiários, fabricantes e comerciantes – que, movidas por seu sentimento de *cobiça* e amor-próprio, favorecem involuntariamente as classes destituídas de propriedade.

Segundo Smith (2001, p. 442), em geral o burguês, nessa passagem especificamente o *comerciante*, "não tem a intenção de promover o interesse coletivo, nem sabe o quanto o está promovendo, porém, ao buscar seu interesse particular", e "não raro promove o interesse da sociedade de modo mais eficaz do que faria se realmente se prestasse a promovê-lo". A teologia política, como fenômeno intelectual, antecipou-se, em muito, ao pensamento analógico de Carl Schmitt e outros: a *mão invisível* começava ganhar ares de *deus ex machina* e o capitalismo – com sua *persona* denominada *mercado* – era embalado como nascitura entidade sobre-humana.

Porém, o cálculo utilitário smithiano se revelaria impreciso. As sociedades submetidas ao liberalismo instrumental do sentimento de cobiça e amor-próprio, exercido sem qualquer controle do *Homem artificial*, seriam açoitadas pela *mão invisível*. Por exemplo, eloqüente descrição dos efeitos sociais verificáveis no ápice da Revolução Industrial originou-se do olhar arguto e da pena precisa de Alexis Tocqueville (*apud* HOBBSAWM, 2003, p. 49) :

"Desta vala imunda a maior corrente da indústria humana flui para fertilizar o mundo todo. Deste esgoto jorra ouro puro. Aqui a humanidade atinge o seu mais completo desenvolvimento e sua maior brutalidade, aqui a civilização faz milagres e o Homem civilizado torna-se quase um selvagem."

Tocqueville descrevia a paisagem social da cidade de Manchester, Inglaterra, em 1835; na fase madura, portanto, do que se denomina *Revolução Industrial*. Essa maturidade certamente era denunciada tanto pelas riquezas geradas, pela técnica apurada em alguns setores – têxtil em especial –, quanto pelos deletérios efeitos do *laissez-faire* resultante de completa ausência de regulação capaz de reconhecer sequer mínimos direitos sociais aos servos convertidos pela força da história em trabalhadores industriais, e também pela capacidade de geração de riqueza a partir da transformação da natureza e do trabalho do Homem e de máquinas.

Muitos outros autores, estrangeiros ou não, registrariam as condições de trabalho e de sobrevivência dos operários ingleses.²⁹ Os anos a que se faz referência assistiram à exibição cabal de um espírito dominado pelos anseios de espoliação como instrumento de *aquisição* e *cobiça*. Eram os sinais Modernos da “rebelião contra existência”.

Somente nos tempos atuais a humanidade se reencontraria com frenesi similar, ainda que implementado de modo mais sutil e, dadas as expectativas da própria humanidade e a moral e o direito contemporâneos, apresentado sob um discurso dissimulado. A retórica ainda se presta à dissimulação, hoje como ontem, impregnada da autoridade do Direito.

Historiadores registram o auge da Revolução Industrial como *o primeiro tropeço geral da economia capitalista industrial* (HOBSBAWM, 2003, p. 64), cujas conseqüências sociais foram determinantes para a eclosão das revoluções sociais de 1848. Essas conseqüências atingiriam não apenas os trabalhadores, contratados sem a garantia de qualquer direito social e para a execução de serviços em condições absolutamente indignas, conforme registrou Tocqueville, mas também os pequenos comerciantes e pequenos industriais – a *pequena burguesia* – que temiam o endividamento crescente capaz de lançá-los no rol dos *sem propriedade*. Unidos pelo medo, proletários³⁰ e pequenos burgueses terminaram por construir improvável parceria contra a minoria que se apropriava do capitalismo industrial nascente.

Esse intervalo cronológico no qual se teria se dado a Revolução Industrial é aqui lembrado unicamente para delinear as feições do capitalismo industrial em sua fase primitiva, na qual a permissividade normativa liberava os instintos predatórios dos que detinham a propriedade dos meios de produção. O extrato ontológico da *ordem mercantil*, que se fundamentara em pressupostos do denominado *direito natural*, era exibido por meio de um total desapego a

²⁹ "Os visitantes de outros países se maravilhavam com o vigor (industrial)... mas se espantaram quando visitaram as minas e fábricas e contaram quantas crianças eram empregadas. Um americano, ao descrever uma fiação de lã em Yorkshire, em 1815, observou que aproximadamente 50 meninos e meninas estavam trabalhando, chegando às seis da manhã e saindo às sete da noite. No inverno, chegavam no escuro e saíam no escuro. A criança mais velha não tinha mais que 10 anos de idade. Todos estavam lambuzados de poeira e óleo vindos da lã crua que manipulavam." Cf. Geoffrey Blainey, *Uma breve história do mundo*. São Paulo: Fundamento, 2004, p. 200.

³⁰ Nota do tradutor à pág. 65 de *A Era das Revoluções*, de Eric J. Hobsbawm, referencia os *luditas*, explicando que "eram grupos de trabalhadores ingleses que, entre 1811 e 1816, se rebelaram e destruíram máquinas têxteis, pois acreditavam que elas eram responsáveis pelo desemprego. O líder ou iniciador desses movimentos chamava-se, provavelmente, Ned ou King Ludd. Daí, supõe-se, deriva o vocábulo inglês *Luddite*."

outros princípios de *direito natural*, e por um completo afastamento da noção de solidariedade em favor da vontade aquisitiva.

A natureza das relações entre operários e empregadores recebe ilustração a partir das leis que regulamentavam o trabalho, sempre favoráveis ao capital e ao empregador. Exemplo conhecido era aquele relacionado ao comportamento dos operários: nas fábricas onde a disciplina do operariado era assunto mais urgente, passou-se a admitir, *sob a devida previsão legal*, a contratação de mulheres e crianças, seres mais suscetíveis às pressões dos capatazes (HOBSBAWM, 2003, p. 80).

A economia mundial ganharia, naqueles anos da revolução industrial britânica, características que jamais seriam descartadas, mas apenas transformadas numa adaptação constante e necessária à manutenção do caótico equilíbrio sócio-econômico que passaria a caracterizar os estados capitalistas. Um censurável modo capitalista de produzir, esmerado na Revolução Industrial, exibira seus prenúncios na relação entre servos, vassalos e senhores no feudalismo; da mesma forma, o atavismo espoliador do capitalismo industrial, e posteriormente financeiro, teve seus prenúncios na Revolução Industrial. Interessa-nos, por enquanto, registrar que esse período da história européia fundou um modo de relacionar-se com o outro e com a natureza que se perpetuaria ao longo dos séculos seguintes, sempre emoldurado pelo ordenamento jurídico-estatal.

Relevo deve ser conferido também ao *modo de produção do Direito* demandado pelas circunstâncias sociais no período sócio-histórico que envolve a Revolução Industrial. Aquelas idéias liberais – especialmente a hobbesiana que sugeria colocar o mundo no molde das ciências naturais nascentes, aquela lockiana voltada à proteção da propriedade e também as de Seyès, que entendiam a democracia como algo cujo exercício estaria limitado ao *terceiro estado* – se infiltraram em todas as normas patrocinadas pelo Estado liberal.

Cristalizava-se, no modo de produção normativa ocidental, as teorias exclusivistas dos *grandes aquisidores* e excludentes de um certo tipo de cidadão, cuja presença no cenário era instrumental da realização dos interesses das classes capazes de influenciar a produção das normas reguladoras.

E o ocidente foi, na ocasião, apresentado à face mais desumana de um sistema sócio-econômico lastreado na posse dos meios de produção, no domínio em regime de compadrio

das instituições-fonte das leis e na inexistência do contrapeso necessário à instituição de elementos de proteção da imensa massa seres humanos que, abandonando as regiões rurais da Grã-Bretanha por razões as mais variadas, sendo que a mais comum era a escassez de alimentos, afluíam aos centros urbanos ingleses.

3.2.2 **Revolução Francesa: ilusão do Direito**

Na formulação de Hobsbawm (2003, p. 83), se a economia do mundo do século XIX foi estruturada a partir dos acontecimentos que marcaram a Revolução Industrial britânica, a política e a ideologia do mesmo século receberam fundamental influência dos eventos que tiveram lugar na Revolução Francesa.

Acima foi destacada a importância da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* para, agora, ser feito o registro, com Hobsbawm (2003, p. 83), outra vez, de que a política européia, quiçá mundial, entre 1789 e 1917 foi em grande parte a luta a favor e contra os princípios nela contidos. Crítico, o mesmo autor anota também que a *Declaração* não passava de manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, jamais tendo sido uma manifesto a favor de uma sociedade igualitária e democrática (2003, p. 91).

Sabe-se que o abalo e derrocada dos velhos regimes não foi fenômeno exclusivamente francês, tendo ocorrido em várias nações européias sempre com um perfil liberalizante, fundado num núcleo normativo tido como *fundamental* e formalmente democrático, ainda que esse qualificativo deva ser aplicado com determinadas ressalvas. Contudo, a grandeza do movimento francês está em seu conjunto axiológico-simbólico e sua peculiaridade normativa correspondente, além do fato de ter se dado na França, o maior e mais populoso Estado europeu no fim do século XVIII, à exceção da Rússia.

Diferentemente, porém, do que nos tem feito crer a história oficial, os credos surgidos e consolidados no movimento revolucionário francês de 1789 *não* possuíam características realmente populares, embora parcela do *povo* tenha contribuído ativamente para inibir a contra-revolução ensaiada pela nobreza³¹. O *Terceiro Estado*, em sua verdadeira perspectiva

³¹ "E a assembléia representativa que ela vislumbrava como o órgão fundamental de governo não era necessariamente uma assembléia democraticamente eleita, nem o regime nela implícito pretendia eliminar os reis. Uma monarquia constitucional baseada em uma oligarquia possuidora de terras era mais adequada à maioria

política, traduzindo as vontades do burguês liberal clássico, não tinha feições democráticas; ao contrário, preferia um Estado secular com liberdades civis e garantias para a iniciativa privada e um governo de contribuintes e proprietários.

É capcioso, portanto, o senso comum que confere à Revolução Francesa o caráter de movimento democrático com inclinação ao atendimento das demandas populares; *popular*, *povo* e *democrático* são expressões semânticas que, no contexto revolucionário de 1789, possuíam alcance demográfico e político limitado e traduz um discurso enganoso que se repetiria ao longo dos séculos subsequentes. Por essa dúbia terminologia, o vocábulo *povo* sugere parcela expressiva, talvez a maioria, da população, quando, em verdade, a representação política se restringia a grupos politicamente organizados nascidos de minorias e detentoras de títulos de propriedade imobiliária.

Embora tenha havido esforços para extremar a revolução até alcançar mesmo um caráter anti-burguês e anti-propriedade, com viés radicalmente democrático, o fato é que esforços de *popularizar* a revolução exacerbaram a violência sem solidificar nenhum avanço de caráter realmente popular; ao contrário, associações profissionais foram interdidas ou abolidas, pequenos proprietários insurgentes foram reprimidos e o *populus* centrifugado para a periferia dos centros de poder. Tudo para manter os ideais revolucionários – igualdade, fraternidade e liberdade – circunscritos aos limites controláveis pela burguesia, comandante do processo.

Aqueles ideais consolidavam-se a partir da nova hermenêutica possibilitada pela derrubada de dogmas medievais, o que permitia também aos populares perceber a condição humana como algo a ser determinado pela conduta do próprio Homem e sua interação com o ambiente social e cultural. Nesse diapasão, a tarefa da filosofia política e da politologia seria construir um sistema sócionormativo capaz de manter os homens a salvo tanto da corrupção espiritual, que corroera as estruturas do mundo medieval, quanto dos excessos de *desejo* que os novos dogmas inspiravam no *povo*.

dos liberais burgueses do que a república democrática que poderia ter parecido uma expressão mais lógica de suas aspirações teóricas, embora alguns advogassem esta causa. Mas, no geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários." Cf. Eric J. Hobsbawm, 2003, p. 91.

Principal obstáculo ao cumprimento dessa tarefa passou a ser a idéia juridicizada de *propriedade privada*, capaz de corromper personalidades e produzir desigualdades sociais intoleráveis (PIPES, 2001, p. 63). A propriedade era um conceito útil aos interesses da ordem social preponderante, mas era, igualmente, uma fonte de ameaça a esses mesmos interesses. A juridicização dessa idéia dependeria, naturalmente, da instituição do princípio de legalidade, dogma a ser *constitucionalizado*, como se verá.

Libelo anti-propriedade na literatura política francesa no século XVIII, o *Code de la Nature* foi publicado em 1755 por um autor cujo pseudônimo era Morelly, até hoje desconhecido. Os dogmas veiculados no *Code* advertiam contra a depravação da natureza social pelas instituições sociais, *verbi gratia*, a propriedade privada. Numa eloqüente e radical dos novos valores promovidos pela burguesia, Morelly escreveu:

"O único vício que conheço no universo é a *avareza*; todos os outros, seja qual for o nome que se dê a eles, são meramente formas, graus dela: é o Proteu, o Mercúrio, a base, o veículo de todos os outros vícios. Analisemos a vaidade, a presunção, o orgulho, a ambição a fraude, a hipocrisia, a vilania; a maioria de nossas sofisticadas virtudes sucumbem, tudo se dissolve nesse sutil e pernicioso elemento, *o desejo de possuir*." (Apud PIPES, 2001, p. 63)

A grandeza do nome de outro autor também requer atenção para o *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de Jean-Jacques Rousseau. Na mesma banda ideológica de Morelly, o filósofo revolucionário Rousseau³² denunciaria também o fato (propriedade privada) sem, entretanto, destacar que este, assim como outros valores da comunidade de interesses que organizava sob novo formato as sociedades (como o princípio da igualdade, por exemplo), dependia de um constructo capaz de lhes conferir segurança e estabilidade, o qual responderia pelo nome de princípio da legalidade, atrelado ao monopólio da produção normativa pelo Estado.

Sem desvalorizar os arroubos retóricos, bem ao gosto do *momentum* político que abalava as estruturas da Bastilha, o saldo histórico-social foi favorável aos *fisiocratas*, que aderiram aos

³² "A primeira pessoa que, tendo cercado um pedaço de terra, colocou na cabeça que poderia dizer *isto me pertence* e encontrou pessoas bastante simples para acreditar nela, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinatos, de quantas misérias e horrores poderia a raça humana ter sido poupada, se alguém tivesse arrancado as estacas ou aterrado o fosso e gritado para seus semelhantes: 'Não ouçam este impostor; vocês estarão perdidos se esquecerem que os frutos são desta terra pertencem a todos e que a terra não é de ninguém.'" (Apud PIPES, 2001, p. 64).

conceitos da *Lei Natural* e viram na propriedade um seu componente. Locke fez escola em França, onde – em 1789 – os Estados Gerais redigiram os *Cahiers de doléances* que deram à propriedade e à liberdade o *status* de direitos sagrados cuja proteção era obrigação do Estado. Esse abrigo institucional reconhecido a valores como propriedade e liberdade moldariam o conteúdo da produção normativa e formularia uma categoria normativa suprema, conforme previu o artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, segundo o qual *qualquer sociedade que não assegure a garantia dos direitos nem promova a separação dos poderes, não tem Constituição*.

O modelo de organização sociopolítica concebido a partir dos eflúvios da convulsionada Europa setecentista institucionalizava o poder, e o fazia de modo a introduzir em sua estrutura elementos normativo-dogmáticos que se replicariam em todas as nações, que deveriam adotar o Estado como forma de organização política e uma *Constituição* de direitos como marco regulatório dessa forma, pois a retórica adotada era excludente daquelas sociedades que rejeitassem o novo paradigma. Não tardaria, esse paradigma seria exportado para todos os quadrantes globais, inclusive por meio de instituições supra-estatais que viriam a ser constituídas com o intuito de *globalizar* o novo *método* de dominar o meio e modular as *ondas* ordenadoras a partir de uma *fonte controlável*.

O substrato teórico da Revolução setecentista revelava o direcionamento de esforços mitigantes da doutrina monstequiana-rousseauiana da *soberania popular*, o que foi alcançado por meio da concepção de uma geometria do poder político assentado sobre a idéia de *nação*, entidade que, nessa concepção, “surge como depositária única e exclusiva da autoridade soberana” (BONAVIDES, 2001, p. 131). Num sagaz salto lógico-ficcional, os teóricos da Revolução promovem a sucessão do indivíduo titular de uma fração da soberania, em seu coletivo considerado o titular do poder político, por uma fictícia personalidade soberana que se confunde com o próprio povo³³.

Por meio de uma *constitucionalização* jurídico-política da soberania nacional, aos representantes da nação – o povo – seria assegurado o poder-dever de tratar a pulsão

³³ Paulo Bonavides dirá: “Povo e nação formam uma só entidade, compreendida organicamente como ser novo, distinto e abstratamente personificado, dotado de vontade própria, superior às vontades individuais que o compõem. A Nação, assim constituída, se apresenta nessa doutrina como um corpo político vivo, real, atuante, que detém a soberania e a exerce através de seus representantes.” (2001, p. 131, 132)

ordenadora, cuja fonte primária estava na sociedade, atenuando-a ou transformando-a por meio de uma pulsão reguladora da qual a nação representada seria titular. Por essa via estava constituído, no embalo da Revolução Francesa, o modo Ocidental de produzir o Direito.

Esse modo especial de produzir o Direito conformaria o que os teóricos tedescos denominariam pleonasticamente, conforme anotado por Kelsen, de *Rechtsstaat*. Carregado duplamente, em termos semânticos, pelo sentido de *limitação pelo Direito*, o *Estado de Direito* Moderno avoca para si o monopólio de produção normativa e fixa o princípio da legalidade com norma de reconhecimento de existência e validade do Direito. Estruturado sobre essa metodologia da normatização, o Estado de Direito reduz a pluralidade jurídica, caracterizado por uma variedade de fontes geradoras de díspares ordenamentos, o que caracterizava a *ordem jurídica medieval* com suas normas derivadas da Igreja, do Imperador, dos príncipes, das corporações, das cidades-estado etc.

A partir dela, a produção normativa foi, portanto, encapsulada nos restritos limites do princípio da legalidade, o mesmo se dando com o exercício da jurisdição, que também se transformaria, deixando de ser o resultado de uma produção jurisprudencial de fato, para se converter em mera observância do princípio da legalidade, instrumento garantista construído pelo Estado de Direito a partir da avocação do monopólio estatal de produção normativa.

A teoria política assim conformada trazia uma capciosidade: o povo, mitigado no seu recorte retórico-estratégico nominado *nação*, fora elevado ao *status* de soberano e mesmo de fonte primária do Poder; entretanto, sendo fonte do Poder, ele não seria a fonte do Direito. A obliquidade ganhava *status* institucional, assegurando o exercício das pulsões apócrifas que influenciariam as pulsões reguladoras, redutoras e corretoras das fontes autorizadas (secundárias), propiciando a ocorrência de cogno-refração e desencadeando seus efeitos axiológico-reducentes, primeiro sinal da fenomenologia do descenso de legitimidade. Eis uma abordagem apropriada do Paradoxo da Obliquidade: a fonte do Poder (retórico, formal) não se constitui em fonte do Direito (o verbo do Poder), pois a fonte deste não pode ser aquele, sob pena de a soberania real ser privada da fluidez de suas pulsões apócrifas. O Direito tem que ser *direito* na semântica para poder ser *oblíquo* na política.

Nesse contexto, ganha inolvidável relevância o instrumento que se converteria no elemento centrípeto das comunidades e no depositário da nova ordem jurídico-social, o qual seria

nominado, partindo de inspirações antigas mas também medievais, de Constituição. A importância do vocábulo *constituição* e seu cognatos foi estampada oficialmente, como se viu, no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assim insculpida na instituição organizadora da Federação dos Estados Unidos da América do Norte.

A relevância do *método constitucional* no contexto setecentista deriva da necessidade imperativa – como condição mesmo de subsistência das novas formas organizacionais – de determinação de uma *identidade do sujeito constitucional* capaz de fazer frente – limitando-as, mas paradoxalmente preservando-as também – a outras identidades subjetivas também relevantes, tais como as étnicas, religiosas ou culturais (ROSENFELD, 2003, p. 21), que ilustravam o pluralismo politológico e sociológico de então.

Para produzir o Direito, o Estado Moderno precisou enfrentar a questão da definição do *sujeito constitucional*³⁴ e, ao fazê-lo, iniciou um processo histórico-jurídico que ainda não encontrou o seu termo. É que aquela identidade do sujeito constitucional nos primórdios da Modernidade se fixou como um sujeito exclusivista, apartado da expressividade demográfica que o fenômeno *constitucional* faria supor. As pulsões ordenadoras que receberiam o tratamento institucional capaz de lhes conferir existência e validade seriam selecionadas a partir da identidade do sujeito-fonte dessas pulsões e também da identidade do sujeito-executor das pulsões redutoras e corretoras. Ou seja, o Direito Moderno seria produzido a partir de pressupostos subjetivos valorizados no interior de uma estrutura institucional determinada por valores previamente fixados por *sujeitos* pré-constitucionais.

Finalizando o tópico e introduzindo o tema que será tratado no capítulo seguinte – sobre a apropriação das fontes de ordenação para fins de conformação das ondas ou pulsões ordenadoras –, esclareça-se que o modo de produzir Direito a partir da fundação do Constitucionalismo Moderno (restrito ao princípio da legalidade e ao monopólio da produção jurídica) produziu uma *ilusão*, geradora de crenças e desesperanças, fato que desde sempre vem aumentando a sensação de deslegitimação (ratificado pela Estatística Social) e que se

³⁴ Michel Rosenfeld, em seu grandioso opúsculo giza o complexo tema, conferindo-lhe *status* de problema fundamental do constitucionalismo: “Esse rápido olhar inicial sobre a identidade constitucional, bem como sobre o sujeito e a matéria constitucionais, revela que é bem mais fácil determinar o que eles não são do que propriamente o que ele são. [...] é preferível e mais acurado considerar o sujeito e a matéria constitucionais como uma ausência do que como uma presença. Em outros termos, a própria questão do sujeito e da matéria constitucionais é estimulante porque encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional.” (2003, p. 26).

revela na histórica seletividade quando, pelos processos políticos, se decide prestigiar destinatário real da norma constitucional.

A fugacidade da legitimidade tão desejada se explicaria no fato de as pulsões ordenadoras serem sistemicamente tratadas em função de uma determinação exclusivista do *sujeito constitucional*. Enquanto a produção normativa – monopólio do Estado – permanecer atrelada aos pressupostos Modernos aqui tratados, é correto pensar que a busca da legitimidade não só não terá fim, como será inglória.

4 APROPRIAÇÃO DAS FONTES, CONFORMAÇÃO DAS ONDAS

4.1 IDENTITARISMO DO ESTADO DE DIREITO

Por caminhos assim concebeu-se o Estado Moderno: (i) instalação do modelo contratual de justificação do Poder Político, (ii) o indivíduo e seus direitos erigidos como núcleo do agir estatal, (iii) a democracia representativa como discurso pacificador das tensões classistas, (iv) o princípio da legalidade elevado a dogma capaz de conferir relativa materialização e estabilidade às pretensões identificadas como origem da *revolução* e (v) tudo orientado pela epistemologia racional-positivista que modelava mentes e corações nos primórdios da Modernidade.

Veja-se, portanto, que o Estado Moderno adquiriu sua conformação a partir da dialética sociohistórica que jamais deixou de evidenciar – salvo nos discursos ideologizados que teimam em negar a existência de ideologias – que assumir o seu controle significa dispor de inigualável instrumento de ação sobre o meio-social, ação esta consistente na faculdade de enunciar regras de direito que modulam comportamentos, num efeito vinculado ao resultado formal da produção normativa das estruturas do Estado (BURDEAU, 2005, p. XIV).

Os teóricos do Estado Moderno absolutista, sabe-se, lastrearam a força do *monarca* na teoria da soberania – una, indivisível, indelegável, suprema etc. –, que reconhecia nele, monarca, a titularidade desse poder supremo, inclusive para que pudesse se opor tanto ao imperador romano-germânico quanto aos novos reis surgidos no rastro de decomposição dos feudos (BONAVIDES, 2000, p. 126). Esse conceito de soberania seria também muito caro aos teóricos iluministas, que o aproveitariam transmudando a titularidade.

Essa *autolegitimação do próprio poder* a partir do aprisionamento dos meios de produção institucional normativa, instalados nas estruturas administrativas do próprio Estado, iria marcar a história da humanidade. As fontes dos ordenamentos se tornariam, pelo paradigma moderno de Estado, submetidas a interesses exclusivistas. Hoje, decorridos mais de quatro séculos dos tremores iniciais de Thomas Hobbes, certas sociedades ainda relutam em

reconhecer – ou ao menos discutir a hipótese de – que o Estado foi concebido para ser a sede impassível do poder e que, historicamente, ele tem sido repetidamente convertido no álibi daqueles que governam em seu nome (BURDEAU, *ibidem*).

Simple olhar por sobre os ombros desaconselha ignorar essa última assertiva: a marcha evolutiva sociohistórica tem sofrido revezes a cada vez que a disputa por aquele *poder*, embarcado no Estado, atinge níveis não comportáveis pela estrutura do próprio Estado, o que conduz a rupturas da ordem jurídica e social promovidas por seus titulares com a finalidade de manter sua legitimação, nem que seja por meio de uma *nova* legalidade inaugurada pela negação da ordem então vigente e pela ruptura da *normalidade* institucional.

Contudo, parece não ser precisa a avaliação que reconhece uma suposta *captura* do Estado por forças exclusivistas *ao longo* de sua existência e construção; o Estado moderno-iluminista, em verdade, *foi concebido* e engendrado por forças exclusivistas com o fim específico de albergar, na formalidade protetora, seus incipientes direitos contra o despotismo secular e religioso, à espreita, na vã esperança de retomar sua posição histórica, além de blindar seus direitos patrimoniais contra eventual corrosão a ser tentada por classes sociais emergentes, os subprodutos do desenvolvimento da própria burguesia.

O Estado Moderno, mostram-no os processos histórico-sociais, nasceu *capturado*; foi concebido como uma célula blindada de onde seus ocupantes entoariam um discurso dissimulador, pouco revelador da verdadeira natureza do Poder político nele instalado, com o objetivo sopesado de naturalizar e legitimar as regras sociais por ele filtradas, mas cuja origem pode ser facilmente identificada naqueles que se plantam em seu interior. Difícil olvidar que a dialética sociohistórica, no mesmo *processo civilizador* que produziu uma comunidade de interesses capitaneada pela burguesia, daria origem a outras surgidas exatamente como vetores dos conflitos sociais cujos atores foram testados ao longo dos conflitos medievais. De prontidão, os protagonistas da história ocidental mantêm as armas em punho, vigiando – com Locke e seu Estado *guarda-noturno* da propriedade – seu espólio.

As reflexões liberais inglesas, a exemplo daquelas desenvolvidas por Hobbes, orientavam-se por uma ideologia cuja realização dependia do projeto de liberar os homens da influência direta dos *deuses* e de seus auto-intitulados representantes e, mais importante, das crenças que legitimavam essa influência. Eram necessárias, então, outras crenças aptas à legitimação de novos padrões de influência, verdadeiro *portal* para o despotismo desconectado de qualquer limitador normativo.

Nessa moldura é que se inserem os esforços de Seyès e a admirável *teoria constituinte do Estado*, acima referida, concebida a favor do *Terceiro Estado* que recebia, sob formato científico, um abrigo institucional que, salvo exceções históricas, ocuparia enquanto lhe fosse conveniente.

A capacidade de percepção política das classes sociais prevalentes nos primórdios do Estado Moderno-iluminista é admirável. O pragmatismo dos três estamentos conectados por interesses comuns permitiu, durante séculos, coexistência convenientemente simbiótica. A burguesia, destituída do *it* próprio da linhagem nobre de alguns e também do domínio do universo metafísico característico dos religiosos cristãos, normalmente ascendia socialmente ao adquirir títulos nobiliárquicos ou encaminhar seus descendentes para a educação. O amálgama de interesses resultante dessa convivência oportunista produziu pensamento quase coeso no seio das três classes. Adorno e Horkheimer resgatam eloqüente manifestação desse pensamento quando tratam do espírito de dominação que caracterizou a época de consolidação do Estado moderno.³⁵

Esse espírito convenientemente concertador, presente na gênese do Estado Moderno, perpetuar-se-ia na marcha dialética sociohistórica conferindo às estruturas constituídas no âmbito estatal uma homogeneidade discursiva e metódica jamais vista na história das instituições humanas. O notável concerto elaborado por aqueles que vinham construindo sua hegemonia com ferramentas inteiramente incompatíveis com a propalada ética religiosa e com a moral reclamada pelas novas formas de relacionamento social e econômico, necessitava de uma cidadela melhor arquitetada.

As filosofias de então, desde sempre influenciadas pelo pensamento grego, conceberam valores que passaram a ter dupla função na relação a ser estabelecida entre os homens e o novo *locus* do poder. Um destes, pilar das teorias, tratava do binômio *igualdade/desigualdade* entre os homens e promovia um deslocamento do centro do poder pela incorporação de doutrinas democráticas.

No discurso metódico do liberalismo, o novo ente, cidadela dos interesses dos seus titulares, de feições hobbesianas ou não, professaria discursivamente uma igualdade imaginada entre

³⁵ Cfe. Theodor Adorno e Max Horkheimer: "Após breve interlúdio do liberalismo, quando os burgueses mantiveram uns aos outros em xeque, a dominação revela-se como um terror arcaico sob a forma racionalizada de fascismo: 'Então', diz o príncipe de Francavilla durante um sarau na corte de Fernando de Nápoles, 'é pelo mais extremo terror que é preciso substituir as quimeras religiosas. Liberte-se o povo do temor a um inferno futuro, e ele se entregará em seguida, destruído o medo, a tudo. Em vez disso, substitua-se esse pavor quimérico por leis penais de uma severidade prodigiosa e que atinjam a ele apenas. Pois só ele perturba o Estado: é em sua classe apenas que nascem os descontentes. Que importa ao rico a idéia de um freio que não cai jamais sobre sua cabeça, se ele compra com essa vã aparência o direito de atormentar todos os que vivem sob o seu jugo? Não encontraremos ninguém nessa classe que não permita que se imponha a ele a mais densa sombra da tirania, desde que sua realidade recaia sobre os outros." (*Dialética do Esclarecimento – Fragmentos Filosóficos*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 76).

todos os componentes humanos da sociedade moderna. O discurso legitimador não poderia prescindir do apelo à igualdade, pelo menos em sua face formal, constituindo-se no que viria a se denominar *violência simbólica*, o processo comunicativo arbitrário por meio do qual alguém, em posição dominante, impõe sua cultura visando ao *consensus* – o conformismo lógico –, sobre outrem, em posição dominada (BOURDIEU e PASSERON, 1982).

Era necessária essa estratégia retórica, expressão do poder real e também do *poder simbólico* – segundo Pierre Bourdieu, “esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (2004, p. 8) – pois a presunção de igualdade, sempre presente, fora a origem da instabilidade do mundo medieval em sua passagem ao mundo moderno, que assistia a uma *guerra primitiva* nascida do sentido subjetivo de igualdade e que se desenrola no elemento fático da desigualdade; sendo mesmo – a guerra – um efeito imediato da não-diferença ou de diferenças insuficientes (FOUCAULT, 1999, p. 103).

A percepção dos formuladores dos conceitos jurídicos modernos abarcava nuances daquele *estado de guerra primitiva*, derivado dessas diferenças insuficientes ou, por outro lado, do sentimento de uma quase-igualdade propensa à evolução para igualdade ou superioridade por meio do enfrentamento e subjugação. Está nessa percepção do *eterno conflito* a origem de um Direito que, reconhecendo direitos, outorgava obrigações num desequilíbrio ideal e necessário à manutenção e preservação de interesses próprios de quem governava.

A ontologia do Estado revela-se, desde sempre, por meio de fenômenos mais ou menos dissimulados e permissórios da identificação de uma força que o delinea e o define. Essa força se institucionalizou no Estado moderno, convertendo-se, indiretamente e sob o discurso da legitimidade por representação, na fonte emissora do ordenamento jurídico das sociedades.

4.2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER DE FATO, *CONSTITUIÇÃO* DA FONTE

A expressão do poder político como manifestação de superioridade de certos grupos em face de outros tem se revelado sob distintos modos ao longo da história. O inusitado das feições político-organizacionais que a visão racionalista conferiu ao Estado moderno levou Norberto Bobbio a afirmar que *jamais existiu uma formação histórico-social* semelhante (1991, p. 2). Não surpreende a assertiva do autor turinês, pois o novo Homem europeu – protagonista de

formas novas de organização social e econômica – demandava, de fato, um organismo inovador, justificado racionalmente e erigido a partir de pressupostos destituídos do ranço clerical e nobiliárquico, igualmente exclusivista. Este seria substituído por uma ideologia democrática, calcada na *vontade geral*.

O pensamento europeu produziria, então, uma instituição política à qual Bobbio se referiu como “a imagem de um Estado que nasce do consenso recíproco de indivíduos singulares, originariamente livres e iguais, é uma pura construção do intelecto” (1991, p. 12). Esse intelecto, amálgama romanticamente apreciado por Bobbio, orientado por um pensamento pragmático-racional debateu-se, por séculos, contra (i) uma correlação de forças que privilegiava aspectos hereditários e sobrenaturais que excluía outras características importantes, mas destituídas do selo divino ou régio e (ii) uma conformação religiosa e culturalmente normatizada de práticas sociais e comerciais que teimava em constituir obstáculos a atividades produtivas cujo objetivo era submeter os agentes econômicos à autoridade regente. Natural, portanto, que aquele intelecto – presente nas classes distintas da nobreza e do clero, e especialmente presente na comunidade de interesses capitaneada pela classe burguesa – intuísse primeiramente, para em seguida racionalizar, quão imprescindível era a transformação do paradigma de correlação de forças políticas.

Avaliações sóciohistóricas permitem afirmar que o Estado, visto a partir da configuração exposta linhas acima, tem mesmo sido objeto de disputa por aqueles que o percebem como meio legítimo de defesa de seus interesses particulares; como caixa de ressonância do discurso do *poder*. O Estado é instrumento; nele se encontram o *discurso subjetiva e supostamente legitimador* – a soberania do povo exercida por meio da democracia – e também o *discurso objetivamente dissimulador*, que enevoa as intenções de permanente captura das estruturas estatais, *locus* privilegiado de controle das instâncias de poder.³⁶

³⁶ Opiniões quanto a esse caráter instrumental do Estado, colocado a serviço de interesses exclusivistas, têm recebido freqüentemente adjetivação pejorativa, denunciando uma suspeita inadmissão da hipótese de que o Estado tenha realmente sido concebido como *posto avançado* de interesses particulares de grande expressão econômica, social e cultural. Não se trata de exibir preferência por nenhuma das opiniões divergentes sobre o tema, porém, é imperativo considerar a historicidade desta instituição e os efeitos sociais e econômicos da atuação supostamente destituída de ideologia das classes que vêm se sucedendo na sua administração. Sob o capitalismo, o direito estatal viria refletir a estrutura social fundada nas relações econômicas desiguais e espoliativas, trazendo inscrito em si o rótulo dos interesses das classes dominantes. Esse rótulo viria a ser legitimado ora como representação da necessidade de o direito refletir a correlação de forças presente na economia política, ora como o marco das buscas de relações socialmente justas. Como **Engels** afirma em carta a **Carl Schmitt** após a morte de Karl Marx, "... se o direito fosse, de modo tão óbvio, um reflexo da estrutura econômica, perderia sua capacidade de ser visto como algo digno de respeito. Isso pode significar que certas

A institucionalização do poder pela via estatal se apresentou, portanto, como estratégia visando à constituição de um ente político capaz de comportar o exercício do poder sem o risco de sublevação motivada por acusações de ausência de legitimidade. A instituição Estado seria, por assim dizer, o *boneco do ventríloquo*; o ventríloquo seria personificado pelos titulares dos poderes efetivos manifestados epifanicamente pela *soberania real*, a serem acobertados pelo formalismo institucional que conformaria o ente estatal. Constituído o Estado, necessário seria, para o cumprimento de sua missão, dar-lhe uma voz de autoridade. E assim surgiu o Direito, o verbo do Estado, donde se chegou ao Estado de Direito, evento que permitiu um paradoxo, conforme visto: a *fonte primária* do Poder depende das *fontes secundárias* para projetar seus interesses socioeconômicos porque as pulsões ordenadoras serão tratadas pelas *fontes do Direito*, entre as quais não se inclui o *soberano*.

A apropriação das estruturas do Estado, visto como sede do poder político, por quem titulariza outras formas de poder – v.g., o moral e o religioso, o intelectual e o econômico – e brande os respectivos interesses, permite teorizar e praticar formas de outorga de legitimidade para que seja constituído um marco regulatório universal apto a permitir a instalação de estruturas receptoras dos ideais que defendem, sendo deles o mais destacado aquele que se assenta sob a lógica tríplice do capital: aquisição, multiplicação e acumulação de riqueza, suavizada na contemporaneidade como propriedade-gestão-retorno. Dito em outras palavras: atividades bem sucedidas na esfera econômica demandam, para seu necessário desenvolvimento, *ordem e controle* na esfera política (MOORE JR., 2006, p. 146), causa principal da constituição do Estado Moderno Liberal e do Direito como instrumento legitimador de sua ação.

Sob essa ótica, da qual muitas vozes discordam, entende-se que, postas as condições políticas essenciais à oferta de garantias mínimas de preservação das riquezas existentes e a ser produzidas, a comunidade de interesses constituída pela ordem burguesa – titular medieval e moderno da principal força econômica, moral e intelectual – manteve sua trajetória ascendente iniciada ainda no medievo século XII.

Protagonista dos negócios de Estado, em duelo dialético com a nobreza e o clero, aquela comunidade burguesa medieval já clamava por uma *reforma* das relações de poder como

modalidades de direito são de fato não um reflexo direto, mas sim indireto, das condições econômicas, ou uma adaptação à necessidade de demonstrar uma ideologia de justiça... O direito deve ostentar uma ideologia da equidade, do progresso e do interesse social que oculte a realidade da dominação." (Cf. Wayne Morrison, *Filosofia do Direito – Dos gregos aos pós-modernos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 309)

instrumento da ordenação econômica essencial para a instalação de novos modos de fazer negócios. Com economias ainda lastreadas na produção agrícola, reinos e nações europeus conviviam com alto grau de ineficiência gerencial percebida da desordem das finanças, na corrupção generalizada, nas repartições públicas que negligenciavam o cumprimento de suas tarefas e também a ausência de arquivos confiáveis e capazes de registrar as atividades, tudo constituindo um nível de desorganização intolerável para uma mente burguesa (BARZUN, 2002, p. 232), acostumada à ordem exigida pelos negócios como condição para a obtenção da segurança jurídica.

Barzun relata experiência do francês Jean-Baptiste Colbert – burguês que trabalhou como ministro de Estado da economia do Rei Luís XIV –, que organizou as incipientes práticas mercantilistas francesas com o objetivo de regular o erário por meio de conhecida fórmula de gestão pública: corte de despesas e incremento de receitas; sendo esta que última seria perseguida pelo esforço de equilíbrio das atividades de comércio exterior. O *mercantilismo*, na França do século XVII, chegaria ao requinte de ter à sua disposição uma imensa estrutura pública organizada nos moldes de uma empresa privada, tendo à frente um gestor burguês.

A concepção desse modelo estrutural de administração pública seria aperfeiçoada e daria lugar, nos séculos seguintes, sob a ótica do *poder* e do *direito*, ao Estado Liberal, e no aspecto econômico, a novas formas de exercício do *capitalismo*, que superaria o modelo mercantilista e ensejaria o modelo industrial; num futuro mais distante, desembocaria no capitalismo financeiro, mais asséptico sem perder, contudo, sua virulência anti-social.

Nesse contexto, a idéia de legalidade surgiria como princípio ordenador da conduta do poder, afastando o seu abuso e o arbítrio quando praticados pelos artífices do capital. Sob o ponto de vista demográfico, a economia, orientada pela prática de atos autônomos promotores do comércio e da indústria, reduziria a importância da terra como fator de produção de riqueza, dando seu lugar ao capital, o que marcaria o desenvolvimento das sociedades urbanas, conforme se demonstrou na passagem sobre a *revolução industrial*.

Na fundação de todos os Estados modernos e contemporâneos ocidentais, e também entre aqueles apenas influenciados por estes, seriam insculpidos, como princípio basilar da constituição do *poder político*, símbolos normativos que refletem aquele *espírito aquisidor*, reservando-lhes um largo espaço jurídico, útil e necessário à implementação dos seus modos

de produção de riqueza, transformação da natureza e aquisição e acumulação de patrimônio material e imaterial. O Direito moderno, inspirado pelos filosofemas iluministas e patrocinado pelo Estado, proporcionaria um *meio* adequado à propagação das ondas ordenadoras indispensáveis ao projeto de constituição de um novo modo de produção de riquezas, de um novo paradigma no relacionamento do Homem com seu meio, natural e social.

Ontológica e teleologicamente, o Estado moderno organizou-se mesmo para arranjar espaços político-econômicos demandados por novas formas de organização social e econômica e, por isso mesmo, apropriados ao manejo das habilidades da comunidade socioeconômica germinada no entorno da ordem mercantil-capitalista, depois industrial-capitalista, o que incluiu comportamentos nem sempre alinhados aos ancestrais ideais de equidade ou respeitosos aos ideais de justiça quando se trata, *v.g.*, de defender a propriedade, razão pela qual a repressão estatal concentrou-se, historicamente, nos crimes contra a propriedade.

Igualmente, contudo, a ontologia e a teleologia estatais tornaram-se muito mais inclusivas do que, certamente, foi desejado por seus fundadores. Esse efeito inclusivo, de jaez democrático, ainda que não propriamente programado pelos detentores do poder que se institucionalizaria no Estado formalmente constituído, decorreria das semelhanças naturais entre os homens, valor que sustentara o discurso transformador setecentista.

Desautorizadas as doutrinas teológicas que explicavam a origem do poder político constituinte do Estado considerando a intervenção de forças sobrenaturais, criou-se o ambiente propício à propagação, com fins legitimadores, das doutrinas democráticas, “que colocam a origem do poder político na vontade coletiva da sociedade, submetida a esse poder, e que ensinam que poder político é legítimo porque – e só por isso – é instituído pela coletividade que rege.” (DUGUIT, 2005, p. 35). A explicação extra-Física, fundada em dados intangíveis, haveria de soçobrar diante dos vagalhões científicos que vinham sendo produzidos com grande proficuidade desde o Renascimento.

Essa segunda fórmula mecanicista da constituição, legitimação e exercício do poder político conduziria à onipotência deste poder e à subordinação completa e sem limites do indivíduo (DUGUIT, 2005, p. 25), ensejando a oportunidade para o discurso supostamente legitimador, que eclodiu como dogma sob o entendimento, equivocado por certo, de que a vontade coletiva

poderia ser captada pelo método do *contrato social*, expressado na constituição de parlamentos presuntivamente representativos do povo.

Se a sociedade pós-medieval apresentava enormes necessidades de ajustes políticos para atender às demandas que vinham sendo contidas pelo modelo de correlação de forças imperante, esses ajustes – sugeria o racionalismo emergente nos primórdios da Modernidade – seriam melhores recepcionados numa comunidade orientada por um normológio concebido e enunciado a partir de uma instituição política poderosa o suficiente para permitir a realização dos ideais dessa mesma comunidade, ou seja, uma comunidade jurídica institucionalizada e orientada por um sentido, o que nos leva à reflexão de Zippelius quando afirma que “a comunidade estatal constitui-se pela realização contínua de conteúdos de sentido normativo.” (1997, p. 44).

Constituir essa instituição ou apropriar-se de suas estruturas produtoras de normas seria, para os detentores de outros poderes que não o político, em qualquer época, um objetivo a ser perseguido. Na aurora do Estado Moderno essa realidade histórica era por demais evidente para não ser considerada nos concertos políticos – amistosos ou não – a serem construídos. Estava claro que “uma comunidade só pode funcionar também como Estado de Direito quando nela se encontra à disposição e é utilizado o poder do Estado para a execução do Direito”, bem como claro também estava que “o Direito serve como modelo fiável de orientação só enquanto aplicado e executado com firmeza” (ZIPPELIUS, 1997, p. 58).

A comunidade de interesses organizada em torno das classes que pugnavam por uma nova ordem na transição da era Medieval para a era Moderna intuíram a necessidade de aprofundar e reorganizar a institucionalização do poder. E nesse sentido, o “poder estatal consolidado” não poderia ser “apenas um fenômeno político de força, mas também um ‘poder político juridicamente organizado’ consubstanciado num sistema de competências de regulação jurídica.” (ZIPPELIUS, 1997, p. 76).

A perpetuação daqueles pressupostos políticos dependeria, todavia, da construção de uma teoria, a ser implementada ao menos no nível da formalidade normológica-estatal. A ideologia da legitimação do poder político haveria de ser construída sob teorias que seduzissem pela revelação discursiva de um poder soberano aparentemente desconectado tanto dos protagonistas *potentes* da era em ocaso – Deus, Rei, Soberano etc. – quanto dos artífices do

enfraquecimento daqueles, justamente aquela comunidade que vinha perseguindo um espaço para o exercício de suas próprias razões de poder.

4.3 ARTIFICIALIZAÇÃO RACIONAL DA FONTE

A superação do paradigma teocêntrico rumo a outro, fundado em princípios antropocêntricos, como elemento supostamente legitimador do poder político sustentado num paradigma democrático, amolda-se à reflexão construída por Arthur Kaufmann (2007, p. 32) acerca da passagem do *mythos* ao *logos*, caracterizadora da inauguração do pensar cientificamente, balizado por uma racionalidade empírica pressupostamente universal.

Para a ampliação intelectual da assertiva, contudo, há de se considerar que os mitos de outrora e o conhecimento científico moderno podem ser produzidos pelos métodos e razões similares, resultantes das mesmas idiossincrasias (KUHN, 2001, p. 21), o que certamente está na origem da constante derrubada de postulados – dogmas, num certo sentido – erigidos pela ciência *normal*, e também na gênese de determinados modelos estatais modernos e contemporâneos que replicam o fideísmo opressor para fixar, nas mentalidades e pela violência simbólica, novas verdades, agora com cariz político-democrático.

Se hodiernamente, concordando com assertiva de Reinhold Zippelius (1997, p. 12), “quem investiga a realidade do Estado vê-se confrontado com a dificuldade de se orientar na complexidade perturbadora do acontecer político” (1997, p. 12), o que dizer dos observadores e artífices dos tempos renascentistas e pós-renascentistas marcados por instabilidades sociopolíticas? Num conturbado contexto social e político, a promessa de *razão, ordem e progresso* veiculada nos postulados científicos dotava de imensa credulidade o modelo de organização política que vinha sendo gestado na sociedade européia, uma vez que se apresentava como apto a garantir aqueles valores tão caros.

Nas expectativas pós-transcendência das sociedades européias subsistia a demanda por justificativas legitimadoras do poder político: a erosão dos postulados teológicos justificadores do poder abria espaço para doutrinas fundadas numa idéia de compartilhamento de soberania e concentração da mesma por meio das teorias do contrato social e do direito natural, o primeiro no sentido de concerto social do indivíduo em prol da instituição maior

que todos e o segundo a traduzir a idéia de um direito originário a ser encapsulado nas emissões normativas da *fonte* do poder.

Realmente, o novo cenário constituído a partir das transformações propiciadas pela erosão epistemológica na *débâcle* da Idade Média era, ao mesmo tempo, causa e resultado das demandas por novas formas institucionais de Poder e também por um novo quadro normativo, a ser expedido por essa *organização superior*. O *Zeitgeist* do período de transição referido exigia a afirmação das realidades *nacionais*, o que impunha estrita determinação do poder estatal *legítimo* e também uma redefinição da ordem *internacional*³⁷, pois se, o movimento político derivado do contubérnio racionalizante entre as diferentes classes que compunham aquela nova comunidade juspolítica pugnava pela constituição de um novo *locus* do *seu* poder, não lhe faltava percepção da necessidade arranjos relativos à esfera política que lhe era externa, inclusive como requisito de sobrevivência.

O imperativo da legitimação do exercício do poder político, decorrente da necessária distinção a ser estabelecida entre os paradigmas decadente (teológico-mitificante) e ascendente (humanístico-racional), exigiria verdadeiro contorcionismo teórico, pois a *complexidade perturbadora do acontecer político* não se deixava compreender pelos modelos epistemológicos de então, todos de base restrita, classista e exclusivista.

Aos espíritos mais argutos não faltava a compreensão do processo de secularização deflagrado pelas inquietações renascentistas prenhes de anseios humanísticos e racionalistas, que orientavam o intelecto rumo à percepção de que o Poder, tal e qual era sentido e vivido, era menos um epifenômeno e mais, muito mais, um protagonismo humano, que se diferencia dos fatos naturais e sobrenaturais e que *devem sua origem e desenvolvimento principalmente a um processo de vontade* (JELLINEK, 2000, p. 177).

³⁷ A reflexão é de *Châtelet, Duhamel e Pisier-Kouchner*: “Às dificuldades políticas suscitadas pelos conflitos religiosos acrescentam-se os problemas levantados pelas profundas modificações experimentadas pelas sociedades européias: afirmação das realidades “nacionais”, o que impõe, por um lado, uma estrita determinação do poder estatal legítimo e, por outro, uma redefinição da ordem “internacional”; alteração profunda das relações sociais devidas às transformações do mercado de trabalho e à nova concepção existencial que começa a surgir; revolução na imagem da natureza e do Homem, engendrada pelos múltiplos progressos da matemática e da Física.” (2000, p. 48 e 49)

Desenvolveu-se, naquele período de conformação do Estado como fonte institucional do poder político, uma sensação de auto-suficiência do Homem, certamente sugerido pelo ideal de emancipação em face do jugo teológico, que legitimava as arbitrariedades imperiais, régias e clericais desde a Antiguidade. Esse *sensu de emancipação*, especialmente presente na comunidade de interesses liderada pela ordem mercantil, tinha origem na secularização, crescente mas refratária ao abandono definitivo de formas transcendentais de organização sociopolítica e tributária da crença na “capacidade demiúrgica da humanidade” (CATROGA, 2006, p. 28). O racionalismo político desenvolvia seus novos modelos decalcando estruturas sacralizadas e recebendo eflúvios teológicos.

Entusiasmados com as teorias científicas que, submetendo os fenômenos naturais aos novos processos cognitivos, propiciavam um *particular modo de conhecimento*, os filósofos do poder – dos quais o mais notável exemplo colhe-se na obra de Thomas Hobbes, que explicitamente opôs o *Homem artificial* ao *Homem natural* – transpuseram os modelos racionais das ciências da natureza para a ciência do poder. Ao fazê-lo, é certo que sucumbiram à arbitrariedade da ciência referida por Thomas Kuhn – quando afirma que a arbitrariedade da ciência “especifica não apenas as espécies de entidades que o universo contém, mas também, implicitamente, aquelas que não contém” (2001, p. 26) – e sofismaram acerca das possibilidades do sistema organizador que seria o lócus da institucionalização do poder político nos moldes da Modernidade.

Essa institucionalização do poder, a ser encapsulado no interior do que se denominou Estado de Direito, sustentava-se sobre três aspectos básicos (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 19 e 20): (i) a renúncia a toda idéia ou objetivo trans-personal do Estado, visto que não se tratava de uma criação de Deus, mas sim de uma comunidade – *res publica* – a serviço do interesse comum de todos; (ii) a limitação dos objetivos e atividades do Estado diante da liberdade e da segurança da pessoa e da propriedade, ou seja: o Estado deveria assegurar a liberdade individual e também a possibilidade de desenvolvimento individual autônomo e (iii) a razão como princípio, na medida em que a organização do Estado e a regulação de suas atividades seria balizada pelo método racional emergente.

Percebe-se, nas concepções teóricas respeitantes ao Estado Moderno, uma meticulosidade orientada pela necessidade de *sedução* do destinatário do discurso quanto à imperatividade do

estabelecimento de uma nova ordem “pela qual o Estado instaura sua soberania sobre as várias organizações.” (DEL VECCHIO, 2005, p. 34).

O Estado Moderno, é certo, precisou impor-se ante as demais organizações patrocinadas por outras comunidades de interesse que fervilhavam em solo europeu. Tendo nascido como *mais uma* organização teleologicamente concebida para institucionalizar um certo tipo de poder, de perfil econômico, o Estado haveria de usar os instrumentos ideológicos reforçados por filosofemas e epistemas racionalistas, que seriam utilizados por uma razão argumentativa para obter reconhecimento de incontestável soberania política, capaz de submeter, como diz Del Vecchio, as demais organizações.

Giorgio Del Vecchio usa a expressão *imposição efetiva* para dizer da *positividade em sentido pleno* somente verificável quando, de “uma ligação ou síntese entre diversos querereres” resultaria uma *vontade social preponderante* capaz de instaurar, *legitimando*, aquela entidade soberana que se chamou Estado e ao qual se atribuiu, “formalmente, a emanação de todas as proposições jurídicas que compõem um sistema regulador de convivência.” (2005, p. 35). E, de fato, se o Estado emergente foi concebido como o “centro comum de irradiação dessa *vontade social*”, seria favorecer o seu enfraquecimento por perda de legitimidade a simples permissão de qualquer conduta desconsagrante daqueles três postulados básicos sublinhados por Böckenförde.

Era essencial, pois, que as outras fontes emissoras de comandos normatizantes, verdadeiras ameaças às pretensões de onipotência do Estado, fossem devidamente submetidas ao marco regulatório extraível dos enunciados normativos do poder institucionalizado no Estado. Para tanto, inderrogáveis se tornaram (i) a crença em que Estado fora, de fato, convertido numa *forma de poder que enobrece a obediência* (BURDEAU, 2005, p. XI); (ii) o posicionamento altivo e defensivo das novas comunidades de interesses num ambiente institucionalizado como fonte do Poder e, portanto, espaço aberto à luta política; (iii) o reconhecimento de que o funcionamento do Estado, visto como institucionalização do Poder e organização ocupante da posição-topo na pirâmide sociopolítica, depende de suas próprias emanações ordenadoras e também das ideologias aptas a sustentar essas emanações e (iv) o desenvolvimento de teorias – fundadas naquelas ideologias – capazes de legitimar a existência e atuação do Estado, propiciando sua *justificação democrática*.

O olhar hermenêutico que desdivinizou o universo – que possibilitou a ciência moderna (CATROGA, 2006, p. 21) – e antropologizou as relações sociais foi a resultante do construto científico-filosófico da Modernidade, num processo de secularização conformado por três fatores: (i) “crescente influência da religião judaico-cristã”, (ii) “desenvolvimento da racionalidade capitalista” e (iii) “crescimento de uma civilização urbana com efeitos desestruturadores nas formas tradicionais de sociabilidade e respectivos modos de entender o mundo e a vida.” (CATROGA, 2006, p. 15 e 16).

Artificializar as formas institucionais de manifestação do poder político era o caminho exigido pelas novas teorias políticas que os iluministas acalentavam, descrentes que eram nas formas divinizadas e divinizantes do poder soberano e carentes de uma teoria que tornasse aceitável aos membros da *nação* a idéia de submissão ao novo *deus*. Por outro lado, o princípio de soberania que sustentava esse poder político vinha sempre identificado com o poder supremo de um governante do Estado, em geral o monarca, conforme as teorias de Jean Bodin e Thomas Hobbes (WOKLER, 1989, p. 132).

A justificação racional-iluminista do poder político dava a autoridade estatal como necessária à intervenção salvadora no *estado de natureza*, no qual se verificava a incapacidade dos homens, para a coexistência ética, quando ausentes instituições políticas ordenadoras com apelo de submissão e poder de coerção. Nesse quadro epistemológico e filosófico, a institucionalização do poder político no Estado, a fonte do ordenamento jurídico, do *direito positivo* que se distinguiu do *direito natural* sem deixar de incorporar seus princípios, *positivando-os*, precisava libertar-se do personalismo e ampliar sua base legitimadora.

Nesse intento, a teoria política – desde o Iluminismo, com ênfase em Montesquieu, Rousseau e Seyés, cada qual ao seu modo – construiu, em parte sob inspiração heládica e romana, da *polis*, da *civitas* e da *res publica*, um molde institucional para o poder político balizado pela teoria do contrato social, que cuidaria da doutrina da soberania, e também pela teoria do exercício do poder exercido de modo tripartite, disciplinadora da movimentação política do Governo, que supostamente atuaria em nome do *soberano*.

O poder foi, portanto, institucionalizado sob a forma de uma organização política derivada da *vontade geral*, o Estado, que se constituiria na fonte emissora de ordenações, construindo um duto para a imperatividade legalista. A concepção desse modelo derivou da corrente política

protagonista da Revolução Francesa, que transitara do racionalismo filosófico, abstrato e jusnaturalista para o racionalismo positivista, empírico e relativista (BONAVIDES, 2000, p. 113). Esse autor perceberia que essa transição operou *uma sutil transposição de termos*, fazendo toda a legitimidade repousar doravante na legalidade.

A racionalidade moderna tentou artificializar, em verdade, *não a legitimação do Estado*, mas, *sim, a legitimação do poder político* que se institucionalizaria por meio do Estado nascente. Apesar do discurso fundado num racionalismo mecanicista, a artificialização da fonte – que, por contingências históricas, tornou-se o Estado – se daria num procedimento fideísta, mais amoldado ao pensamento teológico que se queria superado.

Artificializar a fonte do poder, institucionalizando o poder real no interior do poder político, chamando-o de *soberano*: esta foi a grandiosa tarefa levada a cabo pelos teóricos do Estado de Direito.

4.3.1 Artificialização e Legitimação política como Dogma

Visto como “organização jurídica coercitiva de determinada comunidade”, o Estado pode ser analisado sob as concepções (i) organicista, quando se considera que o Estado é independente e anterior aos indivíduos; (ii) atomista ou contratualista, pela qual o Estado é criação dos indivíduos e (iii) formalista, que vê o Estado como uma formação jurídica (ABBAGNANO, 2000, p. 364). Estas duas últimas concepções são estruturantes do Estado de Direito, no período iluminista e também nos séculos subseqüentes; por isso interessam a este trabalho.

Consideradas as concepções *contratualista* e *formalista*, as sociedades que ao Estado se submetem reflexionam sobre duas características essenciais: (i) ele é a fonte das enunciações ordenadoras que submeterão a sociedade e (ii) da legitimidade de sua constituição dependem a efetividade de suas normas e também o equilíbrio social pressuposto em sua constituição. Essas reflexões fundem, portanto, os aspectos *sociológico* e *jurídico-formalista*. Se se deseja explicitar os referenciais teóricos, destaque-se, sobre o primeiro, Georg Jellinek; sobre o segundo, Hans Kelsen, em verdade o seu constituinte.

Dessas reflexões derivam duas *constatações*: (a) o Estado é um meio de institucionalização do poder real, seja ele político, econômico, cultural ou religioso; manifeste-se ele como

teocrático, aristocrático ou democrático, e (b) quem se apropriar – direta ou indiretamente – de seus instrumentos funcionais terá a prerrogativa de moldar as pulsões ordenadoras, que serão tanto mais legítimas quanto maior for a identificação de seu conteúdo normativo com a *vontade-de-lei* do titular da soberania, a fonte primária do Poder, considerada em sua vertente democrática e *nacional*.

A primeira *constatação* representou imensurável avanço, pois abriu veredas para a naturalização da institucionalização do poder político, provocando uma intuitiva rejeição aos modelos informais e arbitrários de exercício do poder, fossem hierocráticos ou autocráticos. O poder político, dada as suas potencialidades de submeter todos os outros poderes – essa era a crença –, deveria receber configuração institucional e controlável.

A segunda *constatação*, cujas interpretações têm sofrido modificações ao longo dos anos, ensejou um também intuitivo reconhecimento da inderrogabilidade da distinção pragmático-conceitual entre legalidade e legitimidade, corolário das doutrinas democráticas justificadoras do poder. A partir dela, naturalizou-se o reconhecimento de insuficiência deontológica e teleológica de uma atuação estatal, em regimes democráticos, fundada unicamente na *legalidade*, ao mesmo tempo em que a expectativa do destinatário da norma e, portanto, da ação do Estado, passou a ser uma atuação estatal revestida de *legitimidade*.³⁸

Essa percepção de insuficiência da *legalidade* e de imperatividade de *legitimidade* não seria suficiente para transformar radicalmente o modelo normativo, mas seria um fator de empuxo para a materialização de anseios sociais que, de outro modo, no âmbito da legalidade, dificilmente seriam considerados pela atuação estatal, pois o conceito metafórico de pacto social – seja em Hobbes, Locke ou Seyès – não contemplava como imperativa a identificação entre vontade do destinatário da norma e atuação do Estado voltada para a realização daquela vontade.

Depois de sacralizada por Rousseau e sua religião civil (CATROGA, 2006, p. 95 e ss.), a idéia de *pacto social* foi atenuada e alçada à condição de episteme pelos iluministas e também por seus herdeiros contemporâneos; mais por seu jaez discursivo-democrático e menos por

³⁸ Recorra-se a Paulo Bonavides (2000, p. 112) para fixar a distinção entre os conceitos: “A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática.”

sua efetividade na promoção da *legitimidade do agir estatal*.³⁹ Por toda via, porém, estava posto o caminho retórico para a legitimação *formal* do poder por meio do legalismo formalístico, que moldaria o futuro. Olhando a evolução historiográfica, estudiosos da Política e do Direito já afirmaram que “o século XIX viveu de duas idéias políticas: supôs que tudo se salvava afirmando o princípio de que todo o poder emana do povo, e criando um Parlamento eleito diretamente pelo povo.” (DUGUIT, 2005, p. 36).

Pelas razões acima, vê-se que o organismo político-institucional concebido pelo Estado de Direito iluminista (i) considerava a questão da subjetividade do direito de soberania, fundamento do poder político e (ii) propunha uma estrutura organizacional para o exercício do poder pela qual este pudesse ser melhor controlado. No primeiro caso, o antropocentrismo emergente das teorias racionalistas posicionou, formalmente, o povo – supostamente o coletivo do indivíduo cuja vontade, somada à de seus semelhantes, constituiria o fundamento da soberania – como elemento central. No segundo, o poder receberia uma exterioridade impessoal, burocrática e previsível no ordenamento a ser oficialmente instituído sob as regras estatais.

Para solidificar sua condição de *fonte formal de poder*, a traduzir os interesses do poder real, o Estado teria de, **na via formal**, emitir um discurso comprometente e revelador de afinidades legitimadoras com os interesses da sociedade amplamente considerada e, **na via material**, traduzir essa afinidades em atos de governo praticados por seus representantes. No segundo caso, o dirigismo da *soberania oculta* ou *real* haveria de destinar os esforços estatais um pouco para promover aqueles interesses de maior amplitude social, e muito para induzir à constituição de circunstâncias favoráveis à implementação dos interesses dos titulares dessa soberania real, que têm sido, ao longo da história, antagônicos em face daqueles.

Razões orientadas para uma suposta legitimação culminaram, pois, tanto na constituição do Estado como poder político institucionalizado a partir dos pressupostos democráticos, quanto nos exercícios histórico-intelectuais voltados à configuração estrutural desse Estado. Quanta a esta, terminaria por receber um modelo de inspiração heládica que recebera considerações

³⁹ Outra vez colhe-se a lição na síntese do mestre cearense (BONAVIDES, 2001, p. 131): “Os publicistas franceses da primeira fase da Revolução – a que vai de 1789 a 1791 – não ficaram indiferentes às conseqüências que em boa lógica derivariam daquela posição rousseauiana, com a qual se conduziria o elemento popular à plenitude do poder político e ao eventual despotismo e onipotência das multidões.”

teóricas da escolástica em Marsílio de Pádua, do jusnaturalismo em Grotius e Puffendorf (1632-1694), do liberalismo inglês em John Locke (1632-1704), Henry Bolingbroke (1678-1751) e David Hume (1711-1776), e encontraria sua formulação moderno-iluminista em Locke, Rousseau e Montesquieu.

A então recente experiência européia revelara a nocividade da concentração do poder num único centro, cujo titular pudesse exercê-lo sem freios, de modo tão *absoluto* ao ponto de o poder confundir-se com o seu próprio agente ou representante. A arrogância e o arbitrarismo absolutistas tinham sua justa origem no fato de que o monarca, ou, quando muito, aquele pequeno grupo de sequazes que vivia no seu entorno, protagonizavam as três atividades essenciais ao funcionamento do organismo estatal, classificadas “segundo o efeito que produzam no mundo do direito” (DUGUIT, 2005, p. 46): a atividade legislativa, a atividade jurisdicional e a atividade administrativa.

Entre outros ícones, sobre o trinômio *soberania, democracia e separação dos poderes*, discursivamente enriquecido de conteúdo axiológico, a teoria política setecentista erigiu o edifício teórico e pragmático que conduziria à constituição da fonte maior do ordenamento jurídico, o Estado Liberal de Direito. Depois dele, considerado como gênero, surgiriam outras espécies de Estado, submetidos a um princípio ordenador soberano e excededores daquelas atividades fundamentais, adjetivados de acordo com a ênfase ideológica que lhes sustenta.

Entretanto, esses três pilares do Estado de Direito moderno-iluminista, que se projetaram nos séculos seguintes até os nossos dias, contêm vicissitudes que, embora raramente discutidas fora dos limites acadêmicos, corroem sua credibilidade e revelam – no pragmático universo político – toda a sua insuficiência sistêmica, ao mesmo tempo em que demonstram que o Homem, ser mais simbólico do que racional, erigiu um modelo político ficcional e dogmático, pelo que tem de imaginativo e irreal, e sacralizado, pelo que exige de capacidade de crença, para sustentar a vida em sociedade.

Nas formulações teóricas da Modernidade, a democracia seria revelada por meio de uma prática política apta a confirmar a condição de soberano do indivíduo coletivamente considerado. O sujeito da soberania, o povo, seria, então, entronizado no fazer político a partir de práticas democráticas. E a fim de evitar que o representante do povo soberano, fosse quem fosse, exorbitasse de suas atribuições no exercício do poder, seria instituído o mecanismo de

contenção do poder: o exercício do poder não se daria num único centro de comando, mas, sim, em centros autônomos e harmônicos que seriam responsáveis por atividades estatais distintas.

Essa equação política fora construída ao longo de séculos. Sua eficácia dependeria unicamente da habilidade de seus executores: (i) para implementar institucionalmente o modelo de modo a lhe conferir *status* superior ao destinatários dos atos de poder, pois seria necessário um poder ao qual o Homem pudesse se submeter sem enxergar nele a face de seu semelhante, pois a igualdade de forças estimularia a desobediência e (ii) para insuflar no *povo* crenças capazes de imantar a figura do Estado e seu aparelho, extraindo, por similitude, até dos eflúvios da dominação religiosa elementos para elançar o indivíduo e o povo, fazendo-os perceber a dimensão utópica e libertária que a fórmula prometia.

Acerca da democracia, o seu maior teórico iluminista, Jean-Jacques Rousseau, afirmou que “se houvesse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente”, pois “governo tão perfeito assim não é para os homens”, reconhecendo tanto a transcendência quanto a impraticabilidade da democracia por ele imaginada. Rosseau também diria que, “se tomarmos o termo no sentido estrito, nunca houve uma verdadeira democracia, e jamais haverá. É contra a ordem natural a maioria governar e a minoria ser governada.” (2002, p. 91 e 92).

À evidência que Rousseau mirava, ao formular seu pensamento, no modelo de democracia direta capaz de suplantar a simples *legalidade* como princípio formador e alcançando uma certa *legitimidade*, fundamento de validade até mesmo das emissões ordenadoras sobre as quais se assenta a idéia de *legalidade*. A doutrina democrática de Rousseau sustentava-se, como se sabe, na subjetivação popular do direito de soberania, de modo que a fonte única do poder político estava na expressão da *vontade geral*, a ser colhida num processo democrático guiado pela igualdade política dos cidadãos e pelo sufrágio universal.

Evidentemente havia, nas considerações de Rousseau acerca da democracia, um *senão* de jaez utópico, o que o levava a considerar, pragmaticamente, diminuto número de pessoas submissíveis ao regime democrático direto. A complexidade da proposta de soberania popular expressa na doutrina da vontade geral certamente lançou o sonho rousseauniano naquela esfera dos bem-intencionados ideais restringidos pela pragmática política.

A equação rosseauiana para o problema da soberania seria adicionada de um fator redutor, tanto de sua legitimação popular quanto da potencialidade autoritária nele contida, por meio da doutrina da *soberania nacional* formulada por outros teóricos ingleses e franceses que inspirariam Seyès, teoria esta que, diferentemente da doutrina da *soberania popular*, admitia representação. De fato, se essas duas doutrinas se encontram no adjetivo *democrático*, elas se distanciam na realização substantiva do conceito democrático, pois, conforme o lúcido raciocínio de Paulo Bonavides (2001, p. 132):

A distinção sensível e capital entre as duas doutrinas democráticas da soberania se faz sentir sobretudo quanto aos efeitos da faculdade de participação política do eleitorado, que aqui se limita, circunscrito àqueles que a Nação investir na função de escolha dos governantes e ali, na doutrina da soberania popular, se universaliza a todos os cidadãos com o direito que lhes cabe por ser cada indivíduo portador ou titular de uma parcela da soberania.

Reconhecendo um caráter irrealístico nesse ideal democrático, em qualquer de suas formas – teológica ou democrática, soberania popular ou soberania nacional – Duguit o via como *dogma* a ser combatido e o considerava *valor nulo, hipótese gratuita e postulado inútil* (2005, p. 37). A concordância com as adjetivações do clássico francês deve ser limitada.

É que a acepção de democracia faticamente inaugurada no último quartel do século XVIII, apesar de suas insuficiências materiais, consolidou a resistência – da comunidade burguesa mas também popular – ao ideário aristocrático e hierocrático, donde seu incalculável valor e utilidade. O novo conceito não designaria mais apenas um esquema institucional próprio do quadro jurídico da política, mas também um *fato social* que caracteriza a potência ativa do povo no espaço público (GOYARD-FABRE, 2003, p. 197). Nesse sentido, a figura de ficção revelada no conceito realizaria uma obra inegável. Até mesmo ameaçadora dos intentos de seus patrocinadores e, por isso, contida pelo exercício monopólico da violência Física, e também por diferentes formas de violência simbólica.

Constituída a *Fonte de todo o Direito*, à qual se denominou Estado, e nela se reconhecendo o poder soberano derivado do pacto social de feições democráticas, uma vez que derivado do *consenso geral*, era necessário tornar esse poder menos interferente por meio de técnicas organizacionais redutoras, o que seria obtido pela introdução da doutrina que via o poder do Estado como um *poder político juridicamente estruturado* (ZIPPELIUS, 1997, p. 409).

Essa estruturação do poder político objetivando sua limitação era o centro das razões fundantes do Estado de Direito liberal e teve sua implementação sistematizada um século antes da Revolução Francesa, motivo pelo qual é mais justo afastar a anglofobia, reconhecer aos ingleses sua ousadia institucional e aos franceses o simples crédito pela inteligência ao adaptar o método, já que seu modelo político não era parlamentarista.

Heládico, anglo ou gálico, o modelo tripartite concebido para o exercício do poder político visava ao equilíbrio das funções do Estado, que foram, pela teoria clássica, reconhecidas como três: a função administrativa, a função legislativa e a função jurisdicional, conformadas com as tarefas a desempenhar precisa e limitadamente, num princípio denominado por R. Zippelius de *distribuição de funções organicamente adequada* (1997, p. 411).

Esse esquema tripartite, contudo, nunca foi objeto de consenso, inclusive por causa de sua inaptidão para implementar satisfatoriamente as atividades soberanas e exclusivas do Estado, que reservou para si os monopólios da violência e também da produção normativa positivante. Convertida em princípio fundamental nas sociedades ocidentais sob a proteção do primeiro pilar atrás referido – a doutrina da democracia sustentada pela soberania da nação –, a tripartição dos poderes jamais foi concretizada nos termos idealmente concebidos, tendo convivido “com invasões em âmbitos situados fora dos limites fundamentais de competência.” (ZIPPELIUS, 1997, p. 416).

A relativa eficácia administrativa dos interesses do Estado – naquela concepção filosófica que o tem como organização a serviço dos interesses da nação – deve-se ao caráter incontinente da soberania que lhe dava fundamento e também à permeabilidade de todas as funções soberanas estatais aos eflúvios do poder real, aquele cuja soberania *não ousa dizer o nome*, mas usa o Estado como o ventríloquo manipula o seu instrumento de trabalho.

Os três antigos dogmas aperfeiçoados pelo intelecto do Homem moderno-iluminista ficcionaram um cenário político no qual o Estado legalista-liberal cumpriu as múltiplas razões pelas quais fora concebido, entre elas (i) institucionalizar o poder real, conferindo-lhe a configuração de uma forma de poder que, segundo Burdeau, *enobrece a obediência*⁴⁰; (ii) pôr

⁴⁰ George Burdeau assim se expressa: “A essa questão, toda a análise leal da noção de Estado traz uma resposta tão simples quanto repleta de consequência: os homens inventaram o Estado para não obedecer aos homens. Fizeram dele a sede e o suporte do poder cuja necessidade e cujo peso sentem todos os dias, mas que, desde que

grilhões nesse poder institucionalizado no Estado por meio de sua tripartição funcional acrescida por um sistema de *check and balances*; (iii) escamotear que a verdadeira soberania se prende a fatores distintos de Deus, Povo ou Nação; (iv) conferir discursivamente à democracia uma eficácia legitimadora que ela jamais alcançou, mas suficientemente sedutora para, valendo-se da inclinação humana à utopia, mitigar indignações potencialmente danosas e (vi) constituição de um ambiente juridicamente favorável à naturalização de sistemas de relacionamento racionalmente orientados para a mercantilização do *Lebenswelt*.

seja imputada ao Estado, permite-lhes curvar-se a uma autoridade que sabem inevitável sem, porém, sentirem-se sujeitos a vontades humanas. **O Estado é uma forma do Poder que enobrece a obediência.** Sua razão de ser primordial é fornecer ao espírito uma representação do alicerce do Poder que autoriza fundamentar a diferenciação entre governantes e governados sobre uma base que não seja uma relação de forças.” (2005, p. XI). Grifo nosso.

5 TRINDADE DISCURSIVO PROMISSORA

5.1 INAPTIDÃO DO SISTEMA FICTO-POLÍTICO

O sustentáculo teórico do *contratualismo* Moderno fundou-se numa tríade dogmática que permitiu ficcionar o mundo político a partir de um corte sociológico e político discursivamente dissimulado e ilustrativo do processo axiologicamente seletivo de construção daquilo sobre o que algo se fundamenta, lembrando que, em termos históricos, qualquer descrição parece fadada à parcialidade (KUHN, 2001, p. 36), tanto por razões metodológicas quanto por razões ideológicas. No avançar da trajetória do Homem, a incredibilidade do sistema ficto-político sustentáculo das teorias contratualistas tornar-se-ia irrefutável, decerto como efeito lógico dessa *parcialidade*; até por isso, há de se reconhecer que um notável senso de oportunidade e pragmatismo orientou o criativo conceber intelectual das estruturas do sistema político moderno-iluminista.

A aderência efluente dos dogmas políticos em questão elançaram o corpo social, proporcionando uma sinergia irradiadora de esperança que, racionalmente instrumentalizada, transformaria o mundo europeu e, nos anos subseqüentes, os mundos colonizados por meio da transferência cultural promovida sob sedução e violência.

O modelo fundado nesse sistema orgânico-político ensejou aos seus idealizadores a realização de seus desígnios, conforme se viu atrás. Ecoa desde aqueles tempos um discurso político-filosófico voltado aos esforços de legitimação pragmático-teórica dessas teorias como instrumento (i) de garantia de voz e voto aos membros da sociedade na produção do Direito, por meio do instituto da representação e (ii) assecuratório de que, no campo do discurso

formalista, a estrutura organizacional que abrigaria o Estado seria capaz de preservar os interesses da sociedade expressos nas pulsões ordenadoras, desde sua condição de simples *vontade-de-lei* até sua conversão em fato social balizado pelo Direito.

O argumento deste capítulo tenta alinhar crítica a uma tríade ideológica que permeia toda a teoria do Estado de Direito. O elemento amalgamador dessa tríade no contexto teórico e político em que surge e se desenvolve o Estado Moderno é aquele que seria apresentado como o protagonista do jogo político cujas regras estavam sendo elaboradas no curso da historicidade do Estado Moderno, a saber, o povo.

Uma vez deslocados os dogmas religiosos, a onda racionalista desencadeada pelo novel modo de interpretar o universo passou a exigir a construção de um novo *elemento legitimador*, cuja difícil caracterização e apreensão se constituiria num busfalis cujo enfrentamento, teórico e pragmático, continua desafiando o pensamento e a prática contemporâneos. Realmente, erigida a Fonte monopólica das emissões normatizantes da pulsão ordenadora, capazes de submeter o cidadão inclusive pela força, sua justificação tornava-se inarredável.

A identificação dos elementos constituintes do Estado Moderno se estabilizaria, a partir daquele esforço legitimador, no reconhecimento (i) do poder político constitutivo do *governo* independente, soberano e detentor do monopólio regulador que confere aos titulares dos cargos políticos o *poder estatal*, considerado a “faculdade de regular vinculativamente (no âmbito de suas competências) a conduta nesta comunidade e de impor, com os meios do poder, a conduta prescrita, recorrendo até, em caso extremo, ao emprego da força física” (ZIPPELIUS, 1997, p. 68); (ii) do *território*, sendo, para Reinhold Zippelius, “um elemento essencial de referência para a unidade [...] é constituído, no moderno Estado territorial, pelo território do Estado, entendido como o espaço dentro do qual essa associação pode exercer as competências de regulação”, o que define o Estado Moderno como uma *corporação de base territorial* (1997, p. 108) e (iii) de uma comunidade juridicamente constituída, cuja conduta é balizada por normas, que têm uma forte probabilidade de ser executadas mediante um procedimento coercitivo juridicamente organizado. Segundo Zippelius, a factibilidade dessa execução é “garantida, num Estado solidamente organizado, através de uma estrutura, assente na divisão do trabalho, de instituições estatais [...], que se controlam também reciprocamente quanto ao seu funcionamento ordenado.” (*Idem*, p. 63).

Autores há que, além dos elementos acima (governo, território e povo – classificado o primeiro como elemento formal, e os demais como elementos materiais), consideram a presença do elemento *teleológico*⁴¹, a traduzir uma finalidade, um fim comum a ser buscado. Omitir-se-á comentários sobre essa classificação por ser considerada, no contexto, redundante, uma vez que a orientação finalística é característica intrínseca ao Estado, sendo mesmo sua *raison d'être*.

A envolver esses três elementos constitutivos do Estado, seguindo a lógica argumentativa que se está a construir, estão os elementos que titulam esse capítulo: a soberania, a democracia e a fórmula tripartite do exercício do poder, todos teoricamente orientados para a justificação e legitimação política do poder institucionalizado; um servindo ao outro na medida em que se converte na instrumentalização da ideologia justificadora de qualquer deles.

O sujeito destinatário das lucubrações iluministas justificadoras do modelo organizacional e sua implementação seria o *povo*, essa entidade material, e ao mesmo tempo metafísica, a que acima, com Zippelius, chamamos *comunidade*, e cujo impreciso significante tem sido maleável aos interesses daqueles que, historicamente, discursam sobre e para ele. Trata-se de um termo tão polissêmico que torna temerário o seu uso sem as necessárias adições cognitivas desde sempre instituídas pelo Direito.

Afirmou-se, no início deste capítulo, que o corte sociológico e político realizado pelas teorias políticas que sustentam o *contratualismo* era dissimulado e parcial. Essas características lhe conferem, realmente, aura de ficção. E isso porque, no constructo da filosofia política Moderna, diversas concepções frutificaram não a partir de uma trajetória histórico-conceitual logicamente determinada, algo que não se identifica sequer na História Natural, mas de necessidades operacionais há tempos expressadas pela comunidade de interesses nominada *burguesia* e por outras que lhe orbitavam. Os corolários da filosofia política iluminista incluíam Razão, Indivíduo, Liberdade, Propriedade e Legalidade, substantivos expressivos de valores cuja preservação dependeria de um novel sistema ao mesmo tempo sedutor e refratário, ainda que historicamente não guardasse coerência. Afinal, fábulas não pedem coerência, pedem aceitação.

⁴¹ Cfe. STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 5ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 164.

Dissimulado e parcial porque, em verdade, a soberania sempre estivera associada ao exercício do Poder político; e o *povo* jamais exercera o este Poder. A afirmação de Carl Schmitt “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (2006, p. 10) não foi realizada sem inspiração histórica (Jean Bodin, filósofo pré-Moderno, sustenta seu pensamento quando ele trata do *soberano*) e decerto o fecundo pensador alemão não tinha o *povo* em mente ao se pronunciar.

A historicidade do conceito o associa, sempre, a princípios de independência e de onicompetência do poder político, e sua percepção teórica foi registrada já entre o gregos e romanos (GOYARD-FABRE, 2002, p.115), onde também o povo – no conceito proposto pelos Iluministas – não tinha posto de decisão. Ademais, sendo a soberania a fonte, ao mesmo tempo, da pulsão ordenadora, da pulsão reguladora e da pulsão corretora, seu exercício por qualquer entidade insubjugável aos detentores da real soberania (por oposição à formal) não seria aceitável.

Parcial e dissimulado porque *democracia*, enquanto limitada ao universo político-institucional do Estado de Direito e operando como um regime de mediação entre *vontades*, como pretendido pela Modernidade em suas promissoras emissões teóricas, jamais se revestiu da universalidade prometida, especialmente porque era necessário fazer uso do conceito mas frenar a potencial e supostamente nefasta ocorrência de uma “inflação democrática”, aplicando expressão cunhada por Simone Goyard-Fabre ao tratar do fenômeno do avanço *irresistível do fato democrático* analisando a vida e a obra de Alexis Tocqueville.

A idéia de democracia, como se verá à frente, traduz uma utopia. Perdido entre o *formal* e o *substancial*, o regime político pretensamente inclusivo do povo como sujeito principal da soberania não se realizou⁴². Apresentado como instrumento da legitimação, e até mesmo como processo legitimador, a democracia representativa – tal como implementada e na estrutura institucional a partir da qual opera – tem falhado em suas realizações, o que desencadeia efeito contrário originado justamente da baixa condutividade do sistema político: o crescente descenso de legitimidade.

⁴² “O único ponto sobre o qual uns e outros [fatores da Democracia liberal e da Democracia popular] convir é que a Democracia perfeita – que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto – deveria ser simultaneamente formal e substancial.” (BOBBIO, MATEUCCI, PASQUINO, 1993, A, p. 329)

No processo dito democrático, as pulsões ordenadoras, quando de matiz fortemente popular e libertário, são reduzidas a um nada viril suspiro, primeiramente no próprio espaço de manifestação primeira da democracia – o parlamento, responsável pelas pulsões reguladoras e redutoras – e depois no espaço de execução das lei (já *reduzidas*) confiado aos órgãos judiciais. O pressuposto democrático – a liberdade do indivíduo – parece irrealizável em face de outra demanda democrática, a igualdade. Uma terceira demanda, a fraternidade, também parece ser perder no discurso do individualismo, do Eu fundador da era Moderna.

Instrumento desse regime político – auxiliar de sua realização, na retórica politológica – é o terceiro elemento, a divisão de Poder, com prevalência original da função legislativa, que dirigiria o agir político-administrativo de duas outras funções, cujas atividades se destinariam à *execução* do produto resultante atividade legiferante. Valorizando uma organização tripartite do Poder – segundo alguns autores haveria apenas *bipartição* –, o Estado Moderno combate o monismo político, a centralização do poder⁴³.

No modelo de organização estatal prevalente, o próprio poder legislativo é subdivido, pois o bicameralismo tem sido adotado com grande frequência, primeiramente por inspiração norte-americana. O órgão de administração – o Executivo – recebe limitações as mais diversas, desde aquelas *interna corporis* até outras originadas do próprio Parlamento e também do órgão de correção das pulsões reguladoras, o Poder Judiciário, que faz par com o primeiro na *execução* das leis.

Ao Judiciário também se conferiu a nobre função, conforme alguns autores acreditam, de promover a democracia pela via da jurisdição constitucional. Há, ao que parece, uma enganosa controvérsia envolvendo o tema, que estaria na dúvida quanto à consideração da jurisdição constitucional como instituição própria de um regime democrático (MORO, 2004, p. 18).

⁴³ Embora desenvolvido (a partir das experiências *clássicas*) por pensadores europeus, notadamente ingleses e franceses, o sistema garantidor das liberdades desejadas pelas comunidades Modernas, limitando “o poder absoluto do Estado sobre os membros da sociedade civil”, não se deu em solo europeu a primeira experiência institucional da tripartição do poder: “Embora aplaudida, enquanto Montesquieu estava vivo e persistia o *ancien régime*, a idéia [da tripartição] continuou sem influência nenhuma na França, onde nascera. Quis o destino que os Estados Unidos fossem o primeiro país a pôr essa idéia em prática.” (CREVELD, 2004, p. 259)

A operabilidade da jurisdição constitucional tem, à evidência, papel relevante, embora complementar, no processo democrático. Entretanto, revigora-se o risco de transmutação dos valores democrático-constitucionais fundados pelo Constituinte quando os titulares da jurisdição constitucional portam-se como os *libertos da caverna*, apresentando-se como detentores exclusivos da correta interpretação da moralidade nacional extraível do *corpus* normativo e até do *Zeitgeist*, a partir do qual *atualizam* aquela moralidade; quando apresentam a instituição à qual pertencem como o responsável paternal transmissor de valores, a exercer seu poder como se fora o “superego da sociedade”, conforme denuncia a professora alemã Ingeborg Maus (2000, p.1920).

Toda ficção tem, como se sabe, um apelo arbitrário. A opção pela trindade da qual se trata – soberania, democracia e divisão do Poder – tem sua razão na sua origem símile, primeiramente. Em segundo lugar, na sua natureza ficcional, situada no campo da retórica e da dissimulação das suas próprias limitações e inviabilidades, as une para permitir uma leitura desanimadora das páginas escritas na História a partir de suas realizações.

A realidade explicada e justificada pela trindade ficto-política está eivada de arbitrariedades que se dissimulam justamente pelo apelo utópico, por uma o devir sempre promissor. Especular sobre essa é pura libertária refletida nas teorias dessa trindade terá sua utilidade para o argumento que se está a construir nestas páginas.

Relacionar-se com a História das idéias políticas é sempre enriquecedor, especialmente quando se tem em mente a assertiva de Thomas Kuhn segundo a qual a História, para além de ser uma disciplina puramente descritiva, muitas vezes pode ser interpretativa e até normativa (2001, p. 28). Sem dúvida, o uso da História pelos protagonistas do surgimento do Estado de Direito na Modernidade deram à História essa tripla dimensão, deixando para seus sucessores no curso dessa mesma História uma grande dúvida quanto à intencionalidade ou não da inaptidão desse sistema tão bem posto retoricamente e de resultados práticos tão decepcionantes.

5.2 SOBERANIA: HIPOSTASIAMENTO DO SOBERANO

A ficção ilusionista contida no conceito histórico de soberania é fruto de um exercício intelectual próprio da Modernidade, sendo, ao mesmo tempo, hermético, auto-referente,

dotado de certeza, instável e dissimulador. Fundado em qualquer das teorias das quais já foi hospedeiro, o conceito apresentará essas características, com as quais marcará seus derivativos, a exemplo do conceito de democracia, conforme se verá.

Soberania é também um atributo do Estado e refere, num último reflexo, *a faculdade de mandar e de exigir obediência* legitimada numa suposta origem popular ou nacional. O poder institucionalizado na organização política suprema se projeta como afirmação de sua autoridade interna sobre aquela comunidade que juridicamente ele organiza, à qual se dá o nome de *povo*, e cujo espaço geográfico de incidência recebe, nos seus primórdios, os limites territoriais da *nação*. Externa e obliquamente, a soberania também se manifesta na relação do Estado com seus iguais.

Sob qualquer ponto de vista, trata-se de uma ficção política engendrada para permitir a construção do Estado Moderno. Em uma de suas faces, essa organização política seria reconhecida como Estado-nação, institucionalizando o nacionalismo moderno, usurpando a injunção popular direta e preparando a superfície para o exercício da soberania – no caso da Europa e distintamente dos Estados Unidos da América – contra seu pressuposto titular⁴⁴, o que revelaria toda a incongruência do discurso dogmático e ensejaria merecidas críticas.

Assim considerada, a evolução histórica do dogma da soberania aponta para seu primeiro tratamento teórico formulado justamente no esforço organizacional e institucional que culminaria no Estado Moderno, conforme anota Paulo Bonavides quando afirma que “a soberania surge apenas com o advento do Estado moderno, sem que nada lhe assegure, de futuro, a continuidade.” (2001, p. 122). Essa primitiva soberania, dado o meio em que surge, tem caráter absolutista, desfila um cariz de potência ilimitada e se vincula à figura ou de um governante divinizado ou um governante que exerce um poder de origem divina.

A mitigação da presença divina como elemento fundador da ideologia da soberania cedeu ao pragmatismo racionalista e – pela *doutrina da investidura providencial* – tornou possível “conciliar os princípios teológicos da soberania com os postulados democráticos pertinentes à

⁴⁴ Cfe. RICUPERO, Rubens: “Os europeus inventaram o Estado-nação e o nacionalismo moderno juntamente com os fundadores da independência americana. Na Europa, porém, a criação se transformou em monstro, voltando-se, no século XX, contra os criadores e provocando rejeição crítica de que não se encontram paralelos em outras regiões ou continentes.” (2008, p. 129)

sede e ao exercício do poder político.” (BONAVIDES, 2001, p. 130). Essa flexibilização da teologia política que impregnava a aurora do Estado Moderno levaria a filosofia política a relativizar seus epistemas originais já nos princípios da Modernidade e também nos séculos seguintes, convertendo-se num sistema antropocêntrico, ao ponto de Georg Jellinek afirmar, objetivamente, que soberania é a capacidade do Estado para determinar-se juridicamente de modo autônomo, referenciando-se por seus próprios valores (2000, p. 487).

O sintético entendimento do professor da Universidade de Heidelberg só se tornou concebível após a compreensão da mitigação doutrinária sofrida pelo dogma em questão a partir dos influxos trazidos pelas teorias democráticas da soberania, que se serviram das frestas abertas pelas *doutrinas do direito divino providencial* e passaram a fazer uso daquele elemento coletivo alhures denominado *comunidade juridicamente constituída*, também nominado *povo*.

Por esse duto racionalista, depõe-se Deus e seus nobres e divinos mandatários e põe-se o Homem, indivíduo atomizado do coletivo *povo*, no altar da soberania, apresentando-o como a *razão política* que orienta, fundamenta e justifica o Poder, que – segundo a *retórica demonstrativa* que embalaria o discurso da Modernidade – seria exercido em nome daquela comunidade extraível da expressão coletiva *povo*.

A crescente ressonância das doutrinas democráticas da soberania ganhava impulso tanto da conveniente omissão de suas incoerências, quanto do seu apelo utópico carregado na semântica que conferia ao povo um lócus especial na novel configuração político-institucional. Rousseau potencializou essa reverberação quando declarou que soberania era “o exercício da vontade geral” [do povo], reconhecendo sua indispensabilidade no processo de “passagem do estado de natureza para o estado civil” (2002, p. 45 e 37). Já aqui se depara com o ficcional, pois Rousseau pregava que, para uma vontade ser geral, “nem é sempre necessário que seja unânime, mas é necessário que todas as vozes sejam contadas” (*Idem*, p. 48). Uma certa ingenuidade se esgueira por entre as linhas que veiculam o exercício intelectual do pensador suíço, o filósofo da democracia moderna.

Deve-se registrar que Rousseau desenvolvia pensamento já veiculado noutras célebres obras de filosofia política que eram ou refutadas ou ratificadas pelo *Zeitgeist* setecentista. Montesquieu escrevera, antes do suíço, que os homens eram governados por uma vontade geral, por ele nominada “espírito geral”, resultante das várias coisas que os governam, *verbi*

gratia, “o clima, a religião, as leis, as máximas do governo, os exemplos das coisas passadas, os costumes e as maneiras” (1996, p. 316). Em que pesem as distinções procedimentais, a vinculação teórica às idéias de Charles de Secondat foi assumida pelo próprio Rousseau e também anotada por autores como Georg Jellinek ao sublinhar que “antes de Rousseau, Montesquieu havia visto já o poder legislativo como a *vontade geral*” (2000, p. 458).

Para a burguesia e para *aristocracia* intelectual e econômica patrocinadora do salto paradigmático que se vinha ensaiando, essa radicalização democrática construída pela teorização montesquiana-rousseauiana era dotada de excessivo e *perigoso* apelo popular, o que levaria a uma mitigação teórico-estratégica das promessas nela contidas⁴⁵. A majestosa topografia do povo nessa teoria haveria de ser desidratada sob pena de, na teoria dos publicistas franceses da primeira fase da Revolução aos quais Bonavides se refere, a sociedade ser vitimada por abusos de uma autoridade popular decorrente do *princípio da maioria*, componente teórico das fundações da doutrina democrática da soberania popular *strictu sensu*.

Por aqui a soberania prossegue sua peregrinação pautada pela conveniência das comunidades de interesse que, historicamente, colonizam as estruturas de poder. Antes *teológica*, agora *popular*, e, no imediato, *nacional*, pois vinculada à nova figura política, a Nação, a soberania seria justificada a partir da *doutrina da soberania nacional*, argumento desenvolvido para contrapor-se à idéia de democracia direta (popular) defendida por Jean-Jacques Rousseau, cuja teoria pregava a soberania como inalienável ao ponto de não admitir *representação*. Esta, contudo, vinha sendo teorizada desde os gregos, passando pelos escolásticos e pelos teóricos das cidades-estado do século XII em diante, e encontrou ressonância em Charles de Secondat, o Barão que afirmara ser o “o povo admirável quando escolhe aqueles aos quais deve delegar uma parte de sua autoridade.” (1996, p. 20).

A *representação* da vontade geral receberia, nesta última doutrina, tratamento privilegiado e seria implementada por meio de um seletivo e asséptico processo de composição da câmara

⁴⁵ Conforme anota Paulo Bonavides: “Os publicistas franceses da primeira fase da Revolução – a que vai de 1789 a 1791 – não ficaram indiferentes às conseqüências que em boa lógica derivariam daquela posição rousseauiana, com a qual se conduziria o elemento popular à plenitude do poder político e ao eventual despotismo e onipotência das multidões. Cumpria dar ao problema da soberania solução jurídica, política e social, concebida em termos de participação limitada da vontade popular [...] que coibisse os excessos em que se despenharia a autoridade popular, caso lhe fosse conferido o pleno exercício do poder.” (2002, p. 131).

de representantes. A representação esquemática que sustentava o *Terceiro Estado* seria ampliada, mas sob pressupostos preventivos capazes de evitar a temida radicalização de inspiração rousseauiana.

É essa soberania representativamente exercida que se projeta no tempo e alcança a Contemporaneidade, modelando o fazer político dos Estados Democráticos de Direito e implementando um modelo de tratamento institucional da pulsão ordenadora cuja dinâmica, historicamente considerada, tem promovido a naturalização de incoerências éticas e de incompletudes existenciais por meio de um processo axiológico-reducente que conferiu às comunidades juridicamente organizadas um perfil negador das utopias ínsitas à própria retórica democrática.

Na trajetória do Estado Moderno vê-se que o papel desempenhado pela soberania, no sentido de expressão do poder político que legitima e sustenta a instituição coletiva que ele, Estado, representa, tem se repetido, e numa performance deslegitimadora do seu próprio discurso, agravada pela crescente percepção do hipostasiamento do povo ante o Poder real que se manifesta por meio do Estado.

Ao hipostasiar a condição do *povo* na geometria jurídico-política institucionalizada no Estado, a retórica dogmático-democrática da Modernidade elançou as comunidades juridicamente organizadas e impulsionou a crença no estadismo nascente como suficiente para ordenar e regular as pulsões sociais demófilas.

Ocorreu que o Estado, que se arvorou no porta-voz dessa soberania nacional-popular por meio do exercício da representação, não cumpriu suas promessas (inclusive porque seus titulares não tinham mesmo tal pretensão) e, sucumbindo diante de forças constritoras de suas potencialidades democráticas, desvelou aquela hipostasia, e acentuou seu caráter instrumental exclusivista, aparelhado por interesses demóboros. Decerto passa por essa reflexão Zygmunt Bauman quando afirma que a soberania “anda de muletas” e que já não é o que costumava ser, pois as nações já não estão seguras no abrigo que ela representou (2000, p. 47).

Igualmente certo é que o sociólogo polonês, diagnosticador realista e amarescente dos efeitos da Modernidade, olhava, ao formular sua sentença, para a soberania entendida de acordo com a filosofia política clássica. Essa *soberania* teoricamente constituída numa tentativa de

legitimação do ser e justificação do agir do Estado, realmente tem apresentado avarias em suas potencialidades e competências. Contudo, essas avarias historiograficamente analisadas estão a apontar menos para uma inviabilidade de suas proposições e mais para a presença de uma força faticamente soberana que, desde sempre, urdiu as doutrinas da soberania formal hipostasiando a presença, ora de uma autoridade incontestável – a figura mítica e arrebatadora de Deus –, e ora a autoridade envaidecedora do próprio povo, aos quais, em diferentes passagens da história política, se reconheceu discursivamente o poder soberano.

Portanto, deve-se considerar a soberania como um *conceito peregrino*, cuja instrumentalização por comunidades de interesses que se institucionalizam sub-repticiamente no Estado tem sido, não raro, escamoteada pela doutrina política clássica. Entretanto, essa característica do conceito está se confirmando contemporaneamente por meio da crescente institucionalização de uma *soberania para-estatal* que, reconhecendo a crescente complexidade sociopolítica decorrente do fenômeno nominado *globalização econômica* e também a crescente insubordinação das nações periféricas, tem incrementado formas de regulação da pulsão ordenadora, que os diferentes povos têm libertado, e que não têm recebido o tratamento adequado por parte das organizações estatais nacionais.

Numa bem urdida crítica ao conceito de soberania, Luigi Ferrajoli tratou de sua crise hodierna destacando que seus pressupostos foram mitigados, no aspecto interno, pelo advento do que denomina *estado constitucional de direito*, e aspecto externo, a soberania se esvanece pela “presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *jus cogens*” (2002, p. 41). E aqui se situa um dos mais notáveis desafios jurídico-políticos que o Homem vive: impedir que, nesta nova mudança de lócus do conceito-peregrino, sejam relativizados os valores democráticos que enquadram a dimensão utópica do Direito, notadamente dos Direitos Humanos.

Esse *esvanecimento* da soberania, em seus aspectos interno e externo, referido por Ferrajoli, fará surgir, realmente, novos *loci* para a soberania, desta feita situados em organismos supra-estatais. Sempre que a Humanidade assistiu à mudança de lócus do conceito-peregrino, uma força faticamente soberana se posicionou estrategicamente nas estruturas institucionalizadas do poder político de modo a lhe ser possível modular as pulsões reguladoras por meio da produção normativa, seja legislativa ou seja judicial.

Evidencia essa presença *faticamente soberana* o que se pode nominar de *paradoxo do antagonista do poder*, entendido como uma conduta materialmente negadora de um discurso formalmente libertário que lhe parece ser imposta, ao antagonista, tão logo ocupe as posições de controle das organizações institucionalmente responsáveis pelas pulsões reguladoras, que passam a produzir enunciados normativos freqüentemente destinados ao atendimento das demandas de comunidades de interesses que não possuem vocação democrática, provocando, freqüentemente, o descolamento das práticas *republicanas* da pulsão democrático-ordenadora, o que conduz à crescente deslegitimação do poder político.

Além das aporias sublinhadas por Luigi Ferrajoli (2002, p. 2 e 3) e da inegável utilidade para o hipostasiamento da relevância do povo no cenário político-democrático, o conceito de soberania nacional-popular tem sido pouco frutífero no que se relaciona à realização dos ideais de justiça. Entretanto, seu donairoso espectro tem seduzido as comunidades juridicamente organizadas em todas as sociedades, exercendo notável apelo e se mantendo como um *irracional*, mas eficiente, sustentáculo do Estado de Direito.

Seu caráter dogmático e ficto-político, e também suas fragilizantes aporias, não têm impedido, ao contrário, que forças faticamente soberanas façam competente uso das inspirações que seus pressupostos formais despertam no meio social. Essa configuração institucional que se sustenta numa retórica demonstrativa esquizofrênica e até antagônica, certamente é uma das causas do descenso de legitimidade do poder político.

5.3 DEMOCRACIA: PULSÃO SEDUTORA, ONDA INEBRIANTE

A filosofia política recomenda *prudência epistemológica* (GOYARD-FABRE, 2003, p. 18) ao se tratar a *democracia* como fenômeno político, isso a fim de evitar simplificações induzidas pela complexidade do tema, que se esconde em suas diversas apresentações ao longo da história política. Aqui se tratará sucintamente do complexo tema num esforço de delinear seu faceamento ideológico e dogmático e, ao mesmo tempo, sem contradições, o seu caráter utópico, sedutor, libertário e potencialmente transformador. Enfim, seu caráter de ficção.

Conseqüente lógico do conceito-peregrino *soberania*, em sua apresentação Moderna, é o conceito de *democracia*, igualmente envolto numa névoa semântico-ficcional que tem permitido sua utilização leviana, tanto por autodenominados democratas, quanto por déspotas

ao longo, especialmente, dos dois últimos séculos⁴⁶. Sendo a soberania uma qualidade do Estado que se lastreia, segundo as doutrinas democráticas, no povo ou na nação, houve a exigência lógica de constituição de canais políticos para a expressão, apreensão, regulação e implementação da **vontade-de-lei**, cuja gênese está nas **pulsões ordenadoras** que inspiram a comunidade juridicamente organizada.

Se é singela a compreensão do vocábulo *democracia* a partir de sua etimologia (*demos* + *kratein*), o mesmo não se pode dizer do contexto sociopolítico em que surgiram seus conceitos-chave – *cidade-estado*, *povo* e *poder* –, bem como das suas respectivas valorações jurídico-políticas que vêm se metamorfoseando ao longo dos séculos. Auxiliada pela história e pela etimologia, a filologia impôs à Humanidade o reconhecimento de que a política e a *idéia de constituição* são invenções gregas (GOYARD-FABRE, 2003, p. 15), e também a consideração da existência de uma *constituição dos antigos* (*politeia* para os gregos e *constitutio* ou *status civitatis* para os romanos), à qual se referiu linhas acima por meio da obra de Maurizio Fioravanti.

O étimo *dêmos*, vinculado ao seu par *kratein*, remetem-nos às doutrinas da soberania política justificadas a partir do *poder do povo*, cujo exercício implicaria na fórmula *governo do povo pelo povo e para o povo*, cuja ressonância nos dois lados do Atlântico desencadearia pulsões ordenadoras de magnífico apelo ao ponto de insculpi-la nos atos constitutivos do povo francês e do povo norte-americano, após o tratamento dado à noção de povo pelas teorias da Modernidade. Nestas, *dêmos* foi elemento por demais incensado e o *kratein* permaneceu sombreado por uma vocação escamoteadora do agente que de fato o exerceria.

Válido é notar que, separadamente consideradas, as acepções *dêmos* (povo) e *kratein* (domínio, força, poder) remetem a componentes da comunidade juridicamente organizada que, historicamente, guardam uma distinta relação de sujeito/objeto: o sujeito povo submetesse ao domínio, ou à força de outrem, não de si próprio, num processo de objetificação do sujeito. Jungidas pela etimologia, apenas parcialmente essas acepções seriam conjugadas no fazer político das comunidades juridicamente organizadas, uma vez que – a historicidade do

⁴⁶ Friedrich Müller afirma: “A democracia e o Estado de Direito **legitimam** desde os seus inícios a **dominação da ordem social burguesa**; constituições como a brasileira de 1988 ou a Lei Fundamental alemã mencionam expressamente a legitimação pelo povo.” (1998, p. 87). Os grifos são nossos e tencionam reforçar o argumento central deste tópico, isto é, a democracia como instrumento retórico de uma legitimação do poder político que nada tem feito além de viabilizar a *dominação* de quem é apresentado como *soberano*.

conceito confirma – o povo se converteria no objeto do poder, não obstante sua evolução social.

Para que se realizasse a transmutação conceitual da relação domínio/dominado, foi necessário que a comunidade passasse a conhecer e *dominar* um novel vocabulário a partir do qual novos conceitos pudessem ser articulados e publicamente discutidos e, a partir daí, desenvolver seu arsenal ideológico (SKINNER, 1996, p. 28 e 620). Exemplo histórico desse esforço libertário decorrente de um vocabulário que enseja a articulação de novos conceitos está nas cidades-estado italianas de meados do século XII, as quais foram alcançadas por uma *retórica da liberdade* que lhes permitiu desenvolver um vasto arsenal de armas ideológicas capazes, inclusive, de assegurar exitosa oposição ao Santo Império Romano, que pretendia a anexação do *Regnum Italicum* (SKINNER, 1996, p. 26).

Foram as reflexões contestadoras do *kratein* do imperador desenvolvidas por pós-glosadores como Huguccio, Bartolo de Saxoferrato, Baldus, Marsílio de Pádua, entre outros, que permitiram o desenvolvimento de uma nova semântica cuja foz seria uma retórica ideologizada capaz de dismantelar as pretensões do papado à *plenitudo potestatis*, erodindo o centralismo político e sublinhando o caráter republicano das cidades-estado.

A nova retórica libertária construída a partir do pensamento contestador, além de exibir a imperatividade da laicidade da esfera política em face do poder clerical e reafirmar a autonomia das repúblicas italianas que constituíam o *Regnum Italicum*, permitiu resgatar paulatinamente os ideais da *res publica*; reflexão que nos conduz a outro ícone político que tangencia a idéia de democracia e nos remete ao pensamento Goyard-Fabre ao afirmar que “a promoção política do povo na ‘coisa pública’ não se deu por meio de um salto espetacular que o teria arrancado do estado de ‘minoridade’ no qual, durante séculos, fora mantido pela política e pela religião”. Foi, diz a professora francesa, por etapas e por meio de sucessivas inflexões que o povo teve reconhecido o seu *status* político, que foi mais pensado que realizado (2003, p. 102).

A *ofensiva da burguesia*, da qual se tratou atrás, representa outro momento histórico no qual o discurso pró-democracia, relativizando a presença do povo, é certo, altanou-se e se impôs como imperativo histórico e marcado por um viés republicano, democrático e constitucionalista.

A dualidade montesquiana da organização política que inspirou Seyès e os publicistas franceses, dotou a república democrática – por oposição à aristocrática – do *princípio representativo*, conseqüente lógico do entendimento desconfiado de que o “povo, conforme demonstra a história dos atenienses e dos romanos, nunca deu provas de aptidão para governar sozinho e diretamente.” (BONAVIDES, 2007, p. 258). Essa relativização da fonte da pulsão ordenadora, o povo, no interior da doutrina democrática do poder evidencia que, em regimes ditos democráticos, há propensão à ausência de *demofilia*, o que está implícito no enunciado segundo o qual “à liberdade do indivíduo substitui-se, como exigência fundamental, a soberania popular”, pois “a metamorfose da idéia de liberdade leva da idéia à realização da democracia” (KELSEN, 1993, p. 34, 35).

Essa opinião do jusfilósofo de Viena, parece-nos acertada na medida em que reconhece uma efetiva substituição da liberdade no individual pela segurança no coletivo, ecoando postulados contratualistas, segundo os quais, efetivamente, se dá uma transformação do ideal pré-social ao real estatal por meio da mitigação da liberdade do cidadão no interior da organização constituída a partir da institucionalização do poder político.

Na cisão etimológica visível na acepção composta do termo *democracia* há uma contradição ontológica entre o sujeito e o predicado: o primeiro, ficção jurídico-política que é, depende da força (*kratia*) de outras entidades transcendentais para promover o seu domínio (*kratein*). A ambivalência do vocábulo *povo*, a nosso ver decorrente dessa contradição histórica, tem levado ao seu hipostasiamento como protagonista do agir estatal e, ao mesmo tempo, excelido procedimentalmente a *nação* – por seus representantes tradicionalmente descolados das pulsões ordenadoras de cariz popular – como o fiel do processo democrático, cujas promessas têm sido frustradas pelo exercício irresponsável⁴⁷ da *soberania nacional*, ensejado pelas próprias aporias integrantes da expressão semântica e do valor *nação*.

Essa exteriorização do *kratein* – que, objetivamente, torna o *dêmos* o objeto do poder, e não o seu sujeito – tem se manifestado na própria implementação política dos regimes ditos

⁴⁷ Fábio Konder Comparato, na apresentação do livro *Quem é o povo?*, de F. Müller (1998, p. 19), reflete, referindo-se à substituição, por sua ambigüidade, do termo *povo*, pelo termo *Nação*: “[...] Para afastar a ambigüidade do termo *povo*, os revolucionários franceses acabaram entronizando, no lugar do rei, um dos mais notáveis ícones políticos dos tempos modernos: a nação, a cuja sombra têm-se abrigado comodamente, desde então, os mais variados regimes antidemocráticos.”

democráticos. A geometria institucional pela qual operam esses regimes, foram – histórica, mas também ideologicamente – induzidas a esvaziar de *legitimidade* o agir político do Estado Moderno, negligenciando a democracia direta e não representativa e excelendo as formas democráticas representativas, especialmente as formas indiretas.

É certo que razões pragmáticas impuseram a adoção do modelo montesquiano de democracia representativa (ou indireta) pelos publicistas franceses revolucionários, recebedores que foram de reforço do circunstancialmente incendiário opúsculo de Seyès. Havia o risco dos abusos do *populus* na hipótese de congruência integral do *kratein* no *dêmos*, mas também havia a questão dos ampliados território e colégio eleitoral, o que recomendava a anatematização da democracia direta. A *Ágora* não comportava o *povo*, cuja amplitude não poderia mais ser reduzida “àquela ínfima minoria social de homens livres apoiados sobre esmagadora maioria de homens escravos” (BONAVIDES, 2001, p. 268). Urgiu, pois, a concepção de instrumentos sensitivos da pulsão ordenadora emitida pela comunidade ampliada e juridicamente organizada.

Desenhava-se, portanto, uma estratégia duplamente vantajosa: (i) ao povo seria reconhecida sua soberania na preeminência que lhe seria outorgada na nova geometria política, condição que se mostraria um excelente instrumento de mediação discursiva entre o Poder institucionalizado e o próprio povo e (ii) afastando o povo do exercício direto do poder político, e em seu lugar erigindo a Nação como a expressão da *vontade geral*, os representantes desta não estariam, necessariamente – considerados os procedimentos legislativos –, vinculados à pulsão ordenadora que emerge dos pulsáteis interesses públicos, o que até poderia negar (faticamente, mas nunca formalmente) a vocação democrática para a consideração da *res publica*, mas permitiria aquele hipostasiamento popular sem censuras.

Sob o ponto de vista formal, pois, os *instrumentos sensitivos* da pulsão ordenadora seriam manejados pelos representantes, os *escolhidos* para, no parlamento emissor privilegiado da pulsão reguladora ou redutora, reverberar os anseios do povo – compreendidos como *vontade-de-lei* – e encapsulá-los em enunciados normativos capazes de submeter a comunidade jurídica definidora da nação. Valores de forte apelo popular, tornados lemas revolucionários – o dístico trinômio *igualdade, liberdade e fraternidade*, sustentavam a retórica embutida noutro trinômio: soberania popular, democracia e tripartição de poderes.

A modernização da democracia a partir do Estado de Direito setecentista alterava as bases da democracia grega – isonomia, isotimia e isagoria⁴⁸ – e formulava um modelo asséptico de relação entre *dêmos* e *kratein* e buscava disciplinar o *uso* do poder. Igualdade perante a lei, acesso meritório às funções públicas e direito de palavra seriam traços marcantes das democracias formalmente concebidas, tendo sido insculpidos em todas as *constituições* surgidas após a declaração de Independência das Treze Colônias, caracterizando, assim, os elementos definidores da *república* como forma de governo.

Os postulados da democracia indireta ganhavam, assim, *status* de cláusula pétreia entre as comunidades juridicamente organizadas⁴⁹. Sua axiomatização trouxe inefáveis resultantes para as sociedades Modernas, pois seu forte apelo didático-formal, contido numa retórica libertária na qual o povo tinha sua preeminência, haveria de empurrar para um pouco mais além as fronteiras do *kratein* sobre o *dêmos*.

Entretanto, o vão político criado pela ambivalência da democracia indireta exigiria uma ponte procedimental capaz de flexibilizar sua práxis e tornar o povo mais presente na arena política, injugindo sua participação para algo além do *voto* e delegação da soberania.

A ficção semanticamente promovida na superfície política das comunidades juridicamente organizadas pela idéia de democracia representativa tem tornado incrível, cada vez mais, a normalidade institucional sustentada na alienação política da denominada *vontade popular*. Os mandatários políticos só excepcionalmente se constituíram em bons captadores e tradutores das pulsões ordenadoras. Ao dar vazão institucional à sua pulsão reguladora da pulsão ordenadora, os representantes populares, com inaceitável freqüência, extraviam o espírito republicano e democrático.

⁴⁸ Paulo Bonavides, baseado em Francesco Nitti, afirma que “os gregos consideravam democracia aquelas formas de governo que garantissem a todos os cidadãos a *isonomia*, a *isotimia* e a *isagoria*, e fizessem da liberdade e da sua observância a base sobre a qual repousava toda a sociedade política.” (2001, p. 270). A *isonomia* significava a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza. *Isotimia* determinava a abolição dos títulos ou funções hereditárias, assegurando a todos os cidadãos o livre acesso ao exercício das funções públicas a partir, unicamente, do merecimento, da honradez e da confiança depositada no administrador pelos cidadãos; *isagoria*, por seu turno, representava o direito de voz, a igualdade reconhecida a todos de falar nas assembléias populares, debatendo publicamente os negócios do governo, interesses do povo.

⁴⁹ Ainda com Bonavides pode-se esclarecer o argumento: “Para os opositores do filósofo contratualista [Rousseau] uma verdade porém fica patente: não há fugir ao imperativo de representação, porquanto, do contrário, não haveria nenhum governo apoiado no consentimento, tomando-se em conta a complexidade social, a extensão e a densidade demográfica do Estado moderno, fatores estes que embarçam o exercício da democracia direta.” (2001, p. 273)

Por isso, o tratamento a ser dado à pulsão ordenadora (cuja gênese está no seio da sociedade) pela pulsão reguladora/reutora (originada nos poderes do Estado, especialmente no *legislativo*), haveria de receber um tratamento democratizante, o que foi concebido a partir da hipótese de outorga, ao povo, de um protagonismo jurídico para além do historicamente admitido protagonismo político⁵⁰. Assim, a democracia semi-direta se tornaria performática pela implementação de práticas políticas a partir de instrumentos como *plebiscito*, *referendum*, *a iniciativa legislativa*, *o direito de revogação e o veto*.

Essas pontes procedimentais da democracia semi-direta tentam aproximar o suposto sujeito *povo* do suposto instrumento-objeto *poder político*. É certo que sua inserção teórica na geometria do poder torna menos vulnerável a posição do povo em face do poder institucionalizado. Porém, é igualmente certo que (i) sua inserção no modelo de Estado Moderno retira sua eficiência operacional, pois a própria geometria do poder estatal, nesse caso, se incumbe de desidratar o sistema de participação popular, *v.g.*, limitando os temas que poderão ser seu objeto e (ii) seu exercício desidratado no sistema político suscita a demanda, tanto por novas e mais frequentes formas de protagonismo jurídico, quanto por alterações na própria geometria do poder, ainda por acontecer.

A práxis política dessas variadas formas do segundo sustentáculo teórico da suposta legitimidade do poder institucionalizado no Estado – o regime político denominado *democracia*, do qual tratamos – não confirma o discurso do poder que se manifesta na produção normativa positiva. Seja na forma *direta* ou seja na forma *indireta*, a democracia sustenta-se na representatividade parlamentar que, ao longo da história, não hesitou em desconsiderar até mesmo as obviedades expressadas a partir das pulsões ordenadoras socialmente clamantes. Decerto por isso Duguit pugnou pela proteção do indivíduo contra o “despotismo dos parlamentos” (2005, p. 36) que, criados por eleição contra o despotismo dos reis, hipostasiam o povo numa retórica libertária que não se materializa e, cooptados por pulsões ordenadoras desvirtuadas, porque representantes de exclusivistas comunidades de interesses, tornam-se meros promotores de uma ordem destituída de legitimidade.

⁵⁰ Com supedâneo em J. Barthélemy e Paul Duez, o mestre Paulo Bonavides anota: “[Na democracia semi-direta] Acrescenta-se à participação política certa participação jurídica, isto é, ao povo se reconhece, para determinadas matérias, esfera de competência em que ele, diretamente, observando formas prescritas pela ordem normativa, cumpre atos cuja validade fica assim sujeita ao seu indispensável concurso.” (2001, p. 275).

Esse *despotismo* permanece dando sua contribuição ao descenso de legitimidade, esboroando qualquer hipótese pragmática de justificação do agir político também no Estado contemporâneo. Quando se faz a análise dos dois elementos acima tratados – soberania popular e democracia – a partir da geometria específica do poder tripartido, se potencializa a impressão de que está ruindo o edifício ficto-político que sustenta o Estado em suas feições modernas que impregnam a contemporaneidade. O desmoronamento desse edifício tem causa, entre outras coisas, na crescente percepção de que, consideradas as duas ordens de poder – dominante e não dominante – o *povo* só pode ser classificado como *poder não dominante*, não obstante sua preeminência na retórica da democracia moderna e contemporânea.

Segundo Jellinek, o poder não dominante é caracterizado pela ausência de coercitividade, “de força bastante para obrigar, com seus próprios meios, a execução de suas ordens” (2000, p. 419). Objetivamente, em termos lógicos e considerado o sistema político-democrático estruturado na Modernidade, o povo subsiste sem poder; **o povo é poder não dominante**, o que impede a transformação da geometria do poder a fim de restabelecer métodos políticos coerentes com a semântica e com as demandas sociais. O *kratein* objetifica o povo; e não o contrário. E esse contrário – o povo objetificar o poder, submetendo-o – deve ser a causa legitimadora do agir político.

Como processo de legitimação, a democracia não realiza suas promessas de igualdade, fraternidade e liberdade, tal e qual veiculada na retórica revolucionária dos Modernos. Em termos quantitativos ou qualitativos, o processo democrático permanece exclusivista e seletivo, iterando a sua própria História institucional. Em termos quantitativos, é pródiga a História quando demonstra casos de seletividade promovida dentro das populações para constituir o elemento político *povo*. Conforme anota Müller, “na tradição histórica e (jus)-política [(rechts-)politischen] do emprego do conceito, o termo ‘povo’ não se reveste de traços inocentes, neutros, objetivos, mas decididamente seletivos”⁵¹ (1998, p. 83). E dentre aqueles que são quantitativamente erigidos à condição de povo, muito vezes se instala uma seletividade qualitativa, reconhecendo-se determinados Direitos a uns e sonhando-os a outros, em razão de características convenientes ao **soberano real**.

⁵¹ “A seleção dentro do ‘povo’ pode ser aberta (ideologicamente caracterizada sem delongas em regimes totalitários, em ditaduras partidárias) ou também encoberta por formalismo jurídico (no liberalismo do capitalismo incipiente desde John Locke.” (MÜLLER, 1998, p. 84). Como se vê, o professor tedesco é ainda mais explícito.

É justamente nesses processos de desidratação das pulsões ordenadoras de cariz popular e nessa seletividade por critérios fixados a partir de interesses políticos exclusivistas, com efeitos quantitativos e qualitativos de acordo com a manipulação da *ordem jurídica*, que o Poder institucionalizado tem revelado, historicamente, sua face demóbora, enquanto sua retórica busca se firmar como democrática.

5.4 MITIGANDO O PODER INSTITUCIONALIZADO

Institucionalizar o poder político era uma forma de promover o seu controle e também sua organização racional-teleológica. A historicidade desse processo de institucionalização é reveladora dessas duas diretrizes extraíveis das propostas de organização do poder que se insinuavam desde há muito, como no século XIII na Inglaterra e na Hungria, nos instrumentos conhecidos, respectivamente, como *Magna Carta* e *Bula Dourada*. Embora de limitada abrangência demográfica e política, pois visavam a assegurar os Direitos de certa ordem social e dos chamados *homens livres* (membros da nobreza), esses instrumentos são ilustrativos daquele *télos* identificado nas pulsões ordenadoras que traduzem. Pulsões de natureza distinta, diga-se, daquelas costumeiras ou religiosas, uma vez que se materializavam em textos ordenadores portadores de uma pulsão originada nas comunidades submetidas ao poder político.

Tanto naquele século anglo-húngaro, quanto nos subseqüentes, quando o Absolutismo se impôs como modelo totalizante de organização política, os europeus **sentiam** a fragilidade das comunidades perante o poder. Isso porque, conforme anota Zippelius, se o poder era forte o suficiente para proteger o cidadão e para garantir a ordem fundada nos costumes, nos preceitos religiosos e num incipiente Direito positivo, também o era para oprimir o cidadão e dispor arbitrariamente do próprio Direito (1997, p. 384). E isso porque, concentrado, o poder absolutista centralizava os atos de produção legislativa, de execução das resoluções públicas e os de punição dos crimes e solução dos conflitos entre cidadãos. Essa *concentração*, apesar de seus riscos, também ostentava suas vantagens.

É notável, *e.g.*, o utilitarismo que pautou a instituição do Estado Absolutista. O fortalecimento ao *absoluto* da autoridade do monarca, titular exclusivo da soberania indivisível – nos termos das doutrinas teocráticas, mas também, por razões distintas, nas teorias de Hobbes e de

Rousseau –, foi um útil instrumento para o (i) enfraquecimento da nobreza e a (ii) concentração de poder, do qual a comunidade de interesses de maior influência fez oportuno e inteligente uso, extraindo vantagens de seu contubérnio com os titulares do *kratein*.

Dado o vórtice fragmentário dos elementos territorial e político que assombrava o mundo medieval, aquela foi uma excelente estratégia⁵², capaz mesmo de unificar geográfica, política e economicamente certas comunidades e preparar as instituições emergentes para as revoluções que estavam sendo gestadas pelos ideólogos da ordem burguesa, ávida por proteção de seus interesses mercantilistas, o que o Absolutismo – secular e religioso – lhes asseguraria, mas também por plena liberdade (especialmente econômica), que lhes seria negada.

As restrições ao pretendido *laissez-faire*, uma vez promovida a absolutização, não tardaram a desagradar as comunidades de interesses que a tinham patrocinado, tendo origem não apenas nos dogmas políticos que sustentavam o poder político do monarca, exercido não raro despoticamente, mas também nos dogmas religiosos igualmente interferentes nas pretensões *econômicas* da ordem mercantil. Por isso, não tardaria o fomento à erosão da autoridade do Príncipe e também do Papa, convertidos que foram em obstáculos à realização do **mandamento fundamental**⁵³.

Um dilema se estabeleceu, então, a partir de duas pulsões ordenadoras aparentemente contraditórias: (i) a necessidade de um poder capaz de assegurar a transição daquele estado metafórica e estrategicamente nominado *natural* para o novo estado, chamado *Estado Civil*, livrando o homem do risco existencial decorrente da ausência de marcos jurídicos solidamente fixados por pulsões reguladoras e (ii) a imperatividade de, no interior desse novo estado, constituir instâncias de poder aptas a elidir o exercício abusivo que dela pudesse fazer o seu excededor, justamente por meio de uma exorbitância dos limites daquela função.

⁵² Outra vez recorremos a Paulo Bonavides para complementar o argumento: “O poder absoluto unificara em termos políticos a nova sociedade, dando fulminante réplica à antiga dispersão medieva.” (2001, p. 135).

⁵³ Usa-se a expressão *mandamento fundamental* para referir-se, alegoricamente, à prescrição teológica contida no Gênesis 1:28: “Frutificai e multiplicai, e enchei a terra e **subjugai-a** [...]” (Cfe. TORÁ, a lei de Moisés, São Paulo: Sêfer, 2001, grifo nosso), que alcança o ser humano em sua síntese ôntica, constituída transcendentalmente, e que seria cumprida pelo *homo oeconomicus* por meio das instituições políticas, organizadas para o cumprimento desse desiderato, considerando metaforicamente.

O problema receberia parcial solução, conforme revela a historicidade das idéias políticas dos séculos XVII e XVIII, a partir de uma equação que, como muitas outras oferecidas às populações europeias dos séculos XV e seguintes, foi composta pela junção de elementos epistemológicos derivados do modelo analítico copernicano-cartesiano e newtoniano⁵⁴, com ecos do pensamento clássico, e também de elementos de clara inspiração teológica, como que explicitando um atavismo transcendental já sublinhado por Carl Schmitt⁵⁵, e também registrado por outros autores, a exemplo de Harold J. Berman, para quem é impossível compreender a tradição jurídica ocidental sem explorar sua dimensão religiosa (2004, p. 212). Registre-se que uma característica das sociedades teocêntricas e mesmo daquelas não teocêntricas (porque libertas do jugo papal e político-ideológico de fundo religioso), das quais o Estado Moderno recebeu influxos teóricos e pragmáticos, era a organização *milicianiana*, ou *militarista*, conforme o avanço lingüístico permitiria dizer nos anos subseqüentes.

A equação reguladora do poder político-absolutista apresentou-se sob a fórmula de uma **trindade funcional** a ser enxertada dentro do poder estatal e que exerceria a função de mediação – exatamente com a outra Trindade, que sustentava as crenças do mundo cristão e mediava outras relações de poder – entre os interesses que colonizariam o Estado de Direito e suas diferentes manifestações. Ou, na retórica sedutora, entre os interesses do povo e o exercício do poder pelo Estado. Pela proposta, os espasmos sociopolíticos que caracterizariam o advento do Estado Moderno teriam de ser contidos em seu duplo aspecto: extrínseco e intrínseco.

Nesse duplo sentido, para conter os espasmos autofágicos do *Leviatã* de suavizadas feições moderno-iluministas e também para assegurar a proteção do *povo* contra o arbítrio, os teóricos

⁵⁴ Essa reflexão deve ser complementada por outra, elaborada por Reinhold Zippelius: “A ideia da divisão dos poderes [...] converteu-se então em postulado do equilíbrio dos poderes e, desta forma, num elemento essencial da ideia liberal do Estado de Direito (§30). A ideia de equilíbrio estava largamente divulgada desde o século XVI, tornando-se praticamente um no século XVIII um conceito de moda: de acordo com a mecânica celeste newtoniana, os sistemas solares mantêm-se num equilíbrio de forças gravitacionais e centrífugas. [...] No pensamento econômico nasceram as idéias de um balanço comercial, um equilíbrio do mercado e de um equilíbrio a nível da economia externa. No plano da política externa surgiu o princípio do equilíbrio europeu. A nível da política interna **desenvolveram-se os princípios de um contrabalanço organizativo e funcional dos poderes e a idéia de um equilíbrio interno do parlamento** através de um livre debate das opiniões nele representadas, e, sobretudo, da interacção entre partido governamental e a oposição que o controla e que com ele alterna (Bolingbroke).” (1997, p. 407,408). Grifo nosso.

⁵⁵ De cuja obra se extrai que “[...] todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna **são conceitos teológicos secularizados**. Não somente de acordo com seu desenvolvimento histórico, porque ele foi transferido da teologia para a teoria do Estado, à medida que o Deus onipotente tornou-se o legislador onipotente, mas, também, na sua estrutura sistemática, **cujo conhecimento é necessário** para uma análise sociológica desses conceitos.” (2006, p. 36). Grifo nosso.

do Estado de Direito recuperaram as formulações já cogitadas pela filosofia política clássica, e também pelos filósofos medievais, e instituíram a obrigação do exercedor da função executiva do poder de submeter-se à lei, o que, à evidência, implicou num reconhecimento de fundamental papel à função legislativa, responsável pela pulsão reguladora, uma vez que deveria encapsular em enunciados normativos as pulsões ordenadoras.

A concepção mítica do Estado deveria ser preservada, mas seu poder – antes concentrado na figura do Rei e seu *entourage* – seria mitigado a partir do erguimento de um constructo capaz de permitir que as comunidades organizadas sobre os princípios econômico-mercantilistas fizessem radicalizar a **regra do Direito**, já ensaiada na *Magna Carta* e na *Bula Dourada* e, ao mesmo tempo, assegurar sua ativa participação na produção normativa, fosse por meio da institucionalização de suas próprias pulsões ordenadoras, via poder legislativo, ou fosse por meio da liberação de pulsões reguladoras, como resultado da ação de outras instâncias da organização estatal, a exemplo da função de administração da justiça por meio da jurisdição⁵⁶.

Assim, uma terceira instância de tratamento das pulsões ordenadoras (depois das funções estruturadas para legislar e administrar, pulsões reguladora/reutora (de primeiro/de segundo graus), surgiu incumbida de – visando igualmente à elisão dos potenciais e nefastos efeitos da concentração de poder – lançar um olhar retrospectivo para uma situação jurídica já criada (ZIPPELIUS, 1997, p. 413), administrar a justiça e *dizer o direito*. Essa pulsão corretora operaria com vistas a garantir o Direito nascido da pulsão ordenadora (na sociedade) e regulado – primária e secundariamente – pelas pulsões reguladoras ou redutoras (no Estado) identificadas no agir do poder que administra e do poder que legisla.

Reconhecida a insuficiência do modelo tripartite, a teoria política tratou de reforçá-lo pela inserção de instrumentos interferentes e equilibrantes na dinâmica política, construindo o que a Politologia denominaria *teoria de pesos e contrapesos*. Parte dos teóricos do Estado considera que o sistema de separação de poderes se completa com esta teoria (PECES-BARBA; FERNÁNDEZ; ASÍS, 2000, p. 116). Decerto a *completude* referida por esses

⁵⁶ Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes oferecem uma boa síntese do modelo tradicional, concebido já pelas teorias iluministas: “As funções tradicionalmente foram apresentadas com sendo a legislativa, que se manifesta através da edição de normas gerais e obrigatórias para todos; a executiva, que atua através da implementação de soluções concretas, sendo a função como responsabilidade de governo, como atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, além da administração pública em geral, e a jurisdicional cujo campo é o da solução em específico dos conflitos surgidos e regulados pelas regras gerais, interpretando e aplicando a lei.” (2006, p. 181).

autores não contempla a funcionalidade operacional do sistema de tripartição de poderes reforçado pela técnica de *check and balances*.

Realmente, sequer o vislumbre dessa completude foi presenciado pelas sociedades que adotaram esse modelo de organização e controle do poder. É razoável, inclusive, considerar a hipótese de aquela soberania real acima referida – que, historicamente, transcendeu as outras apresentadas como justificadoras do poder político – ser a causa de uma reconhecida esquizofrenia do poder político, manifestada a cada vez que uma de suas funções tenta conter as pulsões ordenadoras cuja gênese está nas comunidades excedoras daquela soberania.

O contorcionismo dos titulares do Poder Político, inspirados por interesses freqüentemente não compreendidos, sempre admite a interpenetração funcional, teoricamente para promover o *equilíbrio*, mas praticamente para coibir a ascensão de algum direito: o contrapeso opera sempre que algum interesse específico recebe peso de um órgão do Estado, independentemente de onde esteja localizado. Há um nítido esforço, senão de busca do equilíbrio, ao menos de anulação da *vantagem* ou peso conferido a determinado interesse representante de uma comunidade antagonica.

Na história das democracias ocidentais, aliás, com lastimável freqüência assistiu-se ao atropelo do fato político que concedia mais *peso* a um determinado interesse de natureza democrática por uma das funções do poder, na vazão da pulsão reguladora ou redutora. Essa inibição – que, segundo a técnica em questão, seria chamada de *contrapeso* –, quando exercida por instituições responsáveis pela aplicação das pulsões de regulação e redução, se diz institucional, porque prevista no ordenamento constitucional. Contudo, à exaustão se promoveu a marginalização da pulsão reguladora/redutora por meio do que certos autores denominam *poder moderador*⁵⁷, no caso de muitas repúblicas ditas democráticas a simples erupção das forças militares no cenário político como forma de subjugar as pulsões ordenadoras de cariz mais democrático.

⁵⁷ “Entendem alguns que o poder moderador, embora houvesse formalmente desaparecido com as Constituições republicanas, continuou em verdade a existir, de 1891 a 1964, tendo por titular não um rei, mas as forças armadas. O papel do Exército brasileiro naquele largo período de nossa história republicana, salvo a época do Estado Novo, fora o de um quarto poder, restaurador das normas do jogo democrático, mediante várias e passageiras intervenções na vida política do país.” (BONAVIDES, 2001, p. 146). Aqui se revelam, outra vez, os eflúvios teológicos na política, quando *deus ex machina* e se manifesta por meio de uma força autoritária que submete todas as pulsões que compõem as sociedades e, como o demonstra a história, destrói o tecido social que nutre a democracia.

É relativa, portanto, a eficácia da técnica de promoção do equilíbrio do sistema de separação – o sistema de pesos e contrapesos. Sua importância, porém, foi determinante das práticas adotadas pelo Estado Moderno, de estrutura legalista, que se universalizou a partir do europeísmo que singrou mares com o mercantilismo e que estabeleceria simbiótica relação com o sistema econômico derivado, o capitalismo em suas diferentes configurações.

Check and balances são, assim, aquelas manifestações interferentes por meio das quais, *verbi gratia*, a função executiva – em sua pulsão reguladora/reutora secundária – entra na esfera de competência da função legislativa (pulsão reguladora/reutora primária), o que se dá por meio do veto e da sanção e também da expedição das *medidas provisórias*. A função executiva também pode orbitar na esfera da função judiciária (pulsão corretora) quando exerce a prerrogativa do indulto e também a de nomear membros dos órgãos que desempenham essa função. Da pulsão reguladora primária, circunscrita aos órgãos de função legislativa, colhe-se a conduta interferente nas funções executiva no exercício da rejeição do veto e do processo de *impeachment* contra a autoridade do executivo, por exemplo; no caso da função judicante, a interferência da pulsão reguladora primária para fins de controle se dá por meio da determinação do número de membros do judiciário, da limitação da sua jurisdição, da majoração de vencimentos, da organização administrativa do poder e também do julgamento político – caso do *impeachment* – dos crimes de responsabilidade.

A eficácia do sistema de pesos e contrapesos, que opera a partir do modelo sucintamente descrito, esteve sempre muito aquém das demandas das comunidades modernas juridicamente organizadas. A geometria do sistema de separação de poderes, supostamente aperfeiçoada pela técnica dos pesos e contrapesos, consiste em concessões constitucionais de interferência mútua entre cada função estatal no encaminhamento de suas respectivas pulsões.

Revelou-se no nascedouro a insuficiência do sistema e da técnica acima para operar articuladamente com o dito sistema democrático, sustentado, por sua vez, num modelo ficcional de soberania de crescente deslegitimação. A doutrina contemporânea reconhece, na historicidade da política ocidental, a necessidade desse princípio sistematizado politicamente; essa visão se sustenta, segundo abalizada doutrina, na percepção de um risco que Paulo Bonavides assim explica (2001, p. 146):

A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos.

Tratava-se do risco de reprimatização histórica do *absolutismo* (soberania do monarca) e da *democracia direta* (soberania *radical* do povo). Risco esse que seria elidido com sangue, suor e Leis durante a fase primitiva do Estado de Direito, em especial na sua fase também denominada por alguns autores de *constitucional* e que, em sua estrutura normativa, propunha aquela combinação de sistema e técnica como o instrumento mais apto a **garantir as liberdades individuais**, o que conferia ao Estado e seu aparato normativo um perfil individualista e atomizado, dando primazia ao individual em face do coletivo, do particular diante do social e, por conseqüência, enaltecendo mais o cidadão e menos a organização que institucionalizava o poder, o Estado.

As inflexões históricas, cadenciadas pelas pulsões ordenadoras de natureza democrática e de perfil social mais amplo, e portanto menos exclusivista, redirecionaram aquele pendor axiológico atomizado para uma valoração política socializante, no sentido de inclusiva, de maior abrangimento das pulsões ordenadoras colhidas num arco social mais amplo.

Todavia, nem essa inflexão foi bastante para flexibilizar a rigidez do *bicomposto* modelo de organização e controle do poder político, cuja remanência adentrou a contemporaneidade e permanece enrijecendo o exercício do poder, seja nos regimes democráticos, seja nos regimes autocráticos, que também dele se valem. Fato é, porém, que esse modelo, com sua formalidade intrínseca, quando considerado e implementado a partir dos conceitos de soberania e democracia atrás referidos, tem servido para promover a crescente deslegitimação das pulsões ordenadoras, circunstância que pode conduzir as comunidades juridicamente organizadas à descrença na utilidade do Estado tal como o conhecemos.

Já na terminologia das formas de organização do Estado se identifica elemento retórico que força a percepção da operacionalização supostamente controlada do Poder Político por meio de *três poderes autônomos e harmônicos entre si*. Sabe-se, porém, da inflexão cognitiva expressa por pensadores da política, como Hans Kelsen, que negam a tripartição afirmando que, “na verdade, uma dicotomia é base da costumeira tricotomia” (1998, p. 365). Nos mesmos livro e página, este autor afirma:

A legislação (*legis latio* do Direito romano) é a criação de leis (*leges*). Se falarmos de “execução”, devemos perguntar o que é executado. Não há nenhuma outra resposta que não a afirmação de que são executadas as normas gerais, a constituição e as leis criadas pelo poder legislativo. A execução de leis, porém, também é a função do chamado poder judiciário. [...] **As normas jurídicas gerais são executadas tanto pelo poder executivo quanto pelo judiciário**; a diferença é, simplesmente, que, num caso, a execução das normas gerais é confiada aos tribunais e, no outro, aos chamados órgãos “executivos” ou administrativos. Assim, a tricotomia usual é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre *legis latio* e *legis executio*. **A segunda função, no sentido mais restrito, está subdividida em função jurídica e função executiva.** (Grifos nossos)

A percepção kelseniana ganha força quando se considera a preponderância do Poder Executivo na composição dos tribunais: na maioria das comunidades juridicamente organizadas sob a forma de Estado Constitucional, é o titular do Poder Executivo que nomeia – e, portanto, é determinante na escolha, com a coadjuvação do Poder Legislativo – os juízes das Cortes Superiores.

É justamente essa reflexão, aqui expressada por meio de excertos da obra de Kelsen, que conduz ao reconhecimento da necessidade de conferir ao órgão responsável pela pulsão corretora, o Poder Judiciário, a possibilidade de promover a democracia por meio do que se denomina *controle de constitucionalidade*, tema que será objeto de considerações à frente. Ver-se-á que se trata, em verdade, de um instrumento que, desde sua constituição formal até sua atuação institucional, situa-se numa zona de observação que tem a democracia como meta discursiva, mas um *performance* visivelmente dúbia e que parece demandar *correções*.

6. NOTAS SOBRE UMA IDEOLOGIA JURÍDICA

6.1 PRESSUPOSTOS E FLEXIBILIZAÇÃO

O modelo ficto-político atrás analisado permitiu a derivação de um núcleo ideológico que vem se sustentando na história das comunidades européias organizadas sob o conceito de Estado-nação. No curso da universalização cultural pan-européia, aquelas comunidades juridicamente organizadas haveriam de promover as necessárias adaptações ao modelo e, com muita propriedade, implementar racionalmente o desenvolvimento de uma *ideologia jurídica*⁵⁸ apta à perpetuação – pela instrumentalização do Direito, cuja produção seria monopolizada pelo Estado – da práxis socioeconômica que permitiria a ereção de uma sociedade estimulada por uma amarescente utopia, reluzente na *regra de direito*, de certeza, efetividade, segurança, liberdade e igualdade, previsibilidade e segurança, tudo direcionado ao *ideal de progresso civilizacional* a ser assegurado pelo primado da Razão.

O poder institucionalizado no Estado encapsulava as pulsões ordenadoras no principal componente daquela ideologia, a lei. A lei formalmente considerada e textualmente apresentada. Para aprisionar o Direito numa *caverna* político-institucional restritiva e exclusivista, o Estado Moderno desenvolveu sua ideologia como “um enunciado, em termos de sistemas de regras legais, das aspirações, objetivos e valores de um grupo social.” (TIGAR;

⁵⁸ Michael TIGAR e Madeleine LEVY usam a expressão *ideologia jurídica* para referir-se ao papel desempenhado pelo direito na ascensão da burguesia ao poder, quando anotam: “A ideologia [jurídica] assumiu – à medida que aumentava o poder da burguesia – a forma de sistemas crescentemente abrangentes e altamente estruturados de direito positivo. Esses sistemas eram opostos à anarquia do direito feudal, abertamente hostil ao comércio ou simplesmente incompleto e caótico demais para permitir resultados previsíveis.” (1978, p. 275). Os autores reconhecem a historicidade do Direito como um fenômeno conformado pela *ação de grupos de pessoas em um dado estágio de desenvolvimento da sociedade*.

LEVY, 1978, p. 275).⁵⁹ Consolidava-se, assim, a redução dos *direitos* ao Direito estatal; o *pluralismo* normativo daria lugar a um *monismo* normativo.

O Direito Moderno entraria, então, numa *caverna dogmática e formalista*, concebida para aprisionar as pulsões ordenadoras num formato *alienado*, porque asséptico e descolado do meio que lhe originou, incomunicável com as ciências do espírito que constituem a gênese das pulsões que pretende regular e reduzir e também, não por ação divina, instrumento da **pulsão racional-dissimuladora** de uma telelologia direcionada a uma tábua axiológica exclusivista e excludente daquele que era apresentado como titular da soberania. Assim reduzido, o Direito se artificializaria nas crenças sugeridas por uma idealidade asséptica, sendo meras ilusões lançadas nas paredes contempladas servilmente por massas de destinatários de normas e também de *operadores do Direito*, todos entregues à ilusão de um Direito cavernoso.

A alegoria da caverna, retoricamente manejada por Sócrates na narrativa de Platão⁶⁰, se interpretada no campo jurídico, exibiria um Direito que se prende às sombras – ao ideal do dever-ser, eternamente encapsulado em enunciados normativos, cujo sentido limitado uma exegese desidratada haveria de extrair, a partir de axiomas derivados de dogmas insustentáveis – do formalismo e do dogmatismo hipertrofiados projetadas nas paredes que o aprisionam. Esse Direito, sistemicamente vislumbrado para disciplinar o poder nos primevos

⁵⁹ Evidente que esse *grupo social* é aquela comunidade de interesses referida várias vezes, cuja sagacidade política, habilidade mercantil e oportunismo cultural lhe permitiu posicionar seus interesses socioeconômicos no zênite da sociedade ocidental. É importante reconhecer o relevante papel que essa ordem econômica teve na conformação da referida ideologia, mas sempre com a ponderação que a história exige, do que nos lembram TIGAR e LEVY (1978, p. 277): “Os comerciantes queriam apenas um pequeno lugar no sistema feudal e apenas alguns deles, se é que alguns, compreenderam os efeitos corrosivos que afinal resultariam da concessão a eles de tal lugar.” É fato que a comunidade de interesses organizada em torno da ordem capitaneada pelo *homo oeconomicus* soube firmar sua ideologia em face da ideologia feudo-religiosa, que buscava suplantar.

⁶⁰ *In: A República*. São Paulo: Sapienza, 2005, p. 261. A memorável figura argumentativa utilizada por Sócrates, no diálogo com Glauco, permite variados usos polímnicos, sempre apontado para a superação dos obstáculos impostos à percepção da realidade, num processo libertador das limitações que determinado *modus vivendi* impõe à sociedade. A alegoria socrática trata de homens acorrentados numa morada subterrânea, em forma de caverna com a entrada aberta à luz. Não podem se mexer e vêem apenas o que está diante de si, pois as correntes os impedem de voltar a cabeça. E tudo o que vêem são sombras projetadas pela luz – originada de uma fogueira acesa numa colina que se ergue por detrás deles – na parede da caverna que lhes fica defronte. Nessas circunstâncias, tomam por “objetos reais as sombras” que vêem. Entretanto, quando liberto das correntes, reconhecerão, com algum custo, a situação enganosa, galgando o caminho de acesso ao exterior da caverna onde conhecerá a *realidade*. A transição, segundo Sócrates, será difícil: acostumado à visão das sombras, “terá a necessidade de se habituar a ver os objetos da região superior”. Num tom de superioridade, prevê Sócrates, o liberto se alegrará com as mudanças e a lamentará os que permaneceram na caverna, envoltos numa ignorância que só agora ele reconhece. Sócrates, à página 284, dirá, sobre essa alegoria da libertação: “São precisamente estes os efeitos do estudo das ciências que acabamos de examinar: elevam a parte mais sublime da alma até a contemplação do mais excelente de todos os seres [...]”

da Modernidade, se revelaria o grande guia de um utilitarismo liberal-econômico que, constringido, precisaria dele para promover sua legitimação.

O Direito no interior da caverna teórico-dogmática, formalística e racionalmente auto-referente, nega-se ao diálogo com a realidade e projeta na sociedade *sombras* que, bruxuleantes como as chamas da fogueira que lhes originam, impedem a percepção de suas potencialidades. As pulsões ordenadoras da sociedade, inspiradas por apelos utópicos asseguradores de um promissor dever-ser, são enfurnadas em subterrâneos conceitos que escamoteiam os interesses exclusivistas patrocinados por comunidades aparelhadas e instaladas nas estruturas organizacionais do Estado, nas quais se misturam a outras e com elas desenvolvem notável simbiose.

Revolucionária na sua alvorada, essa ideologia jurídico-política, conformadora parcial da *tradição jurídica ocidental* tratada por Harold Berman (2006), erigida pela racionalidade Moderna converteu-se rapidamente em instrumento de contenção de quaisquer pulsões ordenadoras que sugerissem ameaça ao projeto classista que a ideologia vinha a sustentar. A **soberania real**, com seu caráter peregrino, haveria de conter os anseios daquele que era retoricamente apresentado como *o soberano*. Para isso, a ferramenta essencial já estava devidamente desenvolvida: o sistema jurídico-positivo **fundado no princípio da legalidade**. A utopia democrático-libertária – autêntica pulsão ordenadora – seria capturada pela ideologia jurídica Moderno-iluminista e, desidratada pelas pulsões racional-dissimuladoras, radicalmente mitigadas pelas pulsões redutoras e reguladoras no interior do *aparelho estatal*.

Essa ideologia jamais descuidou da retórica da legitimação, sempre sustentada por práticas discursivas includentes de uma valoração normativa da soberania, da democracia e da tripartição do poder. Era indispensável, para a consolidação da ideologia jurídica sustentáculo do Estado Liberal, uma vez constituído o esquema lógico promotor de sua **validade**, que o discurso político fosse orientado por uma **busca de legitimidade** a ser reconhecida no discurso jurídico, lócus da força do Estado. Ou seja, as pulsões ordenadoras supostamente derivadas do povo haveriam de receber um tratamento jurídico nas instâncias responsáveis pela pulsão redutora/reguladora e também pela pulsão corretora.

A mediação política necessária – a ser realizada entre as pulsões ordenadoras e o Estado e sua representada, a sociedade – seria exercida **sob moldes jurídicos** pelas instituições precipuamente responsáveis por essas duas últimas pulsões no Estado de Direito, o poder

legislativo e o poder judiciário. Para tanto, inúmeras adaptações foram exigidas pelos diversos atores sociais, todas elas nascidas da política e encapsuladas em enunciados normativos, valorizando a distinção entre o *physis* e o *nomos* (natureza e norma), constituinte da “base da existência do Direito” (TIGAR; LEVY, 1978, p. 271).

O tripé ficto-político fora desenvolvido pelas comunidades responsáveis pela institucionalização do poder no Estado de Direito com vistas ao equacionamento de um recorrente problema que esfacelou o mundo medieval e ameaçava o Moderno, o problema da legitimidade e seus reflexos, do qual Tigar e Levy dizem (1978, p. 272):

Um dos mais importantes elementos constituintes da legitimidade é que o poder precisa ser exercido de modo previsível. Essa previsibilidade ocorre com a construção de uma estrutura de regras jurídicas formais e rito processual, que serão utilizadas antes de ser empregada a violência.

Em busca da legitimidade, as teorias jurídico-políticas têm peregrinado à procura de um Direito capaz de – preservados certos pressupostos axiológicos da Humanidade, colmatados pela ratificação de um núcleo específico e supostamente universal de moralidade – promover o ingresso das pulsões ordenadoras no campo de atuação das pulsões racional-dissimuladora, redutora e corretora sem que, na mediação por estas realizadas, o *povo* (em último argumento formal, a *raison d'être* do Estado) seja ignorado ao ponto de nenhuma das pulsões estatais ser capaz de mediar legitimamente as demandas democráticas, levando à ruptura da legalidade, com o risco de repristinação da atuação daquele *poder moderador* de feições marciais, conforme atrás referido.

O objetivo dos esforços teórico-políticos no decorrer da Modernidade era oxidar as resistências ao modelo institucional que abrigava o poder político e que, ao longo dos séculos, se tornaram diretamente proporcionais aos malefícios causados pela ordem econômica que o colonizava e dele fazia o instrumento de promoção dos interesses de uma comunidade política e demograficamente limitada.

Um nuvíoso e duvidável ambiente fora criado pela nova ordem política institucionalizada. E tanto, ao ponto de Friedrich Nietzsche afirmar que “todos os Estados e ordens da sociedade: as classes, o matrimônio, a educação, o direito, adquirem força e duração apenas da fé que neles têm os espíritos mais cativos – ou seja, da ausência de razões, pelo menos da recusa de

inquirir por razões.” (2000, p. 158)⁶¹. A ideologia jurídica e seus pressupostos nasceram, portanto, envoltos numa nuvem de ceticismo, o que tornaria ainda mais imperativa a busca pela legitimação do seu proceder. Efetiva ou simplesmente discursiva, essa legitimação passaria a ser o norte político dos regimes auto-classificados como *democráticos*.

Ao enfeixar em si o poder político, o que incluiu o monopólio da produção do Direito, o Estado e seus teóricos se lançaram ao espaço público e se abriram à dialética própria das comunidades juridicamente organizadas, em especial as de perfil democrático. Nas marchas e contramarchas da história, a abertura teórico-política fez confirmar que essa ideologia não era, conforme lembram Tigar e Levy, “propriedade exclusiva do grupo que exerce o controle efetivo”. Esses autores registram que os grupos que aspiram ao poder – atrás referidos como *antagonistas do poder* – engendram seus ataques “em termos de sistemas de regras e princípios” (1978, p. 275), sem deixar de aceitar os pressupostos dominantes daqueles que capitaneiam o poder e ansiando por usá-lo em proveito próprio.

Elucidativa a análise de M. Tigar e M. Levy (1978, p. 277), que expressa essa maleabilidade da ideologia jurídica constituída a partir do sistema ficto-político, atrás referido, promovida por um conflito interno motivado por divergências extra-sistema, que reclamam correção, sob pena de agravamento da deslegitimação:

Uma vez que a ideologia é um sistema de palavras vinculadas ao tempo e de frases cristalizadas e com origens no conflito humano, e de vez que a ideologia do grupo que detém o poder estatal destina-se [...] a abafar rivalidades e desviar a atenção do povo para a interpretação do “sistema” de regras, sempre haverá oportunidade de interpretá-lo do modo diferente. À medida que correm os dias, mais e **mais contradições pode surgir** entre o sistema dominante de relações sociais e o conteúdo das regras formais que supostamente o governa. (Grifos nossos)

Uma ideologia qualquer é, reconheça-se, algo mais que um sistema lingüístico, uma vez que seus significados recebem outros suportes simbólicos além dos semânticos e sintáticos. Reconheça-se, também, que o referido sistema simbólico-ideológico realmente apresenta, desde sempre, uma admirável *plasticidade*, característica que tem permitido sua mimetização

⁶¹ O filósofo de Roeken tratou aforisticamente do Estado, conforme se vê: “Diferenciar entre governo e povo, como se duas distintas esferas de poder, uma mais forte, mais elevada, e outra mais fraca, mais baixa, negociassem e entrassem em acordo, é um traço da sensibilidade política herdada, que ainda hoje corresponde exatamente ao dado histórico das relações de poder na *maioria* dos Estados. [...] Mas agora devemos aprender – conforme um princípio **que brotou da cabeça e que ainda deve fazer história** – que o governo não é nada senão um órgão do povo, e não um providente e venerável ‘acima’ que se relaciona a um ‘abaixo’ habituado à modéstia.” (2000, p. 243). Grifo nosso.

ao longo dos séculos e uma pragmática incorporação de práticas sociais e econômicas, sem que sejam radicalmente alterados os elementos *soberania, democracia e tripartição*.

Essa plasticidade é a responsável pela naturalidade com que novas pulsões interagem – de um modo *tensoativo*, sublinhe-se – com o sistema jurídico-político e seu formalismo dirigido à manutenção de um determinado **núcleo sagrado** de valores erigidos nos primórdios da Modernidade. Essa interação, quase sempre um fenômeno superficial e cosmético, tem permitido relativa flexibilização sistêmica, mas não transformadora daqueles paradigmas. Nos últimos séculos assiste-se a uma inter-relação entre os dogmas oficiais componentes da ideologia e aqueles que, postados fora do sistema e embalados numa dimensão utópica, esgueiram-se nas frestas do tempo e do espaço políticos pretendendo injetar novos valores no interior daquele. É a esse fenômeno que se referem Tigar e Levy quando anotam: “Uma das primeiras tarefas do grupo dissidente consiste em explorar os limites da ideologia jurídica dominante a fim de verificar o quanto poder ser realizado dentro desses limites” (1978, p. 277).

A retórica fundada no sistema trinômio – soberania, democracia e poder tripartite – propagava eflúvios libertários que conferiam efetiva dimensão utópica ao Guardião da Ordem e da Sociedade, materializado nas funções de Estado. Em sociedades marcadas por uma teologização da secularidade, seria fácil incutir nas *massas* esperanças messiânicas por meio de um discurso fundado em utopias libertárias. Dentro daquela permeabilidade ideológica imposta pela dialética somente escamoteável a partir de um *poder moderador marcial*, demandas sociais de jaez democrático se converteram em pulsões ordenadoras – inspiradas por aquela retórica utópica – e induziram transformações que, no curso de século XX, bem como no alvorecer do XXI, forçariam mudanças no perfil do Estado num processo de fluxo e refluxo das ideologias que se infiltram nas tramas do Direito.

Duas dessas eloqüentes pulsões de cariz democrático podem ser tratadas exemplificativamente. A primeira sobre o fato consumado e convertido em dogma jurídico-político também embalado num discurso *messiânico* e, no formato institucional vigente, de inspiração autocrática (que vê o *liberto da caverna* como o apto à melhor decisão), que vem instalada no órgão que exerce a pulsão corretora de matriz elevada denominada *controle de constitucionalidade*, e a segunda que tem recebido compreensível resistência dada a sua

potencialidade de deslocamento do eixo do poder político, compreendida na radicalização do exercício democrático, ainda que não se dê achego à quimera rousseauiana.

Ambos os exemplos – um operando na esfera das pulsões reguladoras e redutoras, que têm lugar no espaço legiferante propriamente dito, e outro se manifestando na esfera das pulsões corretoras, no espaço destinado ao que se denomina jurisdição – traduzem **fenômenos políticos** que têm lugar nas organizações constituídas pelo poder institucionalizado e que, sob qualquer ponto de vista, representam um esforço de legitimação do *Poder* e de seu verbo, o *Direito*. Num caso, há evidente promoção da pulsão corretora no âmbito das funções jurisdicionais, noutro, evidente pulsão redutora que opera no campo legislativo. Nos dois, observa-se o apelo à inclusão de novos-antigos valores – muitos representativos da vontade do povo – como elementos inspiradores do agir estatal.

Dessa dinâmica vem exsurgindo uma nova abordagem do Direito que parece forçar a mudança no paradigma ideológico que o conforma. Essa abordagem está intrinsecamente relacionada com o paradigma constitucionalista, que foi capaz de fundar uma ideologia constitucional e que tem recebido atenção especial de muitos estudiosos e da qual se tratará abaixo numa perspectiva histórico-sociológica, uma vez que – premida pela historicidade do Direito e sua ideologia jurídica aqui abordada – suas raízes estão no que se tratou até aqui.

6.2 RAZÃO LEGISLATIVA E TEMORES DE KELSEN

O primeiro exemplo se relaciona à estrutura organizacional do Estado e sua função judicante, aqui considerada como pulsão corretora estatal, que projetaria um inovador paradigma constitucional a partir das sofisticadas formulações teóricas de Hans Kelsen, inspirado pelo espírito publicístico alemão do século XIX e também pelas reflexões neokantianas que embalavam os ajustes demandados pela Modernidade. Seu modelo teórico do Direito olhava para o modelo funcional da democracia norte-americana e a atuação da Corte Suprema e posicionava-se criticamente a partir das estruturas epistemológicas do juspositivismo.

Jurista nascido em Praga no último quartel do século XIX, e infante ainda retornado a Viena, terra natal de seus pais, Kelsen assistia ao seu mundo continental pulsar inspirado pelo racionalismo e pelo individualismo ético de matriz kantiana exacerbado por novos modos de

produção de riqueza, convulsionado por lutas de classes, nacionalismos⁶² étnicos fundamentalistas, insultantes diferenças sociais, preconceitos diversos, belicismo e duelismo elevados a questão de honra e envolto nas teorias do positivismo científico e do darwinismo com ecos sociais.

Kelsen decerto reconhecia ser a Europa dotada de uma elite que se maravilhava com a eugenia potencializada por crenças de supremacia racial e de repulsa a determinadas minorias; por isso era logicamente conseqüente a sua visão do grande risco contido na *razão legislativa* parlamentar, capaz de cristalizar – pelo princípio da legalidade – conceitos e práticas desafiadoras das mais belas utopias em nome de uma suposta necessidade de pureza e autonomia racionais. Tudo, talvez, para o Poder *legitimar-se* perante uma maioria arbitrariamente sequiosa do agir estatal em defesa dos interesses da *nação*.

Decerto Kelsen também compreendia que a sua era, a Modernidade, se esforçava por disseminar a crença nos dísticos utópicos propostos pelo ideal da razão, da liberdade (originada no indivíduo atomizado e evoluindo para a coletividade) e do progresso. O grande triplo-eixo estruturador do agir da Modernidade era mesmo a *racionalidade*⁶³, erigida como paradigma analítico e procedimental a ser implementado em todas as atividades humanas, a começar pelas estatais⁶⁴; o conceito de *individualidade*⁶⁵, valor a ser ratificado pela realização legalista e formal do ideal de liberdade.

A referida individualidade deve, contudo, ser interpretada como uma ficção subjetiva estimulada pelo discurso antropocêntrico cuja realização somente se dava nas manifestações coletivas, maciças, ideais para introduzir ideologias políticas de grande alcance. E, como

⁶² O sentido da expressão *nacionalismo*, adjetivado de étnico, tratado como algo nocivo, como se aplica nesse contexto, é relativamente comum na politologia pan-européia. Confira-se: “A história moderna nasceu [...] concebida e desenvolvida como um instrumento do nacionalismo europeu. Sendo assim, a história das nações européias foi um grande sucesso, mas transformou nossa compreensão do passado em um depósito de lixo tóxico impregnado do veneno do nacionalismo étnico.” (GEARY, 2005, p. 27).

⁶³ Wayne Morrison, tratando da racionalização do mundo segundo K. Marx e Max Weber, anota: “Qual era a essência da modernidade? Contra Marx, Weber argumentava que uma crescente racionalização do mundo social, e não o capitalismo *per se*, constituía a força motriz da modernidade.” (2006, p. 326).

⁶⁴ Zygmunt Bauman sintetiza: “A sociedade racionalmente planejada era a *causa finalis* declarada do Estado moderno.” (1999, p. 29).

⁶⁵ Zygmunt Bauman, outra vez, faz a síntese: “A apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna.” (2001, p. 39).

terceiro eixo estruturante, corolário dos anteriores, posicionou-se o *progresso*⁶⁶, verdadeiro mito que tem recebido diferentes máscaras, dependendo do conteúdo ideológico da política que o promove e do discurso que o justifica.

Essa visão da sociedade pan-européia na transição dos oitocentos para o século XX, por um lado, permitia a crença num Estado de Direito – soberano com discurso democrático-liberal e estruturado sob princípios como *legalidade* e *tripartição de poderes* – e realmente induzia à crença de que o legalismo parlamentar, além de conter as pulsões centralizadoras e do estado aristocrático-absolutista, conduziria as comunidades juridicamente organizadas sob tais regras a um novo paradigma de coexistência.

Por outro, porém, essas multifacetadas comunidades – guiadas por aquele triplo-eixo atrás citado – exibiam perfis capazes de levantar a suspeita de que o Estado de Direito e seus rumos poderiam pôr em risco as pulsões ordenadoras de cunho humanista e de inspiração clássico-iluminista. O *Zeitgeist* naquela virada de século desenvolvera uma moral lassa orgulhosamente calcada no racionalismo e no individualismo crescentes, com francos reflexos na política e no agir do Estado, ao ponto mesmo de constituir uma permissividade com atos negatórios daquele que seria o *éthos* das sociedades constituídas sob a retórica da fé cristã e também do *éthos* da própria idéia de comunidade juridicamente organizada.

Realmente, os ares europeus do último quartel do século XIX emitiam sinais do próximo paroxismo autofágico cujos ensaios a Humanidade já exibira. A percepção latejante do *Tânatos* na ideologia jurídico-burguesa não foi exclusiva de Kelsen e nem mesmo o reconhecimento do aparecimento de um ser de ontologia individualista sustentado na racionalidade legalista do Estado de Direito; Estado que estava lastreado no *princípio majoritário* decorrente de uma prática equivocadamente nominada *democrática*.

É de se reconhecer que a moral kantiana – intelectualmente refinada, propositiva de uma *comunidade ética mundial* destinada ao *progresso* e concebida por um prussiano racionalista-voluntarista, paradoxalmente de fé pietista – fundara um *éthos* atomizado e auto-referente que conduziria a uma auto-percepção do homem ocidental como um ser-ai individualizado,

⁶⁶ Gilberto Dupas realiza brilhante incursão conceitual sobre o *progresso como mito*. No livro há uma verdadeira “arqueologia” do conceito, incluindo a reflexão – de Ortega Y Gasset – sobre a tecnologia, indutora do progresso, como resultado da “cópula do capitalismo com a ciência experimental.” (2006, p. 103).

racionalmente liberto e auto-suficiente, decerto inspiradora da genial, mas atomística, construção fenomenológico-existencial que se tornaria objeto da reflexão de Martin Heidegger. A inspiradora ascese kantiana marcaria fortemente a conduta social e estatal, ao menos na Europa continental, ao longo do século XIX, e nem sempre do modo categórico e imperativamente ético desejado pelo filósofo de Königsberg. Esse individualismo em busca de ordem, segurança e progresso, apresentado numa embalagem racionalista, quando estimulado pelos eflúvios nacionalistas, eugenísticos, belicistas e dirigidos para uma construção político-racional do Estado, não tardaria a promover o utilitarismo legífero criador, entre outros valores, do que Bauman nomina “estado jardineiro” (1999, p. 29 e 35).⁶⁷

A ingenuidade asséptica do provinciano Kant, que certamente contrastava com a profundidade e complexidade de seu pensamento universal, resgataria o ideal platônico do rei-filósofo, ou, melhor usando as alegorias heládicas, daquele prisioneiro que, liberto da caverna, ascende entre os seus quando retorna após *conhecer a verdade libertadora* e se torna apto, na opinião de Kant, a *legislar para a razão humana*. Bauman realiza outra leitura do *mito da caverna* atrás referido e frisa que Kant⁶⁸ “reafirma a tradição secular dos sábios” ao afirmar missionariamente que os “sábios que não retornam de sua escapada ao mundo das verdades eternas estão tão errados quanto os homens e mulheres comuns que nunca embarcaram nessa jornada; além disso, são culpados do crime de oportunidade perdida e dever não cumprido” (1999, p. 30).

Essa filosofia da arrogância, típica do *retorno do liberto* das amarras da ignorância e intelectualmente redivivo após abandonar as profundezas da *caverna* e conhecer a *luz*, traço constituinte da *persona* dos sábios e balizador das aristocracias modernas dissimuladas pela

⁶⁷ Zygmunt Bauman estende a reflexão: “Sua [do Estado] postura era a do jardineiro. Ele deslegitimou a condição presente (selvagem, inculta) da população e desmantelou os mecanismos existentes de reprodução e auto-equilíbrio. Colocou em seu lugar **mecanismos** construídos com a **finalidade de apontar a mudança na direção do projeto racional**. O projeto, supostamente ditado pela suprema e inquestionável autoridade da Razão, fornecia critérios para avaliar a realidade do dia presente. Esses critérios dividiam a população em plantas úteis a serem estimuladas e cuidadosamente cultivadas a ervas daninhas a serem removidas ou arrancadas. Satisfaziam as necessidades das plantas úteis (segundo o projeto do jardineiro) e não proviam as daquelas consideradas ervas daninhas. Consideravam as duas categorias como objetos de ação e negavam a ambas os direitos de agentes com determinação.” (1999, p. 29). Grifos nossos.

⁶⁸ A referência a I. Kant e o que se chama ingenuidade *provinciana*, reflete o que há de registros sobre o reduzido universo físico e cultural do filósofo de Königsberg, além de sua vinculação oficial ao *stablishment* de sua época, fatores que decerto ofereceram limites a seu fértil refletir filosófico, restrito que esteve às *críticas* aprioristicamente tratadas. Esse aspecto foi sublinhado por Arthur Kaufmann: “**O que faltou à filosofia crítica de Kant foi a investigação do empírico** e, com isso, faltou sobretudo num factor, que havia de se tornar de importância decisiva nos séculos XIX e XX: **o factor da historicidade do homem e, portanto, do direito.**” (2007, p.40). Grifos nossos.

retórica democrática, seria transformada numa *filosofia fundadora*⁶⁹ do nascente Estado Moderno (BAUMAN, 1999, p.34), que tateava em busca de teorias legitimadoras de sua política fundadora.

Decerto Kelsen reconheceu ecos da história naquela obsessão kantiana que impunha a razão como bússola da soberania do Estado de Direito, conferida especificamente ao poder legislativo. Bauman registra que Kant⁷⁰, assim como Descartes e Locke, “foram todos movidos pelo sonho de uma humanidade magistral (quer dizer, *coletivamente* livre de restrições) – única condição na qual, acreditavam, a dignidade humana pode ser respeitada e preservada” (1999, p. 35); sonho esse a ser realizado pela racionalização das práticas políticas voltadas à ordem e ao progresso, na síntese posteriormente realizada por Augusto Comte. Esse sonho, não tardaria a percepção, poderia se malignar e tornar as expectativas éticas desses filósofos uma quimera irrealizável.

Elevando a soberania da pessoa humana como sua preocupação autêntica e apontando, em nome dessa soberania, a Razão como “suprema legisladora”, os filósofos racionalistas talvez tenham desconsiderado as *afinidades eletivas* (BAUMAN, 1991, p. 35) entre a razão legislativa e a prática do Estado de Direito nos seus procedimentos jurídico-políticos visando à implementação de seu projeto. É provável que os sábios da Razão iluminista tenham subestimado registros históricos, então recentes, que **desautorizavam a crença** na *humanidade magistral* legislativamente construída, como este que se encontra na obra de Karl Marx (1988, p. 265):

Os expulsos pela dissolução dos séquitos feudais e pela intermitente e violenta expropriação fundiária, esse proletariado livre como os pássaros não podia ser absorvido pela manufatura nascente com a mesma velocidade com que foi posto no mundo. Por outro lado, os que foram bruscamente arrancados de seu modo

⁶⁹ Zygmunt Bauman qualifica o argumento: “Estas são, em linhas gerais, as principais características do que Richard Rorty chamaria de *filosofia fundadora* – depois de atribuir a Kant, Descartes e Locke a responsabilidade pelos duzentos anos seguintes de história filosófica. [...] essa **filosofia fundadora** teve como correlato o que se pode chamar de **política fundadora** do nascente Estado moderno; havia uma espantosa simetria de ambições declaradas e estratégias praticadas, assim como uma **similar obsessão com a questão da soberania do poder legislativo** expressa no princípio da universalidade dos princípios legais ou filosóficos. (1999, p. 34, 34). Grifos nossos.

⁷⁰ Kelsen formula críticas à conduta de I. Kant que, de modo direto, se equiparam àquelas aqui suscitadas: “Da mesma forma, **sua atitude política não era muito consistente**. Simpatizava com a Revolução Francesa e admirava Rousseau, mas vivia sob a monarquia absoluta do Estado policial prussiano e tinha de ser cauteloso em suas afirmações políticas. Portanto, **não ousou expressar sua verdadeira opinião** em teoria política.” (1993, p. 201). Os grifos são nossos. Talvez nessas circunstâncias existenciais se encontre as causas primeiras do refúgio buscado por Kant no conhecimento racional, asséptico e descolado da *práxis* política.

costumeiro de vida não conseguiam enquadrar-se de maneira igualmente súbita na disciplina da nova condição. Eles se converteram em massas de esmoleiros, assaltantes, vagabundos, em parte por predisposição e na maioria dos casos por força das circunstâncias. Daí ter surgido em toda a Europa ocidental, no final do século XV e durante todo o século XVI, uma **legislação sanguinária** contra a vagabundagem. Os ancestrais da atual classe trabalhadora foram imediatamente punidos pela transformação que lhes foi imposta, em vagabundos e *paupers*. **A legislação os tratava como criminosos “voluntários”** e supunha que dependia de sua boa vontade seguir trabalhando nas antigas condições que *não existiam*.

A lógica política na narrativa marxiana deixar entrever uma orientação pela Razão, destinada à implementação do projeto de ordem e progresso. Kelsen, diferentemente dos filósofos das luzes, não subestimaria a potencialidade nefasta da legiferância racional voltada para o cumprimento de projetos exclusivistas, apresentados como benéficos à *maioria* e, a partir daí, capazes de cooptar simpatias e apoio, convertendo-se em instrumento de *legitimação*. Essa interação entre as pulsões ordenadoras originadas nas comunidades oitocentistas européias e as pulsões redutoras/reguladoras instrumentalizantes daquelas, por meio de *regras coercivas de conduta* alinhadas com o despotismo de uma maioria seduzida, sinalizava para um corpo jurídico-normativo pouco aderente aos ideais gestados na filosofia humanística. Um tipo de ideologia política seria incubado no Estado legiferante como forma deste se conferir *legitimidade*.

Kelsen, como muitos outros seus contemporâneos, não via com tranquilidade a entrega dos rumos do Estado de Direito **unicamente** ao órgão responsável pelas pulsões reguladoras e redutoras das pulsões ordenadoras, orientado por uma retórica representativo-parlamentar. A história política a que assistia vinha permitindo a conversão da lei, *lato sensu*, em depositário das pulsões ordenadoras inspiradas por aqueles sentimentos desagregadores que davam feição ao *Leviatã* “jardineiro”, programada para dar curso às pulsões racionalistas, individualistas, eugenísticas e darwinianas. Ademais, o *Zeitgeist*, desde os fins do século XVIII, vinha exigindo uma *teoria do ordenamento jurídico* para o fim de “dar unidade a um conjunto de normas jurídicas fragmentárias, que constituíam um risco permanente de incerteza e de arbítrio” (BOBBIO, 2006, p. 198).

Se ideologias nefastas vinham se introduzindo nas comunidades política e juridicamente organizadas, por meio de supostamente legítimas pulsões ordenadoras que, quando convertidas em pulsões reguladoras, dada a lógica da coercividade própria da produção normativa estatal, exigiam obediência, Kelsen se movimenta rumo a um exercício teórico num padrão intelectual neo-kantiano que seria organizado a partir de alguns pressupostos.

Destacam-se entre esses (i) a **teoria do ordenamento jurídico positivista**, nominada *teoria pura*, sustentada na distinção entre um sistema estático e um sistema dinâmico de normas (1998, 163 e ss.) e na crença de que este ordenamento seria dotado de unidade, coerência e completude⁷¹; (ii) a aceitação de *um mínimo de metafísica*⁷² contida no conceito de **norma fundamental** (*Grundnormen*)⁷³, conceito eleito por Kelsen no intuito de determinar o fundamento de validade das normas⁷⁴, de todas as normas, inclusive as constitucionais, e (iii) o reconhecimento da fundamentalidade da Constituição como norma estruturante da produção normativa ao ponto de dedicar-se apaixonadamente ao problema de sua garantia jurisdicional por meio do controle de constitucionalidade das leis, **função e fim da jurisdição constitucional** (2007, p. 19). A racionalização jurídica kelseniana via com esperanças essa instância supra-legislativa de controle de constitucionalidade. A ascendência intelectual kantiana, registre-se, é do próprio Kelsen, tributário que era dos modelos racionalistas-imperativistas desenvolvidos por I. Kant: “A teoria pura do direito não se baseia na filosofia do Direito de Kant, mas em sua teoria do conhecimento.” (1998, p. 444).

Tem-se, portanto, que um conceito fundamental no estudo do Direito – seja na dogmática, na sociologia ou na filosofia jurídicas – é o de *constituição*, que Kelsen considerava antes de tudo, no sentido material, como um conjunto de “normas sobre a produção da ordem jurídica” (2007, p. 18), atendo-se, contudo, à questão formal e não material. Com sua conceituação de *jurisdição constitucional*, materializada, decerto sob inspiração norte-americana, na redação da Constituição da Áustria – com a qual colaborou, fazendo com que fosse criada a Corte Constitucional daquele país –, o jurista de Viena parecia intentar uma espécie de blindagem

⁷¹ Norberto Bobbio esclarece a teoria positivista, especialmente em sua vertente kelseniana: “A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a *unidade*, a *coerência*, a *completitude*; são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem.” (2006, p. 198).

⁷² Expressão aplicada por Arthur Kaufmann (2007, p. 24) ao comentar a criação de Kelsen.

⁷³ Cfe. Hans Kelsen, 1998, p. 170: “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. [...] A norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico.”

⁷⁴ Do próprio Kelsen: “[...] a norma que representa o fundamento de validade de uma norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como **norma fundamental** (*Grundnorm*).” (2006, p. 217). Grifos nossos.

do Direito positivo a partir de sua *teoria pura do Direito*, dotada, segundo ele, de uma “pronunciada tendência antiideológica” (2006, p. 118).

Para Kelsen, sua teoria, ao se recusar a *valorar* o Direito positivo, recusava-se, particularmente, “a servir a quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as ‘ideologias’ por intermédio da quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada” (2006, p. 118). Essa crença na desideologização e até mesmo no conteúdo anti-ideológico de sua teoria, levaria o jurista ao esforço para contribuir – na esteira das reflexões dos publicistas alemães do século XIX – com a sistematização das formas institucionais de controle do poder, esforço implementado, como se sabe, a partir de uma epistemologia juspositivista e tributário do que nominava “ideologia democrática” (2000, p. 91).

Kelsen, então, concebe que, se “historicamente a luta pela democracia é uma luta pela liberdade política” (1993, p. 99), se “politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa” (1998, p. 406) e, por último, se “democracia significa que a ‘vontade’ representada na ordem jurídica do Estado é idêntica à vontades dos sujeitos” (1998, p. 406), democracia e ordem jurídica estão simbioticamente comprometidos com a segurança jurídica (*Rechtsicherheit*) e devem ser objeto de especial proteção, que será promovida pelo exercício da pulsão corretora e mediadora exercida pela executiva que executa leis (função judiciária) a partir (i) da implementação jurisdicional da regra de Direito⁷⁵ e também (ii) por meio do *controle de constitucionalidade*, a ser implementado por órgão estatais incumbidos do exercício da jurisdição constitucional.

Referiu-se acima aos teóricos publicistas alemães do século XIX, fundadores da escola jurídica do *Rechtsstaat*, “que pretende submeter a administração do Reich – que acabava de ser unificado – a regras gerais que protejam as liberdades dos administrados” (NAY, 2007, p. 483), lembrando que Hans Kelsen foi tributário do pensamento publicístico alemão. Nesse contexto, inserir o controle de constitucionalidade como método de fortalecimento daquela tripartição (dicotomia, na dicção de Kelsen, conforme visto) parecia ser um caminho natural. Daí que, criar um órgão judicial e conferir-lhe competência para se posicionar como *guardião*

⁷⁵ Kelsen vale-se do conceito inglês da *rule of Law* e explica: “Por regra de Direito entende-se o princípio de que as funções administrativas e judiciárias do Estado devem ser o máximo possível determinadas por normas gerais de Direito preestabelecidas, de tal modo que caiba aos órgãos administrativos e judiciários o mínimo possível em termos de poder discricionário: desse modo, ao evitar-se um governo arbitrário, assegura-se a liberdade.” (1993, 269).

da constituição, foi, decerto, opção colhida por Kelsen da historicidade do Estado e da política.

Conforme anota Sérgio Sérulo da Cunha, na introdução à obra *Jurisdição Constitucional*, de Kelsen (2007, p. VIII):

A Corte Constitucional e o monopólio, por ela, do controle de constitucionalidade não resultaram de mera invenção teórica. É a história, e não a lógica, que explica as instituições. No continente europeu a revolução burguesa, que trouxe a Constituição, não trouxe consigo o controle de constitucionalidade, que nos Estados Unidos – não nos esqueçamos – foi construção pretoriana.

Kelsen, como se vê, aproveitou-se da história das instituições políticas, européias e norte-americanas, para introduzir – diretamente na Áustria – o modelo judicial de proteção da regras constitucionais. Essa opção, que seria adotada por expressiva maioria das democracias ocidentais, se converteria num instrumento assecuratório da democracia, na visão de uns, e de arbítrio do *liberto*, do sábio, na opinião de outros.

Sendo o Direito, num certo sentido, a *política* encapsulada em enunciados normativos dotados de coatividade para fins de governança, o exemplo do neo-positivismo – o positivismo lógico do Círculo de Viena – de Hans Kelsen presta-se, nesse contexto, para reafirmar a **obliquidade do Direito** em sua forma Moderna, ao ponto mesmo de teóricos os mais diversos reconhecerem riscos na invasão do Direito por *valores* que, naquele *momentum* vivido pelo jurista de Viena, pareciam constituir risco demasiado a valores humanos ainda em formação. O risco de *contaminação* do Direito a partir do canal político haveria de ser assepticamente tratado a partir de estruturas institucionais lógico-normativas capazes de depurar as pulsões ordenadoras, regulando-as, mas também corrigindo-as.

Kelsen desejava, ingenuamente, preservar a ciência jurídica de um aparelhamento legitimador de radicais opiniões políticas e abusivos desvios ideológicos. Como se expressa Habermas, citando Hart e Kelsen, o positivismo jurídico sistematicamente construiu “um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligas a regras e tornar o direito independente da política” (2003, p. 250).

Contudo, o esvaziamento hermenêutico propiciado pelo fechamento do sistema e sua pretensão de autonomia, tornando-o “opaco em relação a princípios não-jurídicos”

(HABERMAS, 2003, p. 250), terminaria por trair a pretensão kelseniana e suas teorias seriam aproveitadas justamente para promover o que ele temia⁷⁶. Assim se expressa Kaufmann a respeito: “Mas, com grande injustiça, foi a própria Teoria Pura do Direito aproveitada desse modo.” (2007, p. 22). O *modo* aqui referido inclui a utilização da *teoria* como “propaganda de valores absolutos” e promoção de um Direito esvaziado não só de *valores*, mas de *humanidade*, demonstrando sobejamente a inaptidão – sob o ponto de vista do *povo* – do método juspolítico fundado na *trindade* objeto das considerações acima.

6.3 TENSÃO MEDIADORA DA DEMOCRACIA

O filósofo do Direito Norberto Bobbio, em seu Dicionário de Política elaborado com Mateucci e Pasquino (1993, A, p. 347) relembra que na teoria da democracia confluem três tradições históricas, que marcam o pensamento político: (i) a teoria clássica (aristotélica); (ii) a teoria medieval e (iii) a teoria moderna (vinculada ao pensamento de Nicolau Maquiavel). Interessa-nos considerar esta última porque dela derivam os modelos que têm conformado os Estados contemporâneos.

Pela teoria moderna tem-se que as formas históricas de governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, sendo a *democracia* dos Antigos nada mais que uma forma de república, e a *aristocracia* sua outra forma. Dessa concepção de *república* se “origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república.” (BOBBIO, 1993, A, p. 347).

Genuinamente popular é expressão aplicada coerentemente pelos autores do verbete na obra referida, pois a etimologia de ambos os vocábulos – democracia e república – remetem a uma esfera pública na qual o *populus* tem relevância. Esta relevância é historicamente identificável, assim como identificável também são os esforços dos líderes políticos para restringir a qualidade de *povo* àquela minoria que lhe dá sustentação e que, fato também historicamente demonstrável, se locupleta a partir da negação dessa qualidade a parcelas

⁷⁶ Assim se expressa Kaufmann a respeito: “Mas, com grande injustiça, foi a própria Teoria Pura do Direito aproveitada desse modo.” (2007, p. 22). O *modo* aqui referido inclui a utilização da *teoria* como “propaganda de valores absolutos” e promoção de um Direito esvaziado não só de *valores*, mas de *humanidade*.

expressivas da população, mantendo reduzido ao limite do possível o *povo ativo*⁷⁷. *Repúblicas* há que são, em forma e fato, autocráticas; outras há que são democráticas em forma e autocráticas na sua expressão fático-política. Independentemente da classificação, porém, perceptível é a tensão entre as hipóteses autocrática e democrática da operacionalização do poder político.

Abundam na História repúblicas desse segundo tipo, sempre estribadas na retórica que incensa o *povo* como fonte de uma soberania exercida representativamente pelas instituições de governo e que, com frequência, quando tal não basta, buscam apoio no *poder moderador marcial*, atrás referido. Em qualquer caso, a figura do povo, seus anseios e suas necessidades ganham cores fetichísticas, mesmo quando suas pulsões ordenadoras são desvalorizadas na operacionalização do poder político que dele se alimenta, tanto pelas pulsões reguladoras quanto pelas pulsões corretoras.

É correto afirmar que as pulsões sociais de caráter ordenador, cuja fonte está no *povo*, têm recebido tratamento, por meio das pulsões reguladoras, que promovem o efeito atrás nominado de axiológico-reducente. Admita-se que o *parlamento* é protagonista, sim, de intencionais e não-intencionais refrações cognitivas que implicam numa produção normativa carregada de refrações axiológicas, o que implica em efetiva deslegitimização daquela pulsão original. Nos regimes republicanos e democráticos de inspiração Moderna, essa é uma incômoda realidade que não pode ser escamoteada, pois, se não fossem visíveis, o alheamento do povo e os nefastos efeitos do exercício do poder político sobre sua condição sócio-econômica saltariam das estatísticas produzidas por órgãos multilaterais desde muito tempo.

Funcionando como verdadeira lâmina cognoscente, o parlamento produtor de enunciados legais tem sido, ao longo da história da democracia representativa, colonizado por ideologias voltadas ao privilégio dos detentores daquilo que já se denominou de **soberania real**. A soberania da retórica, reconhecida ao povo, tem sido parcamente implementada por meio da *eleição* de representantes, considerada – desde a França revolucionária – “como a melhor técnica para limitar a intervenção do povo nos assuntos públicos” (NAY, 2007, p. 300). Por

⁷⁷ *Povo ativo* é expressão usada por Friedrich Müller (1998, p. 55 e ss.) para designar aquela parcela da população que é “considerada – não importa quão direta ou indiretamente – fonte da determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas”. Müller sublinha que as Constituições “somente contabilizam como povo ativo os titulares de nacionalidade”

essa via, aquela pulsão ordenadora é desidratada e o conteúdo da norma extraível do texto jurídico que a enuncia – produzido no exercício da função redutora/reguladora – exhibe, com inaceitável frequência, grande distanciamento da *vontade-de-lei*.

Linhas atrás pôde-se ler a afirmação de que ao povo, supostamente o soberano político na retórica política da Modernidade, é reconhecido o protagonismo político – o que se realiza por meio do direito ao sufrágio universal, direto e secreto – mas não o protagonismo jurídico, salvo em ocasiões especiais e quase sempre em assuntos de pouco impacto no tratamento institucional de suas pulsões ordenadoras. Se as pulsões ordenadoras sofrem efeitos axiológico-transformadores, normalmente redutores, a partir da cogno-refração implementada na lâmina cognoscente constituída pelo parlamento, o que deslegitimaria a vontade-de-lei original, o mesmo se pode asseverar quanto ao exercício da pulsão corretora por meios dos juízes de qualquer instância, também eles constituintes de uma segunda lâmina cognoscente, agora na execução e aplicação da lei, em verdade *outra forma* de produção normativa.

Esse segundo efeito axiológico-transformador ganha especial relevância ao se considerar que a concretização da norma, seja pela via processual abstrata ou seja pela via concreta, atinge diretamente, outra vez, o *povo*. Assim, o modelo incensado por Kelsen – de criar, a partir da Constituição, um órgão responsável pelo controle de constitucionalidade – oferece duplo risco de aprofundar a deslegitimação: o primeiro está em que a norma que será o objeto de controle e correção já vem desidratada pelo referido efeito, o segundo se refere a considerações sobre a *práxis* jurisdicional dos titulares desse órgão, fato que guarda relação direta como o modo de composição das cortes constitucionais. Em ambos os casos, o povo – origem e destino da norma estatal, num ciclo jurídico-político que permite assistir à ocorrência do fenômeno da cogno-refração e seu efeito axiológico-reducente – parece vitimado por um alheamento que tem tornado insustentável, por seus efeitos, o exercício do poder político.

O povo, como elemento de conexão entre soberania política e poder político institucionalizado, se converte em sujeito protagonista da democracia, em que pese a inversão hipostática que lhe é destinada, bem como seu uso como *senha fetichista* para uma suposta legitimação. Por essa razão, têm ocupado a cimeira das indagações políticas as reflexões a respeito tanto do significado jurídico do vocábulo *povo*, quanto das formas de aproximação do

povo, diretamente, das formas de produção normativa, hoje entregue a *representantes e libertos*.

Representantes eleitos e *libertos* com ares e diploma de sagesa têm exibido atávica tendência a olvidar que “historicamente a luta pela democracia é uma luta pela liberdade política, vale dizer, pela participação do povo nas funções legislativa e executiva” (KELSEN, 1993, p. 99). E ainda, como quer Friedrich Müller, aproximando-se do conceito kelseniano: “A idéia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo.” (1998, p. 57)⁷⁸. Esse pensador alemão, na citada obra que carrega o eloqüente título *Quem é o povo? – A questão fundamental da democracia*, repta o que se apresenta como um *destino inevitável* (o crescente déficit de legitimidade) ao afirmar que “não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um conceito mais abrangente de povo: o da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man, one vote*” (1998, p. 58), assertiva que, por autorização histórica e etimológica, idealiza o desempenho das instituições responsáveis pelo exercício do poder político.

Eloqüência também há no uso que Fr. Müller faz dos conceitos *ius civile* (invocando o *direito popular* romano elaborado numa via democrática) e *ius honorarium* e também *ius praetorium* (referindo-se ao direito romano criado pelos magistrados judiciais do patriciado, elaborado sem a participação do *povo ativo*), para afirmar que “no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes ‘executantes’ [‘ausführenden’] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia” (1998, p. 60). A formulação do argumento do filósofo tedesco impõe-nos a reflexão acerca da nossa inegável *incompetência democrática* e parece sugerir respostas animadoras às indagações expressadas por Philippe Breton: “Seu [do homem] pensamento não está sempre adiante das possibilidades de sua ação? Estamos condenados a ser anjos em nossos ideais e continuar demônios em nossas práticas? A idealidade de nossas imaginação está definitivamente comprometida pela materialidade daquilo que somos?” (2008, p. 2).

⁷⁸ Ecoando a quimera de Rousseau, Fr. Müller complementa o argumento: “Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político.” (1998, p. 57)

Olhar sereno – livre de ansiedades obnubilantes e de ideologias distorcedoras – para a práxis política operante ao som da retórica democrática e constitucional (Constituição, como norma, se tornou instrumento da democracia, republicana ou monárquica) que embala os sonhos do Homem contemporâneo, permite a visão de um cenário jurídico-político erodido por um sistema normativo e institucional dito *democrático*, inegavelmente de **baixa condutividade** e que favorece, portanto, a ocorrência dos fenômenos cogno-refrangentes e da instalação de seus efeitos axiológico-reducentes, culminando na degeneração ideológica das pulsões ordenadoras e na deslegitimação política, o que terminar por vulnerar as próprias práticas democráticas.

A baixa condutividade da vontade-de-lei e a sistemática cogno-refração, acompanhada do seu inevitável efeito axiológico-transformador, têm acentuado a degeneração da *política* no interior do sistema sócio-organizacional; e essa degeneração exhibe seus resultados: o *povo* passou a suspeitar que a *democracia* é irrealizável, que se limita a um élan utópico e não se vê *competente* para lidar com as demandas comportamentais e institucionais que ela apresenta como indispensáveis à superação de sua idealidade em direção à sua materialização.

Philippe Breton noticia pesquisa, realizada na França por Gérard Grunberg, que revela *dois números preocupantes*: (i) 41% das pessoas entrevistadas estão de acordo com o enunciado: “O que o país precisa mesmo é ter à sua frente um homem forte que não se preocupe com o Congresso e nem com as eleições” e (ii) 55% concordam com “Seria preferível que fossem os especialistas, e não o governo, que decidissem o que é melhor para o país” (2008, p. 22). Breton sublinha que os resultados da pesquisa apontam para o retorno do *princípio hierárquico*: valoriza-se a hierarquia da força e a hierarquia do saber, em detrimento do princípio da igualdade e, também, do princípio da liberdade. Atente-se ao fato de que a pesquisa em questão não foi realizada em qualquer *país de economia em desenvolvimento* ou qualquer *país em via de democratização*, mas sim num país que ofereceu ao mundo um eloqüente exemplo de organização socioeconômica em torno da ideologia jurídico-política atrás referida.

Considerando o exercício institucionalizado dos poderes legislativo e *executante* (este último: executivo e judiciário, na dicção de Müller e, antes ainda, de Kelsen, conforme visto atrás), que marcam a organização social do Ocidente, submetida à ideologia jurídica, democrática e religiosa, em face dos resultados alcançados por esse mesmo modelo, há de se reconhecer um

certo exclusivismo a guiar tanto os processos de constituição das instituições de governo, quanto a produção normativa que tem lugar nessas instituições. É dizer: os órgãos responsáveis pelo tratamento das pulsões ordenadoras são constituídos de modo asséptico em relação ao *povo* e, quando atuam, suas pulsões reguladoras e corretoras acentuam essa assepsia.

Regimes formalmente democráticos têm sonogado aos seus cidadãos – a assertiva tem sustentação histórica – os meios para a realização do ideal democrático, circunstância que, por induzir à equivocada crença na democracia como valor infactível, promove o princípio da hierarquia a algo desejável.

A ideologia que marca a tradição jurídica ocidental converteu o Direito numa forma de regulação, redução e correção das pulsões ordenadoras relacionadas a interesses sociais, econômicos e políticos, decerto contemplando a hipótese de que poderia também agravá-los, numa decorrência lógica da tensão entre os ideais e a realidade (entre o *ser* e o *dever-ser*). No cenário institucional, a democracia tem sido apresentada como valor factível para fins de legitimação do poder político que, criticado quando se exercita despoticamente, faz uso histórico e retórico do componente povo.

Se o Direito é, conforme afirmado linhas atrás, a política convertida em enunciados normativos, deve-se considerar que a democracia instrumentalizada por esse mesmo Direito não tem alcançado seus confessos objetivos. Veja-se, *e.g.*, o caso da produção normativa legislativa: uma vez tomada como inviável a democracia direta, deu-se à democracia indireta o canal da representatividade política, o qual – por força das vicissitudes organizacionais e pessoais – é vitimado pelo fenômeno aqui nominado *cogno-refração* e produz grande distanciamento entre a norma produzida e as expectativas *populares*.

O modelo democrático viabilizado pela forma representativa da democracia hodiernamente em voga está exaurido. Justamente por isso discute-se, num crescendo, a institucionalização de formas de exercício do poder a partir do que se denomina **democracia participativa**. Urge, portanto, a organização do regime democrático sobre pressupostos que reduzam, no processo de mediação, o efeito axiológico-reducente da pulsão ordenadora originada entre os cidadãos.

O Direito posto pelo Estado, a partir dos procedimentos institucionalizados sob a retórica democrática, deve preservar relação de pertinência com as pulsões ordenadoras; senão para lhes prestar integral atendimento, ao menos para viabilizar sua implementação a níveis que preservem e promovam o núcleo de valores que a História, e não eflúvios metafísicos, fez sedimentar como indispensáveis à Humanidade. Tal não tem se dado sob o exercício da democracia representativa.

Mas, uma vez constituído o Direito a partir dos excessivamente maleáveis processos legislativos estruturantes da democracia representativa, durante o qual atua a lâmina cognoscente parlamentar, outra questão se impõe, agora relacionada com a supra referida *jurisdição constitucional*, instituto jurídico-constitucional que, com Kelsen, ganhou dimensões jamais imaginadas por seus instituidores originais.

No campo do exercício jurisdicional a pulsão ordenadora é submetida a uma segunda lâmina cognoscente, agora aquela constituída pela mundividência dos magistrados, igualmente marcada por ideologias e, neste caso, por uma crença característica dos *libertos*, o que – antes de promover correção rumo à pulsão original – pode implicar num desvirtuamento daquela já bruxuleante vontade do povo expressa no enunciado normativo que orientará o julgamento.

Esperançoso, desde os primórdios de sua História o Homem volta seus ouvidos e sensações às narrativas utópicas inspiradoras de promessas, sejam explícitas, ou sejam fruto de particular hermenêutica condicionada pelas circunstâncias e historicidade que o envolvem. Qualquer fábula que lhe inspire a crença na vazão minimamente satisfatória de suas pulsões ordenadoras será suficiente para lhe entusiasmar, no sentido grego, desencadeando a crença num resgate de suas esperanças mitigadas pela realidade.

Colocado, porém, entre a exclusão da democracia representativa e outras formas de regime político, o Homem, no *povo*, vê-se corriqueiramente tendente a dispensar as promessas de liberdade e igualdade e submeter-se a outros regimes políticos. A descrença na utopia democrática cresce proporcionalmente ao incremento do descenso de legitimidade resultante do modo de fazer política adotado pelas democracias contemporâneas. Houve, de fato, uma *inflação democrática*, sem, contudo, que tal se revertesse na expansão da democracia substancial em detrimento da formal.

A busca da legitimidade política demanda, imperativamente, a reorganização do Estado contemporâneo no que respeita seu peculiar modo de, institucionalmente, fazer fluir as pulsões ordenadoras. Nesse sentido, a democracia participativa e suas formas fluidas de mediação se apresentam como o *método* capaz de aproximar o Homem da política, fazendo considerar a decisão democrática como o *caminho* para o tratamento justo de suas pulsões ordenadoras.

6.4 DETERMINANTES DA IDEOLOGIA JURÍDICA

A ideologia jurídica ilustrada atrás foi determinante para a constituição do paradigma jurídico-político inaugurado na gênese do Estado de Direito, paradigma que conformou a Modernidade do mesmo modo que tem moldado a hodiernidade. Desenvolvida pela tradição jurídica ocidental, ela foi aperfeiçoada nos séculos Modernos, adquirindo tal sofisticação simbólica e argumentativa, sempre reforçada, quando preciso, pelo *argumento* da força do Poder estatal, que permitiu aos seus defensores obter êxito no seu intento de bitolar a organização políticas das comunidades juridicamente organizadas sob sua zona de influência.

Contudo, essa ideologia também teve as suas *determinantes*, fruto que foi da longa travessia sociohistórica da pulsão ordenadora no interior do que tem sido nominada *tradição jurídica ocidental*. A redução contida nas teorias contratualistas – em especial na hobbesiana, que funda o argumento na existência quase moribunda do Homem ocidental dentro do *estado de natureza* – aponta para o processo ordenador desencadeado por essa pulsão genericamente considerada, mas não desvela vicissitudes operantes no interior dessa tradição.

O que a ideologia jurídica ocidental realizou foi, como se sabe, a *sistematização* e a *concentração institucional* dos múltiplos e complexos processos ancestralmente originados pelas pulsões ordenadoras. Essa sistematização foi determinada pela confluência de interesses de Homens reunidos geográfica, política, filosófica e *espiritualmente*. A convergência dos interesses tornou-se possível a partir da interação das diferentes mundividências que, mutuamente expostas aos respectivos antagonismos, identificaram os relevantes pontos de intersecção, o que bastou para o surgimento de *métodos* indicadores do caminho a seguir.

Inúmeros fatores contribuíram para essa convergência cuja cimeira foi a conformação da ideologia da qual se trata, resultante de uma tradição intelectual que se tornou metódica,

racional e antropocêntrica. Listar e analisar todos eles é tarefa intelectualmente hercúlea ainda por ser feita. Aqui se tratará, pois, de fatores determinantes que subjugarão as pulsões fazendo-as convergir rumo a um consenso lastreado na retórica democrática indutora da concentração da produção jurídica nas instâncias institucionalizantes do Poder político.

À evidência que o sistema jurídico resultante dessa convergência de interesses ideologicamente estruturada foi capturado por *interesses prevalentes* na construção da governança Ocidental. O que se pretende, neste capítulo, é, tão somente sublinhar aqueles fatores que, em qualquer História do Direito, figurarão ora como protagonistas, ora como coadjuvantes.

6.4.1 A pulsão ordenadora

Claro está que a expressão *pulsão ordenadora* invoca um impulso do Homem para, coexistindo com seus similares, instituir o mínimo de governança nas comunidades de que participa. Essa governança civil era desejava como um sentido de ordem, a qual poderia ser assegurada pela instituição de marcos regulatórios derivados de uma fonte que, *segundo as crenças*, fosse capaz de, por sua força, determinar condutas e legitimar essa determinação. Dessa pulsão ordenadora derivaram as variadas formas de organização social que, em sua lenta evolução, culminaram, primeiramente na Europa ocidental, na organização das sociedades em torno do que se denominou *ideologia jurídica*, revelando a já referida *tradição jurídica ocidental*. As pulsões ordenadoras são, numa expressão, o *fiat lux* das comunidades, juridicamente organizadas ou não, dentre as quais o Estado de Direito se mostrou a mais sofisticada e abrangente.

Portanto, ao se falar em *ideologia jurídica* fala-se, também, de ordenamento ou ordem jurídica, de sistema jurídico e, assim, de Direito, entendido, por consenso, como um “conjunto de regras e princípios de Direito distinto, integrado e conscientemente sistematizado” (BERMAN, 2006, p. 65). Se é correta a afirmação contida no parágrafo anterior – sobre a ancestralidade da pulsão ordenadora –, também é correto afirmar que essa sistematização formal da pulsão ordenadora no interior de um *sistema de ordenação e de governança jurídicas* tem a sua gênese em momento já reconhecido, conforme afirma Harold Berman (2006, p. 65):

[...] Houve um dia no qual o que é hoje conhecido como sistema jurídico [...] não existia entre os povos do Ocidente europeu, mas que, a partir do final do século XI e início do século XII, sistemas jurídicos foram criados na Igreja Católica Apostólica Romana e nos vários reinos, cidades e outras entidades políticas do Ocidente.

Porém, para alcançar esse *status* de sistema formalmente concebido e funcionalmente controlado, a trajetória das pulsões ordenadoras variou na dimensão espaço-temporal, apresentando díspares formatos, ganhando e perdendo características que foram colmatando as falhas estruturais percebidas por seus artífices. Nessa trajetória, essas pulsões se tornaram causa e destino – numa cíclica realização – dos constructos governantes, mas sempre (i) dirigida por uma tentativa de justificação da sua forma e de sua implementação e (ii) submetida a controles internos da própria ordem em seu nome criada.

Em diferentes eras, a governança jurídica teve suas origens nos costumes inspirados e derivados da natureza, dos mitos e da religião. Não por acaso, os sacerdotes – que, tradicionalmente, se davam a *habilidade* de explicar os fenômenos da natureza e interagem com os mitos muitas vezes relacionados aos símbolos desta – eram os principais artífices das ordenações sociais primitivas. Por isso também que, antes mesmo das universidades, a religião tenha se convertido no *locus* de sistematização dessa governança.

As pulsões de que se trata não deixam de estar relacionadas à psique ocidental de eras marcadas pelo temor e pela insegurança, induzindo ao surgimento de pulsões ordenadoras – perseguidoras, portanto, de segurança existencial. Submetidas ao chefe do clã ou ao sacerdote grupal, essas pulsões eram devidamente canalizadas para naturalizar a aceitação de uma força governante e a submissão àquela entidade – divina a princípio, secular posteriormente – que exibia ao menos aparente aptidão para promover a ordem desejada e assegurar a segurança prometida.

Ao se estabelecer, como já referido, a identidade dos conceitos políticos da era Moderna como conceitos teológicos secularizados (SCHMITT, 2006, p. 36), o que se está a reconhecer é que as mesmas pulsões ordenadoras tratadas pelos *sacerdotes* a partir de seus referenciais teológico-existenciais, foram manejadas pelo poder político institucionalizado na pessoa ficta nominada Estado de Direito, agora a partir de outros referenciais, de perfil racional-humanístico. Talvez isso explique porque que, antes do Direito pós-romano ser sistematizado pelas universidades e pelos teóricos e príncipes medievais, a experiência teológico-religiosa

de tratamentos daquelas pulsões conduziu ao surgimento do Direito Canônico, “o primeiro sistema jurídico ocidental moderno” (BERMAN, 2006, p. 256).

As pulsões, como se viu, atuam pelo princípio da ação-reação, cujas explicações racionais também são encontráveis na Física. Realmente, ao fenômeno que o primeiro medo ou desejo despertou no Homem correspondeu sua primeira pulsão de proteção, de controle, de ordem. Posteriormente, essa pulsão desencadeou outras, voltadas ao seu tratamento e *domesticação* pela reação do meio que considerou necessária sua mitigação. Esse ciclo de ação-reação que caracteriza o processo dialético e antagônico das pulsões é perfeitamente identificável na arena política em qualquer tempo que tenha se dedicado ao registro de seus acontecimentos contemporâneos. Fiquemos no caso dos registros hebreus, compilados no que se denomina Torá, para os judeus, ou o Antigo Testamento, para os cristãos.

A pulsão ordenadora é, portanto, a *matéria prima* da política, assim como o Direito é a resultante da política, a foz onde deságuam os rios políticos que cortam a sociedade. Não por outra razão, a fonte primária dessa pulsão – o Homem – tem sido entronizado no centro do agir político desde que a soberania não coube mais em fontes metafisicamente identificadas.

O grande truque da filosofia política Moderna foi, pode-se afirmar, introduzir a crença no *fundamentalismo democrático*⁷⁹, constituído, desde o nascimento do Estado de Direito, como argumento para (i) manipular a fonte primária do poder político e suas pulsões ordenadoras, o que foi alcançado pelo uso da simbolicamente sedutora utopia da soberania popular, ínsita ao vocábulo interpretado tendenciosamente; (ii) uma vez inoculada a idéia de soberania popular a ser exercida por meio do dogma da *representação política*, desestimular a adoção de qualquer outra forma ou regime de tratamento do poder político; (iii) dissimular a manifestação constante de uma *soberania real*, postada acima do povo qual um manipulador

⁷⁹ A expressão é de Gabriel García Márquez, criativo escritor colombiano, autor de livros como “O Amor nos tempos do Cólera” e “Cem anos de Solidão”, conforme informação de CANFORA, Luciano : “Um dos legados mais repulsivos da propaganda difundida no tempo da guerra fria é o ‘fundamentalismo democrático’. A expressão, não muito feliz, é de García Marquez. Indica o uso arrogante da palavra (‘democracia’), que, em sua conotação atual, inclui e abrange o contrário daquilo que expressa etimologicamente, e, ao mesmo tempo, a intolerância com relação a qualquer outra forma de organização política que não seja o parlamentarismo, a compra e venda do voto, o ‘mercado’ político.” (2007, p. 23). A difusão da idéia, segundo nossa opinião, não é nociva e precede em muito a Guerra Fria. Trata-se de parte da *ideologia jurídica* construída na Modernidade da tradição jurídica ocidental, foi exacerbada nos tempos de “risco democrático” e, lamentavelmente, tem sido instrumento de retórica dos mais doentios governos dos mais diversos países.

de cordéis e (iv) solidificar instituições e métodos capazes de, até mesmo pelo caminho democrático, manter a prevalência dessa *soberania real*.

O truque retórico-semântico surtiria o efeito pretendido por seus artífices: um parlamento constituído em lâmina cognoscente preparada para reduzir e regulamentar as pulsões ordenadoras e um grupo de representantes eleitos de modo absolutamente restritivo; o que poderia quando muito ser nominado *governo representativo* (BARZUN, 2002 p. 831), transformou-se, num truque político-lingüístico, na incensada democracia.

E assim, as pulsões ordenadoras saíam da lâmina cognoscente um tanto desidratadas, o que justifica a utilização de *obliquidade do Direito*, pois o efeito axiológico-reducente é sempre percebido já no labor ideológico-parlamentar. Mas esse efeito, como se viu, prossegue: a pulsão ordenadora se debate com a pulsão reguladora (no parlamento) e segue, quando é o caso, para a segunda lâmina cognoscente, o Poder Judiciário, onde o labor ideológico-judicial tratará de completar a desidratação da pulsão original.

Por esse caminho, os artífices da ideologia jurídica da tradição jurídica Moderna instituíram, com inegável *savoir-faire*, aquilo que Max Weber nominaria *dominação legal*, “o domínio em virtude da legalidade, em virtude da fé na validade do estatuto legal e da ‘competência funcional’, baseada em *regras* racionalmente criadas.” (2002, p. 56). Esse império da lei conformaria o *agir* do Estado legalista, cujas estruturas se preparavam para tratar, de modos os mais diversos, as pulsões ordenadoras da fonte primária do poder, alienando-a do *fazer* político voltado para seus interesses.

Nesse processo se realiza a *fenomenologia do descenso de legitimidade*, ou o seu contrário, a depender das ideologias componentes da referidas lâminas cognoscentes. A História, contudo tem exibido com sobejidão circunstâncias fáticas que demonstram a recorrência da fenomenologia do descenso, ao ponto mesmo de expor a risco a funcionalidade do sistema ficto-político inteligentemente concebido para viabilizar a vida em sociedade.

6.4.2 Geografia Econômica, Geometria Jurídica

As pulsões ordenadoras são convertidas em enunciados normativos a partir da moldura ideológica determinada por seu tempo. Ou seja, a governança civil adquire o formato que as

lâminas axiológicas dominantes no corpo da fonte primária permitem. Dê-se razão, portanto, a Tigar e Levy quando observam que “formas jurídicas peculiares não são condições ‘naturais’ ou ‘básicas’ da existência humana.” (1978, p. 269). São, antes, determinadas por ideologias estruturantes das formas jurídicas.

Com essas reflexões deseja-se sublinhar a relação de determinação que as ideologias estabelecem com o Direito. Sabe-se da potente dicotomia entre influências materialistas e influências espiritualistas na formação da tradição jurídica ocidental que permitiu a instituição do Estado de Direito; de tão potente, até objeto de debate político-filosófico ela se tornou. Essa dicotomia, aliás, em que se reconheça sua força, parece carecer de precisão ontológica, pois o Homem se realiza por influências espiritualistas e também materialistas, umas colocadas a serviço das outras, na retórica ou na prática.

Entretanto, a grande influência notada no desenvolvimento da ideologia jurídica aqui tratada tem um viés materialista e está ancorada em questões econômicas, que passaram a ser consideradas – no âmbito do Estado de Direito – como fundamentais ao ponto de se desenvolver um sistema racional e normativo para disciplinar o modo de produção (capitalista) que lhe caracterizaria, fundando-se num racionalismo puramente materialista e econômico, em oposição à política, lugar mais filosófico do que a economia e normalmente desenvolvida a partir de opções entre valores e crenças, essas permeadas por elementos muitas vezes espiritualistas.

O campo jurídico seria alcançado pelos reflexos desse confronto – materialista/espiritualista, economia/política – de modo a conformar seus estatutos de acordo com certas pulsões ordenadoras exclusivistas e promotoras de particulares interesses econômicos, permitindo que as mesmas fossem convertidas num Direito especialmente concebido para viabilizar o *progresso* apresentado pelo Estado como um *Éden* a ser almejado e prometido por aquela comunidade mercantil juridicamente organizada que vinha protagonizando, desde o século XII, movimentos transformadores dos paradigmas sacionormativos como meio de criar ambiência favorável aos seus projetos.

Esse *progresso*⁸⁰ dependeria, como logo se percebeu, não apenas de um sistema jurídico dotado de princípios e normas assecuratórios de Direitos constitutivos daquela ambiência, tais como o primado da legalidade e o direito de propriedade – assim como da *força* do Estado para impor o resultado de suas pulsões reguladoras –, mas também de lugares geográficos compatíveis com as resultantes positivas daquele prometido progresso.

Assim se daria, portanto, o processo por meio do qual – desde antes do nascimento do Estado de Direito – a *épura da geografia econômica* passou a determinar a *geometria jurídico-política*. A assertiva aponta para uma realidade na qual a facticidade economicamente constituída ou a constituir – ou seja, um fato ou uma hipótese econômica – demanda imperativamente a sua juridicização para ser viabilizada ou para assegurar a manutenção de sua prática com baixos. Ou seja, o risco econômico (veja-se a implicação, aqui, com a *economia de mercado*) haverá de ser quantificado, qualificado, ou até elidido, a partir da constituição de um marco jurídico capaz de regular, reduzir ou extinguir as pulsões ordenadoras que lhe são hostis e de promover as que lhe são favoráveis.

A partir desse raciocínio, que vincula interesses econômicos à necessidade de influência política em espectros geográficos mais amplos e estes à necessidade de constituir condição jurídica para a promoção desses interesses e também para a sustentação dessa influência, é possível perceber o antagonismo estabelecido entre o **vórtice jurídico** e o **vórtice econômico**, pulsões que parecem caracterizar a dinâmica do Direito produzido pelo Poder político, especialmente pelos Estados Modernos, a partir de uma orientação econômica, algo que não pode ser negado ao menos desde a organização do primeiro Estado de Direito.

Realmente, enquanto a pulsão que se realiza pelo vórtice econômico apresenta uma **dinâmica centrífuga**, de ampliação de seu alcance, aquela que se traduz no vórtice jurídico (embora advindo de mesma fonte) apresenta **dinâmica centrípeta**, dirigida à concentração das fontes de produção normativa, embora universalizante da ideologia jurídica.

⁸⁰ Ainda que o escopo deste trabalho não permita incursões maiores no tema, é digno de registro o livro de Gilberto Dupas, “O Mito do Progresso” no qual os temas *progresso, desenvolvimento e produção de riquezas* são tratados de modo isento e absolutamente crítico, e de onde se extrai: “O progresso, assim como hoje é caracterizado nos discursos hegemônicos de parte dominante das elites, não é muito mais que um mito renovado por uma aparato ideológico interessado em nos convencer que a história tem um destino certo – e glorioso – que dependeria mais da omissão embevecida das multidões do que sua vigorosa ação e da crítica de seus intelectuais.” (2006, p. 290).

Explique-se tal representação: a dinâmica do vórtice da economia busca a expansividade porque o pressuposto da *performance* econômica satisfatória – ao ponto de se revelar atraente ao investidor – ainda é o *território*, o espaço geograficamente determinado donde se extraem matéria-prima e mão-de-obra (escrava, não faz muito tempo, e pauperizada, hodiernamente), onde se encontra o mercado destinatário da produção e onde, de todo modo, se vai despejar o conhecimento desenvolvido noutras praças ou mesmo o resultado desse conhecimento convertido em *mercadorias*, ou produtos, ou serviços. O movimento do vórtice jurídico, ao contrário, tende à introversão e à concentração porque é necessário, aos detentores da *soberania real*, disparar suas pulsões ordenadoras rumo ao controle do *território*, a fonte de riquezas. Sabe-se, há séculos, que não há nada pior para interesses econômicos empresariais – para a economia de mercado – do que a pluralidade, seja de ideologias, de ordenamentos jurídicos, e de culturas. A economia de mercado tende à monocracia; seus próceres – visando à melhor *performance* – são monômanos.

Este modelo explicativo leva o pensamento a alguns cenários históricos, que vão desde as guerras da Antiguidade; passam pelos confrontos medievais entre as cidades-estado européias (de formação republicana) e o império; atravessam as guerras territoriais na conformação dos Estados-nação; passam pelo *mercantilismo* e chegam à contemporaneidade, quando o fenômeno chamado *globalização* parece confirmar essa dupla configuração *geográfico-econômica* e *geométrico-jurídica*.

A historicidade do Estado Moderno é ilustrativa desse conflito sugerido pela *geografia econômica* relacionada à *geometria jurídica*. Naturalmente evitando o reducionismo em que pode cair esse argumento, pois a Humanidade tem, sempre teve, horizontes mais amplos que os econômicos, deve-se notar que essa historicidade é marcada por aquele *antagonismo dos vórtices* ou *antagonismos das pulsões que originam os vórtices*, perceptível no confronto das ideologias nascentes, que fundavam os alicerces do Estado Moderno, com as múltiplas instituições medievais.

Essas novas ideologias preparavam terreno para a institucionalização (concentração, no caso) do Poder político na entidade estatal, constituindo zonas de conflitos (lugares de conflito: filosóficos, ideológicos físicos) para derrubar Igreja, Impérios, Nobreza e, ao fim, as Cidades-Estado. O processo chega a termo, numa primeira fase, com a concentração do Poder político

no Estado de Direito, adotado por todas as nações ocidentais. Justamente nessa fase se ganhou tônus o processo que concentrou no Estado os mecanismos de regulação e redução das pulsões ordenadoras – nesse caso, com prevalência do Estado, mas com a coadjuvação de outros atores sociais – e reconheceu, também ao Estado, o *monopólio* do uso da força para coagir a observância das pulsões reguladoras.

A pulsão deflagradora do vórtice econômico tem sido determinante, tanto da constituição da natureza do relacionamento mantido entre as diferentes *nações*, quanto dos ordenamentos jurídicos que conformarão esse relacionamento. O uso do *plural*, no caso de ordenamento, se deve ao fato que dois ordenamentos são determinados pelos efeitos desse vórtice: o ordenamento supranacional (internacional, regional-comunitário etc.) e o ordenamento interno dos países economicamente frágeis e politicamente *flexíveis*.

De outro ponto de vista, perceber-se-á que os interesses econômicos de países hegemônicos são exportados – para implementação noutros lugares geográficos – juntamente com pulsões reguladoras (das pulsões ordenadoras) que serão implementadas naqueles lugares, com o objetivo mesmo de preparar a superfície socioeconômica para a realização dos projetos de *colonização* do tipo contemporâneo. Vê-se, assim, como a geografia econômica determina, de fato, a geometria (ou arquitetura) jurídica.

Extraí-se dessa leitura a atuação protagonista do que se nominou alhures de *soberania real*. Partindo desse conceito, que se sobrepõe aos conceitos de soberania popular e soberania nacional inseridos na retórica democrática, pode-se reconhecer as forças dos vórtices centrífugo-econômico e centrípeto-normativo agindo, *v.g.*, na transformação histórica de componentes do conceito de soberania nacional com o objetivo de modular o campo jurídico universal sobre o qual atuam interesses geopolíticos e econômicos.

Esses movimentos aparentemente contraditórios são, em verdade, como se tentou demonstrar, historicamente complementares. Essa complementaridade pôde ser identificada, *e.g.*, na súbita defesa da reformulação do conceito de soberania pelos militares brasileiros e argentinos, sob inspiração dos Estados Unidos nos anos 1960. Pela nova doutrina, a soberania nacional não mais se basearia nos limites e fronteiras geográficas dos Estados e sim no caráter político e ideológico dos regimes (BANDEIRA, 2007, p. 16). O dístico retórico dessa geopolítica de

Direito internacional – que servia, como serve ainda, para o exercício do *Droit d’Ingerence*⁸¹, dependente político e epistemológico da tese da soberania limitada – era, naturalmente, a nobre causa da defesa das fronteiras ideológicas determinadas pela *opção democrática* dos regimes a serem defendidos.

Entretanto, a *causa traditionis* dessa transferência e proteção dos nobres valores da democracia estava ancorada em interesses econômicos. Afinal, conforme o demonstra a História, depois da cavalaria, vem a economia. Evidentemente, visando à constituição de uma *legitimidade mínima*, a retórica do poder deve hipostasiar o valor secundário e escamotear o valor que primeiramente lhe impulsiona. Assim se deu ao longo do agir político dos Estados Modernos, conforme lembra Moniz Bandeira referindo-se a I. Wallerstein: “[...] os interventores, quando questionados, sempre recorrem a uma justificativa moral: a lei natural e o cristianismo no século XVI, a missão civilizadora no século XIX e os direitos humanos e a democracia no fim do século XX e início do ‘século XI.’” (2007, p. 20).

A expansão econômica implica, naturalmente, também numa expansão do Direito, mas num sentido de valores a serem *universalizados*. Na questão relacionada ao exercício do poder, especialmente no que se relaciona ao tratamento das pulsões ordenadoras e no exercício das pulsões reguladoras e corretoras, o movimento é, indubitavelmente, centrípeto. Nessas vias, (i) as pulsões econômicas operam com vigor, ampliando seus horizontes geopolíticos, (ii) as pulsões reguladoras encapsulam as pulsões ordenadoras e se concentram em formas e instituições simpáticas ao vórtice econômico e (iii) a causa mediata (exploração econômica) da dupla dinamicidade é escamoteada, e causas nobres substituem o que, sob a ótica demofílica, seria considerado *causa turpis*. Contemporaneamente, a democracia ainda tem o seu lugar nessa argumentação perseguidora de legitimidade, mas ao seu lado estão os *direitos humanos*, que já têm sido vistos como potencialmente úteis ao verbo supostamente legitimador da ideologia jurídico-política.

⁸¹ Expressão gaulesa traduzível como *direito à ingerência*, significa o reconhecimento de que os estados estrangeiros “não só têm o direito como também o dever moral e político de intervir em determinados países ou regiões onde supostos valores universais – democracia, direitos humanos, *free market* e outros – estejam sendo desrespeitados”. *Le Droit d’Ingerence* também é o título de uma revista de ciências políticas publicada na França fundada por um grupo de intelectuais. Jean-François Revel foi quem primeiro invocou o *devoir d’ingerence*, em 1979, na revista *L’Express*, referindo-se às ditaduras centro-africanas de Jean-Bédél Bokassa e Idi Amin. A teorização desse direito-dever, contudo, teria se dado a partir dos anos 1980, atribuindo-se sua formulação ao filósofo Bernard-Henri Lévy, a propósito da situação política e econômica no Camboja. Pelos relatos, a gênese nobre da ideologia que orienta o *droit d’ingerence* estaria na percepção que determinadas organizações não-governamentais desenvolveram da necessidade de promover os *direitos humanos* sem a preocupação com os limites das fronteiras nacionais. Cfe. WALLERSTEIN, 2007, p. 15, 48)

6.4.3 Instrumentos teórico-subjetivos: Razão, Indivíduo, Liberdade, Direitos

Outro fator determinante da ideologia jurídica que configurou o Estado de Direito do qual se trata foi um conjunto de valores, refletidos no pensamento social e político de uma Era, que foram se sedimentando ao longo dos séculos de fluxos e contrafluxos que desembocaram na tradição jurídica ocidental. Essa tábua de valores erodiu os epistemas e filosofemas medievais, fundou as sociedades Modernas e se prolongam no tempo, cobrindo nossos dias com a névoa do egoísmo que vem sendo tratada com inegável pessimismo pelos estudiosos de nosso *Zeitgeist*.

De tempos em tempos, a marcha da História, quase incompreensível enquanto se desenvolve (mas considerada tão *explicável* quando se lança olhares para o passado, ao ponto de comportar leituras e releituras), propicia suficiente acúmulo de conhecimento capaz de permitir perspectivas intelectuais inconformistas e transformadoras, revelando a mutabilidade dinâmica do saber que sustenta as sociedades. Esse é um processo infinito: do próprio *húmus civilizacional*, sedimentado ao longo daquela marcha, surgem os componentes que vão torná-lo obsoleto em face das novas demandas.

Do acumulado cognitivo-existencial, parte substancial é extraída para fins de preservação e de otimização, parte é literalmente descartada, dada a sua imprestabilidade em face dos novos paradigmas, que são “aquilo que os membros de uma comunidade partilham” (KUHN, 2001, p. 219). O advento de um novo paradigma transforma em doxa os principais pressupostos epistemológicos da fenomenologia do existir partilhados pela comunidade.

A expressão *paradigma* ganhou locus especial na filosofia das ciências a partir das reflexões de Thomas Kuhn, que era Físico, quando o vocábulo superou seu *status* etimológico de *exemplo que serve como modelo* e recebeu dimensão explicativa das realizações científicas que se baseiam na novidade, fronteiricidade e inovação da teoria nascente e que são estimuladas pela possibilidade de, essa teoria emergente, vir a ser completada e ampliada pelo labor intelectual dos novos adeptos da teoria⁸².

⁸² Esse conceito emerge da explicação de Kuhn quando afirma que vai se referir como *paradigma* às realizações que partilhem de duas características essenciais: “A Física de Aristóteles, o *Almagesto* de Ptolomeu, os *Principia* e a *Optica* de Newton, a *Eletricidade* de Franklin, a *Química* de Lavoisier e a *Geologia* de Lyell –

O conceito kuhniano de paradigma, contido n' *A estrutura das revoluções científicas*, é dotado de uma radicalidade – pois referido a *revoluções* no campo científico – que não admite linearidade histórica⁸³ que leve às mudanças *por acumulação*, ao contrário: “[...] revoluções científicas são aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior.” (KUHN, 2001, p. 125).

Essa radicalidade autorizou Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 476) a considerar que, sob determinado aspecto, a noção de paradigma de Thomas Kuhn

[...] possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica **mediante rupturas**, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo.

A interpretação de Menelick nos obriga a reafirmar a noção de *húmus civilizacional* que, em termos de Politologia e Direito, representam uma *acumulação* de reflexões, aporias e insatisfações sistêmicas que, amalgamadas, se constituem na condição *sine qua non* da gênese transformadora, ao tempo em que a *comunidade científica que compartilha o paradigma* nascente (insurgente) se debruça sobre os limites do paradigma em vigor, cuja percepção recrudescer à medida em que aumenta, nessa comunidade, o sentimento de que “as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar.” (KUHN, 2001, p. 126). Nesse ponto de inflexão, surge, realmente, a exigência de um novo paradigma, que se revela como uma nova *matriz de racionalidade*, na expressão de Ernildo Stein (2003, p. 271). É essa matriz e seus novos *significados* e *significantes*, que se convertem em instrumento transformador da relação do Homem com o universo, permitindo objetificar de modo diferente o seu entorno.

esses e muitos outros trabalhos serviram, por algum tempo, para definir implicitamente os problemas e métodos legítimos de um campo de pesquisa para as gerações posteriores de praticantes da ciência. Puderam fazer isso porque **partilhavam de duas características essenciais**. Suas realizações foram suficientemente sem precedentes para atrair um grupo duradouro de partidários, afastando-os de outras formas de atividades científicas dissimilares. Simultaneamente, suas realizações eram suficientemente abertas para deixar toda espécie de problemas para serem resolvidos pelo grupo redefinido de praticantes da ciência.” (2001, p. 30).

⁸³ “Aquele que leva a sério o fato histórico deve suspeitar de que a ciência não tende ao ideal sugerido pela imagem que temos de seu caráter cumulativo. Talvez ela seja uma outra espécie de empreendimento.” (2001, p. 130)

O próprio Kuhn quem sublinha o paralelismo entre *revolução política* e *revolução científica*, para afirmar que “tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução.” (KUHN, 2001, p.126). É certo que essa percepção da necessidade de mudança depende do sentimento de inaptidão do paradigma; e a ruptura deste vai depender da constituição ou não daquela *condição sine qua non* acima referida. Noutras palavras, em se tratando de *revolução política*, com seu simbiótico reflexo jurídico, um fio de derivação (direta ou indireta) pode ser percebido, exatamente naquela *hipótese de substituição parcial* de um paradigma por outro.

Decerto esse raciocínio se prestaria a sustentar o entendimento, esposado por Skinner, de que o pensamento social e político que desabrochou e cresceu em Florença – nos inícios do século XV – pode resultar de suas importantes tradições intelectuais cronologicamente distantes: a dos *dictatores*⁸⁴ *medievais*, séculos XIII e XIV, e a dos humanistas petrarquianos⁸⁵ de fins do século XIV (1996, p. 123).

Havia, portanto, nos séculos referidos, uma tradição sendo cultuada (ora ombreando altivamente com os dogmas religiosos, ora simplesmente tentando conciliá-la com a Igreja) e preparando a *revolução científica e intelectual* que terminaria por superar o paradigma dualista – continente da concepção do mundo ao mesmo tempo *cosmológica* e *orgânica* – em menos de quatro séculos. (NAY, 2007, p. 211).

É daquele *húmus civilizacional* sedimentado pela tradição, que eclodirão os paradigmas revolucionários dos séculos XV a XVIII, cujas resultantes receberiam o nome de *Modernidade*, fruto mediato das inquietações da *Renascença* e imediato do *Iluminismo*;

⁸⁴ *Dictatores* eram os instrutores da *Ars Dictaminis*, a Retórica, que, junto com os *filósofos escolásticos*, nos Duzentos, disseminavam nas universidades das Repúblicas européias o pensamento crítico-político que conduziria o pensamento pré-renascentista a desenvolver e *sedimentar* certos conceitos, a exemplo do de *liberdade* relacionado com a manutenção da paz, que seria fundamental no constructo fundador da Modernidade. (SKINNER, 1996, p. 49). *Escolástica* designa uma pedagogia e um método demonstrativo que substitui a “mera reprodução de textos por um novo instrumento de demonstração: a lógica formal.” (NAY, 2007, p. 103). À *Escolástica*, tão criticada em toda a Modernidade, deve muito a tradição jurídica ocidental.

⁸⁵ Sobre o *humanismo pré-renascentista*: “Esse método de estudar a *Ars Dictaminis* por meio dos *auctores* clássicos logo se consolidou como uma nova ortodoxia. [...] Numerosos estudantes que tinham começado a aprender a *Ars Dictaminis* como nada mais que uma parte de sua formação mais ampla para a carreira de advogado, começaram a se sentir mais e mais interessados nos poetas, oradores e historiadores clássicos, que lhes eram propostos como modelos de bom estilo retórico. [...] Os esforços assim envidados por esses advogados do começo do século XIV, estudando os clássicos por seu valor literário e não mais por sua mera utilidade, fazem com que **seja correto considerá-los os primeiros verdadeiros humanistas** – os primeiros autores entre os quais ‘a luz começou a brilhar’.” (SKINNER, p. 58, 59).

exibindo marcas indeléveis das filosofias medievais acima citadas, numa sucessão encadeada de eventos intelectuais que tornaria “falso considerar o período com uma ‘ruptura histórica’ tão repentina quanto inesperada.” (NAY, p. 213). Da efervescência *renascentista* ao brilho *iluminista*, o Homem se *moderniza* a partir de outra *trindade*, dessa vez incrustada no seu Ser, já que orbitando sobre uma nova acepção de subjetividade, onde se solidificaram os conceitos de *indivíduo*, *razão* e *liberdade*, assim vista como uma tríade conceitual que conduziria ao quarto elemento a ser considerado, o conceito de *direito*.

A partir dessa *trindade* subjetiva, sustentada por uma percepção *massificada*, as pulsões ordenadoras passariam a constituir novas formas relação com o transcendente e com imanente, submetendo a natureza, as teologias e o próprio Homem a novos paradigmas, com reflexos em todas as áreas de comportamento e constituindo a base para, *v.g.*, o surgimento da *tradição jurídica ocidental* com a ideologia que lhe é peculiar.

A partir dos efeitos dessa tríade filosófica na relação que o Homem estabeleceria com seu meio, e considerando que esses valores surgiram naquela *sedimentação* atrás referida, conclui-se que a “condição subjetiva também está submetida à historicidade” (DUFOR, 2005, p. 24) e também que a condição subjetiva determina a realidade objetiva, numa circularidade infinita produtora de uma incessante substituição – total ou parcial, conforme a reflexão de Kuhn – de paradigmas.

A história das idéias inegavelmente permitiu ao Homem transitar da *physis* ao *logos* e deste ao *nomos*, sucessão evolutiva reveladora (i) de notável fecundidade teórica suscitada pela natureza das pulsões humanas, em especial as pulsões ordenadoras e, em especial, (ii) daquele dirigida para a adoção, pelo Homem, de um papel protagonista no sua trajetória existencial, dominando sua antiga divindade, a Natureza, e submetendo a Teologia à racionalidade subjetiva com o escopo de lhe assegurar a liberdade.

O revérbero da Teologia cristã medieval, reconheça-se, esmaeceu a presença do Homem como sujeito universal. Mas também “seria falso pensar que a idéia de indivíduo estava ausente do pensamento medieval” (NAY, 2007, p. 211), pois em vários momentos daquele período o Homem estava lá, apresentado como sujeito relevante do universo teocêntrico. *Exempli gratia*, na disputa intelectual que veio a ser conhecida como *a querela dos*

universais.⁸⁶ Essa disputa é ilustrativa do debate que vinha marcando a transição do mundo pré-Moderno para o Moderno, pois se relacionou com aquela *trindade: razão, individualidade e liberdade*, determinantes do conteúdo da ideologia jurídica que se firmaria.

Do teocentrismo ao antropocentrismo foi trajetória possibilitada, como se sabe, pela crescente onda de *humanismo* renascida entre os teólogos cristãos, que lucubraram – com sinais da Antiguidade, em especial da *filosofia dos estóicos*⁸⁷ e sua quase-conformista ambição de autonomia – a idéia renovada de *indivíduo*. As filosofias renascentistas, que construiriam as pontes para o Iluminismo, deram ao Homem um novo lugar filosófico, com grandes reflexos no mundo prático. Conforme anota Olivier Nay (2007, p. 211):

Mas é só a partir da Renascença que se dá a virada intelectual principal, que dá nascimento à concepção moderna de indivíduo; as filosofias novas abandonam a imagem antiga de um universo concebido como uma totalidade indivisível e colocam o princípio de que **só pode haver sentido e verdade partindo do homem**. (Grifos nossos)

Se ao Homem se reconhece *subjetividade* ao ponto de reconhecer com dependente de sua condição de *sujeito* as noções de *sentido* e de *verdade*, impõe-se o conseqüente lógico de aceitar sua *autonomia* em face da *Criação* e das leis divinas que a regem, na Natureza e também da própria sociedade – que deixaria de ser conformada por imposições supostamente teofânicas a partir do reconhecimento dessa autonomia.

Esse ousado *olhar para si*, que leva o Homem ao reconhecimento de sua subjetividade e também de si próprio como *indivíduo*, já é uma operação cognitiva *racionalizante*, de modo

⁸⁶ Por quase três séculos, essa contenda bipartiu os meios escolásticos entre *nominalistas* e *realistas*. Objeto da disputa era a fundamental compreensão dos *universais* (os grandes conceitos gerais utilizados para descrever o mundo: homem, animal, árvore etc.). *Realistas*, adotando o idealismo platônico, consideravam que os *universais* eram a única “realidade efetiva”, pois procediam da matéria. E, daí, afirmavam a impossibilidade de haver distinção entre as coisas singulares (os próprios *universais*) e as noções que permitem descrevê-las. *Nominalistas*, percebendo a redutibilidade do Homem nessa teoria, defendiam que os *universais* não eram a *realidade efetiva*, mas apenas conceitos abstratos, simples produtos do pensamento humano, incapazes de apreender a realidade das “coisas sensíveis”. Os *universais* teriam, pois, um caráter relativo, pois sua interpretação pode variar “segundo o uso que se faz deles.” (Cfe. NAY, 2007, p. 103).

⁸⁷ Os *estóicos* iniciaram a síntese que, séculos à frente, destronaria Deus do centro cognitivo-explicativo do universo ao conferir ao Homem *status* de, se não ainda de *autor*, ao menos de “protagonista do drama cósmico”: “Se, por um lado, as aptidões e deveres do homem grego remetiam à sua condição de membro da ordem social, da pólis, por outro estava preparado o terreno para o surgimento de uma nova entidade social – a do homem enquanto homem.[...] A filosofia associada à última escola grega, a dos estóicos, forneceu algum material para a construção da ponte. Como outros movimentos pós-aristotélicos, voltava-se para a produção da auto-suficiência e do bem-estar individual. Os estóicos procuravam a felicidade através da sabedoria para determinar o que podia ser controlado pelo poder humano e aceitar com dignidade o que estava além do controle do homem.” (MORRISON, 2006, p. 60).

que “desse interesse nascente pelo ser humano surge a idéia de razão, segundo traço do pensamento moderno” (NAY, 2007, p. 211).

Seria mesmo uma questão de *tempo e oportunidade* a abertura das portas da percepção para a possibilidade de ampliação daquela consciência humana (poder-se-ia dizer *razão* ou *logos*) – tão útil às reflexões e afazeres religiosos e tão poderosa na construção do complexo arcabouço teórico da Igreja e da *política* medieval –, fazendo-a alcançar a totalidade do Homem-aí no seu mundo, momento em que aquela consciência se converte em *razão* e promovendo o resgate da espiral racional-cognitiva iniciada séculos antes e obstada por razões menores que as circunstâncias políticas da Idade Média privilegiaram.

Renovação da espiral é o pensamento que surge por causa da idéia de *acumulação* de experiências que se conecta ao pensamento dos estóicos ou mesmo àquela narrativa de Plutarco sobre a demonstração de Arquimedes que ilustra como a *razão humana, praticamente* considerada, poderia promover o desenvolvimento da técnica e, em decorrência, alterar as relações políticas⁸⁸, antecipando um padrão de conduta típico da Modernidade.

Essas duas ferramentas – (i) autoreconhecimento da condição de *sujeito* e portanto de individualidade, e também da capacidade intelectual a ser exercitada pelas variáveis formas da *razão* – impeliriam o Homem rumo à *liberdade*, o terceiro elemento da tríade referida. Razão e individualidade eram os termos complementares da equação que resolveria um problema relevante da história do Homem, o da sua *liberdade* em face do universo: com efeito, dotado de tanta capacidade, como continuar atuando como coadjuvante no drama de cuja criação tomou parte?

Olivier Nay pode contribuir, outra vez, com a reflexão quando trata do Homem como um ser autônomo (2007, p. 212):

“[...] capaz não só de forjar suas próprias convicções, mas também de determinar o que é bom para sua existência. Muito logicamente, parece cada vez menos legítimo que ele se dobre incondicionalmente ao báculo da Igreja ou à espada do príncipe.

⁸⁸ Segundo o registro de Wayne Morrison, em *A vida de Marcelo*, Plutarco de Queronéia relata como Arquimedes, por meio da invenção da roldana, muda a percepção e a realidade do que pode ser feito com os objetos físicos da natureza, bem como altera as relações políticas quando oferece ao rei Híeron – seu parente e amigo – um mecanismo capaz de tornar o homem fisicamente mais forte. Ao acrescentar a *alavanca do poder da tecnologia* ao jogo político, a *razão prática* tornaria o Rei, um indivíduo, mais forte do que uma multidão. “As conseqüências dessa mudança na relação entre o intelecto humano e a natureza viriam a mostrar-se dramáticas – **temos aí o precursor do desenvolvimento da modernidade.**” (MORRISON, 2006, p. 66) Grifos nossos.

Assim se forja a idéia de liberdade, que se impõe primeiro no domínio da fé (a liberdade de consciência), depois se prolonga no domínio social pela liberdade de pensamento, pela liberdade de não inquietado fisicamente (a segurança) e pela liberdade de manter bens (a livre propriedade).

Essa pulsão libertária do Homem – derivada do autoreconhecimento de si como indivíduo dotado de razão e, portanto, autônomo em face de uma estrutura de poder que o oprimia – seria reveladora de uma outra consciência racional: a de que ele, Indivíduo, era capaz de criar o seu universo e, neste, conferir-se Direitos. E assim nascia a *ideologia jurídica* aqui referida, profundamente sulcada pela noção de *direitos*, mas igualmente caracterizada por uma completa ausência – no imaginário massificado pela ideologia em questão – do conceito de *deveres*, circunstância reveladora dos vínculos com o individualismo e que seria determinante da modelagem ético-filosófica que seria imposta ao mundo ocidental.

Ao sair da tutela divina, que lhe impunha deveres em abundância, e ingressar numa era de suposta autotela, o Homem passaria a viver a sua *era de Direitos* sem qualquer reflexão sobre o fato de que, para manter o *Lebenswelt* em relativo equilíbrio, deveria enxergar-se também numa *era de deveres*. Quando se trata de Direitos Humanos, decerto uma das grandes causas de resistência, especialmente nas sociedades fundados na ideologia liberal-liberista, está no fato de que esses Direitos, dado o seu grau de reflexão antropológica, axiológica e teleológica, suscitam a noção de *dever* – subjetivo e objetivo, individual e coletivo – para com o Outro. Desacostumado que está a pensar em *deveres*, o Homem chega à beira do ódio quando se vê compelido a tão-só considerar-se em frente a outro Homem, a quem *deve* algo. Em sua crença egocêntrica, inspirada pelas tríade acima referida, o Homem desenvolveu aversão pela idéia-par dos Direitos.

7 A OBLIQUIDADE DO DIREITO

7.1 FENOMENOLOGIA DO DESCENSO DE LEGITIMIDADE

O trabalho ora em desenvolvimento deseja tratar do sentimento de legitimidade e democraticidade⁸⁹ do Direito, atributos do ordenamento jurídico cujo reconhecimento – na proposta aqui contida – será dado como aceitável se, e somente se, tiverem sido produzidos no

⁸⁹ O vocábulo não deixa de ser um neologismo, uma vez que não está dicionarizado. Aqui, será aplicado para referir *os procedimentos políticos que estejam conformes as práticas democráticas*; para designar *a qualidade do que é democrático*. Claro, portanto, que o vocábulo, na acepção que se lhe quer dar, deve ser associado ao aprofundamento cognitivo do próprio vocábulo do qual deriva, *democracia*, pois haverá *democraticidade* unicamente no ato ou fato político (e o Direito, aqui, é considerado como tal) resultante de procedimentos que tenham ultrapassado a *democracia formal* e incorporado instrumentos políticos que os tornem menos *obliquos* em relação à *vontade-de-ordem* veiculada nas *pulsões ordenadoras*.

interior do sistema político de uma forma que, superada a *democracia formal*, a pulsão ordenadora, veículo da vontade-de-ordem, se veja reconhecida após enfrentar as pulsões reguladoras e corretoras e suas lâminas cognoscentes.

O avançar das reflexões incorporou questões sociopolíticas relacionadas à gênese do Estado e à ideologia jurídica que conformaram a tradição jurídica ocidental porque, conforme se depreende da historicidade do Direito, a produção jurídico-normativa tem sido marcada pela prevalência de interesses exclusivistas que colonizam o Estado e seus componentes políticos, sociológicos e físicos, lócus daquela produção por meio do fenômeno das *pulsões*. Do mesmo modo, o trabalho ousou incorporar argumentos analíticos da Física e da Psicanálise, conjugadamente, para extrair dessa historicidade, pretensamente com uma adequada instrumentalidade demonstrativa, o que se nomina aqui *fenomenologia do descenso de legitimidade*, realidade inegável e marcante dos Estados (ainda) Modernos em sua contemporaneidade que vem erodindo os fundamentos do *kratein* (domínio) e aumentando o risco de extravio das rotas libertárias fixadas nos setecentos como o ideal social, e ainda perseguidas.

Wayne Morrison, em sua obra *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*, formula intrigante pergunta: “O Estado moderno se baseia numa forma específica de dominação, mas quando e por que os homens obedecem, e em que justificativas internas e meios externos se fundamenta tal dominação?” (2006, p. 329). A essa indagação poderiam se somar outras, como estas: há legitimidade na dominação? Poderia haver uma dominação legítima, ou toda ela é arbitrária?

Considerar essas questões é atravessar o conceito de *legitimidade*, que tem recebido tratamento teórico-político – hipostasiando seu sujeito e escamoteando o seu objeto – a partir do paradigma (*matriz de racionalidade*) jurídico-racional, modelador da tradição jurídica ocidental da qual se falou.

Antes, porém, do advento da *matriz de racionalidade* definidora da Modernidade, pode-se relembrar que a adesão que o Estado-Igreja exigia de seus *fiéis* estava estreitamente ligada à crença, desses fiéis, de que o *verbo* discursado pela Igreja tinha origem na autoridade divina. E daí advinha a *legitimidade* do estatuto normativo oriundo das autoridades eclesiásticas, representantes que se diziam da autoridade maior. Essa mesma razão legitimadora vinculada à

idéia autoridade representativa é que nos exige adesão às normas produzidas no interior das instituições estatais: o Poder constituído, nas ditas *democracias*, opera em nome de um *soberano*; portanto, sua retórica *somente* pode ser entendida como *legítima* representação da vontade daquele, o que complementa o suposto *círculo legitimador*. É sobre essa adesão que se funda a suposta *legitimidade* do Estado, e para assegurar a sua existência (da adesão), o aparato estatal jamais deixou de exhibir outro traço que lhe marca a existência, a coerção.

Vê-se, assim, que, mesmo sendo componente do Poder político e atributo indispensável à sua permanência, a coerção não pode ser o único sustentáculo deste. E é essa percepção que revela o conteúdo além-jurídico da *legitimidade*, deixando *claro* que a idéia de *legitimidade* se posiciona muito além da idéia de *legalidade* somente quando é considerada sob o ponto de vista do *povo*, pois desta última ela se aproxima quando analisada unicamente a partir da ótica do Poder.

Quando Bobbio, Matteucci e Pasquino desenvolveram o verbete (1993, B, p. 675) *legitimidade*, optaram, por razões didáticas, em aplicar a *racionalidade* lingüístico-formal e seccionar o conceito em dois significados, um *genérico* e outro *específico*; extraíveis da linguagem por eles nominada de *comum*. No primeiro, o termo teria o sentido de justiça ou de racionalidade (“Fala-se na Legitimidade de uma decisão, de uma atitude, etc.”). O segundo sentido estaria na linguagem política, sobre o qual se debruçam os autores, que assim definem o verbete:

[...] Podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.

A definição vincula o conceito de *legitimidade* aos de *consenso*, *obediência*, *adesão* e *coerção* e contém o espírito da Modernidade: ausente a adesão por causa da inexistência de consenso, a obediência será imposta pela força. Fiel àquele espírito, em sua vertente *formal-positivista*, qualquer noção axiológica foi convenientemente olvidada. Nesse sentido, o conceito acima nos leva às formulações *sociológicas* de Max Weber.

Envolto nas brumas positivistas geradas pela nova *matriz de racionalidade* que emoldurava seu *Zeitgeist*, Weber analisou o tema da legitimidade a partir de uma *dupla subjetividade* –

dominadora, no caso do titular do exercício do Poder, e *submissa*, no caso do destinatário dos atos de poder – para apresentar sua tipologia das formas de dominação (*Herrschaft*) por ele qualificadas de *legítimas*: tradicional, carismática e legal (2002, p. 56, 57) e que se sucediam na dinâmica sociopolítica, não raro uma emprestando sua legitimidade à outra.

As categorias que Weber extrai da observação da dinâmica política são explicadas no mesmo diapasão epistemológico dos autores do verbete atrás referido, ou seja, privilegiando o posicionamento político do titular formal do Poder, os titulares institucionais do Poder no Estado ou o chefe político. O destinatário do agir político desses agentes do Poder, ou seja: o povo, não aparece como elemento balizador dessas reflexões acerca da *legitimidade*; e justamente porque na construção Moderna dela, *legitimidade*, ele, o povo, não tinha lugar.

A dominação vigente no Estado Moderno, ao ver de Weber, seria legítima se submetida (alienada) ao *verbo* da autoridade jurídico-racional, refletindo, mais uma vez, um componente fundamental da ideologia jurídica Moderna, o princípio da legalidade, conforme se vê (2002, p. 56):

Finalmente, há o domínio em virtude da “legalidade”, em virtude da fé na validade do estatuto legal e da “competência” funcional, baseada em regras racionalmente criadas. Nesse caso, espera-se obediência no cumprimento das obrigações estatutárias. É o domínio exercido pelo moderno “servidor do Estado” e por todos os portadores do poder que, sob esse aspecto, a ele se assemelham.

A análise weberiana reconhecia que a legitimidade do poder político, na história das instituições sociais, se dera a partir de fatores transcendentais que se incorporaram à tradição das sociedades, tais como os mitos, as religiões e o *carisma*. Em seu tempo, porém, os pressupostos da *legitimidade* eram outros, derivados da visão Moderna da sociedade e promissores de ordem, segurança e progresso, o que *somente* poderia ser assegurado pela efetividade daquela autoridade jurídico-racional.⁹⁰

A legitimidade jurídico-racional identificada por Weber se identifica com aquela objeto da definição de Bobbio, Matteucci e Pasquino na medida em que apontam para uma resignação fática diante do ordenamento jurídico racionalmente produzido. E aqui se instala uma questão

⁹⁰ Reinhold Zippelius é preciso ao comentar o mecanismo de dominação na Modernidade: “Motivos racionais para a aceitação de um poder de Estado residem na compreensão de que uma ordem de domínio é indispensável para poder satisfazer a necessidade elementar de ordem, segurança jurídica e paz social.” (1997, p. 71).

de ordem ética e ontológica em relação à institucionalização do Poder na estrutura do Estado (ainda) Moderno e à sua própria justificação.

Sendo o Estado democrático, a teoria ficto-política afirma que a produção normativa ocorre com a participação da fonte primeira do Poder e também destinatário último daquela produção, o *povo*. A legitimação *legal* (jurídico-racional), nos termos acima, apontaria, então, para um consenso *moral* fruto do reconhecimento de que a opinião da maioria foi devidamente respeitada naquela trajetória a que foi submetida a pulsão ordenadora.

Há dois problemas nessa conjectura: (i) *resignação fática* não implica em consenso moral e (ii) *opinião majoritária*, no modelo democrático-representativo da tradição ocidental, não significa que a maioria do povo expressou, *racionalmente* ou não, sua opinião sobre determinado tema. Neste caso, o princípio democrático efetivamente está submetido aos fenômenos da cogno-refração e aos efeitos axiológico-transformadores, que alijam o povo do processo produtivo-normativo pela concentração ínsita ao método representativo, cujo reiterado resultado é a desidratação das pulsões ordenadoras demófilas; daí não se poder falar, a sério, de opinião da maioria. No outro, a resignação fática e tácita expressada pelo povo não representa, necessariamente consenso moral, pois – para se crer nessa hipótese – seria necessário aceitar que esse mesmo povo considere *legítima* a implementação de políticas (sempre sustentadas na *norma* produzida pelo princípio erroneamente denominado *democrático*) cujos resultados materiais, em qualquer “democracia”, causam perplexidade e instigam a pergunta formulada, outra vez, por Morrison: “O que pode justificar a violenta desigualdade que é tão óbvia na modernidade?” (2006, p. 333).

A questão da legitimidade na nascente sociedade Moderna continua presente na sociedade contemporânea, ainda Moderna e orientada pelo mesmo paradigma racional-jurídico e suscitando as mesmas indagações. Há um agravante, porém, no inegável incremento da complexidade das teias de relacionamento, tecidas na ampliação dos efeitos da razão tecnológica, na abrangência social dos paradigmas e no movimento aparentemente antagônico dos vórtices econômico e jurídico-político.

Nesse contexto de alta complexidade, o fetiche do princípio democrático continua explicando insatisfatoriamente a *dominação legal*, pois essa se perde tanto na redução axiológica implementada pela produção normativa, quanto na projeção sociopolítica de sua própria

justificação jurídico-racional, a lei. A circularidade do pensamento em busca das respostas conduz-nos à dimensão ética da legitimação e dos fenômenos que a erodem.

7.1.1 Além da legitimidade jurídico-racional

Ingressar na análise da legitimidade ética da existência do Poder político não significa que, posta em xeque a dominação pela via jurídico-racional, vai-se encontrar um caminho para uma legitimação orientada por valores reconhecidos em face, *v.g.*, da dignidade humana e, assim, para a elisão da cogno-refração e seus efeitos redutivos da carga axiológica das pulsões ordenadoras.

E ainda que esse caminho da legitimidade ética seja encontrado, é de se reconhecer que o desafio está em inserir na justificação jurídico-racional elementos éticos na realização dos processos de produção jurídico-normativa. É que, conforme reconhece a doutrina, “embora o Direito moderno não seja a única resposta para essas indagações, é inegável a função que ele [...] exerce nos processos de integração social”. Realmente, a função jurídica na estrutura sociopolítica destinada a tratar as pulsões ordenadoras tem assegurado sua operacionalidade nas sociedades complexas, que dela não podem mais prescindir, uma vez que a *forma jurídica moderna* tornou o Direito um referencial normativo-padrão operacional para a sociedade. (CATTONI, 2006, p. 38).

Foi percebendo, entretanto, esse imperativo funcional-legitimador do qual depende a estabilidade da ordem jurídica que Bobbio, Matteucci e Pasquino incluíram, no seu verbete *Legitimidade*, atrás referido, o *aspecto de valor da legitimidade*, para reconhecer que “não parece justo caracterizar como legítimo, nem um Estado democrático, nem um Estado tirânico, pelo simples fato de que em ambos se manifesta a aceitação do sistema”, admitindo que o *consenso* em relação do Estado não é livre, mas ao menos parcialmente forçado e manipulado (1993, B, 678).

À evidência o caráter *injusto* da concepção de legitimidade reconhecido pela tríade de autores e também por Weber. É que essa concepção de legitimidade jurídico-racional (dominação legal) implica na aceitação de um procedimento intelectual contraditório identificado no reconhecimento aético de um *consenso por coerção*, fruto daquela manipulação e, portanto, exibidor da intenção alienante e do seu perfil ideológico.

Após essa inclusão, os autores italianos conferem ao verbete uma nova dimensão, formulando definição que “permita superar as limitações e incongruências da que foi proposta” (1993, B, p. 679)⁹¹. A correção promovida pela tríade faz justiça ao caráter promissor da idéia de legitimidade, uma vez teoricamente urdida entre as tramas da trindade ficto-política: soberania, democracia e tripartição de poderes.

Contudo, da ficção não poderia vir realidade: a legitimação jurídico-racional, assim como aquela *trindade* do fazer político, tem negado suas promessas, o que foi percebido por Bobbio e seus colegas, que registraram a frustração que a legitimidade jurídica causa na sociedade⁹², inclusive como decorrência de sua obtenção mediante a *manipulação, interferência do poder e mistificações ideológicas*, que são as causas primeiras do que aqui se denomina *descenso de legitimidade*.

Essas *causas primeiras* do fenômeno aqui tratado remetem à questão da *democraticidade* referida no parágrafo primeiro deste capítulo, pois a legitimidade se constrói, ou não, a depender do grau de *democraticidade* que se confere ao tratamento das pulsões ordenadoras. Sublinhe-se que a referência a *tratamento das pulsões ordenadoras* nos remete às instâncias legislativas (que exercitam pulsões reguladoras e redutoras) e às instâncias judiciais (que exercitam as pulsões corretoras). Em todas as instâncias, é inspirador de cuidados o déficit de legitimidade.

Essa deslegitimação galopante está, nas palavras de Paul Ricouer, no “domínio do imaginário democrático, nesse lugar íntimo da consciência do cidadão em que reconhecida a *autoridade* da instituição política.” (1996, p. 9). Daí porque devamos nos voltar para questão da *democraticidade* dos processos de produção normativa. O desencanto popular com a

⁹¹ A redefinição do conceito foi assim apresentada pelos autores: “[...] Trata-se fundamentalmente de integrar na definição o aspecto de valor, elemento constitutivo do fenômeno. Podemos, pois, afirmar que a Legitimidade do Estado é uma situação nunca plenamente concretizada na história, a não ser como aspiração, e que um Estado será mais ou menos legítimo na medida em que torna real o valor de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes, isto é, na medida em que consegue se aproximar à idéia-limite da eliminação do poder e da ideologia nas relações sociais.” (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1993, B, p. 679).

⁹² O caráter promitente da Legitimidade como conceito político foi observado pelos autores referidos: “Em cada manifestação histórica da Legitimidade vislumbra-se a promessa, até agora sempre incompleta na sua manifestação, de uma sociedade justa, onde o consenso, que dela é a essência, possa se manifestar livremente, sem a interferência do poder ou da manipulação e sem mistificações ideológicas.” (1993, B, p. 678)

democracia – sentença que deveria conter contradição lógica – instalou-se na Modernidade, original e tardia, justamente por causa da frustração do princípio democrático.

A Modernidade fez opções. Dentre elas, está, como se viu, o compromisso com o saber racional, inclusive como forma de constituir métodos de controle sobre Homem e Natureza. Preso à matriz de racionalidade extremada em que se converteu o seu conhecimento, o Homem fez derivar a racionalidade jurídica, locus político privilegiado a partir do princípio da legalidade. Com isso, articulando-se ideologicamente por meio daquela tríade ficto-política, construiu sua gaiola jurídico-dogmática; e o fez tomando as cautelas de promover, em nome da racionalidade e da segurança jurídicas, a *esterilização* valorativa dos procedimentos democráticos. Tratou-se de uma construção eminentemente racional voltada para a construção da arquitetura política, sendo o Direito o mero depositário das desidratadas pulsões ordenadoras, ou, como se disse: o Direito se tornou política encapsulada em enunciados normativos, enunciados que não ressoam aquelas pulsões.

Em razão da *baixa condutividade* dos procedimentos que tentam materializar o *princípio democrático*, alcançados que são pelos processos deslegitimadores das pulsões ordenadoras demófilas, aqueles enunciados normativos somente podem receber adesão de natureza jurídico-racional (com o apoio da *espada de Dâmocles*), o que tem se revelado insuficiente em tempos de alta complexidade. O déficit de legitimidade, então, surge com vigor e reclamando atenção e tratamento, que jamais poderá ser implementado pela via jurídica, cuja própria transformação depende da introdução de novas diretrizes para o processo democrático.

Por essas vias, o Direito Moderno se converteu num instrumento (técnica) de dominação. A tecnologia político-racional aplicada, o Direito Moderno absorveu o *pensamento democrático*. Esse pensamento, afirma que a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora ‘vontade unida e coincidente de todos’ os cidadãos livres e iguais (HABERMAS, 2003, p. 53). Ou seja, a *legitimidade* pela via jurídico-racional dependerá, sempre, de esforços para *reanimar o pacto democrático*, na expressão de A. Garapon (1996, p. 199).

Ocorre, contudo, que o modelo jurídico-racional desenvolvido pela democracia Moderna jamais privilegiou a legitimidade, e muito menos, em tempos recentes, o seu resgate de que

fala Habermas. Ao contrário, a estrutura jurídico-dogmática concebida na Modernidade é a guardiã da estrutura ficto-política, pré-concebida, ao que demonstra sua história, para sonegar o artificializado conflito ínsito ao Estado Moderno, entre Direito e Justiça.

A legitimidade do Direito, pois, está intimamente ligada à idéia de Justiça do Direito: há uma *crença ancestral* – tanto quanto a primeira pulsão ordenadora – de que o Poder tem de ser Justo. Se seu (do Poder) instrumento (o Direito) não se faz acompanhar por Justiça na sua projeção sobre a sociedade (sua fonte primária) e o soberano, só uma sociedade absolutamente idiotizada outorgará, a esse instrumento, certificado de legitimação. Em sociedades sãs, ainda que acometidas de hiper-complexidade, a adesão não se fará, ainda que o seu inverso (revolução) não seja perseguido.

É nesse sentido que se colhe na boa doutrina o aforismo: não existe justiça do Direito sem poder legítimo, nem poder legítimo sem justiça do Direito (PECES-BARBA, FERNÁNDEZ, ASÍS, 2000, p. 319). Contudo, o Estado Moderno excluiu o ideal de Justiça tanto do Direito, quanto de seu veículo-construtor, o sistema ficto-político. Com isso, potencializou o descenso de sua própria legitimidade.

7.2 ACENTUANDO A OBLIQUIDADE

Sobre a concepção de *legitimidade* seria edificada a estrutura dogmático-dicotômica do Direito ocidental, o que representaria a tentativa de conferir ao ordenamento jurídico pré-estatal e estatal a justificativa para a sua desenvolta ação integrativa nas sociedades européias e pan-européias. Sob a retórica de uma *democraticidade* prometida semanticamente nos enunciados político-normativos do Estado Moderno, uma específica ideologia jurídica se formaria.

O Estado Moderno nasce sob os protestos dos *excluídos* da mesa do Poder. O movimento ao qual se assiste na Europa nos momentos cruciais da conformação do Estado de Direito é, portanto, um movimento de correção da *obliquidade* jurídico-social então percebida. Percebida por quem? Por detentores de um poder de determinado tipo que não vinha

recebendo seu quinhão de Poder político supostamente merecido. Para viabilizar a realização de determinados projetos de classe (refere-se, especificamente ao caso francês, onde a burguesia se via manietada pela governança restritiva e autoritária da nobreza), era indispensável *socializar* necessidade de correção da excessiva obliquidade do ordenamento jurídico dos setecentos.

A mencionada tríade subjetivamente promotora da ideologia jurídica (razão, indivíduo, liberdade), já amplamente disseminada naquela fração do mundo pré-moderno que desenvolvera condições linguístico-intelectuais para manejá-la íntima e socialmente, foi a indutora da socialização daquela outra *trindade ficto-política* (soberania, democracia, poder tripartite), que induzia a qualidades sociopolíticas como *legitimidade, democraticidade, liberdade em face do outro e outro Potente etc.*

Realizada a histórica *correção* de modo localizado, em todas as nações européias entrou em ação um vórtice político de dinâmica centrípeta ancorado naquela ideologia jurídica atrás explanada; todas as comunidades juridicamente organizadas captaram os eflúvios da nova governança e seus pressupostos filosóficos. Não tardaria, o modelo se sofisticaria, pois as *razões* iluministas se converteram numa infundável espiral *heurística*.

Nessa dinâmica *heurística*, os teóricos do Poder institucionalizado (o Estado), submetido a uma *soberania real*, mas retoricamente hipostasiando o *povo* como soberano, percebem riscos na hipótese de que novas pulsões ordenadoras (exigentes de uma nova *correção*) repitam a trajetória que provocara, tempos antes, uma notável correção. Dessa percepção vai, então, derivar uma visão instrumental dos paradigmas que orientavam a governança política a partir da, então confusa, produção jurídico-normativa.

Por essa visão, o fundamento filosófico do Direito nascente – o jusnaturalismo – seria submetida a um novo molde, concebido especificamente para (i) captar as pulsões ordenadoras, (ii) manter a obliquidade nos níveis convenientes e (iii) elidir, pela norma e pela força, os reconhecidos riscos de novas correções dessa obliquidade. Por essa via, o jusnaturalismo é capturado pelo juspositivismo que, nos trilhos da teoria do Estado Moderno, esquecendo-se do anacronismo, passaria a ser o único Direito do Estado.

Esse acontecimento terminou por inaugurar uma era do Direito e da Política na qual, ainda hoje, *mutatis mutandis*, se podem identificar seus traços, definidos por uma dicotomia dogmática: Direito Natural e Direito Positivo. A teoria política do Estado Moderno, orientada por essa díade e também balizada pelos conflitos teóricos dos partidários de ambas, desenvolveria seus ritos de produção normativa.

No processo de conversão das pulsões ordenadoras em pulsões reguladoras e corretoras (usando a semântica da época: conversão do Direito Natural em Direito Positivo, do Homem), a obliquidade – na entrada e na saída – haveria de ser fenômeno intrínseco. Sabia-se, desde sempre, que a *taxa de equidade* de um ordenamento estava diretamente relacionada aos seus níveis de *obliquidade*. A geometria jurídica da produção normativa (geometria jurídico-política, portanto) haveria de ser concebida, dado que o regime era apresentado com democrático, para permitir que as pulsões ordenadoras demófilas emanadas da sociedade agissem sistêmica e institucionalmente de modo a promover as correções que a realidade socioeconômica estava a demandar.

Ocorreu, contudo, que o caráter libertário do Direito, e mesmo sua dimensão utópica, se perdeu pelo *caminho* e pelo método racional-formal que seria o vetor da síntese do processo de dessublimação do jusnaturalismo e da sublimação do juspositivismo. A governança social e política extraível seria insuficiente para elevar o Direito a uma relação instrumental com a Justiça, circunstância que prepararia a superfície da História para um espetáculo de horror em meio à parcial promoção da *ordem e progresso*.

A insuficiência dogmático-dicotômica do sistema jurídico inaugurado com o Estado Moderno, em quaisquer de suas versões, tem preservado – e, em alguns casos, acentuado – aquela obliquidade, negando-se a desenvolver normas e processos voltados à necessária correção. O *Leviatã*, tão poderoso e tão promissor, foi acorrentado pelo formalismo decorrente do abraço fatal trocado entre jusnaturalismo e juspositivismo. Deve-se reconhecer, contudo, que as opções filosóficas de ambas as doutrinas determinavam suas limitações, conforme faz Kaufmann ao reconhecer as duas matrizes do Direito Moderno eram tributárias da filosofia sistemática do racionalismo, “que tem por fim erigir um sistema fechado de conhecimentos certos e exatos.” (2007, p. 48).

Arthur Kauffman afirma que “tanto as doutrinas clássicas do direito natural como o positivismo jurídico clássico falharam.” (2007, p. 46)⁹³. Mas reconhece nessa relação antitética a presença de uma ontologia subjacente (natureza do homem/vontade do legislador) relacionada com a questão da legitimidade.

O tema, de tão relevante para uma hermenêutica da fenomenologia do descenso de legitimidade, assim como para uma melhor compreensão da aventura implícita na *busca da legitimidade*, merecerá um olhar não desinteressado. Aos poucos, vai surgindo o *sentimento* de que *obliquidade*, no sentido aqui considerado, não é atributo apenas do Direito produzido pelo Homem.

7.2.1 Insuficiência dogmático-dicotômica

A idéia de uma *lei natural* com caráter de *ordenação* decerto nasce com a consciência do Homem de sua condição aí-no-mundo, em meio à Natureza. Consciência que vai desencadear pulsões ordenadoras e também despertar a questão da legitimidade, no sentido de perscrutar sobre a *autoridade* dessa lei. Quando a consciência humana descobre Deus, ela pensar ter encontrado também a fonte sagrada daquela lei.

Os registros milenares demonstram essa relação entre uma autoridade superior, um mediador e os destinatários de uma norma. Dessa categoria são, por exemplo, os escritos hebraicos que trouxeram ao povo homônimo o ordenamento *divino* capaz de, se obedecido, elidir os comportamentos desagregadores da vida em comunidade. E dessa díade cognitiva – lei natural e seu correspondente escrito – nasceu uma tradição que ainda hoje se impõe como reflexão no ambiente produtivo jurídico de todos os povos culturalmente desenvolvidos.

Em determinadas sociedades antigas pode-se identificar essa dualidade. *Verbi gratia*, filosofando, os habitantes do que hoje conhecemos como Grécia, apresentaram ao mundo

⁹³ Arthur Kaufman complementa assim o seu pensamento: “O direito natural, com o seu sistema rígido de normas pôde funcionar em sociedades com estruturas muito simples, mas não é suficiente nas hipercomplexas sociedades modernas com um sistema econômico altamente sensível. O positivismo jurídico, por seu lado, produziu com efeito grandes obras legislativas do início do século XIX, porque o legislador de então ainda se conduzia por uma forte consciência moral, pressuposto este que, porém, já não se verificou nas ditaduras do nosso tempo; as ‘leis ignominiosas’ deixaram de ser meros exemplos acadêmicos e tornaram-se realidade. O conceito de lei puramente formal fracassara.” (KAUFMANN, 2007, p. 46).

“seu reconhecimento de um par conceitual maior – *Physis* e *Nomos*, Natureza e Convenção.” (BILLIER, MARYIOLI, 2005, p. 6). Desse princípio, o Homem colheria a dualidade que se perenizou na prescrição de normas destinadas a fixar condutas omissivas ou comissivas entre os seus pares: a *lei humana* deveria mirar-se na *lei natural*. O conteúdo de cada uma delas seria determinado pela – com o perdão do anacronismo – ideologia de cada era.

Historiadores noticiam que se deve a Cícero – autor de *De Republica* e *De Legibus* – a primeira elaboração de uma distinção explícita entre as leis humanas (leis positivas) e a norma suprema (lei natural).⁹⁴ A distinção conceitual atribuída ao advogado romano orientaria a retórica jurídico-política quando do início da formação da tradição jurídica ocidental, modelando mesmo a sua ideologia por meio da filosofia aristotélica e da teologia cristã.

Após o decurso entre os séculos V e X – período em que a Europa não conhece nenhum sistema de direito que se pudesse considerar universal (NAY, 2007, p. 112) –, na passagem do século XI para o XII surge o primeiro sistema jurídico ocidental, o Direito Canônico, inaugurando uma era em que prevaleceriam a teorias do Direito Natural⁹⁵, durante a qual, segundo Berman (2006, p. 23), se acreditava:

[...] que o Direito humano derivava em última análise, e deveria ser testado em última instância, pela razão e pela consciência. De acordo com a Filosofia do Direito, e com o Direito positivo mesmo da época, qualquer norma, seja costumeira, seja derivada da lei, **não teria validade como Direito e poderia ser ignorada se não fosse conforme ao Direito Natural.**

Ao informar que a cláusula *due process of Law* é uma expressão jurídica inglesa que significa Direito Natural, Berman suscita um pensamento que, em seguida, é por ele mesmo formulado: “É muito fácil mostrar que o Estado, ou os poderes que o governam, ou a classe dominante, beneficiam-se da cláusula do devido processo e ‘desejam-na’.” (2006, p. 24). Essa reflexão do

⁹⁴ “[...] Cícero é o primeiro a formular explicitamente uma distinção entre, por um lado, as leis positivas, produções humanas imperfeitas, contingentes e mutáveis e, por outro lado, a norma suprema, universal, permanente e incontestável, expressão da natureza divina.” (NAY, 2007, p. 65,66)

⁹⁵ Harold Berman põe curiosa analogia: “Poder-se-ia comparar essa tese [do Direito Natural] com a do Direito norte-americano, segundo a qual toda lei positiva deve conformar-se às exigências constitucionais do ‘devido processo legal’ (*due process*), ‘igual proteção’ (*equal protection*), ‘liberdade’ (*freedom*), ‘privacidade’ (*privacy*), e assim por diante, ou ter sua validade negada. ‘Devido processo legal’ (*due process of law*) é, na verdade, uma expressão jurídica inglesa que significa Direito Natural. **Assim a tese do Direito Natural está inscrita no Direito positivo norte-americano.** Isso não impede, contudo, que se dê uma explicação positivista dessa cláusula.” (BERMAN, 2006, p. 23) Grifos nossos.

historiador inglês tem, em sua precisão, uma eloquência que desperta reflexões inoportáveis neste trabalho.

A partir do século XII, quando se dá o *renascimento* do pensamento jurídico (NAY, 2007, p. 114), o Direito se torna uma arena na qual Imperador, reis e Papas disputam poder e legitimação. Em jogo, o poder político e a possibilidade editar leis e impor obediência. E já ali, no longínquo século XII, a *lex humana* passa a receber reforço em face da *lex naturalis* (*jus naturale*), derivada suposta da *lex divina*, e os *juristas* seculares desenvolvem conceito e forma de que se chamaria *jus positivum*.

Essa querela sobre poder e legitimidade não sucumbe por ocasião da era da *racionalidade* e da *luzes*. Ao contrário, *razão* e *liberdade* são atributos que, polidos pelos séculos de conflito, refinam os argumentos, refazem as dúvidas e exigem respostas das quais dependiam os rumos do mundo ocidental. Uma delas, dizia diretamente da possibilidade o Homem criar livremente o Direito ou se há limites transcendentais a serem observados, ou seja: se o *Direito Positivo* está ou não limitado pelo *Direito Natural*. A questão, como se vê, funda-se numa díade antitética.

A idéia fundadora das teorias jusnaturalísticas diz da existência de um Direito que precede o Direito positivo (no sentido de *posto pelo Homem*) e o submete em razão de sua suposta superioridade. Essa *superioridade* seria derivada de uma instância distinta daquela de onde se origina o Direito Positivo (as *falíveis* instituições humanas). Sendo originadas, segundo diferentes doutrinas, (i) da vontade das divindades que a revelam aos destinatários, (ii) de uma *lei natural em sentido estrito*, co-natural e conectada aos demais seres da natureza por meio instintos e (iii) uma lei superior ditada pela razão, própria do homem que a encontra por si e dentro de si. Essa tripla observação é encontrada no *Dicionário* de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1993, A, p. 656).

As teorias jusnaturalísticas travaram grandes embates com aquilo que, nos fins do século XVIII, se passaria a conceituar como *positivismo jurídico* (BOBBIO, 2006, p. 21), e sugerem a tentativa de criação, por seus sucessivos teóricos e renovadores, de uma espécie de *controle de naturalidade*, pois punham como superiores normas *logicamente anteriores* e *eticamente superiores* às normas positivadas pelo Estado e determinantes do conteúdo e da conduta do próprio ente estatal, da sociedade e dos indivíduos. Essas, caso em desconformidade com

aquelas, poderiam ser desconsideradas. Esse se tornaria o molde do *constitucionalismo* Moderno.

É justamente essa característica do conceito de Direito Natural que se deseja sublinhar, eis que constitutiva de sua real interface como juspositivismo que, na síntese dialética, moldaria o Direito Moderno: chegada a Modernidade, o jusnaturalismo adquire definitivamente caráter de *direito subjetivo natural* – de direitos inatos, abrindo caminho para a estruturação teórica, pelos pensadores setecentistas e oitocentistas, do individualismo e do liberalismo, que têm em seu núcleo filosófico a determinação de impor limites ao Poder exatamente a partir da imperatividade de respeito, pela autoridade política, àqueles *direitos inatos*.

Derivaria desse molde interpretativo, consolidado entre os Modernos, a **lucubração que se tornaria revolucionária**, a saber, a articulação teórica entre os seguintes conceitos: (i) jusnaturalismo como direitos inatos, extraíveis da condição humana em face de Deus, da Natureza, do próximo e do Estado; (ii) essa mesma condição humana analisada a partir da ficção denominada *estado de natureza* – conceito que remete à anomia e muito explorado por T. Hobbes; (iii) o instrumento de transposição desse estado ao *estado civil*, que receberia o nome de *contrato social*, elemento fundador do centro do Poder e (iv) a tradição constitucionalista de inspiração romano-católica – vinda do conciliarismo atrás referido –, das cidades-estado e das práticas políticas inglesas.

Sobre essa épura teórica se ergueriam as estruturas políticas Modernas. A sua força normativa – toda derivada dos ideais jusnaturalísticos – era tamanha que aos olhos de muitos seria ingênuo dela não fazer uso ideológico para fins de consolidação de determinados *valores*, preservados e ainda custosa e timidamente promovidos, mas de algum modo inviabilizados no *estado de natureza*. Os teóricos mais afinados com essa síntese da Modernidade passaram a ser, decerto não por mero acaso, os jusfilósofos alinhados politicamente com aquela comunidade histórica que se organizara em torno da necessidade de promoção de seus interesses econômicos, a *burguesia*.

Não só a *burguesia*, porém, reconheceu a oportunidade histórica contida no apelo utópico dos *direitos naturais*. Mesmo nos Estados em que a burguesia não desempenhava relevante papel, a *ideologia* do jusnaturalismo se apresentou como inolvidável instrumento para a promoção de outras ideologias; v.g., o que hoje se denomina Alemanha, à época ainda um império em

vias de unificação, cunhou o termo *Rechtsstaat*⁹⁶ para traduzir o lócus institucionalizado do Poder político assegurador dos *direitos naturais*. Em certos países, pois, diferentemente do que houve na França, foi o conceito de *Estado de Direito* que, surgido de fontes teóricas, determinou o pensamento político da burguesia e também da *vida constitucional* (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 24). Em outros, o fenômeno se deu no mesmo sentido, mas não exatamente por essa razão. Foi o caso, *e.g.*, do Brasil.

Conseqüência desse estado de excitação político-institucional com as possibilidades do jusnaturalismo foi a possibilidade de dar vazão ao impulso racionalista, sistematizador e controlador, que vincava o cenário iluminista, por meio da *positivação* daqueles *direitos subjetivos naturais*, efeito a ser obtido por meio das *codificações*, que seriam apresentadas como a “realização dos séculos” capaz de, em definitivo, elidir a anomia e fixar marcos regulatórios ao *estado de natureza* que resistia ao *contrato social*.

A proposta que surge é, sem deixar de ser simples, promissora: tendo se consolidado no Estado, ao menos em teoria naquele momento, o monopólio da produção jurídico-normativa e do uso da força para impor o *direito positivado* nesta produção, a “perfeição normativa” seria alcançada pela transposição dos *direitos naturais* (garantidores das liberdades do Homem) para o *direito positivo*. Tem origem, desse modo, a grande importância conferida às *codificações* que se tornaram fetiche jurídico-político europeu naquela passagem histórica (setecentos e oitocentos), promovendo, quanto à forma, um retorno aos romanos e sua habitual organização normativa.

A razão moderna reduzia, assim, os preceitos jusnaturalísticos ao texto oficial emanado do Estado, imputando à relação da norma (em sua produção e em sua materialização) com a sociedade uma *razão jurídica* determinante da conduta política dos cidadãos e do Estado. Nesse sentido também, houve um retorno aos romanos.⁹⁷

⁹⁶ Segundo Ernst Wolfgang Böckenförde, o termo *Rechtsstaats* (*Estado de Direito*) é uma *construção* lingüística e uma criação conceitual própria do espaço lingüístico tedesco e não tem correlatos exatos em outros idiomas. Diz também que o objeto que se deseja designar com esse conceito é uma concepção do pensamento alemão sobre a idéia de Estado. O autor anota o primeiro uso do termo: em 1813. (2000, p. 18). A observação deve ser complementada pela referência – ver capítulo 2, atrás – ao comentário de Hans Kelsen a respeito do aspecto tautológico desse vocábulo composto (KELSEN, 2006, p. 346).

⁹⁷ John Gilissen extrai do éditto de Paulus: “Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.”. Tradução do próprio historiador inglês do Direito: “No entanto, aquilo que foi recebido em sentido contrário à razão (sentido geral!) do direito, não é de estender às conseqüências. (2003, p. 98)

O Direito passou a ser, então, o *direito positivo*, aquele produzido pelo Homem, no Estado. E aqui se revelava o ponto alto da ideologia jurídica ocidental: o jusnaturalismo promoveria a seletividade das pulsões ordenadoras e o *direito positivo* seria o canal instituidor desse Direito, repudiando-se qualquer outro *direito* que não passasse por esse *controle de conformidade à “lei natural”*. Esse raciocínio nos leva até Berman, quando afirma que a cláusula *due process of law* do direito inglês – adotada pelos norte-americanos – era cláusula de *Direito Natural* e se prestava a instrumentalizar os interesses dos *donos do poder*. Era, em suma, um instrumento de aferição e repressão ideológica.

Ao se *positivar*, o jusnaturalismo – que era dualista⁹⁸, admitindo coexistência com o outro *direito inferior*, o positivo, produzido pelo Homem – aceita dividir o espaço regulatório estatal com as teorias racionalistas-redutoras do juspositivismo. A recíproca, porém, não se dá. O monismo positivista triunfaria retumbantemente sobre os ideais jusnaturalistas que, dada a força de sua dimensão utópica, tinham derrubado velhos dogmas que acorrentavam o mundo europeu. Com isso, o Direito convenientemente se empobreceria em termos axiológicos e sua *fonte secundária*, o Estado, seria colonizado *ideologicamente*, de modo a conter os impulsos transformadores das pulsões ordenadoras, ao seu modo uma matriz dos *direitos naturais*.

Essa *redução axiológica* a que foi submetido o jusnaturalismo como efeito de seu contubérnio teórico-permissivo com o juspositivismo pode receber duas explicações, genéricas, mas histórica e metodologicamente coerentes. *A primeira*: a burguesia histórica, que vinha fomentando a disseminação das idéias liberais, viu nessa conversão (da razão natural em razão lógico-formal) a oportunidade para constituir um sistema cognitivo-controlador – esse era o objetivo do pragmatismo racionalizante de parte significativa das teorias iluministas – capaz de *encapsular* na fórmula redutora jurídico-positiva (lei ou na constituição), os seus mais ardentes desejos de controle das pulsões ordenadoras, sendo que esses desejos representavam nada mais que *as suas* particulares pulsões ordenadoras. *A segunda*: os jusfilósofos sucumbiram à sedução do cartesianístico *positivismo filosófico* – ponto alto das

⁹⁸ Peces-Barba, Fernández e Asís, apoiados em Norberto Bobbio, referem que o jusnaturalismo é *dualista*, eis que admite a existência de dois sistemas jurídicos, não idênticos, posto que o Direito natural seria superior ao Direito positivo. Este, por seu turno, se estriba numa teoria *monista*, uma vez que reivindica a exclusividade do Direito positivo. (2000, p. 297).

ciências dos fenômenos sociopolíticos do século XIX – e, deslumbrados com a perfeição lógico-racional do modelo científico, acreditaram ser possível dar ao Direito o *status* de “ciência jurídica”. Por isso a teoria jurídica geral, diz-nos Helmut Coing (1993, p. 121), lançou-se às tentativas de sua adaptação à racionalidade derivada dos epistemas e filosofemas da *teoria científica positiva*. Por essa via, a nominada *teoria geral do Direito* adotaria o *purismo* metodológico, renunciaria a toda e qualquer doutrina metafísica e anatematizaria o elemento axiológico de suas orientações metodológicas e, portanto, de suas projeções sobre a sociedade. O efeito axiológico-reducente referido neste texto estava, desse modo, assegurado estruturalmente. O instrumento fora, enfim, otimizado.

No *iter* positivista escolhido pela pretensa Ciência do Direito, a *justiça* não era um destino. E, logicamente, nem poderia, pois a característica fundamental da *ciência*, conforme lembra Bobbio, consiste em sua *avaloratividade* (2006, p. 135). O juspositivismo conferiria ao *direito positivo* – assim entendido com a *lex humana* e a o *jus positivum*: o Direito escrito pelo homem – um caráter *asséptico* na medida em que inocula em sua metodologia os princípios do *positivismo filosófico*, cuja auto-limitação⁹⁹ epistemológica não-axiológica decretaria a anatematização do Direito como instrumento de realização da justiça.

As diferentes manifestações teóricas desse *espírito-do-Direito* seriam organizadas de modo mais ou menos distinto de acordo com o grau de permeabilidade ideológica das escolas e seus teóricos. O *realismo* jurídico formulou suas críticas *positivísticas* à doutrina da decisão valorativa e aos fundamentos metafísicos e moralistas do Direito. As doutrinas jurídicas formais também adotaram matrizes epistemológicas positivísticas. Destacaram-se nessa modalidade de juspositivismo autores como os ingleses Jeremy Bentham e John Austin (professor e aluno), e o tcheco Hans Kelsen. Vê-se que não se pode considerar unívoca a expressão *juspositivismo*, exatamente como a sua antítese histórica, o *jusnaturalismo*.

Após a sucumbência da *teoria jurídica geral* aos ditames do positivismo filosófico, fonte, sim, de uma peculiar ideologia que viria a conformar a ideologia jurídica já referida, a grande

⁹⁹ “Em sentido filosófico geral, entende-se por positivismo a doutrina segundo a qual o conhecimento científico somente pode ser adquirido em razão de observações de ‘fatos’ (portanto, em razão das percepções das idéias, especialmente da experiência) bem como no campo da matemática e da lógica. Todas as questões que não podem ser resolvidas sobre este fundamento, todas as doutrinas que não podem basear-se em resultados deste método, devem ser vistas como ‘metafísicas’ ou ‘ideológicas’ e rejeitadas; elas devem ser entendidas como mera opinião subjetiva e portanto cientificamente irrelevantes.” (COING, 2002, p. 89).

causa da *obliquidade* do Direito, que titula esse capítulo, se constituiu na negação do fato de que o Direito é – o trocadilho deve ser perdoado - naturalmente *oblíquo*, o que talvez jamais autorizasse sua qualificação como *ciência* nos termos do positivismo filosófico. A correção dessa obliquidade dependeria justamente da operação intelectual inversa: reconhecer a *humanidade* que envolve o Direito em sua trajetória – das pulsões ordenadoras às pulsões corretoras – e instituir procedimentos demófilos aptos a assegurar ao Homem, o protagonista do Universo, as condições existenciais insculpidas num Direito Natural, caso ele existisse. Essa correção seria alcançada pelo reconhecimento de que o Direito contém princípios – não transcendentais, não divinos, mas princípios decorrentes da própria *condição humana* – de suas pré-concepção, existência, validade e subsistência como instituição, o que abriria caminhos para o reconhecimento do parentesco *ontológico* entre Direito e Justiça¹⁰⁰.

O método científico adotado pela teoria geral do Direito viria a se declarar marcado por uma “pronunciada tendência anti-ideológica” (KELSEN, 2006, p. 118), expressão reveladora de uma porta à *traição* metodológica pela ideologia intrínseca ao argumento, ainda que não constituinte de sua *raison d'être*: ao negar seu caráter ideológico, estava a revelar sua própria ideologia – ainda que por razões nobilitantes e historicamente compreensíveis, conforme visto atrás – e, risco maior, abrir as portas para o verdadeiro *caminho da servidão*.

Os descaminhos da história da Humanidade não devem, contudo, ser atribuídos a uma real obliquidade ínsita ao Direito, nem a uma imprecisão dessa ferramenta da vida em sociedade. Kelsen, o artífice da *teoria pura do Direito*¹⁰¹ deixou para a posteridade uma obviedade *clássica* que deve inspirar os atores do Direito nestes tempos (ainda) Modernos: “O Direito é sempre positivo, e sua positividade repousa no fato de ter sido criado e anulado por atos de seres humanos [...]” O resto da sentença do pensador tcheco de Viena, por sua equívocidade, também deve nos inspirar: “[...] sendo, desse modo, independente da moralidade e de sistemas similares de normas.” (2000, p. 198).

¹⁰⁰ O Estado, já se disse, representou o *locus* da institucionalização do Poder. O Direito é verbo institucionalizado do Estado. E se se fala de instituições sociopolíticas, é imperativo registrar a síntese de John Rawls: “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.” (1997, p. 3).

¹⁰¹ *Teoria pura do Direito*, em alemão *Reine Rechtslehre*. Arthur Kauffman lembra que este ‘puro’ que compõe o termo não tem conteúdo e poderia, assim, aceitar qualquer conteúdo arbitrário. Após, é ferino: “Não se pode considerar injustificada a irônica denominação de *Rechtslehre* [Vazia de Direito] que *Hermann Klenner* deu à *Rechtslehre* [Teoria do Direito] de *Kelsen*.” (2007, p. 23).

Esses descaminhos históricos, porém, é que têm determinado a *psicologia* das opções teórico-doutrinárias das gerações.

7.3 MAL-ESTAR DO DIREITO

Uma interpretação aproximativa da fenomenologia acima referida, confirmadora e explicativa da crescente obliquidade do Direito, deve, sim, incluir considerações acerca da *gaiola jurídico-dogmática* erigida sobre as contendas pouco eficazes a que se assistiu no interior da dicotomia referida. Claro que o aparentemente *esquizofrênico* movimento realizado pelas forças colonizadoras do Poder político (reconhecimento retórico-formal da democracia/negação da efetividade democrática), fundamental na (i) manutenção e acentuação da *obliquidade* e (ii) dissimulação do déficit de legitimidade, características das sociedades organizadas sobre o modelo da ideologia jurídica atrás referida, não poderia sobreviver sem algumas estratégias racionalmente concebida e institucionalmente implementadas.

A fadiga teórico-existencial resultante da insuficiente governança social – e seus *efeitos colaterais* – exige tratamentos tanto mais complexos quanto maior for a complexidade das sociedades. Hipercomplexas, as sociedades tardiamente Modernas, como a nossa, apresentam todos os sinais daquela fadiga e, justamente por isso, exigem o refinamento dos modos de dissimulação desses sinais e, ao mesmo tempo, dependem – para sua estabilização relacional – de técnicas comunicacionais intersubjetivas e institucionais aptas a comprometer aquelas pulsões ordenadoras com sentimentos de *naturalização* dos mesmos.

Referida fadiga teórico-existencial e seus efeitos têm, há séculos, sido a origem de um *mal-estar* existencial cujos miasmas nos fazem reconhecer, epifanicamente, que há *algo de podre* na Modernidade. A retórica contemporânea, ao mesmo tempo *dissimuladora* e *naturalizadora*, se apresenta, então, como um auxiliar eficaz da *soberania real*, inclusive como forma de evitar que os titulares da soberania formal tenham de exercer um dos monopólios que a ideologia ficto-jurídica desenvolveu: a coerção.

Mal-estar é substantivo definido por Houaiss¹⁰² como *sensação desagradável de perturbação do organismo; indisposição que não chega a configurar doença; incômodo, indisposição*. Noutro sentido, diz-se que é *estado de inquietação, de aflição mal definida; ansiedade, insatisfação*. Na compreensão do senso-comum, há mal-estar quando algo não vai bem; quando há um sentimento de incompletude, de baixa realização e, também, de subexploração das potencialidades capaz de gerar sentimento de impotência, de incapacidade para gerir os próprios recursos e habilidades.

Na literatura há dois momentos de acertado uso da expressão para traduzir a sensação de “mal-estar existencial”. O primeiro desses usos se deu na obra de Sigmund Freud, cujo título definitivo em alemão é *Das Unbehagen in der Kultur*. O substantivo alemão *Unbehagen*, vertido para o português¹⁰³, nos leva a *mal-estar*. Partindo do original alemão e da versão inglesa da obra, nominada *Civilization and its Discontents*, o leitor em português conheceu a obra intitulada *O mal-estar na Civilização*. Segundo Zygmunt Bauman, seu autor, a obra veiculou reflexões de Freud sobre a *modernidade* e suas promessas, seus verdadeiros compromissos e suas conseqüências (BAUMAN, 1998, p.7). Bauman, assim como Freud, aproxima ontologicamente as expressões-fenômenos *Modernidade* e *Civilização*, chegando mesmo a afirmar que *civilização moderna* é uma expressão pleonástica, numa redundância originada da confusão cronológica e ontológica entre substantivo e adjetivo.

Essa confusão semântica é eloqüente e faz-nos refletir sobre a Modernidade como movimento fundador do que se conhece como *civilização ocidental*, com todo o seu aparato de ordem e controle dirigido pela idéia de progresso e calcado nos postulados da razão. A ideologia jurídica da tradição jurídica ocidental, atrás referida, se insere nesse contexto.

Freud referia-se à cultura e à civilização ocidental manipulando símbolos da Modernidade e demonstrando o desconforto existencial decorrente da preeminência dos valores por ela cinzelados nos dois séculos que antecederam sua obra. Em sua referida obra, escrita numa era em que o Estado Moderno já exibia sua *persona*¹⁰⁴ nefasta e *banalizadora do mal*, o pai da

¹⁰² *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2002.

¹⁰³ Langenscheidts Taschen-wörterbuch Portugiesisch. München: Langenscheidt KG, 1988.

¹⁰⁴ *Persona*, aqui, é utilizado em seu sentido etimológico, do latim, que remete, segundo Houaiss, a *máscara*, figura, papel representado por um ator. Mas é apropriada sua associação com a categoria analítica desenvolvida por Carl Gustav Jung para indicar a personalidade que o indivíduo apresenta como real e que é, na realidade, distinta da verdadeira.

psicanálise observa que a questão do propósito da vida humana já foi levantada várias vezes, para complementar que “nunca, porém, recebeu resposta satisfatória e talvez não a admita.” (1997, p. 23).

Do próprio Bauman partiu o segundo uso da expressão, o que se deu no trabalho denominado *O mal-estar da pós-modernidade*, já citado. Se Freud diagnosticou o *Zeitgeist* europeu no começo do século XX, identificando a substituição da primazia da sociedade pela valorização extremada do indivíduo, sensibilizando-se com os eflúvios emanados da sociedade de Homens da qual fazia parte e que se preparava para o exercício da barbárie, Bauman critica os extremos do individualismo enganoso e lança argutos olhares para o tempo presente, marcado por percepções do esgotamento e de insuficiência dos valores modernos, o que lhe valeu o epíteto adjetivo de *pós-modernidade*.

Na *Modernidade* diagnosticada por Freud, após o exaurimento de suas expectativas e o esvaziamento da esperança por ela insuflada, teria restado um *pós*, uma sensação de algo irrealizado, de incompletude; uma *modernidade incompleta*. Esses mal-estares têm se apresentado em escala global, confirmando as impressões desoladoras de Freud e as reflexões crítico-descrentes de Bauman, ora se esgueirando pelas frestas da cultura de massa, ora desorganizando as comportadas intenções de controle sóciopolítico institucionalizadas pelos aparelhos estatais. Sempre, porém, marcando com certo amargor o banquete providenciado pelos arautos da racionalidade luminosa que têm conformado a história da Humanidade. Como pano de fundo ordenador dessa trajetória, está a tradição jurídica ocidental e sua ideologia deslegitimadora e dependente da *obliquidade do Direito*.

O Direito, considerada sua conformação moderna desenvolvida ao longo do último século – consolidando os ideais dos séculos XVII a XIX –, quando seu caráter *positivístico* foi exacerbado na composição dogmática até do *constitucionalismo*, movimento essencialmente político que eclodiu anti-dogmático, não se manteve imune às causas do mal-estar, seja aquele diagnosticado por Freud ou seja aquele assistido pela sociedade que ingressou no século XXI. Sua ontologia, calcada em valores organizacionais e teológicos militares e eclesiásticos, lhe conferiu feições compatíveis com os apelos e compromissos da Modernidade, realçando seu viés conservador da “ordem” como promessa de “progresso”, *lato sensu*.

No contubérnio com as *razões* da filosofia positivista, o apego aos *dogmas*, tão caro ao rígido mundo eclesiástico, assim como o apego à *ordem*, fundamento também do universo militarista, incrustou-se na superfície do Direito Moderno de maneira tão envolvente que todos os espaços de multiplicação e também de materialização do saber jurídico, no Brasil inclusive, permaneceram esterilizados por um discurso dicotômico entre o mundo sóciopolítico conservador e repressor e o universo jurídico-dogmático, suposta e objetivamente asséptico e imparcial. A transposição da crença teológica em dogmas jurídicos se deu como fenômeno conseqüente da substituição das milícias nobiliárquicas, e também da Igreja, pelo Estado como ente ordenador das sociedades. O mimetismo político entre Igreja e Estado não fugiu à fina percepção de pensadores como Carl Schmitt e Harold Berman, como atrás destacado.

A compreensão dos fenômenos político revelada no pensamento citado desses autores é pressuposto da reflexão ora desenvolvida, na qual se considerará que, realmente, a teoria do Estado nascente do século XVIII absorveu conceitos teológicos, além de militares, e também que, sendo o Direito o elemento estruturante e regulador desse Estado, as estruturas axiológica, teológica e metodológica da teologia chegaram ao Direito por meio de uma *teologia política*. Confirmando as aspirações deificantes do racionalismo, mesmo com o advento dos filosofemas iluministas o Estado e seu Direito não perderiam essa característica.

Dois instrumentos teórico-institucionais da reprodução e naturalização da ideologia jurídica geradora desse mal-estar serão sucintamente analisado nas linhas à frente. A proposição se dirige à necessidade de demonstrar os efeitos obliquadores da ideologia jurídica, causa maior do déficit de legitimidade.

7.3.1 Ensino Jurídico: *teologia pedagógica* e potencialização da Obliquidade

Sabe-se que até o século XVIII as autoridades monárquicas e aristocráticas das sociedades européias atribuíam os processos de *reprodução do saber* às autoridades eclesiásticas. Igualmente, é do senso comum que o desmonte iluminista do século XVIII provocou a transferência dessa atribuição para o Estado. Sendo o Estado de Direito o resultado da construção político-teórica dos filósofos iluministas, muitos deles doutrinados a partir das metodologias neo-escolásticas, alguns afinados com a teologia de então, conseqüente lógico foi o surgimento de uma *teologia política*, organizadora das novas instituições a partir de

velhos modelos, inclusive o conciliarista que inspiraria o constitucionalismo (SKINNER, 1996, p.397), e também de uma *teologia pedagógica*, constituída pelo caráter permeável das instituições ditas laicas responsáveis pela ação pedagógica sob controle do Estado, que – sem tradição em processos pedagógicos, se viram induzidas a emprestar do clero seu *know-how* educacional, de perfil doutrinador, totalizante e autoritário. A práxis pedagógica do universo laico necessariamente incorporaria elementos axiológicos e metodológicos da teologia, elegendo como seu *télos* também o doutrinamento dos discípulos, senão nos dogmas religiosos, nos novos dogmas que interessavam aos novos detentores do Poder político.

Decorrência dessa teologia pedagógica perceptível no mundo do Direito tem sido a própria estruturação da relação ensino-aprendizagem, objetiva e subjetivamente considerada, que foi, ao que se vê, concebida para reproduzir aquela mesma metodologia propagadora dos dogmas católicos no apogeu do domínio da Igreja sobre o mundo secular. Nessa relação, sobressai-se um tipo de **simbolismo despótico**, derivado do pretensão domínio exclusivo de um sobre o universo do saber jurídico – hermético, distante, dogmático – do qual o outro tenta se abeirar. A analogia com o sacerdote – íntimo de Deus e conhecedor das verdades sacrossantas – é inevitável, no nível lingüístico e também metalingüístico. Como sói acontecer em relações despóticas, o conhecimento transmitido é hermético e dogmático, razão da segurança do *mestre* que somente franqueará o acesso ao conhecimento àqueles que se submeterem à sua condução segura e promissora de libertação da ignorância jurídica.

Revelação desse cenário pedagógico *jesuítico* é a proeminência, no meio jurídico-educacional, de um retorno às *Ars Dictaminis* medieval, notável na hipertrofia disciplinas que tratam dos instrumentos de promoção *processual-formal* dos Direitos. Há uma conformação intelectual – com suporte acadêmico-institucional e mercadológico-editorial – que reconhece valor no destaque conferido ao *direito processual* em detrimento, inclusive revelada na carga horária nos cursos de graduação em Direito, do *direito material*. A ortodoxia jurídico-educacional encontrou, no *direito processual*, o seu fetiche esterilizante da reflexão política, capaz de justificar (pelo caminho do formalismo técnico-instrumental) o abandono do enfoque zetético e a valorização do enfoque dogmático; o esvaziamento do Direito de seus valores humanos: o processo importa, podendo por meio dele, inclusive, negar o próprio Direito material que se sabe pertencente à parte litigante. A substância, antes de ser garantida pela forma, muitas vezes é, por ela, negada.

Há reflexões relevantes acerca do tema em foco. Alguns deles – (i) perpetuação do modelo teológico de relacionamento presente no ensino do direito, decorrência inevitável da teologização dos métodos políticos e pedagógicos ocorrida mesmo no Estado laico; (ii) a valorização do pensamento dogmático em detrimento do pensamento zetético como fio construtor de um Direito supostamente concebido para perseguir o equilíbrio social; (iii) o poder simbólico que deriva da postura sacerdotal dos profissionais de Direito que se tornam professores de Direito, o que frequentemente conduz à abusiva *violência simbólica* no ambiente pedagógico; (iv) o direito processual como revelação de um fetiche dogmático que esvazia de sentido político, pelo apego à simples forma, uma ciência que tem sua origem na política: o constitucionalismo, frequentemente na história tido como gênese da Lei Magna, é um movimento social e político por excelência e (v) a transformação da educação em geral e da jurídica em especial em objeto de *mercantilização*, retirando-lhe suas possibilidades emancipatórias – apontam para uma inegável sintomatologia do mal-estar do Direito.

Essa referida metafísica teológica, é inegável, está entranhada na concepção Moderna do mundo, apesar dos esforços racionalistas dos renascentistas e dos iluministas, cuja luz não *ofuscou* o flerte do homem com a idéia de divindade e submissão. A constelação de valores exibida no universo jurídico não ilumina a contento o caminho que trilham os atores da formação jurídico-educacional. O encontro da épura teológico-ordenadora com a matriz racional-formalista que fundaria o Estado de Direito culminaria na potencialização da *obliquidade*.

Faz parte, portanto, da fenomenologia do descenso da legitimidade esse exercício pedagógico da teologia no âmbito do ensino jurídico, que replica (sob a responsabilidade do Estado) as práticas de um dos mais conhecidos aspectos do ensino jurídico: a mera reprodução acrítica dos valores e da mentalidade que naturaliza a *obliquidade* do Direito por meio da, nem sequer discutida, atuação das lâminas ideológico-cognoscentes na regulação e correção das pulsões ordenadoras demofílicas, cujos efeitos se sintetizam na manutenção dos paradigmas favoráveis à promoção de interesses exclusivistas.

Esse aspecto foi percebido por Paulo Freire como “um ato de depositar, em que os educandos são os depositários e os educadores os depositantes” (FREIRE, 1987, p.58), a partir do que ele desenvolveu seu conceito de *educação bancária*; e também por Louis Althusser, inspirado nas contundentes reflexões de Karl Marx, como um dos *aparelhos ideológicos do Estado*, que

não se confunde com o *aparelho repressivo do Estado* (ALTHUSSER, 1985, p. 67), pois não funcionam pela violência propriamente dita, mas sim através da *ideologia* instrumentalizada, numa bem engendrada forma de reprodução de padrões culturais, cujo conceito seria reelaborado por Pierre Bourdieu (2004, p. 9).

O sociólogo francês formularia o conceito de *violência simbólica* para designar a ação pedagógica de um poder arbitrário como escopo de impor um *arbitrário cultural*, isto é, um valor eleito por certo grupo de poder como incontestável, como axiomático, como um *dogma* (BOURDIEU et PASSERON, 1982, p. 20). Por essa via, *depositava-se*, nos educandos, os arbitrários culturais por meio da violência dissimulada praticada por um dos *aparelhos ideológicos do Estado*, os meios educacionais. Essa formulação conceitual, em que pesem ressalvas de cunho ideológico, é bastante apropriada para a necessária crítica às metodologias impostas aos processos educacionais no interior dos cursos de Direito, intencionalmente destituídos de criticidade e formadores de *operadores técnicos do Direito*, a quem, no mais das vezes, não constringe enxergar no Direito o seu aspecto puro-científico, esvaziado de conteúdo axiológico.

Visto como a *positivação* da política com fins de organização e controle social, o Direito encontrou na formulação de um saber dogmático, abrigado sob proteção dos princípios da legalidade, um indispensável instrumento de (i) desidratação do seu caráter político e (ii) de conservação das estruturas de poder que viabilizavam a imposição de certo modo de organização social. A opção epistemológica dos sistematizadores do ensino jurídico no Brasil, desde o princípio, não fugiu, em primeiro lugar, do molde derivado do Direito Romano e do Direito Canônico, e posteriormente, da perspectiva iluminista inspirada na filosofia moderna positiva e voltada para o conhecimento científico-instrumental refratário a valorações e, portanto, à idéia de Justiça, negando validade ao aforismo de Rawls atrás sublinhado.

Já se viu que o Direito, por essa via, tornou-se hospedeiro da ideologia dominante de caráter ora liberal, ora autoritário, mas em todo momento voltado ao atendimento dos interesses exclusivistas em prejuízo das políticas de caráter mais abrangente, democrático e social, aqui já referidas como demófilas. A ideologia do Direito assim construída fez surgir o que se tem designado como *senso comum teórico dos juristas*, a traduzir as “condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escrituração do Direito” (WARAT, 1994, p.13).

Esse senso *comum teórico* – de matriz racional-positivista cujo método exclui de suas equações tudo o que não seja experimental-matematicamente demonstrado – encontrou seu *habitat* definitivo a partir das formulações justeoréticas do início do século XX e que marcaram as discussões desenvolvidas no *Debate de Weimar*, quando o positivismo jurídico, liberado por Hans Kelsen, recebeu oposição de diferentes propostas metodológicas, marcando um conflito cuja origem inequívoca estava na “crise, então patente, sobre os pressupostos, método e sentido das ciências humanas, em geral, e do Direito, em particular.” (BERCOVICI, 2003, p.86).

Vimos que a fabulosa construção teórica de Kelsen, e de outros teóricos do juspositivismo formalista, efetivamente concebeu o cenário propício ao desenvolvimento de um senso comum teórico, dominante no Direito, que refutou as abordagens do Direito fora do seu método. O Direito, de feições *positivas*, como se sabe, se prestaria ao enrijecimento dos dogmas liberais, como se deu, elidindo-se o anacronismo, nos tempos de ataques da burguesia às monarquias européias por meio do Constitucionalismo, impedindo que o exercício de enfoques zetéticos flexibilizassem a sólida construção teórica que sustenta o Direito contemporâneo.

Esse sectarismo que se instalou no Direito, alijando as reflexões *interna corporis* de valores metajurídicos, censurou abruptamente o caráter emancipatório que nele naturalmente se poderia entrever a partir das considerações de que o Direito é receptáculo, é depositário dos anseios políticos de uma dada sociedade politicamente organizada e que se manifestam nas pulsões ordenadoras populares. Capturado, em sua origem, por estruturas de poder que reconhecem sua importância para a fixação das regras de ordenação social, o Direito se vê engaiolado numa cela de dogmas cuja imutabilidade vem assegurada pela educação jurídica que se organiza justamente na reprodução destes dogmas e que se realiza por meio de ações pedagógicas concebidas para afastar a problematização necessária sobre a *raison d'être* contemporânea do Direito, que deveria enfatizar seu caráter emancipatório. Ensimesmado em seu dogmatismo, o Direito permite que sobre ele sejam feitas reflexões críticas tão contundentes quanto verdadeiras, como a que se segue, colhida do pensamento de A. Warat (1994, p. 15):

Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – ‘o senso comum teórico dos juristas’ – no interior da linguagem do direito positivo, **que vaga indefinidamente servindo ao poder**. Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios a **ocultar o componente político da investigação** das verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que esconde as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder. (Grifos nossos)

O pensamento político contemporâneo (ainda Moderno) nutriu-se dessa tensão entre um Direito asséptico, desidratado e dogmático, escamoteador de sua gênese, de seu meio e de seu fim, e aquele Direito que se sonhou emancipador, que estabeleceria uma relação simbiótica com a política, que se manteria permeável pelos anseios sociais, superando o conservadorismo liberal, estático o suficiente para evitar ameaças ao *status quo*, que marcaria o pensamento hegemônico globalizado.

7.3.2 Violência simbólica: tentativa de uma retórica legitimadora

Aproveitando o *insight* teórico que envolve a atrás posta instrumentalização jurídico-política da ideologia, utilizemos como norte terminológico, semântico e fenomenológico da reflexão ora proposta o conceito de *violência simbólica* desenvolvido por Pierre Bourdieu, considerando sua riqueza analítica.

Reconhecendo ao Estado a titularidade do monopólio da violência absoluta legítima (BOURDIEU, 2004, p. 146), o notável sociólogo francês derivou o conceito em questão de outro, mais abrangente, por ele denominado de *poder simbólico*, “esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIEU, 2004, p. 8).

O uso da expressão, para os fins pretendidos neste trabalho, demanda o reconhecimento de que se está transitando no *campo* dos sistemas simbólicos, no qual o discurso argumentativo há de ser considerado como instrumento de indução e transformação da *percepção fenomenológica da realidade* na proporção em que media o conhecimento e a própria comunicação. Daí decorre a compreensão do *poder simbólico* como “um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo”, em particular do mundo social (BOURDIEU, 2004, p. 9). O autor cita seu colega tedesco Ernst Cassirer para afirmar que esse *sentido imediato do mundo* social supõe o denominado

conformismo lógico, uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências (BOURDIEU, 2004, p. 9).

Durkheim, também sublinhado por Pierre Bourdieu, destaca a *função social* do simbolismo, denominada pelo segundo de autêntica “função política”, que afirma (2004, p. 10):

Os símbolos são os instrumentos por excelência da “integração social”: enquanto instrumento de conhecimento e de comunicação (cf. análise durkheimiana de festa), eles tornam possível o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração “lógica” é a condição da integração “moral”.

É categórico o pensamento: o discurso argumentativo articulado a partir de uma lógica dirigida por símbolos mediadores da comunicação e da transmissão de compreensões particularistas, viabiliza a nução moral. Utilizando esses *símbolos*, Bourdieu denomina de *violência simbólica* o processo comunicativo arbitrário por meio do qual alguém, em posição dominante, impõe sua cultura visando ao *consensus*, sobre outrem, em posição dominada (BOURDIEU e PASSERON, 1982). Esse processo evolui dentro de sociedades cujas instituições de transmissão de saber e cultura curvam-se ao determinismo de legitimar significados e bens simbólicos *dominantes* (BOURDIEU, 1992, p. 121). Na linguagem de Bourdieu, o dominado não se opõe a quem o oprime, pois não se reconhece vítima de um processo de dominação. O discurso dominante manipula argumentos de modo a induzir o dominado a naturalizar seus infortúnios, relativizando-os.

O fenômeno, denominado *ação pedagógica* por Bourdieu e Passeron (1982, p. 20), é impulsionado por autoridade que, exercendo seu poder com o objetivo de impor uma idéia (denominada *arbitrário cultural*), naturaliza-a para fins de obtenção do *conformismo lógico* acima referido. O aspecto alienante do processo foi bem capturado por Jurandir Freire Costa (1986, p. 75) ao expressar seu entendimento sobre o referido conceito, que seria toda imposição de enunciados sobre o real que leva o alvo do discurso dominante a adotar como referencial exclusivo de sua orientação no mundo a interpretação fornecida pelo detentor do saber. Nesse caso, nota o autor, o indivíduo submete-se à posição de dependência “e perde ou amputa a capacidade de criar seu próprio elenco de significados”.

O discurso argumentativo de autoridade – emitido pelos representantes do Poder, objeto da reflexão em construção – tem, indubitavelmente, a potência necessária para obnubilar o campo relacional em que a realidade dominada pelo emissor interage com a realidade

percebida pelo destinatário do discurso. Partindo do *campo econômico* – o substantivo é empregado no sentido que lhe empresta Pierre Bourdieu (2004, p. 27): campo como espaço relacional, idéia que “funciona como um sinal que lembra o que há que fazer, a saber, verificar que o objecto em questão não está isolado de um conjunto de relações de que retira o essencial das suas propriedades” – e do *campo jurídico-político*, lócus do discurso de autoridade nos casos propostos, o argumento contido no discurso deve ser considerado *relacionalmente* e não *realisticamente* ou *substancialmente*, pois sua *raison d’être* está na utilização de símbolos para, estabelecendo interações nos espaços sociais relacionais, naturalizar no outro as impressões do emissor. O verbo cria e a *realidade* se transmuta.

Postas essas considerações teóricas sobre o conceito de *poder simbólico* e *violência simbólica* e modulado código lingüístico fundamental à expressão do raciocínio que se pretende construir, é-nos factível formular os argumentos envolvendo os discursos supra referidos e especificamente no *campo* objeto de nosso estudo, o *jurídico*. Atrás se demonstrou a crise do Direito é, sobretudo, a crise da Política; visto o Direito, no caso, como a política emoldurada em enunciados políticos. E, conforme Thomas Kuhn já refletiu, a crise surge com a percepção *funcionamento defeituoso*, que é pré-requisito para a ruptura (2001, p. 95), o que torna essencial o manejo com especial *savoir-faire* desses instrumentos simbólicos de manutenção do Poder.

Com a radicalização do formalismo jurídico de matriz juspositivística, os titulares ocultos da *soberania real* desenvolveram especial metodologia naturalizar a dicotomia entre, *exempli gratia*, o Direito e a Justiça, entre a Economia e a Política e, também, entre o Estado e a grande maioria dos interesses sociais, que deveriam ser objeto – na visão liberal-liberística – de cuidados de outros atores sociais. Aqui, o liberalismo-liberismo, para usar outra expressão de Bourdieu, *demitiu o Estado* (BOURDIEU, 1997, p. 215).

Uma vez *demitido* o Estado, a Humanidade voltou a uma espécie de renovado *estado de natureza*, onde o Leviatã foi acorrentado para que as forças que auxiliaram em sua instituição pudessem agir (*de*)*liberadamente* e no qual o Estado foi compelido a abandonar políticas de atuação sobre as estruturas da produção, administração e distribuição de riqueza, elegendo uma política que visa simplesmente corrigir os efeitos de uma desigual distribuição dos recursos do capital econômico e cultural. As diversas crises vividas pelo Estado têm solapado as instâncias constituintes de uma entidade pública que atue *pública* e *democraticamente*, de

modo efetivo, em defesa de interesses representativos da vontade média de uma sociedade qualquer; o esvaziamento de suas competências, verificada no rastro das crises que o assolam, implicou na degeneração das pulsões ordenadoras, reguladoras e corretoras, com notável incremento do déficit de legitimidade, redundando no fortalecimento dos atores políticos francamente demórbos.

Tem relevância, portanto, reconhecer que, aquele modelo de Estado concebido pela razão iluminista e herdado pela contemporaneidade, concebido para *frenar* o exercício arbitrário do poder que vulnerava as pretensões político-econômicas da burguesia, enfrenta crises de diferentes configurações e origens.

Efeito dessas crises é mesmo essa ausência de ordenação e regulação das relações socioeconômicas, fato que – num ambiente de hipercomplexidade e superpovoado – permite a observação de alguns efeitos, todos contundentes no seu encontro com os valores que deveriam orientar o Direito, dada sua condição de *instituição social*.

Alguns desses efeitos têm merecido destaque. *O primeiro* a ser considerado é a constituição de uma ambiência amigável ao *capital*, seja em decorrência da atuação centrípeta do vórtice econômico atrás referido, que implica na ampliação dos *lugares econômicos* onde ele pode atuar (aumentando a potencialidade de retorno dos investimentos), ou seja pela desregulação quase anômica que, favorecendo interesses liberais e liberistas, é agravada pela inexistência de fiscalização das atividades econômico-financeiras.

Como resultante colateral deste primeiro deste primeiro, o *segundo* que se pode iluminar é subdividido: (a) o surgimento de exércitos de elementos indesejáveis¹⁰⁵ – porque ineptos à produtividade na era hipercomplexa –, que precisam ser submetidos a todas as formas de dominação para não converter suas pulsões ordenadoras e carências materiais em pulsão de ruptura paradigmática e (b) o surgimento de uma hiperlitigiosidade que catapulta o Poder

¹⁰⁵ De fato, as sociedades capitalistas contemporâneas continuam a produzir elementos indesejáveis, não mais tanto sob a forma de ideologias ameaçadoras à manutenção do *status quo*, mas muito sob a forma de seres humanos mantidos na periferia da zona de coexistência. É essa eclosão de formas indesejáveis de existência que *contaminam* o ambiente que se deseja puro e assentado sob o emblema da ordem e do progresso que inspira Bauman (1997, p. 14) a discorrer amaramente sobre *o mal-estar da pós-modernidade*, era na qual – segundo análise inspirada por Lévi-Strauss – o Estado se mostra o implementador das estratégias de controle social: uma *antropofágica*, destinada à assimilação pelo aniquilamento das diferenças, e outra *antropoêmica*, promotora da exclusão pelo confinamento e segregação social. A alternativa a estas duas, dirá Bauman (1998, p. 29), é a simples destruição física dos não-enquadrados.

Judiciário à posição de *árbitro nacional* das pequenas e também das significantes demandas, escancarando a crise sistêmico-ordenadora instalada no Estado de perfil Moderno que a contemporaneidade tem por herança.

Especificamente desse último efeito – a hiperlitigiosidade – será colhido o exemplo que servirá para ilustrar os esforços de *naturalização*, também pela violência simbólica, da insuficiência da trindade ficto-política atrás apresentada, da qual decorrem *percepções* particularmente nocivas à higidez das instituições sociais. Dessas percepções, destacam-se: (i) *obliquidade do Direito* monopolicamente produzido; (ii) déficit de democraticidade dos métodos de integração propostos e implementados pelo Estado *Democrático*; (iii) intensificação do sentimento de crescente deslegitimação e (iv) acentuação do perigoso sentimento de que o Estado não tem função a cumprir em face do modelo liberal-liberístico já instalado em muitos países. Essas *percepções* precisam ser escamoteadas, sob pena de revelar o perigoso *funcionamento defeituoso*, pré-requisito da ruptura; é preciso retirar da sociedade aquela capacidade de *criar seu próprio elenco de significados*, também atrás referida, pois, entregue à própria reflexão inspirada pelo tratamento que o Estado confere às suas pulsões ordenadoras, é provável que a estrutura de Poder se veja ameaçada.

7.3.2.1 Poder Judiciário: hiperlitigiosidade e *nonsense*

Em diversos momentos da história e por inúmeros exemplos reiterados pela *prática processual* oficial, que tem lugar no âmbito do Poder Judiciário, o arcaísmo do modelo ficto-político se exhibe aos cidadãos, estupefatos com o modo de produção normativa próprio deste *poder da República*. É correto, pois, afirmar que a produção normativa dos juízes não tem contribuído para a realização do Direito do modo como estabelecido nas justificativas filosóficas da constituição e manutenção do Poder Judiciário. Essa constatação confirma que o obsoletismo do modelo se revela na análise do papel e respectivo desempenho de qualquer das instituições estatais responsáveis pelo tratamento das pulsões demófilas.

Não se afirma, aqui, que a produção normativa que camufla o efetivo ativismo judicial capaz de – partindo da Constituição da República e seus princípios fundantes – catalisar vontades republicanas e espíritos cidadãos, seja tímida em decorrência do fato de que os juízes ou provêm ou aspiram pertencer às camadas mais altas da sociedade, e nem que, conformados pelas suas origens ou aspirações, atuem de modo relativamente conformista (SCHNEIDER e

SCHROTH, 2002, p. 513). Contudo, há um grande descompasso entre o modo de atuação do Poder Judiciário (por seus pressupostos, razões teleológicas e argumentação técnica) e a resultante desta atuação, a própria *decisão judicial* materialmente considerada.

O problema posto pelos representantes do Poder Judiciário e seus teóricos – atrelado à idéia de *acesso à justiça* – escamoteia que o *iter* da produção normativo-judicial, resultante das pulsões corretoras que nele têm lugar, revela opções ideológicas e corporativistas determinantes da argumentação-base da decisão formadora da norma, derivada do enunciado legal e das circunstâncias fáticas, que envolveu os interesses conflitantes do caso concreto. Essa argumentação tangencia um viés processualístico que se traduz no que a doutrina denomina *efetividade do processo* (BEDAQUE, 2006, p. 49), efeito a ser alcançado pelo desenvolvimento da *técnica processual*, da qual fazem parte conceitos como *instrumentalidade das formas*, *processo civil de resultados justos* e outros igualmente erigidos a dogmas da disciplina jurídica denominada *direito processual civil*.

Sob esse discurso formalístico e dogmático, o Poder Judiciário se exaure como um *quixote* que, incapaz ou não-desejoso de identificar os reais inimigos, se dedica ao esforço de atacar as inofensivas e aparentes estruturas viciadoras que consegue compreender. Há, portanto, um decerto não-inocente equívoco na problemática em que se debate o Poder Judiciário, equívoco este que se manifesta na determinação justificadora, na argumentação e na sua razão de ser, nas decisões produtoras de normas destinadas às partes litigantes. E ao reduzir seu *problema* ao interesse das partes litigantes, o único efeito obtido pelo Poder Judiciário é a potencialização da litigiosidade, que redundará na causa de grande orgulho de seus representantes: o aumento da procura pelos serviços deste Poder, fenômeno apelidado de *incremento do acesso à justiça*. A epifania da deslegitimação é desconsiderada, e instala-se um conveniente *nonsense*, decerto inoculado já nas práticas educacionais jurídicas atrás mencionadas.

Aquele conceito de *individualidade* determinante de toda a teoria do Estado e do Direito se petrificou na epistemologia do instrumento estatal manejado pelo Poder Judiciário para cumprir seu mister. Daí vem a inegável vocação do sistema processual para *individualizar* a argumentação teórica e a produção normativa. Ao pender para esse *individualismo* ritualístico e defender a *efetividade do processo* – entendida como aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperado, como explica Bedaque (2006, p. 32) –, sem considerar o impacto

das decisões na litigiosidade latente estabelecida no *campo social* e no *campo econômico* como reflexo de métodos de administração de interesses empresariais, que contam com uma específica interpretação do direito, o Poder Judiciário frustra¹⁰⁶ a expectativa quanto à sua capacidade, e de seu instrumento, de “veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça”, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (*apud* BEDAQUE, 2006, p. 32).

A *raison d'être* do Estado certamente inclui que suas estruturas sirvam de vias de *acesso à justiça* – traduzida nos estreitos, mas válidos, limites dos enunciados normativos – e não apenas de acesso formal ao Poder Judiciário. Este, como titular da *jurisdição*, do procedimento administrativo interno de *dizer o direito*, deve atuar de modo a ampliar os efeitos de suas decisões para o campo da materialidade jurídica.

Exemplo legitimador da reflexão proposta pode ser extraído das reflexões de Cappelletti e Garth, para quem “embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico, nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago” (1988, p. 15). A efetividade perfeita, dizem, deverá ser consubstanciada pelos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, “sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e a reivindicação dos direitos.”

Dentre os *obstáculos a serem superados* para desobstruir o acesso efetivo à justiça, Cappelletti e Garth incluem o que denominam *possibilidades das partes* (1988, p. 21), o qual subdividem em (i) recursos financeiros, (ii) aptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação ou sua defesa e (iii) litigantes ‘eventuais’ e litigantes ‘habituais’.

Essa classificação de litigantes – *eventuais* e *habituais* – foi desenvolvida pelo pesquisador Marc Galanter, da Universidade de Wisconsin, e se baseia na frequência de encontros destes litigantes com o sistema judicial. Ou seja, no número de vezes que o litigante maneja o processo e submete seus interesses aos órgãos do Poder Judiciário. Utilizado com referencial

¹⁰⁶ Essa frustração pode ser exemplificada no efeito redutora da função jurisdicional quando, sublinhando em toda a teoria do processo civil a luta particular entre as partes, consolida práticas processuais que, longe de desdobrar a idéia de *acesso à justiça* limitam-na como se fora um direito fundamental de *acesso à Justiça*, isto é: às instâncias do Poder Judiciário, numa sugestão de fundo teológico que avoca para si o caminho único para a realização do *direito* e da *justiça*.

teórico e de pesquisa por Cappelletti e Garth, o professor Galanter elenca numerosas vantagens dos *litigantes habituais*, cuja experiência judicial é mais extensa: (i) maior experiência com o Direito lhes possibilita melhor planejamento do litígio; (ii) uso de economia de escala, consistente no uso de uma mesma estrutura para atender a um maior número de casos; (iii) oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; (iv) diluição dos riscos da demanda por maior número de casos e (v) a possibilidade de testar estratégias em casos específicos de modo a garantir expectativa mais favorável nos casos futuros (1988, p. 25). Naturalmente, que a *habitualidade* denota a presença daqueles outros dois aspectos: posse de recursos financeiros e aptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação ou sua defesa.

Os autores concluem, com Galanter, que essas vantagens próprias dos litigantes organizacionais lhes conferem maior *eficiência* quando comparados com os litigantes individuais. Concluem, também, que “essa desigualdade relativamente ao acesso pode ser atacada com maior eficiência [...] se os indivíduos encontrarem maneiras de agregar suas causas e desenvolver estratégias de longo prazo, para fazer frente às vantagens das organizações que eles devem amiúde enfrentar.” (1988, p. 26). Aqui se vê a sugestão de assunção, pelos litigantes eventuais, de estratégias para combater a litigiosidade habitual. Ao que parece, ao Estado – que disponibiliza suas estruturas para plena ocupação por parte dos *litigantes organizacionais* que se habilitam como contumazes agressores de Direitos – não reconhecem, os autores, a necessidade de adotar medidas de inibição das causas do incremento do *acesso à Justiça*. Não, ao menos, medidas de natureza judicial.

Justamente desse tipo de enfrentamento judicial exsurge situação fática reveladora do discurso simbolicamente violento emitido por determinadas autoridades representantes do Poder Judiciário. Loas são pronunciadas alardeando os méritos das sucessivas *reformas processuais*, que serão capazes de dar *efetividade ao processo* e de ampliar o *acesso à justiça*; iguais discursos elogiosos são elaborados quando se anunciam as estatísticas demonstrativas do incremento do número de processos desta ou daquela categoria, fato comemorado como comprovação incontestável da capacidade do sistema de promover o tão propalado *acesso à justiça*.

No Brasil, são louváveis os esforços doutrinário¹⁰⁷s – com reflexos no Poder Legislativo, que implementa as sugestões dos especialistas – para aperfeiçoar o sistema, combatendo seus nódulos que impedem o fluxo adequado do Direito material. Entretanto, ainda que se valorize o labor intelectual dos doutrinadores do *processo civil*, é dever notar que, além das editoras especializadas e do *establishment* judicial, poucos jurisdicionados recebem os benefícios das sucessivas reformas, o que torna apropriada a remissão às palavras do pesquisador Galanter, aplicadas por Cappelletti e Garth (1988, p. 68):

O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível de ordenamento, **sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis**. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens. (Grifos nossos)

A litigiosidade crescente, antes de indiciar verdadeiro *acesso à justiça*, verdadeiramente revela o incremento do fracasso das relações jurídicas cujas partes dependem do *tour de force* estatal para assegurar o acesso ao seu direito. Entretanto, esse incremento do contencioso judicial no Brasil tem seus efeitos submetidos a uma *refração ideológico-cognitiva*, pois os intérpretes do fenômeno consideram-no como algo positivo para a cidadania uma vez que representaria a crença da população no Poder Judiciário.

Assim, *exempli gratia*, pensa o presidente do Supremo Tribunal Federal (Gilmar Mendes Ferreira) que, ao comentar os efeitos da *súmula vinculante* e da *cláusula de repercussão geral* – de resto, instrumentos outorgantes de poder ao STF cujo uso pode atentar contra a democracia e o verdadeiro acesso à justiça –, após ratificar seu entendimento de que esses instrumentos serão promotores do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e do direito fundamental a um processo com duração razoável, declarou que é preciso ter a visão de que o Poder Judiciário é um *prestador de serviço* e que a crise processual do Judiciário, em termos de estatística, é um dado positivo, pois mostra que as pessoas estão recorrendo à Justiça. E o *nonsense* se revela na conclusão do raciocínio do Ministro: se elas recorrem ao

¹⁰⁷ Os esforços dos doutrinadores, com especial deferência aos dedicados membros da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, da *Escola Nacional da Magistratura* e do *Instituto Brasileiro de Direito Processual*, têm, no entanto, **esbarrado na própria práxis da aplicação da norma** jurídica. Por razões multifacetadas, espelhando ora ideologias, ora limitações de mundividência **determinada por uma educação jurídica dogmática e redutora das possibilidades do Direito**, por um lado as reformas provocam transformações tensoativas entre os exercedores das *funções essenciais à Justiça*, e por outro, os titulares de órgãos judiciais, tímidos no mais das vezes, limitam-se a perseguir a efetividade processual formal e deixam de contemplar a imperativa necessidade de promover, justamente por meio do processo, a efetividade material que todo Direito possui e que todo jurisdicionado espera.

Judiciário é porque acreditam nele. A entrevista foi publicada sob o título “Foco na Eficiência”.¹⁰⁸

A retórica exemplificativa é cravejada de expressões do exercício do *poder simbólico* de feições bourdieunianas: (i) sua fonte é o *Supremo*, por seu *Presidente*; (ii) promove um recorte acrítico da facticidade hiperlitigiosa brasileira; (iii) interpreta esse recorte a partir de referenciais subjetivos e os veicula num discurso marcadamente parcial; (iv) visa, pelo discurso, estabelecer uma particular ordem gnoseológica e impor um *conformismo lógico* indutor do *consensus*.

Essa exemplificativa opinião, qualificada pelo tipo de fonte, se espraia por todo o Poder Judiciário, para cujas lideranças o incremento do número de processos é sintoma de crença na Justiça e, logo, de acesso à justiça. É um pensamento da mesma qualidade acima referida – nas citações de Cappelletti e Garth – e que sugere àquela imensa massa de seres excluídos e destituídos de condições de organização a adoção de *estratégias de longo prazo* para enfrentar as vantagens dos litigantes organizacionais. São pensamentos reveladores de uma percepção descolada da realidade que constitui o pano de fundo das relações jurídicas frustradas no plano material, e cuja solução se busca por meio do uso de outras esferas do Direito, no caso o direito processual. São pensamentos que enviesam a lógica e sustentam um discurso facilmente posto no *frame* da violência simbólica da qual se tratou linhas acima.

Esse pensamento redutor deriva, naturalmente, do cenário a que nos trouxe uma prática judiciária orientada pelo formalismo e pelo corporativismo. Essa prática, entranhada nas estruturas estatais, com especial ênfase nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive como efeito da obsoleta educação jurídica praticada nas instituições de ensino superior, impede que sejam realizados diagnósticos mais precisos que considerem as causas dos males e não apenas a sintomatologia e a prescrição de paliativos. O discurso institucional parece formulado para diagnosticar a crise, quantificar seus efeitos e apontar soluções sem, contudo aprofundar-se em algumas de suas causas, que têm raízes no *modus operandi* da Justiça. Esse modo de atuar se projeta no imaginário social, todavia, muito mais pelo conteúdo simbólico do discurso das autoridades do que pela realidade, tão mal interpretada.

¹⁰⁸ Entrevista publicada em *RT Informa* Ed. Especial n. 52 – novembro 2007 a abril 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 5.

Dirigido aos cidadãos reduzidos ora a *administrados*, ora a *jurisdicionados* – vocábulos correntes no jargão dos Poderes –, esse discurso ganha tons justificadores e explicativos; soa como a voz da autoridade que demonstra quão eficiente são os serviços prestados, a voz do Poder que, desnudo, tenta *naturalizar* circunstancialmente uma lamentável realidade que é reveladora da incapacidade de gestão e da ausência de efetiva governança de tão relevante função pública. Ao mesmo tempo, as razões articuladas no discurso justificam o gigantesco orçamento e também a necessidade de incrementá-lo anualmente, pois os *jurisdicionados* têm demandado mais acesso ao Judiciário e isso implica em atender à necessidade de uma maior estrutura, afinal, o Poder Judiciário deve *prestar um bom serviço*.

Sobrepostos, o duo constituído pelo Poder Judiciário e pela dogmática do Direito Processual, sob o formato acima, cria uma sedutora versão da realidade: o Estado brasileiro aprova leis processuais por meio de um Poder Legislativo sensível aos apelos da Academia jurídica, e esse mesmo Estado promove os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e a um processo com duração razoável. Contudo, é desafinado o coro que se ouve: enquanto números são exibidos pelas autoridades, a Justiça atua de modo a sombreadar, *exempli gratia*, descabros promovidos por contendores que Galanter chamou de *litigantes habituais*, talvez os maiores, e mais impunes, tomadores dos serviços *prestados* pelo Poder Judiciário.

Embora capaz de arrebanhar mentes e corações sequiosos por um Estado presente e atuante, e por isso mesmo sujeitos à ação impiedosa e arrogante do *poder simbólico*, a tonitruância do discurso das autoridades do Poder Judiciário sofre arrefecimento inescapável diante da aritmética aplicada ao real desempenho das atividades deste Poder. A ineficiência não é apenas quantitativa, é também qualitativa: o provimento jurisdicional obtido pelos que têm acesso à Justiça não promove, na ampla maioria dos casos, a justiça. A obliquidade se impõe também nas pulsões corretoras que se prolongam no Poder Judiciário, que tem sido grande estimulador da hiperlitigiosidade, inclusive, *v.g.*, pela peculiar interpretação e aplicação do *princípio da vedação do enriquecimento ilícito* às causas que versam sobre *direitos do consumidor*.¹⁰⁹

¹⁰⁹ O padrão decisório das causas envolvidas de interesses jurídicos de consumidores afetados por condutas administrativas na prestação de serviços por empresas concessionárias, revela uma *interpretação* do Direito positivo desconectada da própria função social do Poder Judiciário e também da noção das relações econômicas sobre as quais se sustentam determinados direitos consumeristas. Reconhecida judicialmente a lesão aos direitos do consumidor, a condenação se impõe. Caso o valor de indenização pleiteado seja considerado elevado pelo órgão decisor, invariavelmente aquele princípio é invocado: ao consumidor não se pode permitir o

8 TRAVESSIA SINCRÉTICA EM BUSCA DA LEGITIMIDADE

8.1 IMPERATIVO INCONFORMISTA DO *PENSAMENTO JURÍDICO*

O problema do Direito – visto sob a lupa da Ciência Jurídica ou Teoria Geral do Direito, da Metodologia da Ciência do Direito ou mesmo da Epistemologia Jurídica – está em suas

enriquecimento sem causa fático-legal. Com essa justificativa, a concessionária é condenada a pagar qualquer valor compatível com a situação econômico-patrimonial do *litigante eventual*, justamente para evitar a materialização da realidade censurada pelo princípio. Decisões do tipo parecem ignorar alguns aspectos relevantes que compõem a demanda: (i) embora individual, a demanda se insere num contexto coletivo, pois, na mesma vara e pelos mesmos motivos, inúmeros consumidores litigam contra a mesma concessionária; (ii) essa hiperlitigiosidade é causada por empresas que – diante do inevitável *princípio* – optam por conceder ao seu cliente lesado (lesão reconhecida pelo Estado) alguns tostões, ainda que em inúmeros processos, porque reconhecem, nos seus próprios orçamentos, ser mais econômico esse procedimento do que investir em tecnologia ou em “recursos humanos” para promover a correção do vício do serviço; (iii) esse segundo aspecto é cínico: evita-se “enriquecer” o consumidor lesado, mas permite-se o enriquecimento da empresa lesadora na medida em que, lesando em contumácia, ela auferir lucros e não assume despesas corretivas; (iv) esse modo peculiar de tratar as relações jurídico-econômicas não representa *prestação jurisdicional efetiva* porque, ao incorrer numa dupla limitação [desconsiderar o universo coletivo do qual faz parte aquela demanda individual e ignorar o exercício abusivo do poder econômico, contra o Estado e contra o cidadão], a decisão funciona como um estimulante a novas demandas: para a concessionária, cujos custos de processos estão devidamente provisionados em seus balanços, e para os consumidores que vêem a oportunidade de obter reparação da lesão e receber alguns vinténs com compensação pecuniária por esta. *Exercício abusivo do poder econômico* por que essas empresas, ao se converterem em *litigantes habituais*, como anotado por Cappelletti e Garth desenvolvem tecnologias de combate aos interesses dos consumidores e monopolizam os Juizados Especiais Cíveis. Ao assim agirem, tornam-se linha auxiliar daquele discurso *violentamente simbólico* que prega o *foco na eficiência* brandindo estatísticas parcialmente interpretadas para exibir uma suposta crença no Poder Judiciário, revelada que seria no incremento da busca *processual*, o que traduziria, diz a retórica do Poder, efetiva promoção estatal de *acesso à justiça*. Há, realmente, nesse cenário digno de compor um conto de Franz Kafka, algo a ser denunciado pela academia, pela advocacia, pelas associações de consumidores e ecoado pela imprensa.

promessas. Ao se apresentar como ciência, é natural que do Direito sejam esperados resultados; assim é com qualquer *ciência*. Porém, como se trata de um *fato social-institucional*, conforme parte da Filosofia o vê, o Direito se conecta à Política, e esta, no mundo ocidental, foi estruturada sobre um paradigma ficto-político, já mencionado, como forma de assegurar relativa legitimidade às suas realizações. Estrutura e retórica do Poder autorizam as expectativas.

Contudo, dada a baixa democraticidade do método democrático ocidental, transparece com vigor, naquela fenomenologia do descenso da legitimidade, o mecanismo demórobo que dirige o tratamento das pulsões ordenadoras, cuja seletividade exclui das prioridades do agir estatal as pulsões de natureza *popular*.

Aqui se revela um fenômeno que evidencia o ônus do Direito ao se dizer ciência. Thomas Kuhn considera que a ciência (normal) habilita à resolução de problemas, que ele nomina “quebra-cabeças”. Sem reduzir o raciocínio do cientista, quando a ciência não viabiliza a resolução de problemas a comunidade crente naquele paradigma científico promissor das soluções se vê tomada por insegurança “gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados” (2002, p. 59).¹¹⁰ Feito o raciocínio, Kuhn arremata o argumento dizendo que *o fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras*.

Voltando à noção kuhniana de paradigma e enxergando o fracasso da *ciência do Direito* em prover as soluções que sua forma e condição institucional natural e artificialmente prometem, deve-se reconhecer, com o próprio Thomas Kuhn: “O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos.” (2001, p. 105).

Crise é fenômeno que acompanha o Direito desde suas primeiras concepções institucionais. Ainda que, ao senso comum, sonogado o seu caráter instrumental e primitivo de governança social, paira no ar o *sentimento* de que o Direito tem uma função social que, de crise em crise,

¹¹⁰ “Quebra-cabeças indica, no sentido corriqueiro em que empregamos o termo, aquela categoria particular de problemas que servem para testar nossa engenhosidade ou habilidade na resolução de problemas.” (KUHN, 2001, p. 59)

não tem obtido operacionalidade, uma vez que a *res privata* tem prevalecido sobre a *res publica* desde os primórdios das organizações sociais que institucionalizaram o Poder.

A crise do Direito tem sido debatida em todos os continentes e a partir de todos os quadrantes. Dentre estes, a perspectiva mais privilegiada vem da Filosofia do Direito, que – por ser *Filosofia* e não ciência – ultrapassa os limites do sistema jurídico-normativo concreto e “interroga-se sobre a essência do Direito, sobre o seu valor e o seu fim, sobre o ser do Direito [...], bem como sobre o valor gnosiológico do saber do Direito dos juristas, i.é, sobre o fundamento e valor da própria ciência jurídica.” (TEIXEIRA, 2006, p. 39).

Chegada, então, a “ocasião para renovar os instrumentos”, confirmada pelos retumbantes fracassos que Kuhn considera “prelúdios” para busca de novos modelos, os juristas sempre relembram que está no mundo exterior ao Direito, tratado como ciência, o *caminho* possível para a obtenção das respostas demandadas pela crise. Mesmo quando não respondidas, o caminho percorrido na atividade indagadora transforma a compreensão e impulsiona as mudanças.

Dessas perguntas, António Braz Teixeira destaca sua natureza simultaneamente *ontológica* e *axiológica*, que está na dupla interrogação sobre o ser do Direito e sobre a razão de ser e de valer (2006, p. 39). O *problema ontológico* do Direito, que se subdivide em dois tipos de indagações: (i) aquele concernente ao conhecimento dos modos como o Direito *é* e também de como ele se revela em sua fenomenologia e (ii) outro que considera o seu fundamento antropológico, uma decorrência lógica de condição de *instituição social* própria do mundo do Homem. Mas, prossegue o professor português, sendo um Direito uma realidade do mundo do espírito ou da cultura, é uma *entidade* que depende (sempre) “de um valor ou princípio que o garante”, pelo que indagar sobre o seu *ser* implica a interrogação sobre o seu *valor*: porque é o Direito, qual o seu *fundamento axiológico* (2006, p. 50). Teixeira anota que essa última indagação reconduz ao problema do Direito Natural e ao problema da Justiça.

O autor, após apresentar aquelas interrogações fundamentais – filosóficas por excelência: *o que é e porque é o Direito, qual sua razão de ser e de valer* –, suscita uma terceira, associada àquelas: “a que inquire sobre as formas próprias de racionalidade jurídica”. Tratariam dessas formas de *racionalidade* jurídica não a Filosofia do Direito, mas *lógica*, a *retórica*, a *dialética* e a *hermenêutica jurídicas* (2006, p. 50).

Teixeira faz interessante distinção teórica que, na proposta crítica perseguida neste capítulo, se torna importante no sentido de refletir a provocação. Ele distingue Filosofia do Direito de *pensamento jurídico*, “designação com que, por vezes é [a Filosofia jurídica] designada mas com a qual não pode ser confundida ou identificada, quando entendida esta com o necessário rigor.” (2006, p. 46). É interessante transcrever o raciocínio:

Denomina-se *pensamento jurídico* o modo próprio de pensar, de raciocinar, de argumentar do jurista, o método ou métodos de que este se serve para conhecer o Direito e cujo estudo mais atento se tem desenvolvido nas últimas décadas em **duas fundamentais vertentes**, a primeira orientada num sentido eminentemente *formal*, como **lógica das normas ou lógica deontica**, interessada, sobretudo, em conhecer as especificidades da estrutura daquelas e preocupada, a segunda, a partir de uma **nova consideração da retórica antiga, da tópica e do raciocínio dialético**, em construir uma nova lógica do raciocínio jurídico, quer como pensamento problemático ou partir de problemas, quer nos quadros de uma **teoria da argumentação** concebida como “nova retórica”, quer como teoria da controvérsia, quer ainda como lógica “razoável”. (Grifos nossos).

Sublinhando o extenso jugo juspositivista a que foi submetido o Direito, aprisionado naquela gaiola do logicismo formal, Teixeira observa os estudos jurídicos atuais, com postura teórica mais adequada, da estrutura e da natureza dos juízos ou proposições normativas, mas também do *modo próprio de raciocinar dos juristas*. Não trata, decerto, a observação do autor, de um renovado *senso comum teórico dos juristas* já identificado por Warat num ambiente dogmático, formal e refratário a qualquer oxigenação *vinda do exterior* das corroídas estruturas juspositivistas, pois – conforme referencia o próprio Teixeira – esse novo *modo próprio* da racionalidade dos juristas vem se desenvolvendo a partir da *argumentação*, da *dimensão retórica* desse pensar e também da dinâmica da *controvérsia* por ele trabalhada. A novidade dessas tentativas de oxigenação do *pensamento jurídico* é reconhecida pelo autor como um “aspecto novo e importante da reflexão filosófico-jurídica”, e sugere que poderia ser nominado *Teoria da Razão Jurídica*.¹¹¹

A observação metodológica do autor português está, indubitavelmente, envolvida num acentuado rigorismo filosófico, circunstância que não lhe retira a relevância, especialmente

¹¹¹ “Tais estudos têm permitido o tipo de racionalidade que é a do Direito, assente em mais probabilidades, conjecturas ou considerações de razoabilidade do que em certezas ou verdades indisputadas, experimentalmente comprováveis, e em que os juízo de valor assumem um papel decisivo, vindo a constituir um aspecto novo e importante da reflexão filosófico-jurídica, que poderá designar-se por *Teoria da Razão Jurídica*, que, no entanto, não se limita ao domínio lógico, pois que nela ocupa também lugar de relevo a *Hermenêutica Jurídica*.” (TEIXEIRA, 2006, p. 46). Também Carla Faralli nomina esses estudos como *estudos sobre raciocínio jurídico* (2006, p. 43).

quando se conhece seu pensamento a respeito da *Filosofia*: “[...] a resposta filosófica não é solucionante, deixando irresoluto o problema e viva a interrogação”. Para ele, a Filosofia é “essencial e radicalmente, *interrogativa, problemática e não solucionante.*” (2006, p. 16). Mas, sendo atividade puramente intelectual – Kant, a partir de Königsberg, i.é., de seu *intelecto*, construiu um dos mais admiráveis e complexos sistemas filosóficos –, *é pensamento* por definição e manifestação, o que torna símile à Filosofia qualquer dinâmica intelectual no âmbito da referida *Teoria da Razão Jurídica*.

Entretanto, é de se reconhecer que a observação do professor lusitano tangencia uma circunstância teórico-metodológica que deve ser sublinhada. O *pensamento dos juristas*, especificamente nesse novo *modo próprio de raciocinar dos juristas*, é valoroso e tem feito avançar as fronteiras epistemológicas da práxis jurídica, porém, como se voltará a expor à frente, certos *pensamentos* do tipo continuam atados a uma visão asséptica e redutora do Direito, obstados em sua autonomia cognoscitiva porque ainda limitados à *quadratura* legalista, positivista ou normativista do Direito, usando sua componente axiológica de um modo que favorece o escamotear das pulsões ordenadoras de origem marcadamente popular. Nesses casos, a *racionalidade jurídica* exercitada não ousa dizer o nome das causas de sua *desidratação*, logo não as discute, e se torna conivente com a estrutura e método que são a causa primeira do que já se nominou de baixa democraticidade e déficit de legitimidade.

Os aspectos ontológico e axiológico do Direito representam especulações ainda não estabilizadas no seio da Filosofia jurídica. Há problemas a serem solvidos, tanto nesta seara (filosófica), quanto na esfera da pragmática jurídica e, portanto, no campo ideológico. Os recônditos da Política de onde partem as pulsões ordenadoras prevalentes nos sistemas jurídicos das *democracias* ocidentais, e que formatam o modo de produção normativa, precisam receber olhares também dos denominados *operadores do Direito*, habitualmente limitados à dogmática e ao formalismo, cuja função tem sido mais esterilizadora do que promotora dos valores humanos que o Direito encerra; e para isso as contribuições dos juristas ainda têm sido tímidas.

Essa busca da “terceira via entre, ou para além do direito natural e do positivismo” tornou-se, afirma Arthur Kaufmann, “o” tema da Filosofia do Direito (2007, p. 61). O espírito que guia os filósofos na jornada em busca dessa *terceira via* certamente está imbuído do desejo de desvendar as causas da obliquidade e dos limites do Direito na sua atuação socioinstitucional;

também deve estar ciente de que parte expressiva do Direito não está precisa e unicamente no *Direito como texto*¹¹² (como corpo sistemático de normas ou mesmo como um sistema comunicacional), mas na fenomenologia que antecede seu surgimento (lâmina legislativo-cognoscente) e naquela outra que o sucede (lâmina judicial-cognoscente).

Para o sucesso da empresa da “terceira via” referida por Kaufmann, imprescindível reconhecer que a força atrativa da tradição jurídica ocidental, e sua ideologia da legalidade, ainda opera com vigor nas estruturas de Poder político (incluindo o Poder Judiciário), como se o universo do Direito ainda fosse dirigido pelos postulados do *positivismo jurídico*, do Direito natural ou mesmo do *realismo jurídico*.

A força que pode suplantar essa imantação causada pelo juspositivismo e suas tradicionais idéias antípodas está no que se nominou *sincretismo* metodológico, que parece estar orientando a reformulação do paradigma constitucional nesta altura da Modernidade. A proposta do capítulo permite referenciar alguns desses novos modelos de *racionalidade jurídica*, falando com Teixeira, com maior carga descritiva mas sem deixar de apresentar, como feito acima, percepções de incongruências ou notáveis incompletudes.

De modo geral, reitera-se, a crítica a ser desenvolvida – não aqui, postas as ambições comedidas que o trabalho contém – vai considerar que o problema principal, em matéria de legitimidade no âmbito da atuação do Estado por meio dos seus instrumentos jurídicos (referidos atrás como *a política encapsulada em enunciados normativos*), está em que a maioria das teorias jurídicas (inclusive algumas daquelas que Teixeira aloca no que nomina *Teoria da Razão Jurídica*) têm discutido suas metodologias no âmbito restrito das pulsões corretoras (no exercício da integração casuística da norma em face do fático-social), incluindo o debate que se desenvolve em boa parte dos estudos contemporâneos de Direito Constitucional, essa zona fronteira (de conexão mesmo) entre Direito e Política. O Direito continua na *caverna*, marcado por uma “dogmática esclarecida” à qual se reconhece sua bruxuleante função social – exatamente como destacado por Tércio Sampaio Ferraz (1998) – que se revelou, historicamente, uma instância serviçal das pulsões demórbas e uma das explicações mais constantes do descenso de legitimidade. Quando forem estes os pressupostos

¹¹² A expressão compõe o título de uma das obras de Gregorio Robles: **O Direito como texto** (Barueri/SP: Manole, 2005), na qual o autor espanhol apresenta estudos sobre a *teoria comunicacional do Direito*.

das especulações acerca daquela *terceira via*, não haverá avanço, somente retórica e mistificação.

Determinados *pensamentos jurídicos*, de tão plasmados pela segurança formal prometida pelo Direito positivo e sua auto-suficiência, parecem não incluir em sua equação cognitivo-discursiva o fato de que, quando passou a *criar* o Direito – (concedendo a si e à sua criação o monopólio da produção normativa), o Homem superou aquela era na qual a norma, por seu próprio modo de produção, trazia em si a marca da legitimidade, uma vez que a *justiça* era pressuposto da dinâmica produtora submetida ou aos costumes (a tradição) ao insuspeitável transcendente (as divindades).

A superação dos impasses produzidos naquela insuficiência dogmático-dicotômica está dependente do Direito ousar incorporar seu *proceder*, plenamente considerado, o reconhecimento racional de que “o que vale juridicamente é determinado politicamente”, que a pergunta sobre qual das diferentes concepções de justiça será privilegiada no ordenamento jurídico é objeto de decisão política, conforme precisas observações de Dieter Grimm (2006, p. 3).

Há, portanto, uma espécie de *imperativo inconformista* que alimenta as pulsões especulativas próprias daqueles que, enxergando no Direito – desde a reforma do modo de produção normativa propiciada pela evolução da tradição jurídica ocidental – a foz das pulsões e tensões das forças sociopolíticas, enfrentam, com diferentes instrumentos teóricos, o desafio de atravessar o rio da deslegitimação jurídica que marca a história do Estado de Direito, em qualquer de suas apresentações.

8.1.1 Hermenêutica jurídico-filosófica: preparando a argumentação

O primeiro reflexo dinâmico (em busca daquela superação) que se quer destacar está no reconhecimento de uma circunstância que se tornou obrigatório a partir do concentracionismo

jurídico-político operada na síntese do Estado Moderno: o Direito é texto¹¹³. Derivam daqui enormes conseqüências para o Direito, especialmente para o processo cognitivo que se nominou *interpretação*, especialmente sob o entendimento do acanhamento teórico que limitava esse processo no âmbito jurídico.

Contudo, o vocábulo *texto* haverá de ser compreendido na dimensão compatível com o pensamento de E. Cassirer ao ampliar a concepção clássica do Homem-ser que foi qualificado de *animal rationale* pelos racionalistas Modernos como expressão de um “imperativo moral fundamental”. Para Cassirer, “a razão é um termo muito inadequado” para interpretar e compreender as complexas expressões da vida cultural do homem. E isso porque todas as formas dessa expressão são *simbólicas*, conclusão que o leva a propor que deveríamos definir o Homem não como *animal rationale*, mas, sim, como *animal symbolicum* (2005, p. 50). Segundo cria o filósofo alemão, os pressupostos dessa redefinição designariam a diferença específica do Homem (em relação aos demais seres) e levaria ao entendimento do “novo caminho aberto para o homem – o caminho da civilização”.

Por esse *caminho*, o Homem ingressa no universo da linguagem simbólica – objeto da *ciência dos signos*, a semiótica – e permite atribuir dimensão amplificada ao vocábulo acima, *texto*. E justamente a percepção do *texto* como fenômeno mais complexo, considerado em seu lugar-histórico e interpretado por Homens que *são* História, obsoletou aquela proposta redutora da interpretação jurídica – baseada no discurso *gramatical, lógico, histórico e sistemático* – e tem imposto novas abordagens ao fenômeno compreensivo do Direito.

A complexidade que acompanha essas novas abordagens não era cognoscível por meio de um simples método, razão pela qual aquele *imperativo inconformista* – em crise diante da fluidez

¹¹³ Desde sempre há consenso quanto ao fato de que as denominadas *ciências jurídicas* estão voltadas para, “além da compreensão de expressões lingüísticas, [trata-se da compreensão] do sentido normativo que a elas corresponde. É de expressões lingüísticas que se trata, tanto nas leis como nas decisões dos tribunais e nos actos administrativos, e, em regra, também nos contratos.” (LARENZ, 2005, p. 282). Na obra de Karl Larenz, marcada por uma acentuada resistência ao pensamento crítico renovador do Direito, identifica-se *texto* como um significado que transcende as expressões lingüísticas. Mas essa *transcendência* decerto se limitava aos outros três componentes da teoria clássica da interpretação, utilíssima à matriz epistemológica racional-positivista, que se atribui a Savigny, e que inclui – além do *gramatical* – os elementos lógico, histórico e sistemático. A *ciência* do Direito ganhou outras dimensões pela incorporação de novos elementos auxiliares do processo interpretativo-cognitivo, que conferiram conteúdos ampliados às atividades orientadas pelo Direito. Larenz optou por manter seu pensamento nos limites interpretativos do juspositivismo, conforme adverte Arthur Kaufmann: “[...] Karl Larenz, que também na 6ª edição da sua *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, apesar das numerosas críticas, insistiu nos critérios ‘clássicos’ da interpretação e que por isso não se dedica a uma verdadeira teoria jurídica da argumentação.” (2007, p. 71).

das pulsões ordenadoras e seu ingresso nos ambientes dotados de lâminas cognoscentes – foi socorrer-se numa *Filosofia transcendental*, a hermenêutica.¹¹⁴

A síntese resultante esses impulsos de busca da compreensão – aquele dos signos (a semiótica) e aquele da compreensão (a hermenêutica) – promete efetivamente contribuir para o desvelo da fenomenologia do descenso de legitimidade, na medida em que fornecem, ao pensador do Direito, ferramentas cognitivas transcendentais do dogmatismo e do juridismo e ensejam a elisão dos efeitos – que se prolongam no tempo jurídico e nas teorias que o definem – do positivismo jurídico e sua tentativa de manter o sistema jurídico refratário àquela faticidade realçada por Dieter Grimm, que rompe com os limites entre Direito e Política.

A necessidade de *renovação dos instrumentos* de análise, compreensão e materialização do fenômeno social nominado Direito já está determinada pelas sistêmicas e permanentes crises socioeconômicas, que muitas vezes, têm encontrado nele, Direito, o seu promotor e mantenedor, especialmente quando se dá aquele contubernio entre Direito e liberal-liberismo, tão apropriado ao exercício abusivo de determinadas liberdades que o sistema capitalista apresenta com seus fundamentos. Essas crises, de profundidade e abrangência universais, não eram explicadas e nem sequer compreendidas pelos representantes da *intelligentisia* jurídica, que delegava aos representantes de outras *ciências* a diagnose e prescrição de soluções. Ihado o Direito, restava às ciências auxiliares introjetar, ao custo de muitas críticas, um raio de reflexão capaz de oxigenar o asfíxiante mundo do Direito. Eis aí a passagem para filosofia da compreensão.

Segundo Ernildo Stein, temos, porém, de reconsiderar o “modo como é pensada a Filosofia como um corretivo para o positivismo e o dogmatismo no Direito.” Ele extrai, do impasse em que vê o Direito, uma necessária admoestação (2004, p. 154):

¹¹⁴ Quem assim qualifica a *hermenêutica* é Arthur Kaufmann: “Todavia, na sua essência, a hermenêutica *não é um método*, mas sim *Filosofia transcendental*. Já o era em Schleiermacher e também o é nos posteriores genuínos hermenêuticos, como sejam Dilthey, Gadamer e Ricoeur. **Ela é Filosofia transcendental no sentido de que indica as condições gerais da compreensão do sentido.** Enquanto tal, não prescreve nenhum método. Apenas diz, sob que pressupostos, se pode compreender algo no seu sentido. E visto não existir nada inacessível ao espírito interpretante, a hermenêutica tem carácter universal.” (2007, p. 67,68). Grifos nossos. O adjetivo *transcendental*, assim aplicado, exigiria um adendo feito por Ernildo Stein, quando se refere ao conceito de *transcendental não-clássico*, liberto das “amarras da subjetividade para lhe dar uma função de fundamentação no sentido de elemento organizador, estruturante e abrangente.” (2004, p. 159)

É privilégio de nosso tempo termos chegado a uma exacerbação do positivismo e a um superfatualismo nas tentativas de fundamentação. É por isso que estamos postos diante da alternativa: ou encontramos um modo de pensar a relação ente Filosofia e Direito em uma nova dimensão, ou permanecemos na corrida interminável de um Direito que se especializa para esconder o impasse de seu vazio.

É acertado reconhecer as dificuldades de comunicação com o seu entorno fenomenológico enfrentadas pelo Direito a partir do momento em que, para ser tratado como Ciência, converteu-se no depositário omissivo e inexpressivo de ideologias supostamente assépticas, impondo *habitus* e *consensus* apostasiantes dos valores intrínsecos ao *Lebensraum*, no qual se institucionalizou como *verbo* do Estado. Nessa gaiola jurídico-dogmática em que se meteu o Direito, suas práticas somente podem desenvolver pontes epistemológicas para vencer “o fantasma da positividade” se se acreditar na “possibilidade um compromisso intersubjetivo escondido numa determinada forma de descrição do mundo.” (STEIN, 2004, p. 155).

Dada a necessidade, constituinte das práticas jurídicas, de valorizar a *racionalidade* como método para convencimento de sua *validade e legitimidade*, a aceitação, pelo Direito, daquela passagem da interpretação jurídica para uma hermenêutica filosófica precisou ser imposta pela conjugação de dois fatos: (i) reconhecimento das insuficiências do modo jurídico-positivista de interpretação e governança dos fenômenos jurídicos e (ii) o oferecimento, pela Filosofia, de um *standard* ou vetor de racionalidade¹¹⁵ compatível com suas necessidades de justificação que, sem desconstruir sua identidade *científica* mas preenchendo as lacunas epistemológicas do discurso jurídico, lhe forneça elementos constitutivos, não apenas de um “campo conceitual e argumentativo ou lógico-metodológico, mas um espaço em se move o Direito e que é sustentado pelo modo como se realiza a Filosofia.” (2004, p. 156). Esse vetor de racionalidade seria encontrado, como se disse, na Filosofia hermenêutica.

Nesse *espaço em que se move o Direito*, a nova racionalidade determinada pelo processo hermenêutico de compreensão dirige-se contra o que Kaufmann chama de “conceito objetivista de conhecimento”, superando o esquema sujeito/objeto aplicado ao fenômeno da

¹¹⁵ Ernildo Stein assim conceitua “*standard* de racionalidade” ou “vetor de racionalidade”: “[...] se constitui como aquele núcleo de determinadas filosofias que se apresentam com algum tipo de transcendentalidade que poderá constituir a estrutura mínima do conhecimento e da experiência.” (2004, p. 152).

compreensão.¹¹⁶ A hermenêutica, como atividade intelectual-compreensiva não admite separar a *racionalidade* da personalidade do intérprete, conforme se extrai do excerto (2007, p. 68):

A compreensão é, antes, sempre *simultaneamente objectiva e subjectiva*; o intérprete insere-se no “horizonte de compreensão” e **não se limita a** representar passivamente o objecto na sua consciência **mas antes o conforma**, ou, noutros termos: não se limita a “subsumir” o caso na lei permanecendo completamente à margem deste processo, mas desempenha uma *papel conformador activo* na chamada “aplicação do direito”. (Grifos nossos)

Essa forma de filosofar, contudo, ganharia contornos bem definidos e *historicamente* situados pelo pensamento de Hans-Georg Gadamer, que inaugurou, com sua *hermenêutica filosófica*, uma práxis de interpretação na qual o interpretar não é visto como a “produção de um sujeito soberano”, revelando o realizar da compreensão nos termos heterônomos, como explicado por Kaufmann.

Citando Gadamer, pode-se voltar à questão do *texto*. Gadamer raciocina, em sua particular *hermenêutica*, a partir de e em direção à tradição histórico-conceitual compreendida a partir da *arte*, da historicidade da *condição humana* e também da *linguagem*, sendo que esta última é considerada como “um mundo intermediário” (2005, B, p. 390), pois se constitui na ponte para o próprio ser na medida em que, conforme aforismou o filósofo, “o ser que pode ser compreendido é linguagem.” (2005, B, p. 386).¹¹⁷

A compreensão referida se produz pela interpretação, o que nos remete à questão da linguagem e do texto jurídicos, para lembrar, com Gadamer, que o texto “somente se apresenta à compreensão no contexto da interpretação e aparece como uma realidade dada à luz da interpretação” (2005, B, p. 392). A interpretação no campo jurídico se abre, pela hermenêutica filosófica, ao reconhecimento anti-paradigmático (diante do dogmatismo imposto pelo juspositivismo) de que ela, interpretação, “leva à criação do texto”.

¹¹⁶ *Esquema sujeito/objeto* na dicção de Arthur Kaufmann: “[...] o sujeito cognoscente conhecerá o objeto na sua pura objectividade sem mistura de elementos subjectivos – o conhecimento como ‘reprodução’ do objeto na consciência.” (2007, p. 68).

¹¹⁷ Gadamer reconhece que o problema da linguagem é o seu “ponto de partida” para discutir a *profundidade do princípio dialogal* e sua relevância para a Hermenêutica Filosófica. Nesse sentido, formula relevante indagação: “Nesse contexto, pergunto como a comunidade de sentido que se produz no diálogo cria intermediação com a opacidade da alteridade do outro, e o que é em última instância a estrutura da linguagem: é uma ponte ou uma barreira? Uma ponte para a comunicação de um com o outro e construir identidades sobre o rio da alteridade, ou uma barreira que limita nossa auto-entrega e nos priva da possibilidade de expressar-nos e comunicar-nos plenamente.” (2005, B, p. 388)

Afirmar que *Direito é texto*, como feito alhures referenciando Karl Larenz, ou mesmo num sentido mais amplo, como aquele que lhe empresta Gregorio Robles¹¹⁸, é, então, reconhecer que essa última reflexão de Gadamer desvela parte da ideologia jurídica atrás referida e que é marcada pela constituição de *oráculos do Direito* que, interpretando o texto da lei, refazem-na, sabendo que a realidade pode ser o resultado da própria interpretação (2005, B, p. 391).

Essas reflexões sobre texto, linguagem e interpretação obrigam o pensamento a reconhecer, agora por outra via, o caráter marcadamente ideológico das formas de produção normativa e, assim, refinar o entendimento quanto às opções jurídico-políticas que conformaram o juspositivismo, especialmente o seu caráter textual e monopólico da produção do Direito. Escrito e reescrito pela *interpretação oracular*, o Direito “apresenta, portanto, o risco de ser apenas o instrumento de uma minoria, próxima do poder, o que o detém.” (ROULAND, 2003, p. 32).

Contra esse risco, a hermenêutica filosófica instrumentaliza a abertura do Direito e, com isso, produz rico material para outras frentes de trabalho teórico, a exemplo das *teorias da argumentação jurídica*. Assim como há razão em Kaufmann ao afirmar que a “hermenêutica não é teoria da argumentação, mas exige-a”, também há razão em pensar que essas teorias colhem da hermenêutica filosófica parte expressiva de seus argumentos. Hans-Georg tinha plena consciência desse papel indutor da hermenêutica filosófica, ao ponto de ter frisado “a tarefa crítico-emancipatória da reflexão hermenêutica.” (2005, B, p. 528).

8.1.2 Teorias da razão e da argumentação jurídicas

A afirmação de Gadamer sobre a linguagem como “meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão” (2005, p. 497, A), sugere uma síntese que remonta ao pensamento de Cassirer sobre o Homem além da razão e mergulhado num universo simbólico cuja interpretação, compreensão, bem como a transmissão dessa

¹¹⁸ Em sua obra “Direito como texto”, Robles afirma: “A prova palpável de que o direito é texto está em que todo ordenamento jurídico é suscetível de ser escrito, isto é, de ser convertido em palavras. Até mesmo as normas que não nascem escritas, aquelas que são consuetudinárias, têm essa característica. O direito é *linguagem* no sentido de que sua forma de expressão consubstancial é a linguagem verbalizada suscetível de ser escrita. Isto parece especialmente no direito moderno, que já nasce escrito.” (2005, p. 2). A *teoria comunicacional* desenvolvida por Robles têm fundamentação metodológica na *filosofia hermenêutica*, ainda que Gadamer, e mesmo Heidegger, sejam tão pouco citados nos quatro ensaios que compõem a obra.

compreensão, tendem a ser autoritárias¹¹⁹, tanto em relação ao *objeto* quanto ao *sujeito*. A formulação teórica de Pierre Bourdieu acerca do *poder simbólico* e do *arbitrário cultural*, atrás lançadas, que têm na *linguagem* uma das suas formas de expressão, explicam esse viés autoritário de modo menos sutil do que aquele extraível das reflexões de Gadamer.

Quando se adquire uma compreensão do *algo*, o que se dá por um *método* já conformado por pré-juízos, o sujeito cognoscente é induzido – pela dinâmica comunicacional e em razão da convicção quanto à verdade de sua interpretação – a tentar persuadir o *outro* interlocutor (a quem ele enxerga como um auditório, no sentido perelmaniano) quanto à superioridade desse juízo. Tal se dá por um certo caráter *emocional* da natureza humana impulsiona o sujeito cognoscente a *persuadir* o outro sujeito – a quem ele enxerga como *auditório*, no sentido perelmaniano – quanto à superioridade de seu *juízo*. Persuadir, na definição de Kuhn, é convencer alguém de que o nosso ponto de vista é superior e por isso dever suplantar o seu (2001, p. 249). Esse é um processo que, premido entre a razão que elabora o pensamento e a emoção que deseja *vencer*, tem sido objeto de preocupação do jurista – cuja principal tarefa é o *respondere* (COING, 2002, p. 306) – e também de outros pensadores, cujas preocupações intelectuais atravessam o Direito.

Neste ponto da exposição, far-se-á brevíssima incursão sobre as diferentes teorias que dão tratos à questão acima. Será adotado, ao menos parcialmente, o ponto de vista de António Braz Teixeira, que nomina de *teoria da razão jurídica* os esforços teóricos que, sustentados na lógica jurídica, na retórica e na dialética, pretendem conferir racionalidade a esse processo de *persuasão*. A exposição será meramente descritiva e não crítico-analítica. A hermenêutica jurídica será tratada à parte, como foi, porque, com o instrumental da hermenêutica filosófica, seu realizar-se se desprende de certos parâmetros presentes nestas teorias, como a lógica, e lhe conferiu, a nosso ver, *status* diferenciado, conforme exposto acima. Plural de *teoria* porque desse *pensamento* sobre a argumentação jurídica para fins de persuasão surgem retóricas com distintos fundamentos e teleologias.

¹¹⁹ Friedrich Nietzsche, segundo Gadamer, coloca a *interpretação* a serviço da *vontade de poder*: “Nessa questão [busca pela essência da verdade ou pelo sentido do ser], Nietzsche teria sido mais radical. Seu conceito de interpretação não significa a busca de um sentido simplesmente dado, mas a posição de sentido a serviço da ‘vontade de poder’.” (2005, B, p. 384). O autoritarismo acima referido está derivando, claro, unicamente do caráter *criador* reconhecido à interpretação, conforme se extrai de Gadamer, e que traduz o que atrás se referiu como parte ideologia jurídica apropriada pelos *oráculos do Direito* no ambiente juspositivista. Há uma natural carga de impositividade no processo interpretativo, e Gadamer a sublinha ao perguntar, v.g.: “Será que essa idéia significa que interpretar é *impor* um sentido e não *encontrar* um sentido?” (p. 392), e também ao afirmar que “é frequente que seja a interpretação que leva à criação crítica do texto.” (p. 393).

8.1.2.1 Argumentação e Retórica da legitimação: novos auditórios

Ciente das possibilidades crítico-emancipatórias da hermenêutica filosófica, Hans-Georg Gadamer afirma que “ainda não se reconheceu suficientemente o âmbito que a hermenêutica partilha com a retórica, a saber, o âmbito dos argumentos persuasivos (e não aquele que obriga a uma conclusão lógica).¹²⁰” (2005, B, p. 530). Como referido atrás, partindo de Kaufmann, há uma relação de dependência entre a hermenêutica jurídico-filosófica e a retórica.

Linguagem e forma discursiva fazem parte das técnicas de construção da realidade Humana desde que o Homem desenvolveu habilidades intelectuais para manipular signos lingüísticos, lugar da percepção de que havia outras formas de persuasão além, eventualmente, da força física. Se no *início era o ato* (e era, em verdade¹²¹) esse somente se revelou a partir do momento em que se tornou *verbo* capaz de veicular idéias compartilhadas e, portanto, apto a projetar – pelo *texto* e sua *apresentação* – sobre o sujeito cognoscente novas percepções criadoras.

Uma das faces mais reveladoras do ideologismo produzido pela tradição jurídica ocidental pode ser percebida na tentativa de tratar as pulsões ordenadoras de modo *autoritário* e *redutor*

¹²⁰ Gadamer complementar seu raciocínio com a seguinte sentença: “[...] É o âmbito da práxis e da humanidade como tal, que **não encontra** sua tarefa onde vige a violência das ‘conclusões ferrenhas’, as quais exigem submissão incondicional, nem tampouco onde a reflexão emancipatória está certa e segura de seu ‘entendimento contrafático’. Sua tarefa está, antes, onde as partes em conflito podem chegar a uma decisão pela reflexão racional.” (Grifos nossos) Gadamer formula, aqui, uma crítica direta a determinado pensamento de Jürgen Habermas, adepto da “pressuposição fundamental do *entendimento contrafático*”. Gadamer contempla a hermenêutica filosófica como uma atividade intelectual que, sendo racional, tem como matéria-prima processos irracionais em diferentes níveis e pode conduzir a um *acordo persuasivo* a ser construído pelas partes em conflito; partes que buscam chegar a uma decisão pela reflexão racional que não prescinde da “arte de falar e de argumentar. Quando reconhece que Habermas confere relevância construtiva ao “entendimento contrafático”, Gadamer afirma: “De minha parte, contraponho-lhe meu profundo ceticismo frente à **supervalorização do pensamento filosófico** na sua aplicação a uma função dentro da realidade social. Ou, dito de outro modo, meu ceticismo dirige-se contra a **supervalorização irreal da razão** em comparação com as **motivações emocionais** do ânimo humano.” (2005, p. 529). Grifos nossos.

¹²¹ A tradição empresta ao *verbo* o poder criador, no que está simbolicamente correta. Contudo, antes do *verbo* havia o *ato*. A grande *criação* se deu pela captura e expressão do sentido desse *ato* a partir de símbolos compartilhados pela comunidade que presenciava ou participava do *ato*. Nesse sentido: “O Fausto de Goethe diz muito acertadamente: *In Anfang war die Tat* (‘No começo era o Ato’). ‘Atos’ nunca foram inventados, foram feitos. Já os pensamentos são uma descoberta relativamente tardia do homem. Primeiro ele foi levado, por fatores inconscientes, a agir; só muito tempo depois é que começou a refletir sobre as causas que motivaram sua ação. E gastou mais tempo ainda para chegar à idéia absurda e disparatada de que ele mesmo se devia ter motivado, desde que seu espírito era incapaz de identificar qualquer força motriz senão a sua própria.” (JUNG, 1977, p. 81).

partindo da unificação da fonte formal do Direito e também da imposição de um sistema dito *fechado e auto-referente*, que se projeta a partir de signos lingüísticos produtores de uma linguagem pretensamente unívoca. Efeito desse modo de pensar o Direito foi o isolamento desse próprio Direito, inclusive em sua forma de expressão, a linguagem jurídica sustentada num raciocínio lógico-formal que se cria dotado de uma certa *pureza* e refratária à *imensa riqueza da realidade*.

Esse aspecto do discurso jurídico e sua linguagem jamais passou despercebido pelos estudiosos do Direito como aquilo que ele é: fenômeno mergulhado na realidade social, desde a sua concepção – que se conforma a partir das pulsões ordenadoras no campo *político* – até a sua integração à mesma realidade que lhe deu origem, que já não será propriamente a mesma, uma vez que a transformou. Decerto orientado por essa percepção, Fritjof Haft afirma (2002, p. 314):

A linguagem do direito não se pode libertar da imensa riqueza da realidade. Ela permanece **refém da linguagem** corrente. Tem de retratar aquela riqueza ilimitada com meios limitados e qualificá-la através de valorações (realidades adicionais de ‘tipo mais elevado’). Esta descoberta **exclui a univocidade**; a linguagem – **e, como tal, também a linguagem do direito** – tem de ser equívoca/plurívoca. (Grifos nossos)

Diferentes eras implicam em diferentes linguagens, o que implica no reconhecimento de uma pluralidade de auditórios. Essas circunstâncias da realidade sociopolítica com a qual o Direito interage, desde que foi postado como institucionalização do Poder político, historicamente exigem formas de articulação do *pensamento jurídico* capazes de conferir maior indispensável racionalidade e maior eficácia e às pulsões reguladoras e corretoras.

Por essa razão jamais perdeu relevância, no âmbito das teorias e práticas jurídicas, o que os Medievais conheceram como *Ars Dictamini* e *Ars Aregendi*, já referidas atrás, e que tratavam das *artes retóricas* e também da *teoria da fala em público*. Essa tradição prossegue até nossos dias, pois o Direito se funda na *persuasão*, na constituição daquilo que Gadamer nomina *acordo persuasivo*. Nos Estados ditos democráticos, a persuasão se obtém pela via dialogal, na qual a linguagem, tratada pela hermenêutica filosófica adquiriu valor fundamental, especialmente em suas formas auxiliares ao papel da dogmática jurídica.

Uma das primeiras teorias da argumentação no Direito, nesse sentido de superação da *univocidade* juspositivista pela busca de uma construção dialógica, foi desenvolvida por

Theodor Viehweg¹²² que, segundo N. Horn, “difundiu o desenvolvimento da moderna teoria da argumentação na ciência jurídica e estimulou idéias teórico-linguísticas.” (2005, p. 337). Apoiando-se no pensamento aristotélico, Viehweg caracteriza o pensamento jurídico – na teoria e na sua práxis – como uma “ponderação de argumentos” que se projetam num “processo intelectual dialético de prós e contras em consideração a um problema jurídico ser resolvido” (2005, p. 337). A doutrina entende que Viehweg, com essa estrutura lógica, conferiu à *tópica* o caráter de *pensamento argumentativo orientado num problema*, conforme nota Norbert Horn.

Ponto alto da reflexão de Viehweg está na sua demonstração de inadmissibilidade do pensamento subsuntivo que marcava o pensamento jurídico na matriz juspositivista, incapaz de conferir fundamentação última a qualquer argumento, uma vez que o *sistema jurídico* é axiomáticamente autoritário.

Aquele espírito de enfado com as impossibilidades crítico-emancipatórias determinadas pelo pensamento juspositivista (especialmente no pós-guerra dos anos 1950), que orientou Gadamer em sua hermenêutica filosófica e tantos outros, como decerto o próprio Viehweg em sua *tópica*, inspirou o pesquisador belga Chaim Perelman a buscar a substituir o discurso demonstrativo de matriz lógico-cartesiana pelo recurso argumentativo, como forma de obter *adesão*. Perelman¹²³ e Olbrechts-Tyteca defendem que “toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual.” (1996, p. 16). Trata-se de uma proposta que, objetivando adesão pela persuasão, afronta os pressupostos do *consenso* almejado pela lógica formal fundada em sistemas fechados dotados de axiomas auto-referentes, os quais, uma vez *demonstrados*, exigem, não *adesão espiritual*, mas obediência comportamental a partir de um *convencimento* que tem como pressuposto quase sempre a hipótese coercitiva.

Uma das mais belas imagens de Perelman e Olbrechts-Tyteca está no que eles nominam “contato dos espíritos” que remete, como sublinha Cláudia Sevilha Monteiro, ao “aspecto interativo inevitável da relação orador/auditório” (2006, p. 60). Da obra clássica, *Tratado da*

¹²² Eis o que Hans-Georg Gadamer pensava a respeito, incluindo o trabalho de Viehweg: “Também no campo da jurisprudência, pelo no que diz respeito ao espaço de língua alemã, o aspecto hermenêutico adquiriu um novo impulso. Enquanto um problema de concretização do direito, o aspecto hermenêutico ocupa sempre seu lugar como complemento da dogmática jurídica [...]. Além disso, foi sobretudo na obra de Th. Wiehweg (*sic*) e de K. Maihofer que iniciou uma nova reflexão sobre a peculiaridade do conhecimento jurídico, reivindicando para isso o antigo conceito retórico da *tópica*.” (2005, B, p. 501)

¹²³ Hans-Georg Gadamer afirmou:

argumentação – A nova retórica – se extrai reflexões sobre elementos imprescindíveis à mediação exigida para formar “uma comunidade efetiva dos espíritos”. Os autores referem que o mínimo indispensável à argumentação parece ser a “existência de uma linguagem em comum, de uma técnica que possibilite a comunicação.” (1996, p. 17).

Auditório, no pensar argumentativo de Perelman e Olbrechts-Tyteca, é *o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação* (1996, p. 22). Como em Viehweg, estão presentes no pensamento dos autores belgas as idéias de Aristóteles e de Cícero, fontes do referido conceito de *auditório*, derivado em três apresentações construídas pelo próprio orador: (i) o *universal* (“constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais”); (ii) o fisicamente dual (“formado, no diálogo, unicamente pelo *interlocutor* a quem se dirige”) e (iii) o reflexivo (“constituído pelo próprio *sujeito*, quando ele delibera ou figura as razões de seus atos”).

O *auditório universal*, categoria fictícia concebida para fins *argumentativos*, torna-se referência em face do *auditório particular* (o indivíduo que delibera consigo mesmo ou o interlocutor do diálogo): “Daí a importância primordial do auditório universal enquanto norma da argumentação objetiva, pois o parceiro do diálogo e indivíduo que delibera consigo mesmo não são mais que encarnações sempre precárias.” (1996, p. 34).

Observação de Cláudia Servilha Monteiro, analisando assertivas de Perelman e Olbrechts-Tyteca, diz que “os argumentos utilizados diante de um auditório universal desfrutam de maior valor frente aos que são utilizados diante de um auditório particular” (2006, p. 64). Tal se dá porque há uma reconhecida *fraqueza relativa* nos argumentos que só são aceitos por auditórios particulares; o que é determinante, para o orador, do desenvolvimento de um discurso capaz de, superando as particularidades, obter um *acordo do auditório universal*.

Também se debruçou sobre a *argumentação* como meio de persuasão no campo jurídico o pensador alemão Robert Alexy. Em sua principal obra sobre o tema – *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica* – ele já revela que partirá das teorias da argumentação prática geral, projetando-as sobre o campo do Direito, , método que o leva ao reconhecimento – que ganha relevo em sua tese – de que o *discurso jurídico* (argumentação jurídica) constitui um “caso especial do discurso prático geral, isto é, do discurso moral”, conforme sublinha Manoel Atienza (2006, p. 160).

O problema que motiva Alexy é o da fundamentação das decisões jurídicas, o *quebra-cabeças* que tem desafiado, em diferentes níveis e por diferentes causas, todos os que transitam pelo ou fazem do Direito o seu lugar de reflexão. Após explicitar que partirá da análise de algumas teorias do discurso prático – onde posiciona Ch. L. Stevenson, St. E. Toulmin, J. Habermans, C. Perelman e outros – para demonstrar a presença de uma teoria geral do discurso prático racional e, partindo dessa reflexões, “esboçar as linhas fundamentais de uma teoria do discurso jurídico racional”, Alexy afirma (2005, p. 56):

Assim fica claro o que se pretende fazer. Antes de tudo, são necessários estudos analíticos sobre a estrutura argumentativa das diferentes decisões e as discussões científicas sobre as regras seguidas e formas de argumentos usados nas diversas áreas jurídicas; sobre a estrutura da argumentação em decisões sucessivas; assim como sobre a estrutura da argumentação no processo. Essas investigações analíticas devem ser completadas com investigações sobre a ação de tomar uma decisão jurídica.

Trata-se de um ambicioso desafio, ao ponto de o próprio autor, que o enfrenta, reconhecer que “pode ser um defeito” o fato de, no livro em questão, ele não se desincumbir da tarefa, cujo resultado lembra certo viés teleológico perceptível na obra de Niklas Luhmann (em que pesem certas divergências metodológicas entre os autores), ao ponto de Atienza afirmar que, na estruturação de seu pensamento, Alexy se apropria da teoria do procedimento, no caso, habermasiana (2006, p. 163), mas conectada com certa visão procedimentalista-estruturante luhmanniana.

Uma das críticas mais fortes à tentativa de Alexy de “formular um código da razão jurídica” (ATIENZA, 2006, p. 204) refere-se à instrumentalidade ideológica a que estão expostas suas teorias da argumentação e da justificação jurídicas. As portas a essa possível utilização ideológica – de resto igualmente hipotética em relação qualquer teoria jurídica – estariam na conexão conceitual que Alexy defende existir entre o Direito e a Moral. Essa conexão teria, diz Alexy, um caráter *definicional* quanto ao sistema jurídico (no sentido de *ordenamento jurídico*) e um caráter *qualificador* em relação às normas e decisões jurídicas consideradas individualmente. Em que pese essa força *definidora* e *qualificadora*, Alexy reconhece a possibilidade de, *v.g.*, decisões judiciais serem viciadas não só moralmente, ainda que se possa reconhecer “caráter de decisão judicial válida” (2005, p. 213).

Essa assertiva de Alexy (quanto à conexão conceitual necessária entre Direito e Moral) enseja a pergunta de Atienza: “Mas, então, de que vale dizer que existe uma conexão conceitual necessária entre o Direito e a moral?” O que Atienza acentua é o aparente paradoxo no fato de que, para além da referida conexão, Alexy possa falar de “Direito injusto”, “norma jurídica injusta” ou “decisão jurídica injusta”. Nessa reflexão, prossegue o autor espanhol (2006, p. 205):

Não seria preferível partir de uma noção mais forte da moral – que inclusive poderia se basear numa ética discursiva – que, evidentemente, não permitiria explicar de modo satisfatório, – mas tampouco justificar por si só – o Direito positivo, porém apenas julgá-lo como menos ou mais valioso conforme o seu grau de aproximação em relação à moral?”

Talvez o fundamento dessa crítica esteja, não apenas nessa pretensa “conexão conceitual necessária”, mas naquele otimismo percebido por N. Horn: “As exposições de Alexy são levadas pelo otimismo de que, na aplicação correta das regras de argumentação jurídica (cânones), a justiça do resultado estaria assegurada.” (2005, p. 339).

No livro que Atienza usa para analisar e criticar as formulações de R. Alexy, ele trata também de T. Viehweg, Chaim Perelman e Neil McCormick. Esse último apresenta em sua obra uma visão da tradição anglo-saxã, na qual se inscrevem nomes com Herbert L. A. Hart. De sua obra, destaca-se seu livro *Retórica e o Estado de Direito*. No referido livro, Atienza também formula seu *projeto de uma teoria da argumentação jurídica* (2006, p. 211).

8.1.2.2 Razão, Comunicação e Consenso

Discurso, argumentação, retórica são veículos de similitudes semânticas e estão a indicar a dinâmica comunicacional que se projeta sobre outrem a fim de construir consensos. A Politologia tem estimulado a Filosofia a se debruçar sobre esses fenômenos, como atrás visto, e de tal modo que, à semelhança das teorias acima, algumas há que se buscam distinguir por uma alegada especificidade discursiva-racional, distintiva de outras que seriam retórico-argumentativas. A questão é quase bizantina, pois, ao fim e ao cabo, trata-se do mesmo objeto a partir de idênticos instrumentos. Alteram-se as propostas metodológicas, a semântica e as vaidades intelectuais de cada autor.

Jürgen Habermas certamente é o principal expoente do *pensamento jurídico* que relaciona *ética discursiva* e *comunicação racional*, tendo colocado si próprio a “tarefa de obter conteúdos verdadeiros ou corretos a partir do processo de *comunicação racional*.” (KAUFMANN, 2007, p. 410). Para tanto, Habermas dedicou-se à construção teórica que nominou *teoria do agir comunicativo*, segundo alguns autores numa tentativa de “uma nova fundamentação da teoria crítica da sociedade” (2005, p. 338), o que revelaria suas raízes intelectuais no pensamento de Horkheimer, Adorno, Marcuse e outros que desenvolveram as teorias fundadoras da *Escola de Frankfurt*.

Decerto ecos da *teoria crítica* conformadora do pensamento primeiro de Habermas podem ser extraídos de seus textos, especialmente aqueles a respeito do *agir comunicativo* e que refletem sua preocupação com a supervalorização da teoria da ciência em detrimento da teoria do conhecimento, o que representaria grande ameaça ao *mundo da vida* (*Lebenswelt*, neologismo alemão criado por Husserl), que urge ser resgatado dos equívocos do *pensamento Moderno* que, no dizer de Habermas, o coloniza-o e o desmoraliza (PIZZI, 2006, p. 20).

Das suas angústias frankfurtianas, determinantes de um certo pessimismo que marcou o pensamento de seus mestres, Habermas extraiu reflexões reativas, das quais se sobressai a sua *ética discursiva*, desenvolvida em sua parceria intelectual e debates com Karl-Otto Apel, e que recebe o seguinte esclarecedor comentário de Teixeira (2006, p. 302):

Tal ética baseia-se na idéia de que as nossas pretensões de validade , para serem racionalmente fundadas, deverão receber assentimento de uma comunidade ideal ilimitada de discussão, visto este ser o processo de validação argumentativa das nossas motivações e convicções práticas, uma vez que só a intersubjectividade da discussão permite apreciar, realmente e de modo imparcial, em que medida as conseqüências da aplicação de uma norma poder ser aceites sem constrangimento ou coerção.

Essa ética seria socialmente projetada a partir da reconstrução do projeto filosófico da modernidade e deslocando a racionalidade do *sujeito* para o processo comunicativo, conforme destacado por Cláudio Pereira de Souza Neto, que também entende que Habermas “deriva a possibilidade de uma razão comunicativa da capacidade de o ser humano agir buscando se entender com o outro com quem dialoga.” (SOUZA NETO, 2006, p. 137, 138).

Angustiado com o que nomina “colonização do mundo da vida” e sua racionalidade isolacionista e individualista, determinada pelas formas Modernas de agir político comumente

orientado para práticas econômicas, Habermas vai considerar imperativo resgatar a *comunicatividade* como meio de elidir essa colonização (1987, p. 502, 503) e inserir, no ambiente-fonte da normatização estatal a sua *ética discursiva*, expectativas racionais de combate à *racionalidade-funcionalista* que marca a Modernidade. Por esse caminho, crê, Habermas, o Poder político haverá de se abrir para as formas de comunicação, descentralizando o poder e possibilitando superar os impasses em que se encontra a Política e o Direito.

Outro autor que tem desenvolvido estudos que podem ser qualificados como teórico-discursivos fundados numa razão extraível dos elementos comunicacionais é Gregorio Robles, já referido. Sua obra *O Direito como texto* traz a proposta de uma teoria comunicacional do Direito, visto pelo autor como um meio de comunicação social (2005, p. 78).

Há uma certa obviedade em considerar o Direito como um sistema de comunicação. Contudo, Robles pretende extrair desse truísmo conclusões que se aproximam de postulados positivistas, ainda que mitigados por uma discreta vinculação ao que ele nomina de *moral elementar*:

[...] O direito é um sistema de comunicação, cujas unidades de mensagens são as normas. Trata-se de um sistema de comunicação prescritivo, ordenador, razão pela qual suas unidades elementares (as normas) são expressões lingüísticas prescritivas. A análise de tais normas revela sua heterogeneidade lingüística (em oposição à tradicional idéia da homogeneidade de todas as normas como norma de dever ser). O direito é, além disso, um sistema de comunicação institucionalizado e coativo, e aqui se diferencia radicalmente da moral (ainda que o direito não possa contrariar a moral elementar.

Trata-se de uma teoria assemelhada àquelas atrás referidas, pois vê no Direito o *texto* a partir do qual e pelo qual os Homens estabelecem *comunicação*, constituindo o discurso, a fala, a retórica como instrumento de construção do mundo da vida, colocando a ordem jurídica como elemento de fato comunicacional, e não meramente coercitivo, uma vez que pela comunicação pode se obter *consenso*.

Finalizando, há uma questão que permeia todas as teorias acima e que se pode chamar de *idealidade*. O Direito visto como a resultante das pulsões ordenadoras submetidas às pulsões reguladoras e corretoras já está posto e, portanto, nas deliberações do primeiro caso, parcialmente *produzido*, vindo a se integrar à realidade social (*Lebenswelt*) ou por adesão consensual do seu destinatário geral, ou por coerção estatal. Quando as teorias orbitam as

funções jurídicas a partir de um texto jurídico obtido pelas vias axiológico-transformadoras referidas atrás, o texto já vem ideologizado, o que torna pouco factíveis certos exercícios de que dependem a materialização de certos postulados teóricos.

Essa idealidade, sobre a qual os autores acima teorizam, tem sua utilidade teórica e retórica (autores buscam adesão às suas idéias), e se expressam em conceitos como “situação ideal de discurso”, “comunidade de comunicação ideal” e “auditório universal” que, no dizer de Kaufmann, não existem e nunca existirão, tudo acontecendo apenas nas operações mentais dos éticos do discurso. Kaufmann ainda observa que “este processo mental, que é tão fictício como é fictícia a teoria do contrato social, é puramente formal, sem conteúdo; como salienta *Habermas*, na de ‘exterior’ deve intervir no processo.” (2007, p. 413, 414).

8.1.3 Há Direito nos Princípios

Outra vertente teórica surgida no impulso de contornar o dilema posto pelo Direito conformado entre jusnaturalismo e juspositivismo tem seu expoente em Ronald Dworkin, que desenvolveu com maestrias o pensamento jurídico sobre a teoria dos *general principles of Law* (princípios gerais de Direito). O núcleo do pensamento está na distinção que fez Dworkin – naturalmente, no contexto do Direito anglo-americano – entre *principles* e *rules* (princípios e regras jurídicos).

O ataque de Dworkin ao positivismo jurídico se dá, primeiramente, pela *divergência teórica no Direito* revelada no que foi percebido como uma *ausência filosófica* no ambiente da academia e da práxis jurídica norte-americanas, que se mantinham estabilizadas sobre a idéia do *Direito como simples questão de fato*.¹²⁴

O autor norte-americano se encontra diante das insuficiências teóricas do pensamento de seu mestre H. L. A. Hart, cujas formulações tinham empurrado as fronteiras do juspositivismo a

¹²⁴ Sobre o ponto de vista do Direito como simples questão de fato, assevera Dworkin: “Tal ponto de vista sustenta que o direito apóia-se apenas em questões de mero fato histórico, que a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado, que aquilo que denominei divergência teórica é ilusório e pode ser mais bem compreendido, enquanto argumento, não no que diz respeito à natureza da lei, mas sim àquilo que ela deveria ser. Os casos que usei como exemplos parecem oferecer um contra-exemplo do ponto de vista do direito como simples questão de fato: os argumentos nesses casos parecem remeter ao direito, não à moral, à fidelidade ou à reforma do direito.” (DWORKIN, 1999, p. 38)

partir das implicações de sua *regra de reconhecimento*.¹²⁵ Hart, apegado à analítica positivista, reconhece como obrigatórias apenas as *regras*. Como estas não alcançam todo o universo juridicizável, elas deixam *zonas de penumbra*, onde atuará a discricionariedade do julgador, fenômeno que se dá com especial freqüência nos nominados *hard cases*.

Kaufmann nota que, no ponto em que Hart termina, Dworkin começa, pois o *hard case* colocaria um problema de interpretação cujas demandas internas não seriam atendidas pela *pura analítica* hartiana. Determinando o Direito como um processo interpretativo, diante das *zonas de penumbra* Dworkin é levado a admitir não apenas as *rules*, mas também *general principles of Law*, com maior freqüência os valores fundamentais *justiça*, *Estado de Direito* e *fairness*, expressão que Teixeira (2006, p. 295) – comentando a *teoria da justiça* de J. Rawls – traduz como *lisura*, evitando a *equidade*, expressão que parece alterar o sentido do vocábulo original utilizado por ambos os autores.

Terminemos com o elucidativo comentário de Kaufmann sobre Dworkin e sua teoria:

Nesse sentido, ele concebe a sua teoria decididamente como um “general attack on positivism”. Dworkin vê a diferença entre “rules” e “principles” no facto de aquelas terem uma função de tudo-ou-nada não deixando por isso qualquer espaço de livre apreciação, enquanto que estes possuem uma dimensão de peso e importância.

8.1.4 Estudos Jurídicos Críticos

The Critical Legal Studies Movement (Movimento dos Estudos Jurídicos Críticos), tão pouco considerado na academia brasileira, apresenta proposta metodológica trans-disciplinar, entendendo que o a teoria do Direito deve se mostrar permeável a outras disciplinas, a exemplo da Antropologia e da Sociologia, que trariam para o Direito suas visões do Homem e permitiriam a superação da parcialidade hoje marcante nas doutrinas jurídicas.

Carla Faralli noticia que os *Estudos Jurídicos Críticos* se desenvolveram entre os anos 1970 e 1980 a partir da faculdade de Direito da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, tendo

¹²⁵¹²⁵ Segundo o próprio Herbert L. A. Hart: “A forma mais simples de remédio para a *incerteza* do regime das regras primárias é a introdução daquilo a que chamaremos uma ‘regra de reconhecimento’. Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce.” 2005, p. 104. Dworkin aclara o conceito: “[Hart] Afirmava que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de ‘regra de reconhecimento’) que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis.” (1999, p. 42).

como marco teórico o livro *Knowledge and Politics*, de Roberto Mangabeira Unger, que constitui o ponto de referência do Movimento juntamente com Robert Gordon, Morton J. Horowitz, Duncan Kennedy e Mark Tushnet. O livro de Mangabeira Unger, anota Carla Faralli, constrói uma “crítica radical àquele liberalismo que prescinde das relações entre os indivíduos em nome de um conceito de humanidade abstrata.” (2006, p. 32).

Kaufmann afirma que esse movimento combate a nominada *análise econômica do Direito* (*Economic Analysis of Law*) e também ao *positivismo jurídico empírico*. Por essas vias, seus teóricos atacam a “pretensão da dogmática jurídica de ser um método autônomo de determinação do direito e entende este como um conglomerado de regras sociais.” (2007, p. 78, 79).

Outra referência elucidativa está no pensamento de R. Gordon a respeito das feições alienadoras adquiridas pelas sociedades modernas, acentuadas pelo “*espírito de desilusão* diante dos estudos jurídicos” tradicionais (MORRISON, 2006, p. 542). O método utilizado pelos *Estudos Jurídicos Críticos* para espantar esse espírito através da crítica às teorias liberais que conformam a doutrina e a práxis jurídicas é sofisticado, sustentando-se em três pilares: o *trashing*, a *desconstrução* e a *análise histórica*.

Trashing é literalmente “a operação de desbastar” (FARALLI, 2006, p. 32), e descreve a técnica de desvelamento da ideologia contida no supostamente neutro *discurso jurídico*. A *desconstrução* é etapa subsequente do processo e implica em, desconstruindo o paradigma liberal, fazer emergir a “estrutura profunda” do liberalismo, o que “significa trazer à luz suas contradições internas, a partir daquela, mais importante e abrangente que todas as outras, entre indivíduo e comunidade, ou melhor, entre individualismo e altruísmo.” (2006, p. 33). Ponto alto da metodologia dos *Estudos Críticos*, a análise histórica desvela as origens, a genealogia das idéias jurídicas. A intenção é demonstrar, sublinha Faralli, que essas idéias “são historicamente dadas, isto é, se justificam no contexto social específico em que nascem e se exprimem.”

A grande antítese a ser combatida pelos *Estudos Jurídicos Críticos*, no amplo espectro da teorias liberais, está condensada na teoria da *análise econômica do Direito*, que radicaliza o *utilitarismo* e subverte certos postulados do pragmatismo jurídico, reforçando a idéia de um viés favorável ao liberal-liberismo que dele se pode extrair.

Em duas perguntas, Roberto M. Unger resume tanto o cerne das pretensões teóricas do Movimento que ajudou a fundar, quanto certos postulados da *Economic Analysis of Law*: “Por que o direito e a doutrina jurídica foram incapazes de passar da sua característica preocupação com o gozo efetivo de direitos para o reconhecimento e o desenvolvimento de oportunidades de transformação institucional? Por que acreditaram que a autodeterminação individual e coletiva depende de condições empíricas e revogáveis sem se devotar com maior ímpeto à análise e construção jurídicas das diferentes práticas e instituições capazes de preencher essas condições?” (2004, p. 51).

8.1.5 Teoria Estruturante de Fr. Müller

Abordagem igualmente propositiva de uma transformação das bases teórico-relacionais entre o Direito e a realidade que o conforma é a *teoria estruturante da norma jurídica e do Direito*, desenvolvida pelo professor Friedrich Müller, da Universidade de Heidelberg.

A *teoria estruturante do Direito* se desvia das concepções tradicionais da norma jurídica; ao contrário, subverte seu conceito para evitar a *enorme distância conceitual entre ‘norma’ e ‘realidade’* (MÜLLER, 2008, p. 95). O esforço intelectual do professor Müller é pluriconceitual, na medida em que se desvincula dos “cânones” que presumivelmente orientariam o pesquisador do Direito que, em contato com os universalismos metodológicos que tentam submeter as reflexões, se põe o desafio de ultrassar a milenar e paralisante dicotomia dogmática atrás referida. Nesse sentido, é do próprio professor Müller a observação (2008, p. 7):

Empreende essa tentativa [‘desenvolvimento de pontos de vista subsidiários, racionalmente verificáveis, fundamentados na teoria constitucional e adequados à práxis jurídica para a concretização de prescrições constitucionais’] mediante restrição ao problema da relação entre direito e realidade, tão carente de embasamento quão incontornável. Não elege para tal fim pontos de vista ontológicos, fenomenológicos, positivistas, decisionistas ou sociologistas nem envereda por vias médias de um sincretismo harmonizador de métodos, de mediação dialética, polar ou correlativa.

Para a tarefa, hercúlea como se vê, Müller faz repousar sua teoria sobre quatro pilares, conforme anotação feita por Olivier Jouanjan a respeito de observações do próprio autor:

“Um conceito de conjunto que compreende dogmática, metodologia, teoria (da norma) jurídica e teoria da Constituição e põe-nas em relação umas com as outras. Estas quatro áreas de trabalho desenham os terrenos materiais de atuação da teoria estruturante do Direito” (2007, p. 246).

Articulando esses três primeiros *terrenos materiais de operação* (dogmática, metódica e teoria da norma) com o quarto (teoria da Constituição), Friedrich Müller reconhece adequação no entendimento da sua teoria estruturante como uma *teoria estruturada da norma*, um daqueles elementos por ele nominados de *terrenos materiais de operação*. Porém, quando perguntado, nega que os outros *terrenos materiais* sejam instrumentalizados a serviço da *norma* (2007, p. 273).

As explicações que Fr. Müller apresenta para negar essa instrumentalização são reveladoras da natureza e da teleologia de sua teoria. Ele afirma que os demais *campos materiais* (dogmática, metódica e teoria da Constituição) são “campos de ação real dos poderes públicos e dos sujeitos privados, de todos que participam de uma ordem jurídica positiva (=ordenamento jurídico de um país).” (2007, p. 274).

Esses *campos* ou *terrenos materiais de operação* são, em verdade, campos de verificação da validade dos conceitos da teoria do Direito encerrados na *norma*. A teoria se projeta, portanto, não por meio de *instrumentos de controle*, mas convertendo aqueles *terrenos* em cuja superfície se pode “exercer, nos processos concretos”, o controle necessário.

A riqueza teórica apresentada pelo professor de Heidelberg parece demandar muita reflexão para dela se extrair balizadores metodológicos para a práxis jurídica, ainda mais quando se sabe que a expansão de novo paradigma do pensamento jurídico (conforme o próprio autor se refere à sua teoria), tem criados outras *estruturas* que ladeiam a *estrutura da norma*, a exemplo da *estrutura textual do Estado de Direito*, a *estrutura da validade* e a *estrutura da legitimidade do Estado Democrático de Direito* (2007, p. 275).

9 POSITIVISMO AXIOLOGICAMENTE ORIENTADO

9.1 HUMANA ANTÍTESE DA CRIAÇÃO HUMANA

A noção de *constitucionalismo*, com ou sem essa fórmula semântica, descende de uma atividade intelectual dirigida à institucionalização de limites à atuação do Poder. Evidente que o pressuposto do fenômeno é o ambiente *político institucionalizado*, no qual o Poder, assim como seus limites, são o resultado de razoável consenso ao menos retoricamente sustentável. Na barbárie, o Poder – legalizado ou não – se impõe por outras vias, desprezando qualquer hipótese de *constitucionalismo*.

Conforme se verá abaixo, a partir da Alta Idade Média o recurso a formas *constitucionalistas* de contenção do Poder se tornou instrumento de combate. As pulsões ordenadoras postadas no exterior dos centros de Poder – portanto, alcanças pelas pulsões ordenadoras dos que estavam no interior deste centro – necessitavam desenvolver teorias e institutos capazes de, senão viabilizar a regulação de suas pulsões, ao menos mitigar as pulsões cujos efeitos lhes eram, por vezes, portadores da elevada nocividade.

As considerações mais detidas, à frente efetivadas, sobre o ímpeto constitucionalista Moderno não podem olvidar o ímpeto de mesma natureza que marcou a Idade Média. E essas considerações sobre ambos os momentos serão melhor compreendidas após o registro de que já a filosofia jurídico-político da Antiguidade abria indagações a respeito dessa pulsão ordenadora em face do Poder.

Vimos já, com Maurizio Fioravanti, a presença de um espírito *constitucional* entre os Antigos. E, se distinta em sua semântica e apresentação, o fundamento mediato daquela fórmula concebida entre gregos e romanos, nessa ordem histórica, o fundamento imediato era a mesma pulsão ordenadora tendente a obter reservas de autonomia diante das pulsões derivadas do centro de poder.

Traduz-se essa pulsão de proteção (pela *ordem*) contra o Poder está há história da doutrina do *direito natural*, isto porque a procura do *justo* e da *justiça* pelos antigos se dava pelo perscrutar a *natureza*. Peter Kaufmann aponta para Aristóteles como “o verdadeiro fundador duma doutrina idealizante (ou melhor: moral) do direito natural” ao alicerçar a moralidade no conceito de natureza (2007, p. 34). Claro que se deve, aqui, notar que já na Antiguidade a *doutrina do direito natural* era seletiva e utilitária, dependente mesmo da *cultura*: por

natureza determinados tipos de homens não eram livres, sendo que eles mesmos reconheceriam a *justiça* de sua condição¹²⁶, pois o ócio da aristocracia necessitava de braços para realizar as tarefas. Essa circunstância já apontava para um conceito de *divisão de trabalho* e também apresentava sua justificativa.

É na obra de Aristóteles que a *justiça natural* (assegurada pela *lei natural*) ganha distinção em face da *justiça legal*, donde deriva a hipótese do *injusto legal*. Talvez por reconhecer sua existência na própria sociedade que tentava explicar, o sábio grego não identificou a hipótese de um *injusto natural*, ou seja, de uma diretriz derivada ou justificada em face da *lei natural* que fosse qualificável de *injusta*.

A potência das idéias gregas – platônicas e aristotélicas, mas também de outros gregos – se projeta nos séculos após sua morte, moldando pensamentos e instigando dúvidas e “criando pontes filosóficas” de Atenas para Roma e também do *direito natural* para o medieval, onde recebe as interpretações que o *Zeitgeist* de cada era propiciava. Kaufmann refere as sínteses de Agostinho (platônico) e de Tomás de Aquino (aristotélico) para notar que “ambos concordam em que uma norma humana, que esteja em contradição com o *direito natural*, ou até com o direito divino, não possui por princípio, como *Lex corrupta* que é, qualquer validade.” (2007, p. 36).

O que se almeja com essas reflexões é demonstrar que a doutrina filosófica do *direito natural*, cuja *geometria* foi concebida na Antiguidade, antecipa as doutrinas político-filosóficas e teológicas que dariam fundamento ao constitucionalismo Moderno e, por conseguinte, ao constitucionalismo que a filosofia contemporânea do Direito busca reformar. Esse *direito natural* estava na base filosófica justificadora, *verbi gratia*, do *due process of Law*, conforme vimos, assim como justificou o surgimento do *Leviatã contratado* por Thomas Hobbes para estabilizar as relações sociais no seu século, e em todas as outras teorias do contrato social. Os *founding fathers* norte-americanos valeram-se desse conceito para *constituir* sua nação, do

¹²⁶ “É evidente, portanto, que alguns homens são livres por natureza, enquanto outros são escravos, e que para estes últimos a escravidão é conveniente e justa.” (ARISTÓTELES, 2000, p. 151). A razão aristotélica, ao justificar a escravidão, verdadeiro instituto socioeconômico de sua época e de outras até bem posteriores, fundava sofisticados argumentos calcados na *superioridade* de uns em face de outros: “Por isso, aquele que pode antever, pela inteligência, as coisas, é senhor e mestre por natureza; e aquele que com a força do corpo é capaz de executá-las é por natureza escravo. Portanto, entre senhor e escravo existem interesses em comum.” (2000, p. 144). Não seria cinismo afirmar que o argumento antecipa e justifica doutrinas que vicejariam na Modernidade. Essa hipótese teórica em relação à portentosa obra de Aristóteles não tem sido destacada, o que sugere uma reverência talvez inibidora da crítica.

mesmo modo que, antes deles, o constitucionalismo inglês exigiu do rei o respeito a *direitos naturais* dos súditos e do mesmo modo que, após eles, os franceses retratados por Seyès em seu opúsculo fundaram a noção francesa de constitucionalismo – inserta na Declaração – a partir das noções daquele antigo *direito natural*.

O conceito de *direito natural* (postado numa dimensão sobre-humana) funcionou, então, como antítese do *direito positivo* (postado na sociedade pela ação do Homem), constituindo diques morais, políticos e jurídicos às movimentações dos titulares da *soberania real* ou *oculta*, agentes diretos e indiretos do Poder e se posicionando como um valor universal. Ocorre que essa pretensão de universalidade dos postulados do *direito natural* era obstada pela expressão material – ainda que retoricamente obliterada – da sua apropriação pelos representantes dessa soberania real, que aparelham as estruturas políticas implementadoras daquele direito para privilegiar a *res privata*. Afinal, sob a ótica do escravo de Aristóteles, do plebeu e do peregrino (estrangeiro) de Roma, do servo das glebas medievais, do burguês francês antes da Revolução, do operário da Manchester do século, qual era o *direito natural*?

O *direito natural* converteu-se, historicamente, na justificativa dos excessos do Poder veiculados nos enunciados normativos de produção humana. Intermitentemente, porém, seus conceitos foram revestidos de caráter libertário e ele funcionou como aríete contra os regimes opressores. Nessas pulsões libertárias, o *direito natural* – concebido como direito sobre-humano e, portanto, com autoridade para se impor ao direito *escrito* ou simplesmente *praticado* pelo homem (nesse sentido, *positivo*) – introduziu-se não apenas na “lei”, *strictu sensu*, mas naquele nível de ordenamento que receberia a função de determinar forma e conteúdo das leis, a nomina Constituição, referida, por exemplo, no artigo 16 da Declaração francesa, já tendo inspirado os fundadores da nação norte-americana e seu *constitucionalismo*.

Essas vias foram usadas para fazer da Constituição o principal produto da onda juspositivista que varreu a Europa a partir dos fins do séculos XVIII, ao ponto de – superada fase das codificações e do flerte com a normatização totalizante por ela prometida – se converter em verdadeiro *positivismo jurídico fundamental* na medida em que, inoculado por direitos e garantias apresentados como derivados de uma *ordem natural*, instalou no mundo Político um núcleo um balizador do próprio Poder por meio da fixação, ao menos parcial, forma e conteúdo da legislação *infraconstitucional*.

Resultante do ingresso da razão iluminista na arena política, a idéia de lei – e especialmente da lei *qualificada*, a constituição – como fruto do labor intelectual do Homem vai alterar substancialmente as causas fundadoras da sociedade: tudo o que a compõem, até certo momento histórico guiado por Deus, passa a ser *objeto* do pensamento e da ação de Homens. Assim se realizaria a autocapacitação que o Homem Moderno se deu para alcançar, moto próprio, a segurança existencial que lhe faltava enquanto a sociedade se curvava ao tencentrismo, a liberdade individual, a justiça e até a própria felicidade (exposta como *objetivo* político na Constituição norte-americana).

A capacidade humana de produzir suas próprias leis se converteria, portanto, no dique protetor contra as pulsões despóticas. Olivier Nay, citando Rousseau, Mably, Locke e Montesquieu, destaca quatro argumentos a sustentar essa assertiva: (i) a lei humana pode permitir apagar maus costumes e fazer nascer novos costumes amigáveis aos direitos relacionados às liberdades humanas; (ii) ela é um poderoso instrumento de ordenamento social, pois permite regular *harmoniosamente* as relações entre diferentes componentes da sociedade, convertendo-se, assim, na garantia da paz social; (iii) a lei é uma fonte de moderação política, servindo de garantia contra abusos absolutistas e (iv) a lei é um instrumento de justiça e liberdade (2007, p. 245, 246).

Tendo como ponto de partida a razão, o indivíduo e a liberdade (a segunda trindade atrás mencionada), o Iluminismo impulsiona e amplia a idéia *constitucionalista* vigorosamente presente já nos séculos de formação do “Estado” eclesiástico. O reconhecimento de que “a lei é uma obra da vontade e da razão”, e não uma “herança da tradição” (NAY, 2007, p. 247), fortalecerá, em seguida ao principal fato político impulsionado pelos iluministas, o fervor jurídico-positivista expressado nas *codificações*. A crença na lei constitucional se fortalece sustentada nos princípios de *direito natural*, os mesmos que o juspositivismo haveria de negar em sua apresentação formal.

Realmente, a travessia *legitimadora* que usa o bote do *direito natural* aportaria no juspositivismo, sua antítese. É que, depois de constituído o modelo reputado ideal de institucionalização do Poder, aos ideólogos jurídicos da Modernidade coube, por inspiração da filosofia positivista, construir novos diques, agora contra as pulsões ordenadoras, de caráter também reivindicatório, que se originavam no *paradoxo do antagonista do poder*.

A reação nada tardia à metafísica ínsita ao Direito Natural veio, então, como já visto, por meio da instituição de marcos juspositivistas que deviam suas fundações aos postulados jusnaturalistas. Dessa forma, quando se refere, neste texto, à ideologia constitucionalista como positivismo jurídico fundamental está-se invocando a fundamentalidade das Constituições de cariz Moderno e a sua *positividade*.

Para melhor qualificar o argumento quanto a esse caráter juspositivista do *constitucionalismo*, nos escoraremos no pensamento de Norberto Bobbio, quando destaca as características fundamentais do positivismo jurídico. Algumas dessas características estão presentes na ideologia constitucional da Modernidade, e delas se pode extrair filosofemas capazes de, revelando a face juspositivista do constitucionalismo na prática jurídico-constitucional, potencializar a *força normativa* das Constituições, especialmente quando se observa a evolução paradigmática percebida por Luigi Ferrajoli no pós-Segunda Grande Guerra.

O *primeiro ponto* destacado por Bobbio se refere ao *modo de abordar e encarar o Direito* (2006, p. 131), pois o positivismo jurídico *considera o direito como um fato em ao como um valor*. Se considerarmos que a Constituição é a *lei fundamental*, o aspecto axiológico que lhe conforma está, não no Direito, mas na Política *strictu sensu*, na medida em que o embate ideológico se dá na primeira lâmina cognoscente. Se fixadas as expectativas da sociedade (valorativas, por certo), no texto constitucional pela via da Política, o Direito daí resultante terá de ser – fática e formalmente – balizado por essa normatividade balizadora. A validade da norma, que não está vinculada ao seu *valor*, mas sim à sua forma, dependeria indiretamente do *valor* desde que ele tenha sido insculpido na Constituição, prefigurando a forma da lei. Essa mecânica da validade do direito é símile àquela exercida pelo Poder Judiciário quando exercita a *jurisdição constitucional*, atividade técnico-formal que se prende ao *valor* constitucionalmente instituído e identificado, na cognição concreta ou difusa, como relacionado ao interesse processual.

Bobbio apresenta o segundo ponto, relacionado à definição do Direito: o juspositivismo, escreve ele, “define o direito em função do elemento de coação, de onde deriva a *teoria da coatividade do direito*.” (2006, p. 131). A Constituição, ainda que promulgada a partir de sistemas políticos de baixa democraticidade e portadora de indesejável déficit de legitimidade, é um fato jurídico-político e pode ser dotada de uma força normativa que se espraia por todo o

sistema jurídico, demonstrando a hipótese de que a *força* do Estado operará, se necessário, para promover sua materialização.

O terceiro elemento, diz Bobbio, relaciona-se ao conceito das *fontes de direito*, pois, sob o ponto de vista histórico o positivismo jurídico reconhece a “teoria da legislação como fonte preeminente do Direito”. Aqui se trata de um reducionismo censurável adotado pelo juspositivismo, uma vez que *há fontes* do Direito que são determinantes do modo como *essa* fonte juspositivista emana seus enunciados. Ainda assim, porém, mesmo nesse modelo teórico há entradas para o suposto *direito natural* (2006, p. 132). Se considerarmos que a Teoria da Constituição pode funcionar nesse diapasão, aquele conteúdo politicamente determinado e tecnicamente aplicado, poderia ser o veículo dos valores pré-determinados e determinantes do modo material de produção normativa.

Outro ponto destacado por Bobbio refere a *teoria da norma jurídica*, que vê a norma como um comando (2006, p. 132) e que, entre outros objetivos, busca estabelecer a quem são dirigidos os comando jurídicos. Trata-se aspecto perfeitamente conciliável com a ideologia constitucional.

Como quinto elemento, Norberto Bobbio destaca a *teoria do ordenamento jurídico*, que ultrapassa as considerações sobre a norma isolada e analisa o seu conjunto vigente na sociedade (2006, p. 132). A partir dessa teoria, o juspositivismo abraça outras: a *teoria da coerência e da completitude do ordenamento jurídico*. Moldada pelas teorias sistêmicas, essa teoria é que vai sustentar as pretensões de auto-referência e auto-suficiência do sistema fechado que, segundo se crê, o sistema jurídico-normativo representa. A ideologia constitucional também pode ser vista sob a ótica dos sistemas – há autores que desenvolvem a percepção –, e o avanço da técnica constitucional poderia sugerir ser, a Constituição, um sistema fechado capaz de permitir ou a coexistência de normas aparentemente antinômicas ou a sua exclusão do sistema por reconhecida inconstitucionalidade.

Como sexto problema enfrentado pela teoria do positivismo jurídico, Bobbio refere o *problema da interpretação* que, no método da ciência jurídica de inspiração positivista, ganha feições mecanicistas, bem ao modo do racionalismo que lhe deu origem. *Mecanicista* porque faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito, o que leva o próprio autor a reconhecer que, por este caminho, o juspositivismo “considera o jurista uma

espécie de robô ou de calculadora eletrônica.” (2006, p. 133). Aqui a ideologia constitucional – especialmente a de *segunda geração*, tomando como referência a reflexão de Ferrajoli atrás referida – não admitiria concessões e refutaria a estreiteza metodológica e reconhecera a insuficiência cognitiva da hermenêutica jurídica, pugnando pela aproximação desta com a hermenêutica filosófica, conforme visto atrás.

O *constitucionalismo*, justamente por representar tratamento jurídico das pulsões ordenadoras originadas no meio sociopolítico, não pode prescindir de um certo grau de *positivismo*, nos termos mesmos acima expostos com supedâneo no pensamento de Norberto Bobbio. As ideologias, como fizeram com a lei no Estado *Legal* de Direito, orbitam o ordenamento jurídico – desde sua condição pré-normativa presente nas pulsões ordenadoras, até o momento de sua integração e tratamento pelas pulsões corretoras – no Estado Constitucional com o objetivo de inocular em suas instituições os canais de promoção de suas pulsões ordenadoras, independentemente de suas origens. Historicamente, contudo, prevalecem orientações exclusivistas, notadamente as de perfil econômico-liberístico, em tudo refratárias às pulsões ordenadoras efetivamente democráticas.

Naturalmente, nenhuma novidade há em críticas que venham a ser tecidas à ideologização e apropriação para fins escusos que acometeu o conceito (de *direito natural*) desde a sua primeira formalização teórica em Atenas. Contudo, até para propiciar melhor compreensão a respeito do tema deve-se conhecer suas origens Modernas, primeiro para desmistificar certos conceitos que parecem cristalizados na Teoria da Constituição, e depois para reafirmar o caráter utópico e efetivamente emancipatório notado na institucionalização dessa idéia como um *valor político* a partir do surgimento do que nominou Estado Constitucional de Direito.

9.2 NOTAS HISTÓRICAS DO CONSTITUCIONALISMO

Soberania popular, democracia representativa e tripartição de poderes são valor, regime e instrumento da administração, *lato sensu*, do exercício do poder político. A fórmula política construída pela **tradição jurídica ocidental**, especialmente a partir da síntese racional montesquiana-iluminista que conformou as instituições jurídico-políticas no Velho Mundo, assim como no Novo, ganhou sede definitiva na resultante de um movimento eminentemente sociopolítico que se deu o desafio de *sistematizar* formas de controle do poder ou, dito de outro modo: o desafio de racionalizar e institucionalizar as pulsões ordenadoras de modo a

desenvolver instrumentalidade *estática* às relações socioeconômicas e, por esse meio, viabilizar a substituição dos detentores do que se nominou alhures de **soberania real**, sem, nesse complexo processo, permitir que o *povo* assumisse efetivamente sua posição de soberano.

Esse movimento derivou da percepção da transcendência de determinadas normas sobre aspectos importantes que não podiam se limitar à política, percepção que – embora materializada na Revolução Americana, que instituiu o conceito de *constitucionalismo* – era comum a todos os países do Ocidente no mínimo desde o século XII. Viria desta percepção a pulsão ordenadora do poder político; segundo Harold Berman, “a historicidade do Direito está ligada ao conceito de superioridade em relação às autoridades políticas” (2004, p. 20); superioridade esta que induziria ao manuseio de formas institucionais de controle e mitigação do poder. E essa forma teria seu lugar enobrecido na manifestação política, fundada juridicamente e expressada linguisticamente, denominada *Constituição*. Antes, pois, de ser considerado em termos jurídicos, o constitucionalismo há de ser visto sob os aspectos sociológicos e politológicos.

Historicamente, adotando o conceito de Maurizio Fioravanti, que afirma ser a Constituição *o ordenamento geral das relações sociais e políticas* – considerando *ordenamento* em um sentido lato, como lócus de pulsões limitadoras do poder, a partir do que ele identifica características específicas no que denomina Constituição dos Antigos, Constituição Medieval e Constituição dos Modernos (2001, p. 15, 33 e 71) –, é de se esclarecer que a assertiva do parágrafo anterior cinge-se ao conceito de Constituição da Idade Moderna, remetendo ao modelo de organização sociopolítica que se ergueu sobre os escombros medievos e que vinha se desenvolvendo em solo europeu como um louvor ao *ideal de liberdade* desde meados do século XII, quando as comunidades perderam seu caráter feudal, sendo expressão máxima dessa perda a divisão do país – Quentin Skinner, citando Oto de Freising, refere-se ao norte da Itália no século XII – entre as **idades**, nas quais “mal se pode encontrar um nobre ou rico-homem em todo o território adjacente a uma cidade que não reconheça autoridade desta” (SKINNER, 2006, p. 25)¹²⁷.

¹²⁷ Essa mesma organização do *poder político*, tendo como núcleo central as *idades*, foi destacada por Maurizio Fioravanti em sua obra aqui referenciada. Ao tratar da diversidade de organizações do poder no período historicamente conhecido como Medieval, o professor italiano sublinha a ocorrência, a partir do século XI, do que ele chama de “extraordinário fenômeno da constituição do ordenamentos das cidades”, que possuíam forma de governo em grande medida participativas (2001, p. 34).

Eflúvios do espírito dessa manifestação de pulsão libertária foram sentidos nos séculos seguintes, quando os povos anglo-saxões e seu pragmatismo utilitarista se anteciparam a todos os outros e promoveram declarações constituintes dos novos marcos regulatórios das relações de poder, quase sempre com o objetivo de submeter o exercício deste a regras pré-conhecidas e promotoras de Direitos de grupos. O *Bill of Rights* dos ingleses foi promulgado no rastro da Revolução de 1689. O caso das colônias inglesas na América data de 1776, antecedendo a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Em todas essas declarações de Direitos havia a marca de um desejo de liberdade e de limitação do exercício do poder como forma de assegurar a liberdade desejada.

A menção atrás registrada ao pensamento do filósofo do Estado Carl Schmitt – no sentido de que *todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados* – e também do historiador do Direito Harold Berman, para quem *é impossível compreender o caráter revolucionário da Tradição Jurídica Ocidental sem explorar sua dimensão religiosa*, poderia ter sido acrescida de outra reflexão, esta anotada por Quentin Skinner, que atesta quão longínquas estão as raízes do *constitucionalismo Moderno*, inclusive em termos de organização institucional.

Segundo Skinner, em Huguccio de Pisa e Jean Gerson, teólogos e teóricos católicos medievais dos séculos XII e XIII, respectivamente, há considerações sobre a Igreja como *monarquia constitucional* na qualidade de sociedade política cuja organização e legitimidade dependia da autoridade dos concílios gerais sobre as autoridades eclesiásticas (1996, p. 394). O Direito Canônico derivaria, pois, das diretrizes emanadas dos concílios gerais, num funcionamento institucional posteriormente replicado pelas instituições políticas seculares, também preocupadas em distinguir o seu poder constituinte legítimo. Essa analogia entre os concílios gerais da Igreja católica e as assembleias políticas como órgãos de representação é perfeitamente demonstrada pelo cientista político inglês (1996, p. 396):

A teoria de Gerson é ainda mais radical em sua interpretação da **localização do poder político legítimo**. Como vimos, ele sustenta que, no caso da Igreja, a suprema autoridade governante **está nas mãos do concílio geral**, que é a assembleia representativa dos fiéis, e que a aparente plenitude do poder do papa é-lhe concedida, na prática, por uma questão de conveniência administrativa. Mas Gerson também afirma que as características jurídicas da Igreja devem ser simétricas às de qualquer outra sociedade 'perfeita'. Em consequência, e analogamente, numa república secular a suprema autoridade legislativa **deveria estar nas mãos de uma assembleia representativa de todos os cidadãos**. (Grifos nossos)

Assim como Gerson reviveu, no século do Grande Cisma (XIV), a tese do conciliarismo concebida por Huguccio no século XII, John Mair (1467-1550) fez escola, no século XVI, resgatando as **teorias conciliaristas** para, numa interpretação moderna e liberal, localizar o poder político na república secular, e não mais na Igreja (SKINNER, 1996, p. 397). A laicidade radical que orientava os filosofemas desses e outros teóricos cristãos promove verdadeiro cisma teórico, e prepara a superfície para as teses de Guilherme de Occam – ou William de Ockham, a forma inglesa de seu nome (c. 1285-1347) – e também de Marsílio de Pádua (c. 1275-1342), segundo as quais "todo poder coercitivo é por definição secular, disso se seguindo que a Igreja não dispõe de nenhum papel a desempenhar na sociedade política." (SKINNER, 1996, p. 398) e que já haviam sido desenvolvidas o suficiente para plasmar a idéia de que as esferas laica e eclesiástica da sociedade deviam ser mantidas separadas.

Exemplo rico do pensamento que intensificou a corrosão das estruturas do teocentrismo e do poder da Igreja, citado acima, é destacado por Paulo Otero (2007, p. 113) ao relembrar Marsílio de Pádua e sua obra *Defensor pacis*, que resgatou a distinção cristã entre o poder temporal (de César) e espiritual (de Deus), contrariando a “concepção teocrática dos teólogos da cúria papal a favor da visão de uma comunidade laica”. Otero afirma que a referida obra representou a **antecipação da modernidade constitucional** na medida em que promoveu a ruptura do modelo de supremacia do poder espiritual e eclesiástico da *Respublica Christiana*, tornando-se precursora da liberdade e da democracia modernas.

De fato, os epistemas e filosofemas centrais do constitucionalismo, que ganhariam tradução jurídico-política nos séculos XVII e XVIII, estavam havia muito tempo em discussão no seio da Igreja, cujos teóricos, desde o século XII, inspirados pelos textos clássicos (onde estava a *constituição dos antigos*, destacada por Fioravanti, com as ressalvas próprias), discutiam o lócus da soberania nas sociedades políticas, censuravam a origem e o próprio poder da *autoridade*, emparedando o princípio da hierarquia, e atacavam as tentativas de concentração do poder secular e eclesiástico.

O ícone *povo* já tinha seu lugar nas teorizações de então. Segundo Skinner, os sorbonistas – John Mair, Almain e outros – afirmavam que "a autoridade política não é meramente derivada do povo, mas inerente a ele"; que o "povo apenas delega seu poder supremo aos governantes, sem jamais aliená-lo; portanto, o estatuto de um governante jamais pode ser o de um soberano

absoluto, mas somente o de um ministro ou funcionário da república." (SKINNER, 1996, p. 399). Naturalmente, lá como cá, deve-se relativizar a utilização do vocábulo *povo*.

Vê-se, pois, que certas *luzes* do Iluminismo cintilavam nos céus europeus muito antes da revolução copernicana que inspiraria os homens à busca da razão, ao afastamento da metafísica e à desteologização da existência. Essa circunstância torna conveniente a observação: o esforço intelectual do abade Seyès não foi tão grandioso, uma vez que todos os argumentos por ele colacionados em seu opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?* eram, há séculos, debatidos por seus irmãos de fé, decerto já estimulados pelo futuro *Tiers État*.

Em síntese, reconheça-se que: (i) como *valor ético-social*, o *constitucionalismo* tem inspiração nos *antigos*, conforme anotam Fioravanti e outros; (ii) como movimento sociopolítico, porém, nos termos expostos por Skinner, ele deriva das reflexões filosóficas dos teólogos medievais adotadas como filosofemas pela nova ordem social européia, a burguesia. A mesma pulsão libertária identificada e teorizada por Huguccio, Gerson, Occam, Marsílio e outros, que fizeram uso do *conciliarismo* para enfraquecer o Poder eclesial, se converteu em impulso teórico-político que conduziria a Europa à Reforma religiosa, ao Iluminismo e à Modernidade. Esse impulso promoveria corrosão de todas as teorias do poder absoluto formalmente exclusivistas, assentadas num princípio de hierarquia que forçava a personalização e elidia a institucionalização do poder, com o que retardavam o surgimento daquele poder que enobrece a obediência (BURDEAU, 2005, p. XI). É essa reflexão que torna apropriado resgatar nota teórica de Karl Lowenstein (1972, p. 150), que qualificou o constitucionalismo como *idéia-força* e afirmou:

A história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade. (...) Em um sentido ontológico, dever-se-á considerar como o **'telos' de toda constituição a criação de instituições para limitar e controlar o poder político.** (Grifos nossos)

Embora calcado em valores da vida política Moderna: o racionalismo, o laicismo, o individualismo burguês, a vida urbana e, mais diretamente, sobre o iluminismo e sobre o liberalismo (SALDANHA, 1982, p. 20), o *constitucionalismo* atende, conforme demonstrado, a um modelo mental inequivocamente derivado das teses conciliaristas e libertárias de Huguccio, Gerson e Occam, por sua vez assumidamente inspirados pelos Antigos. E uma vez

constituído o arcabouço filosófico das novas estruturas de gestão do poder político, necessário seria instituir formas de consolidação dos novos filosofemas.

Justamente nesse contexto surgia o embrião do Direito Constitucional tal qual o conhecemos contemporaneamente. Desde sua aparição, esse Direito se vê em constantes crises. A gênese dessas crises, embora olvidada pelo discurso dogmático dominante durante décadas, está na dialética sóciopolítica de perfil eminentemente ideológico, pois o liberalismo, movimento fundante do constitucionalismo Moderno, em que pese o teor libertário de caráter *natural*, *representou* o ideário de uma ordem social com objetivos claramente estabelecidos nos séculos da Baixa Idade Média e perfeitamente resumidos pelo abade Seyès.

O perfil da entidade sociopolítica nominada Estado que vem sendo utilizado nestas reflexões é, portanto, aquele derivado desse movimento que transformou radicalmente os paradigmas políticos do mundo ocidental setecentista; isto porque foi retumbante a repercussão política desses movimentos revolucionários, que reverberaram em todo o mundo, alterando as relações de poder e, conseqüentemente, o modo de produção e administração do Direito.

A magnitude da efeméride gaulesa, como se viu, foi destacada por Hobsbawm, ao firmar a analogia entre a influência da Revolução Industrial sobre a economia do século XIX e a influência da Revolução Francesa sobre a política e a ideologia do seu tempo (2003, p. 83)¹²⁸. Viu-se que protagonista desse revolvente evento foi a ordem social então mais privilegiada econômica e culturalmente, a burguesia, que vinha, desde a Alta Idade Média, ajudando a preparar o ambiente político europeu para o ápice a que se assistiu no século XVIII.

Analisando essa quadra histórica, vimos exsurgir uma ordem social organizada em torno de ideais revolucionários e até utópicos, de cuja implementação duradoura dependeria o êxito futuro da classe mercantil. Considerar esta ordem mercantil como revolucionária pode até ser

¹²⁸ Enriqueça-se o argumento com o seguinte excerto: "A Grã-Bretanha forneceu o modelo para as ferrovias e fábricas, o explosivo econômico que rompeu as estruturas socioeconômicas tradicionais do mundo não europeu, mas foi a França que fez suas revoluções e a elas deu suas idéias, **a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de praticamente todas as nações emergentes**, e a política européia (ou mesmo mundial) entre 1789 e 1917 foi em grande parte a luta a favor e contra os princípios de 1789, ou os ainda mais incendiários de 1793. A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo. A França deu o primeiro grande exemplo, o conceito e o vocabulário da nacionalismo. A França forneceu os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medidas para a maioria dos países. A ideologia do mundo moderno atingiu as antigas civilizações que tinham até então resistido às idéias européias inicialmente através da influência francesa. Esta foi a obra da Revolução Francesa." (HOBSBAWM, 2003, pp. 84/85). (Grifos nossos)

surpreendente, circunstância que não impede o reconhecimento de seu protagonismo econômico e cultural ao longo dos séculos didaticamente nominados Idade Média (TIGAR e LÉVY, 1978, p. 19). Esse protagonismo viabilizaria a constituição de meios – econômicos, políticos, culturais e sociais – para promover as transformações que causariam o terremoto político de 1789, cujo forte simbolismo seria determinante na configuração dos Estados nascentes.

Dá-se destaque à *performance* da ordem mercantil surgida na Europa porque, em sua atuação política, a partir do século XII, exibiu raro *savoir-faire* ante aquelas circunstâncias que constituíam terreno fértil para o crescimento do seu pensamento libertário. Suas exigências de reconhecimento e poder na determinação de um ambiente jurídico-normativo amigável ao seu *modus vivendi et faciendi* foram marcantes na conformação do Estado moderno e do Direito que dele emanaria. Não seria um *direito* no sentido comum-ordenador de atos jurídicos ordinários, mas um Direito de quilate superior, porque ordenador do próprio Poder e do próprio *agir legislativo*. Postada acima do legislador ordinário e conformando seu agir institucional, a Constituição iniciava sua trajetória garantista, e teria futuro assegurado, ao menos em termos formais.

No contexto francês do século XVIII, na nação que era a mais poderosa e típica entre as velhas e aristocráticas monarquias absolutas da Europa (HOBSBAWM, 2003, p. 86), revelava-se patente o antagonismo entre as expectativas de manutenção de poder dos representantes do *ancien régime* e aquela comunidade de interesses cujos desejos de fortalecimento e autonomia política – numa busca de equivalência em face de sua capacidade econômica – eram potencializados pelos efeitos abrangentes da grave crise socioeconômica que fustigava a *nação*.

A ordem social que vinha, desde o século XVI, empenhando “prodigiosos esforços para formular e justificar uma ordem jurídica que satisfizesse às necessidades de uma próspera e poderosa classe mercantil” (TIGAR, LEVY, 1978, p. 62), encontrou as circunstâncias ideais para expressar suas teorias políticas, expressas na referida Assembléia Nacional, palco da Declaração de Direitos que *constituía* um marco regulatório para as novas formas de poder.

Sobre essa Declaração, historiadores de porte afirmam que se trata de "um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade

democrática e igualitária" (HOBBSAWM, 2003, 91). De fato, o burguês liberal que movimentou a roda revolucionária na França setecentista **não era um democrata**. Era, sim, sobretudo um devoto do *constitucionalismo de primeira dimensão*, como reconhece Hobsbawm, e para ele bastaria um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários.

9.2.1 Consolidação e mitigação da ideologia constitucional

O constitucionalismo Moderno engenhava uma forma de controlar o Poder por meio de um instrumento constituinte e *estabilizador* do novo paradigma de relações políticas, paradigma este propagador da ideologia democrática a ser materializada pelo uso do *direito*, verbo do Estado e depositário das *promessas*. A esse instrumento se deu o nome de *Constituição*, dotado de formato libertário e democrático, mas desde logo reduzido a mero instrumento político-formal, submetendo as pulsões ordenadoras a um único ordenamento geral, conferindo competência funcional aos três órgãos fundamentais da ordem estatal para regular, reduzir e corrigir essas pulsões.

Ponto alto da Constituição promissora, seu texto declarava a validade de especiais direitos e garantias individuais, colhidos a partir de um rol de Direitos que, supostamente originados numa ordem jurídica dado por *natural*, fosse oponível a todos, até pelo uso da força oficial, o instrumento de controle e repressão que se tornaria monopólio dessa nova entidade, ou mesmo não oficial. Nessa contextura, a Constituição era documento normativo que exprimia apenas o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, do Estado com o indivíduo (BONAVIDES, 2008, p. 94). O doutrinador cearense dirá que, nessa passagem historiográfica do constitucionalismo, a Constituição era a “folha de papel, a que se reportava sarcasticamente Lassalle.”

Mesmo nesse viés instrumentalizante e axiologicamente redutor de um movimento eminentemente político que se atrelava aos *fatores reais de poder*, é lícito considerar que as expectativas da nação, *lato sensu*, foram além dos objetivos mirados inicialmente pela burguesia, o que a forçou à adoção de um discurso inclusivo que não sublinhasse apenas seus interesses de classe. Por esse discurso, o novo regime haveria de dar parcial vazão às pulsões ordenadoras, expressando, ainda que formalmente, *a vontade geral do povo*, reconhecido, no caso referido, como a *nação francesa*. Ao novel corpo de normas erigidas para viabilizar os

desejos do Terceiro Estado – a constituição normativa de uma nova sociedade, liberta dos indesejáveis controles e parasitismo da nobreza e do clero –, que abrigava os ideais liberais da burguesia, portanto, seriam incorporadas *retoricamente* as demandas de origem popular, em muitos casos contrárias às verdadeiras expectativas da ordem comandada pelo *homo oeconomicus*.

Por essa via, tem-se que o Estado Moderno de feições constitucionais de primeira geração, promotor do constitucionalismo que parte da doutrina denomina *clássico*, é o Estado burguês, uma vez que a ordenação jurídica inaugurada na Modernidade **prestou homenagem exclusivamente à visão burguesa do Estado**. E como Estado burguês¹²⁹, o Estado Moderno via no *constitucionalismo*, não necessariamente um vetor sociodinâmico de promoção da democracia ou mesmo dos interesses populares, mas um regime político no qual o poder central poderia ser limitado por um conjunto nuclear de normas fundamentais, ao qual se chamaria Constituição.

Paulo Bonavides reconhece que "a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional" (2007, p. 41), para dizer que o poder passou a ser não de pessoas, mas de leis: são as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A política, orientada pragmaticamente para promover as práticas econômicas nascentes, não precisaria necessariamente passar por processos revolucionários, mas o modelo de conformação jurídica e os fundamentos da produção normativa do Direito precisariam, sim, ser revistos, sob demanda da comunidade jurídica que produzia riquezas e, para fazer progredir seus negócios, **dependia de liberdade com ordem**. Entretanto, o paradigma jurídico-político instalado há séculos parecia refratário às novas demandas normativas apresentadas pelas lideranças da ordem burguesa. A monarquia e seus sustentáculos políticos e normativos precisavam, então, soçobrar ante a inflexibilidade que demonstravam quando lhes eram apresentadas exigências de **liberdade econômica**, a qual dependia de um novo modelo jurídico-constitucional.

¹²⁹ O professor português Avelãs Nunes desenvolve excelente análise da instituição *Estado* como um órgão de classe, concebido, estruturado e mantido para viabilizar a implementação de projetos exclusivistas de natureza econômica da ordem burguesa. Cfe. NUNES, António J. Avelãs. A gênese do Estado enquanto Estado de Classe: Um visão histórico-econômica. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, 2007, v. 6. Mai/jun 2007.

É fato que as primeiras manifestações do constitucionalismo Moderno, promotoras do Estado Liberal, representaram grande mudança em termos sociopolíticos e instilaram o sentimento jurídico libertário nas massas européias¹³⁰. Desde então, elabora-se um discurso político pró-democracia que desfila nas raias do formalismo jurídico e orbita o imaginário popular como algo alcançável pelo Direito, o qual já demonstrou a *potência* de seu caráter utópico. Contudo, o Estado Democrático **não foi identificado** no Estado Constitucional Moderno e tampouco o tem sido no Contemporâneo. E isso se deve às formas como vêm sendo exercido o poder no seio do Estado Constitucional, cujas expressões pragmáticas, e também teóricas, preservam o ranço exclusivista que marcou o Estado Constitucional Liberal em seus primórdios.

Mesmo contemporaneamente, as formas de exercício do poder político no âmbito institucional do Estado Constitucional têm promovido, não obstante o discurso pró-democracia, a realização de um Direito deficitário de legitimidade, perceptível na cognoscência, considerada sua origem e procedimento, e na ocorrência de efeitos axiológico-reducentes, considerada sua concretização. A fonte estatal de poder, concebida para concentrar a expressão de soberania num único ente, **tanto para evitar a dispersão quanto para facilitar a cooptação**, ganharia definitivamente aquelas características declaradas em 1789, fato que marcaria o nascimento do constitucionalismo Moderno e o desenvolvimento de uma ideologia jurídica que sustentaria os ideais burgueses até os nossos dias, expandindo formalmente seu alcance.

Há uma tendência, entre estudiosos do constitucionalismo, para associar Constituição (ou mesmo Estado de Direito, como faz Kelsen) e Democracia, como se entre os conceitos – como hoje os interiorizamos – houvesse biunivocidade. A nosso ver essa associação **somente será possível se** retiradas, de ambas as expressões, a dimensão libertária – para não dizer utópica – que às duas discursivamente se reconheceu como forma de cooptar o *povo* e, adicionalmente, se feita a abstração de que o caráter de *povo* tem sido historicamente reconhecido a parcelas específicas e qualificadas da população.

¹³⁰ Aquele sentimento libertário *instilado nas massas européias*, contudo e apesar dos retrocessos que assustam, permanece inspirando crenças democráticas, algo de que trata este capítulo e também o seguinte excerto do pensamento de Jürgen Habermas: "Aquém dos floreios retóricos, predomina a pusilanimidade. Nas próprias democracias estabelecidas, as instituições existentes da liberdade não são mais inatacáveis, mesmo que a democracia aparentemente continue sendo o ideal das populações. Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical." (2003, v. I, p. 13).

Maurizio Fioravanti, conforme visto, reconhece a hipótese crítica ao identificar *constituições* em diversos períodos da história, inclusive naqueles em que democracia era regime inexistente ou mesmo naqueles em que era privilégio de castas. No caso, *constituição* recebe a restrita qualificação de *mero ordenamento geral das relações sociais e políticas*, cuja gênese nenhuma relação guarda com ideologias democráticas alimentadas contemporaneamente, mas, sim, com pulsões ordenadoras liberais originadas de segmentos sociais específicos. Evidentemente, a reflexão em questão exige que se confira *função restrita* ao conceito de *constituição*, como faz o referido autor, relacionando-o mais a uma multiplicidade de ordenamentos operantes simultaneamente em espaços geográficos de pequena dimensão do que a qualquer expressão de vontade popular de maior abrangência. Há, portanto, um conteúdo de *mero direito natural* nessa acepção restritiva do termo *constituição*, assim como há, também, opiniões menos elásticas sobre a questão.

Exempli gratia, ao tratar de Constituição Luigi Ferrajoli (2005, p. 13), ancora seu raciocínio na pleonástica expressão *Estado de Direito* para identificar dois modelos: um em sentido *formal* (lato ou débil), que designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos têm origem na lei e são exercidos na forma e segundo os procedimentos *legalmente estabelecidos*. Este modelo, que Ferrajoli classifica como *paleojuspositivista*, seria o Estado Legislativo de Direito ou Estado Legal, que teria surgido com o nascimento do Estado Moderno e cuja principal característica era o monopólio da produção jurídica. O segundo modelo, em sentido substancial (forte) a expressão Estado de Direito designaria *somente* aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos estão sujeitos à lei – portanto, vinculados a ela –, não só sob o ponto de vista formal, mas também em relação aos seus conteúdos. Este modelo é classificado como Estado de Direito *neopositivista* ou Estado Constitucional, cujo surgimento pode ser localizado na Europa, onde, após a Segunda Guerra Mundial seu modelo foi difundido.

Dessa visão cronológica e metodologicamente restritiva do conceito de constitucionalismo tem-se que, segundo o pensamento de Ferrajoli, a existência de Constituições rígidas, que submetem a produção normativa nos aspectos formal e de conteúdo, e do controle de constitucionalidade dos atos normativos, cuja versão messiânica busca projetar nas sociedades a *jurisdição constitucional como democracia*, é determinante do Estado Constitucional e, portanto, da vinculação do fazer político ao que se denomina *constitucionalismo*.

Esse paradigma – revelado insuficiente mesmo após os ajustes que sofreu dos anos 1950 até esta primeira década do novo século – está a demandar ajustes, e não rupturas. O modelo estruturado é funcional mas, vitimado pelas práticas políticas axiológica-reductoras, continua ampliando a obliquidade do Direito infraconstitucional, que de descola com inacreditável desenvolturas das pulsões ordenadoras de perfil demófilo.

9.3 NEOCONSTITUCIONALISMO: O POSITIVISMO VALORATIVO

O anteposto *neo* qualificando o vocábulo *constitucionalismo* confere um excelente instrumento retórico ao ambiente jurídico-intelectual que, dependente da eloquência de seus signos lingüísticos, necessita rotular as diferentes inflexões teóricas surgidas a partir das mudanças paradigmáticas rebocadas pelas resultantes das manifestações do *imperativo inconformista do pensamento jurídico*, atrás referidas. A galopante consolidação do uso do vocábulo composto tem afastado o uso de expressões tratadas como sinônimas em determinados países: *constitucionalismo avançado e constitucionalismo de direitos* (ARIZA, 2005, p. 239).

O neologismo vem, também, a reboque do modelo mental que originou conceitos como *neopositivismo* e *pós-modernidade*, como que a traduzir o sentimento de esgotamento das fórmulas conhecidas. Por ele, os teóricos do *constitucionalismo* contemporâneo ainda veiculam (i) idéias novas, surgidas a partir da dinâmica sincrética a que o Ocidente se lançou após enorme decepção com o racionalismo jurídico que permitiu construir um século XX que conheceu a *banalização do mal* e (ii) idéias velhas apresentadas sob retórica e semântica renovadas, como que a expressar o desejo de diferenciar o *Contemporâneo* do *Moderno*, dissimulando, em verdade, o desejo de negar a Modernidade que ainda nos conforma. Ademais, a popularização da expressão abre um espaço acadêmico para a apresentação dessas idéias, nova e velhas, e termina por constituir espaço intelectual privilegiado, sob novo rótulo, para o desenvolvimento de novas abordagens das *teorias da Constituição*. Por último, trata-se de uma excelente ferramenta editorial, pois causa a idéia do *novo*, sempre atraente para a indústria livreira, ávida por incrementar suas vendas despertando a sensação de *novidade* em seu público.

Independentemente das razões pela quais se faça uso da expressão, aqui se conferirá à expressão a relevância proporcional à utilidade que ela possui para traduzir a idéia, já

veiculada, que consiste em notar que o *constitucionalismo* próprio do Estado Democrático de Direito, nos termos atrás referidos por L. Ferrajoli, pode se prestar à introjeção na sociedade – pela via constitucional – de componentes valorativos aptos conformar as práticas jurídico-políticas de tratamento das pulsões ordenadoras e, igualmente, das pulsões corretoras.

Dado que o positivismo jurídico, por alguns de seus aspectos, exhibe valores inegáveis e indispensáveis à estabilidade e segurança jurídicas prometidas pelo Estado de Direito, em qualquer de suas versões, os ventos *neoconstitucionalistas* podem fazer singrar nos mares marcadamente liberais-liberísticos a nau jurídico-política que transporta, para o ambiente Constitucional, um positivismo mitigado – conforme atrás se expôs, junto com as classificações de Norberto Bobbio – e axiologicamente orientado.

Traço distintivo do *status* constitucional compreensível pela teoria do Direito Constitucional no tempo anterior à Segunda Guerra em face do *status* hodierno está na fixação – ou simples reavivamento – de novas rotas hermenêuticas que dobraram os dogmas juspositivistas, desde sempre interpretados de modo a tornar refratário o Direito tanto a pulsões ordenadoras demófilas quanto à sua integração num processo de busca pela justiça, e permitiram enxergar valores ético-políticos como algo mais do que componentes metajurídicos.

Em termos cronológicos, a doutrina relaciona o surgimento do *sentido* valorativo que conduziria à aparição do *neoconstitucionalismo* com ataque ao positivismo jurídico capitaneado, nos anos 1970, por Ronald Dworkin, que, com sua argumentação da petição de princípios, sublinhou a distinção entre a teoria constitucionalista (de onde deriva a expressão *neoconstitucionalismo*) e as teorias vigentes. Essa distinção seria exposta a partir da demonstração de que *o Direito não se distingue necessariamente ou conceitualmente da moral, pois incorpora princípios comuns a ambos* (BARBERIS, 2005, p. 260).

Barberi nota que algumas obras precedentes do *neoconstitucionalismo* – ele se refere a textos de Giovanni Sartori e Nicola Matteucci, publicados em 1962 e 1963, respectivamente, ainda situadas sob a velha bandeira do *constitucionalismo*, em sua expressão – criticavam não um juspositivismo em declínio, como hoje, mas um positivismo que se encontrava em seu “pleno esplendor teórico”. Naqueles anos, diz Barberi, há pouco haviam sido lançados livros seminais para positivismo jurídico: *On Law and Justice* (Direito e Justiça), de Alf Ross, a

segunda *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), de H. Kelsen e *The concept of Law* (O conceito de Direito) de H.L.A. Hart.

Quando se considera a expressão *constitucionalismo de Direitos*, sinônima desta outra, e também as denominadas *condições de constitucionalização*, pode-se apreender a dinâmica determinada por esse *movimento* que tem apaixonado certos meios acadêmicos. Ricardo Guastini, com apoio em Louis Favoreu, entende a expressão *constitucionalização do ordenamento jurídico* como um processo de transformação do ordenamento que, ao seu fim, reste um ordenamento totalmente impregnado pelas normas constitucionais (2001, p. 153).

Para que esse processo se desenvolva, Guastini identifica o que nomina *condições de constitucionalização*, sem as quais se inviabiliza aquela impregnação do ordenamento pelas normas constitucionais. São elas: (i) existência de uma Constituição rígida; (ii) garantia jurisdicional da constitucional; (iii) Constituição dotada de força vinculante; (iv) interpretação extensiva da Constituição, de modo a elidir a presença de *espaços vazios em termos constitucionais*; (v) aplicação direta das disposições constitucionais pelos juízes, o que sugere o controle difuso de constitucionalidade; (vi) interpretação segundo a Constituição e (vii) influência direta da Constituição sobre as relações políticas (2001, p. 154-164). Esses são os traços marcantes do que nomina *constitucionalização de Direitos*, que constitui o *neoconstitucionalismo*.

É curioso notar que, das sete condições colhidas por Ricardo Guastini, apenas a última parece ser característica exclusiva dos tempos *neoconstitucionais*. As demais, em maior ou menor grau, são identificáveis em países que, mesmo moldados pelo positivismo jurídico, lastrearam sua ordem jurídico-normativa numa Constituição. A ser sustentável a assertiva, há de se admitir que toda a questão-nova apresentada pelo *neoconstitucionalismo* tem relação muito mais com seu aspecto político-ideológico, do que com outros, de natureza metodológica, teórica e metodológica.

Em auxílio do argumento, recorra-se a Carlos Bastide Horbach, cuja crítica ao neoconstitucionalismo e à nominada *nova hermenêutica constitucional* – crítica que deve ser analisada com cuidados para não se incorrer no mesmo erro por ele imputado à correntes teóricas que critica – inclui a demonstração de que vários e relevantes princípios fundadores das práticas jurídicas do neoconstitucionalismo, alguns apontados por Guastini como

condição de constitucionalização, estavam presentes já na hermenêutica de Carlos Maximiliano: (i) princípio da supremacia da Constituição, (ii) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, (iii) princípio da interpretação conforme a Constituição, (iv) princípio da unidade da Constituição; (v) princípio da efetividade e (vi) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (2008, p. 295-297).

A similitude sistêmica em ambos os *status* (constitucional e *neoconstitucional*), reforçada pela identificação dos pressupostos hermenêuticos jurídico-formais desde as origens do Estado de Direito no Brasil, ao menos em sua fase Republicana, desperta os sentidos para a assertiva atrás lançada sobre a questão político-ideológica, revelando que a refratariedade aos princípios e ao reconhecimento da dualidade intrínseca entre Direito e Moral era determinada por diferentes níveis de resistência ideológica, que operavam, como operam, por meio das referidas lâminas cognoscentes.

A trajetória do *constitucionalismo* para o que hoje se pretende nominar *neoconstitucionalismo* revela, portanto, a história de um embate político-ideológico. Forças antagônicas postadas dentro da entidade que institucionalizou o Poder político disputam qual ideologia prevalecerá, sendo que, do modo como tratado o embate de classes no interior do Estado desde sua constituição, haverá de se reconhecer vencedores e perdedores, uma vez que os potentes que colonizam as estruturas políticas produtora do pressuposto coercitivo, o ordenamento jurídico, não dão sinais de flexibilização capaz de permitir projeção material daquelas outras condições de constitucionalização. A última porta, para a materialização dos pressupostos sociais constitucionais, é a política.

É esse aspecto, contudo, que revela o quanto já se avançou em termos de construção das bases jurídico-políticas potencialmente promotoras da tão almejada legitimidade. O constitucionalismo, em seu perfil hodierno, permanece muito assemelhado, como se viu, ao positivismo débil referido por Bobbio e cujas características foram atrás sublinhadas numa tentativa de comparação com o constitucionalismo. É dizer: o constitucionalismo está pronto para ser considerado um *positivismo* passível de ser axiologicamente orientado. O tempo histórico, se revelou as *faces do mal*, dotou o Homem de uma consciência acerca de suas possibilidades, independentemente de modelos teocêntricos ou naturalistas de coexistência, o que permite que, racionalmente, sua soberba construção intelectual, o Estado e seu verbo, o Direito, fundem uma nova teoria da fundamentação da norma jurídica baseada em valores

que, segundo sua historicidade, são determinantes da realização dos projetos emancipatórios nos quais a Humanidade tem perdido sua fé.

10 LEGITIMAÇÃO PELA NOVA NORMA FUNDAMENTAL

10.1 HÚMUS CIVILIZACIONAL: AVANÇOS DA MODERNIDADE

Em *A Condição Humana*, Hannah Arendt afirma (2007, p. 17):

A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato **torna-se imediatamente uma condição de sua existência**. O mundo no qual transcorre a *vita activa* consiste em **coisas produzidas pelas atividades humanas**; mas, constantemente, as coisas que devem sua existência exclusivamente aos homens também condicionam os seus autores humanos. Além das condições nas quais a vida é dada ao homem na Terra e, até certo ponto, a partir delas, **os homens constantemente criam suas próprias condições** que, a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. (Grifos nossos)

Para que a filósofa adquirisse condições intelectuais de desenvolver o raciocínio presente nas linhas entrelinhas de seu texto, a trajetória humana na Terra e no *Lebenswelt* foi marcada, durante milênios, por sua atividade criadora e também destruidora numa constante interação com o seu entorno, o que levou da *physis* ao *nomos*, da planície ao Monte Sinai, num processo infundável de *humanização do mundo da vida*. A construção da consciência humana alterou profundamente a *condição humana*. Quando se aplica a expressão *húmus civilizacional* o pensamento busca em Hannah essa idéia extensiva de *condição humana* para fazer o cérebro ver quanto caminho já se fez, apesar dos momentos em que o Homem parecia “motivado por uma rebelião contra a existência humana, tal como nos foi dada” (2007, p. 10).

Olhar os resultados da construção da *condição humana* nesse longo e infundável processo nos obriga ao otimismo. Sim, porque a destrutividade do agente não autoriza reconhecer a mesma qualidade no instrumento. A sedimentação dos valores e a depuração dos equívocos têm efetivamente levado a acúmulos civilizacionais que advertem contra o abuso do Homem e torna possível elidir os defeitos do instrumento que, como se brechas fossem, permitem a projeção da barbárie num tempo e da indiferença em outro.

O Direito, essa criação da cultura conformadora por excelência da *condição humana*, é um instrumento. Oblíquo instrumento concebido como resposta ao sentimento que inspirou os primeiros temores do Homem-no-mundo. Se sua obliquidade – de resto, humana, demasiadamente humana – se prestou a agasalhar desvios que as profundezas da alma não explicam, não estamos autorizados a desacreditar de suas potencialidades emancipatórias,

assim como *outros* não desacreditam de suas potencialidades dominadoras e redutoras da Humanidade. Enquanto tivermos em mente que o Direito, muito além de mero instrumento, é uma idéia que se converte em medida de valor, sendo dotado de dimensão intelectual e moral (BERMAN, 2004, p. 684), seremos impulsionados a lhe lançar olhares crédulos.

Quando Boaventura Santos se depara com uma fundamental indagação – Poderá o Direito, em si, ser emancipatório? – sua resposta, não poderia mesmo ser assertiva. O professor português reconhece que a pergunta tem “tanto de proveitoso como de inadequado” porque o Direito, em si, “não pode ser nem emancipatório, nem não-emancipatório, porque emancipatórios e não-emancipatórios são os movimentos, as organizações e os grupos” que recorrem à lei para levar suas lutas adiante (2007, p. 104, 105). Enquanto colonizado pela *soberania oculta* e orientado por suas pulsões apócrifas, o Direito só acentuará a sua *curva de obliquidade*, realizando mediações impositivas insatisfatórias, que dependem, *e.g.*, da *violência simbólica* estruturada pelo Estado para se manter aceitável.

O tempo avança e os paradigmas de coexistência se sucedem porque o Homem é dado a crises. E as crises não o inibem. Ao contrário, delas tira proveito. Determinados constructos que se convertem em paradigmas sociopolíticos não podem ser esquecidos e nem mesmo se pode admitir que seu uso não seja pleno. Tome-se, a título de exemplo, a Lei Mosaica, que se converteu numa grande síntese demonstrativa das condutas que, de tão nocivas, desagregavam qualquer povo, mas com maior virulência um povo que, nômade, se expunha a riscos maiores em razão de sua sina migratória. Dessa criação normativa humana, verdadeiro instrumento político, o Homem seria capaz de mover o mundo e nos trazer ao século XXI ainda envolvidos no espírito daquele primeiro Homem e sua pulsão ordenadora primária e clamando por mais.

Dos *mandamentos* divinos até a constituição de uma Igreja em forma de Estado; do Estado dotado do monopólio da produção dos ordenamentos jurídico coercitivos até um Estado de Direito legalista que escravizava em nome do progresso; de um Estado de Direito liberal-legalista e redutor das potencialidades humanas a um Estado que se curvou aos ditames de um suposto *direito natural* e insculpiu em seus atos constitutivos a fundamentalidade normativa apta a conter os excessos do Poder político e da força bruta; de um Estado Liberal-legalista que estrategicamente cede ao social para elidir a ruptura ao Estado Social que incorpora, timidamente, práticas de proteção social; do Estado Democrático de Direito aparelhado com

uma retórica emancipatória que jamais se projeta no social pela materialização de seus pressupostos socioinstitucionais ao Estado que se aparelha, pela demanda, para o cumprimento das exigências sociais fundadas no princípio fundador dessa instituição: a proteção da vida e a promoção da dignidade humana.

O hùmus civilizacional, visto de perto, revela uma franca evolução. A legitimação da dominação – para além do modelo weberiano – há tempos tem recebido novos fundamentos. Há tempos, igualmente, as sociedades têm se aparelhado para inocular, pelas veias políticas do Estado, os valores que a Humanidade já elegeu como indispensáveis após dolorosas experiências, nas quais se acreditava estar ocorrendo *rebelião contra a existência humana*. A crença não era sem origem, pois a desintegração dos valores sentidos pela *condição humana* parecia não ter fim. Até se perceber que, das crises, uma era de humanismo existencial estava em sua aurora.

A crença no *humanismo* autoriza o desejo do da superação, inclusive como forma de afastar a regressão, em termos humanísticos. O problema da Modernidade é que ela jamais aparelhou as sociedades para a realização da *superação* e para elisão do *regressão*. Ao contrário, a retórica da Modernidade abusou do estímulo à crença de caráter utópico em nome de um devir da superação – o que tem sua inegável utilidade na perigosa movimentação de mentes e corações – e continuamente manejou suas técnicas para, dissimulando, promover efetiva *regressão*, considerando, evidentemente, a proposta nascida de um discurso fundado na democracia. Nessas tortuosas vias da política retoricamente demófila, mas procedimentalmente demóroba, o Homem foi levado, não se pode negar, àquela nociva crença na rebelião contra si mesmo de que fala H. Arendt.

Porém, um dos grandes efeitos benéficos dessa odisséia está na superação de uma certa crença determinista, de origem ora teológica e ora natural, de que o Homem-no-mundo seria o princípio explicativo dos seus valores. A filosofia tem nos mostrado, especialmente nas manifestações de massa, que não é o Homem que faz a moral, mas ao contrário, é a moral que faz o Homem (COMTE-SPONVILLE, 2008, p. 268). Ou, dito de forma distinta, “aquilo mesmo que produz a moral (a sociedade, a história, a família...) é que também produz o homem, quero dizer, a humanidade no homem.”

O filósofo especula para nos levar à reflexão:

Trata-se de saber o que faz que um homem seja um homem: sua essência (humanismo teórico) ou sua história? O anti-humanismo teórico responde que é a história, ao mesmo tempo natural (hominização) e cultural (humanização); em outras palavras, que o homem não é primeiramente princípio mas sim resultado ou, o que dá na mesma, que **ele só é humano na medida em que se torna humano**. (Grifos nossos)

Tem-se, então, que uma das coisas produzidas pelo Homem (Hannah Arendt) é a sua própria Humanidade, produzida pelo *tornar-se humano*, processo que se inicia no vir à luz. Comte-Sponville, lembrando a assertiva do anti-humanismo histórico, afirma (2008, p. 269):

Dizer que o homem não é o seu princípio, mas seu efeito não é reduzir sua importância, muito pelo contrário: é ressaltar seu papel essencial na humanização do homem e (já que essa humanização nunca é terminada nem garantida e recomeça, de resto, em cada geração) na preservação e na reprodução da sua humanidade.

É desta humanização do Homem pelo próprio Homem que carece a Política, atividade e ambiência, determinantes do Direito, e também o próprio Direito, seu desaguadouro. Há séculos independente de verdades indemonstráveis, o Homem adquiriu, já, a capacidade de estabelecer um *humanismo prático*, militante até, apto a erigir inéditas estruturas jurídico-normativas moralmente conectadas aos valores que aprendeu a conhecer, compreender e valorizar ao longo do processo de acumulação valorativo existencial.

Benedictus (Baruch) de Spinoza, em sua *Ética*, nas “Definições de Afetos”, assim se expressa: *Humanitas seu modestia est cupiditas ea faciendi quae hominibus placent, et omittendi quae displicent* (2007, p. 254). A tradução da edição brasileira verte *humanitas* de modo pouco eloqüente: “A cortesia e a polidez é (sic) o desejo de fazer o que agrada aos homens e deixar de fazer o que lhes desagrade.” Mais fiel ao original, André Comte-Sponville assim traduz o aforismo spinoziano: “A humanidade, ou respeito humano (*Humanitas seu Modestia*) é o desejo de fazer o que agrada aos homens e não fazer o que lhes desagrade.” (2008, p. 308).

10.1.1 Notas sobre Direitos Humanos

Parte da estrutura jurídico-conceitual que sustenta os estudos jurídicos hodiernos tem sua gênese nos séculos *iluministas*. Por sua vez, os conceitos jurídicos desenvolvidos nos setecentos e oitocentos só puderam se articular filosoficamente porque a tradição filosófica constituíra as bases daquela estrutura que hoje nos alcança. Com a assertiva pretende-se

realçar essa eterna *sedimentação* que permite ao Homem elevar-se além da estatura ética e moral de seus ancestrais. O mesmo raciocínio vale para a Política: muitos valores que hoje são indiscutíveis como bússolas do agir político, nasceram timidamente noutras eras e somente aquela *sedimentação* de valores é que podem colmatar, no ritmo da História, as fendas por onde a Política se afasta do Homem.

O argumento aponta para uma realidade jurídico-histórica completamente desconhecida do mundo ocidental até o advento das primeiras regras de proteção do Homem em face do Poder político que, positivadas, deixaram de ser “leis não escritas dos deuses” e adquiriram caráter de *fundamentais*. É necessário, portanto, considerar que a dinâmica das sociedades e seu modo de relacionar-se com o Poder é determinante daquilo que será objeto da Política e, por conseguinte, do Direito.

É sintomático da ideologia jurídica gerada pela tradição jurídica ocidental que, no âmbito do Direito, inúmeras teorias tenham sido desenvolvidas para sustentar sua pretensa *cientificidade*, mas durante séculos nenhuma delas se debruçou sobre a sistematização dos Direitos Humanos ou mesmo da Justiça. Embora tenham sido feitas tentativas, jamais se obteve consenso quanto à apregoada inexistência de relação entre Direito e Justiça e entre Direito e Moral, dois valores fundadores do conceito de Direitos Humanos.

A referida evolução, que implica na sedimentação de valores e na colmatagem das fendas históricas por onde o Direito se desencontra da Moral, tem permitido organizar o pensamento jurídico em torno dos elementos cognitivos que sustentam o conceito e o sentimento de Direitos Humanos. Esse será um longo processo; exatamente como aquele que culminou no Bill of Rights inglês, que depois ecoou na Declaração francesa e sobre o qual Arthur Kaufmann afirmou: “Os direitos humanos são a mais preciosa herança que o século XIX nos deixou.” (2007, p. 267).

Para sua qualificação como *preciosa herança*, os Direitos Humanos têm sido considerados como “aquele núcleo fundamental da ética e do direito que se pode universalizar e que possui, de facto, validade universal” (KAUFMANN, 2007, p. 267).

Para fixar uma necessária distinção conceitual, muito útil para os argumentos que virão, consideremos, com Gregorio Robles (2005, p. 7):

Os *direitos humanos* ou *direitos do homem*, classicamente chamados *direitos naturais* e atualmente *direitos morais*, não são, em verdade, autênticos direitos – protegidos pela possibilidade de ação processual perante um juiz –, mas critérios morais de especial relevância para a convivência humana.

O argumento de Robles, com inegável viés *formalista*, representa o entendimento de que Direitos Humanos dotados de *positividade* – convertidos em leis – adquirem categoria de Direitos socialmente protegidos e se convertem em *Direitos Fundamentais* sob a diretriz do ordenamento jurídico. Robles afirma que, para que se dê essa mudança de *grau*, é necessário que o ordenamento confira a esses Direitos um “*status* especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos. Do contrário, não seria possível distinguir os direitos fundamentais daqueles outros que são, por assim dizer, direitos ordinários.” (2005, p. 7).

Direitos Humanos são, portanto, a matéria-prima, por assim dizer, dos *Direitos Fundamentais*. Estes são aqueles inseridos positivamente no ordenamento jurídico. Tal assertiva conduz à percepção de que os Direitos Humanos têm sua *força normativa* possivelmente reconhecida por dois caminhos: (i) quando o ordenamento jurídico *expressa e positiva* esses Direitos, conferindo-lhes *gramaticalmente* caráter de *regra*, retirando-os do campo principiológico-filosófico e inserindo-os no universo do *texto legal* e reconhecendo seu caráter de Direito Fundamental e (ii) quando, mesmo não recebendo o ‘*status* especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos’, o que se dá pelas vias acima, operam como se fossem, formatando juízos e decisões e recebendo toda a proteção extensível aos Direitos Humanos expressos como Direitos Fundamentais.

Pode-se afirmar, portanto: num caso, tem-se a *regra*, no outro, o princípio. Há Constituições que, adotando feições extensamente *analíticas*, fizeram esforço inclusivo e incorporaram ao seu texto, *expressamente*, inúmeros Direitos Humanos, via pela qual estes receberam aquele caráter (de Direito Fundamental). Outras há que não incorporam em seu texto *expressamente* os Direitos Humanos, deixando-os pairar sobre o ordenamento jurídico com ares de *deus ex machina*, podendo ingressar no mundo do Direito a qualquer momento por meio dos processos interpretativos e integrativos, uma vez que essas Constituições admitem sua *função normativa* na qualidade de critérios ou princípios morais. Em ambos os casos, presente está aquilo que Daury C. Fabríz reconhece como interdependência entre Direitos Humanos e

Direitos Fundamentais “na configuração paradigmática do Estado democrático de Direito.” (2003, p. 255).

É certo que, no segundo exemplo atrás referido (das Constituições que não internalizam em seu *texto* os Direitos Humanos, convertendo-os em direito positivo, Direito Fundamental), os princípios morais representados pelos Direitos Humanos têm o seu lugar na governança jurídico-política. Têm-no, porém, sob o risco permanente de sua exclusão por meio de procedimentos hermenêuticos redutores, que podem ter lugar tanto no tratamento das pulsões ordenadoras pelo Legislativo, quanto no tratamento das pulsões reguladoras por este produzida e que se constituem no *objeto* dos processos cognitivos que têm seu curso assegurado no Poder Judiciário.

Esse risco também está presente, é claro, no outro modelo de projeção dos Direitos Humanos, no qual deixam de ser critérios ou princípios e são convertidos em regras com caráter, inclusive, de direitos subjetivos. O risco se instala, aqui, também pelas vias interpretativas. O Direito *posto* pelo Estado com *status* de Direitos Fundamentais submete-se, não obstante sua projeção expressa no *texto* do ordenamento jurídico, a certos *pré-juízos*, sejam de caráter ideológico, ou sejam de fundo técnico-metodológico – *verbi gratia*, uma alegada *inflação* de Direitos Humanos, ausência de fundamentação ou mesmo a dificuldade presente em sua *indefinição* e em seu *relativismo*, ou ainda questões relacionadas ao conceito liberal-liberístico de justiça – que têm a capacidade de mitigar sua força modeladora do sistema jurídico-administrativo do Estado.

Sobre a referida suposta *inflação* de Direitos Humanos e Fundamentais, é interessante considerar o seguinte argumento, colhido na obra de Daury C. Fabríz (2003, p. 259):

“Não há, como querem fazer crer alguns autores, uma proliferação dos direitos humanos, visto que os direitos fundamentais, recepcionados em determinado paradigma, e conseqüentemente positivados em nível constitucional, representam a necessidade de uma época; de uma urgência, imposta pela consciência deles. [...] O que há, e assim deve ser, é uma reconfiguração paradigmática, onde o direito é reordenado, a fim de se propiciar respostas às sempre novas demandas que surgem do próprio contexto social.”

Ausência de fundamentação é crítica superada pela ontologia e também pela axiologia do Direito, o que nos obriga a recolher os fundamentos dos Direitos Humanos na condição do Homem-no-mundo, e não no próprio sistema jurídico formatado como instrumento de

promoção dos *direitos humanos e fundamentais* de parcela inexpressiva da humanidade, o que impõe a busca pela resposta a uma fundamental indagação, relacionada à teleologia do Direito, instituição social concebida para o Homem e pelo Homem.

Quanto aos alegados *relativismo e indefinição* dos Direitos Humanos é preciso reconhecer que tal acusação se prende a causas efetivas e a causas ideológicas, sendo esta também origem daquelas. Explica-se: sociedades guiadas pela bússola do positivismo, do individualismo, do empirismo e do utilitarismo se dão a obrigação de desconsiderar, conforme o demonstra a historicidade da tradição jurídica ocidental, *o sentido ou a referência axiológica do Direito* e a recusar aprioristicamente o problema do fundamento do Direito ou o seu problema axiológico, conforme qualifica Antonio Braz Teixeira (2006, p. 179). Sendo essa a causa ideológica, ela termina por preparar a superfície para as supostas causas efetivas, num quadro equiparado ao homem que porta determinada moléstia, não administra o remédio prescrito e retorna ao médico reclamando do mesmo mal.

Essas notas teóricas sobre os Direitos Humanos têm a utilidade de informar a respeito do *valor* encerrado por esse conceito em *sedimentação*, que recebeu adequado tratamento conceitual de José Luis Bolzan de Moraes, para quem os Direitos Humanos são (2004, p. 123):

Conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.

Arrematando, pede registro a dimensão do *dever* que o conceito de Direitos Humanos carrega. A superação dos argumentos restritivos aos Direitos Humanos decerto passará pela modificação do conceito que tem o Homem Moderno sobre *direitos*. Liberto do jugo divino e senhor de si e do mundo, conforme se afirmou atrás, o Homem se outorgou direitos-sem-fim, constituindo um estado de coisas orientado e dependente da percepção massificada de um elenco de Direitos, mas esvaziada da idéia de *Dever*. Será preciso que, pela educação moral e filosófica, o Homem ser perceba sujeito também de *Deveres* em face do Outro.

Enquanto mantida essa visão apequena do Direito – oriunda daquele quarteto determinantes da tradição jurídica ocidental: razão, indivíduo, liberdade e noção de Direito –, a história do Direito como fenômeno social tenderá a ser a história da sua manipulação visando ao atendimento de interesses exclusivistas. A história da nominada Ciência do Direito, a ser a história da razão humana a serviço ora da legitimação jusfilosófica daquela manipulação, ora dos influxos teóricos que se esforçam por retirar o véu que dissimula a submissão do Direito, como fato e expressão social, a interesses nem sempre capazes de lhe conferir *legitimidade*, em sentido estrito. Enquanto mantida essa inexplicável dicotomia entre *Deveres* e *Direitos*, a dimensão utópica dos Direitos Humanos continuará reprimida pelas históricas dificuldades de projetar seus efeitos sobre a Humanidade.

10.2 DIMENSÃO UTÓPICA DOS DIREITOS HUMANOS

A força mítica do imaginário humano é a fonte sociohistórica das utopias e mesmo dos messianismos, fenômenos arrebatadores cujo poder transformador já foi comprovado em diferentes momentos da História. Traços de irracionalismo sempre são identificados nestes fenômenos, ora para denegrir suas bases e agentes sociais e desestimulá-los, ora para sublinhar sua superação do modelo racional da modernidade, destacar sua autenticidade e também para, como fez Ernst Bloch, reconhecer a necessidade de *racionalizar o irracionalismo*. Os registros históricos são ricos em exemplos de élan fundados no *discurso* aglutinador acerca de ideais compartilháveis

A força do *verbo* – a palavra, o texto – suplantou o poder comunicativo de outras formas de linguagem porque incorporou o simbolismo daquelas a uma peculiar forma de transferência de valores por meio da equivalência de signos mutuamente reconhecidos. O *Quarto Evangelho* contido no Novo Testamento, cuja autoria é atribuída a João, traz eloqüente construção textual: "No princípio era o Verbo...", com pretensões de demonstrar o *poder da palavra*. Segundo o mesmo texto, "... o Verbo era D'us", donde se extrai que, milenarmente, a palavra é dotada de poderes de criação, ainda que para outros "No princípio era o Ato...", conforme visto.

A palavra transforma e a percepção de seu poder não surgiu com a semiótica e nem com a lingüística. O próprio Direito, para existir, depende do texto e para alguns autores, "o Direito é o resultado de múltiplas decisões dos homens, que só podem se expressar mediante *texto*."

(ROBLES, 2005, p. 47). Segundo Robles, "suprimidas as palavras, suprime-se automaticamente o Direito". A *palavra* cria. O Direito, expresso na *palavra*, é igualmente criador: direitos e obrigações, códigos de conduta, prêmios e sanções; mas também cria *promessas*, a partir das quais se instala o *princípio da esperança*.

A expressão *princípio da esperança* vem da obra de Ernst Bloch, para quem o homem é um animal *esperançoso* (*apud* HOBBSAWM, 2003, p. 141). Sua obra *Das Prinzip Hoffnung (O princípio Esperança)* constituiu-se num libelo em nome das utopias concretas, capazes de materializar as imagens, mas também de fazer os homens se realizarem. Hobsbawm, admirador da produção intelectual de Bloch, escreveu sobre esse princípio (2003, p. 141):

Estar insatisfeito, desejar vislumbrar um estado mais geral em que as coisas poderiam ser diferentes (isto é, melhores) do que são, é a forma mais elementar desse impulso humano fundamental. Sua forma mais elevada é a Utopia – a construção da perfeição que os homens procuram ou tentam realizar ou que, pelo menos, brilha sobre eles como um sol intelectual.

Empolgar-se com os quase-devaneios filosóficos de Bloch não pode obstar a percepção de que há um eixo ideológico que teima em postergar a concretização dos desejos, mesmo que expressos nos *textos* constituintes do Direito. Sobre esse eixo – composto pela tríade racionalismo científico, ideologia do progresso como futuro e opressão das formas de produção e acumulação de riqueza –, repousam as pretensões de *permanência social*, de manutenção do *status quo* alimentadas por setores sociais exclusivistas que têm conseguido se manter aboletados nos altos postos da hegemonia do poder Político e que almejam esmaecer a configuração do imaginário. Esse mesmo olhar, esperançoso, também não pode se constituir em óbice aos esforços para empurrar a realidade rumo àquele futuro desejado. O *princípio da esperança* precisa ser alimentado pela percepção de que os esforços realizados estão promovendo materialmente a concretização da *utopia*, identificada – no caso do Direito – nos textos inspiradores, no verbo que transforma pela sugestão e pela promessa, num resgate da simbologia mítica que transcende o racionalismo limitador e arrebatada as vontades.

"Tudo o que se nos apresenta, no mundo social-histórico, está indissociavelmente entrelaçado com o simbólico." Assim se expressa Cornelius Castoriadis (1982, p. 142) para sublinhar a importância criadora do que denomina *rede simbólica*, pela qual se orientam homens e instituições. Ciente da força *simbólica* da linguagem, Castoriadis reconhecia que se encontrava o simbólico primeiramente na linguagem, depois nas instituições, afirmando que estas não se reduzem ao simbólico mas que só podem existir nele (1982, p. 142). Dessas

assertivas se depreende que a instituição de valores sociais nasce com a linguagem que, dada a capacidade de sua simbologia, pode conferir validade a certos sistemas simbólicos. É certo que a força sugestiva dos mitos sobre os quais se assenta a simbologia convertida em linguagem é determinante da própria força do Direito. Não sem razão, afirma Castoriadis (1982, p. 176):

A história é impossível e inconcebível fora da *imaginação produtiva* ou *criadora*, do que nós chamamos o *imaginário radical* tal como se manifesta ao mesmo tempo e indissolivelmente no *fazer* histórico, e na constituição, antes de qualquer racionalidade explícita, de um universo de *significações*.

As significações referidas por Castoriadis são constituintes de um sistema que se articula com a sociedade e representam o *imaginário efetivo* (1986, p. 176). Esse imaginário só pode atuar socialmente se os membros de determinada sociedade comungarem dos símbolos representados nas referidas significações; se houver mútua identificação com as crenças traduzidas pelos mitos e nos apelos utópicos componentes desse imaginário. Sem essa *comunhão*, haverá sempre a possibilidade de negar a esperança, frustrando-se o *imaginário* e esvaziando as potencialidades do simbólico.

Esse simbólico é perfeitamente identificável nas construções semânticas do Direito, a exemplo do que ocorre a partir do estabelecimento dos primeiros marcos normativos de proteção dos Direitos Humanos.

Se há, no Direito, um componente trânsfugo das primevas pulsões dos que o conceberam sob a forma moderna, componente este que insufla os ânimos daqueles que tomam contato com o seu *texto*, tal característica é reforçada quando o seu conteúdo trata dos *direitos fundamentais da pessoa humana*. Segundo Dalmo Dallari (*apud* BITTAR, 2005, p. 284) esses direitos, denominados *Direitos Humanos*, são aqueles sem os quais é impossível pensar a condição humana. Da modernidade se extrai que um dos primeiros textos filosóficos a contemplar *Direitos Humanos*, na acepção que lhes conferimos contemporaneamente, foi escrito por Thomas Hobbes ao desenvolver uma filosofia do poder civil estruturante do Estado moderno em face do *estado de natureza*, antropologizando as relações de poder por meio da contratação de outorga de soberania a um ente superior e secular, que seria incumbido de estabelecer a ordem social. Todo o poder conferido a essa entidade fictícia recebeu, contudo,

um limitador: o direito à vida, cuja defesa era obrigação primeira do soberano, que poderia ser atacado se atentasse ou deixasse atentarem contra ele.

Com o Estado moderno nascia, assim, o renovo dos Direitos Humanos, tal como os conhecemos. Hobbes, existindo em tempos atemorizantes, imbuu-se do *princípio da esperança* e ousou produzir *textos* arrebatadamente redigidos sobre elementos utópicos, com a promessa de conduzir o homem a uma nova era. Teria movido Hobbes, ou os seus patronos e apoiadores, algum sentimento *utópico ou messiânico*? O produto de seu intelecto teria tido a força necessária para promover as transformações se o mito do rito de passagem de uma era caótica para outra, de segurança, não estivesse sublinhada em seus escritos? Sem o simbolismo capaz de se instalar no imaginário coletivo de sua época, teria Hobbes passado à história como um *revolucionário* da filosofia?

O agir utópico de Thomas Hobbes desencadeou um gradiente axiológico que determinou os novos filosofemas das ciências sociais que pouco a pouco passaram a erigir outros totens da civilização na condição de Direitos fundamentais, naturais e imprescritíveis, a exemplo da liberdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão. Disse-se atrás dos povos anglo-saxões e seu pragmatismo utilitarista, que se anteciparam e promoveram declarações constituintes de novos marcos regulatórios das relações de poder.

A linhagem utópica do *jusnaturalismo* e do *contratualismo*, seu tributário, está presente nas matrizes das *declarações* e dos esforços constitucionalizantes visando à instituição de limites ao exercício do Poder político por meio do reconhecimento de direitos fundamentais da pessoa humana. O constitucionalismo nascente teve de enfrentar questões de feições bizantinas até hoje discutidas, a exemplo daquela relacionada à autonomia da *declaração* frente à *Constituição*, que opôs racionalistas jusnaturalistas a utilitaristas e historicistas, e aquela outra que distingue entre a corrente que pugna pela pré-existência dos Direitos humanos à própria Constituição, uma vez que são tidos por Direitos naturais, razão pela qual sua autonomia independe de concessões do Estado e limita a atuação deste; e a corrente que nega o jusnaturalismo e vê nesses simplesmente Direitos subjetivos reconhecidos pelo Estado aos homens a partir da sua soberania, que não poderia, por isso, sofrer limitações a partir de direitos que ele mesmo reconhece (BOBBIO, 1993, p. 87).

Para além das questões teóricas, há o reconhecimento de valores humanos atemporais que estão abrigados em *textos* jurídicos cuja efetividade a ser assegurada pelo Estado **está na raiz de sua legitimidade**. Esses valores, cuja entronização simbólica e material se persegue desde os primórdios da humanidade, estão impregnados de significação simbólica e de potencialidades utópicas, razão pela qual, ao mesmo tempo, eles encantam e arrebatam quando exibidos como dísticos das causas sociais e são execrados como discurso intelectualóide desconectado da realidade de uma dada sociedade.

A simbologia dos Direitos Humanos tem lhes conferido um carácter transcendente, o que pode se constituir em seu valor e, ao mesmo tempo, no seu oposto. Se resultaram do *princípio da esperança* entronizado no imaginário dos homens, sua abrangência tem sofrido intencionais restrições a partir de um sempre presente discurso racionalizante. A construção teórico-política desses Direitos teve, em sua origem um carácter exclusivista; foi engendrado a partir do discurso libertário de uma ordem social que almejava unicamente constituir seu espaço próprio necessário à realização de seus ideais materialistas. O elemento utópico, naquele momento da história, era limitado à defesa de interesses exclusivos; havia inimigos a combater e havia parcerias convenientes ao momento histórico, às quais se deveria estender os valores reivindicados.

Com o advento do constitucionalismo nos fins do século XVIII, que atingiria o ápice da positivação no século seguinte, as pretensões exclusivistas passaram a sofrer oposição e o apelo utópico experimentado pela burguesia para transformar as relações de poder remanescentes da Alta Idade Média espalhou-se alcançando as sociedades de modo mais amplo, momento em que aqueles Direitos Fundamentais – classificados, hoje, como de *primeira geração* ou *dimensão* – foram se *esgueirando* para dentro das configurações constitucionais do direito posto pelos Estados. No século XX, ganhou foros mundiais, sobretudo após o horror na Segunda Guerra, quando as Nações Unidas construíram seu sistema internacional de Direitos.

O *texto* que verbaliza o valor simbólico dos Direitos Humanos contém significação imanente que atravessa culturas e códigos legais, impondo-se a partir daquele imaginário referido por Castoriadis e guiado pelo *princípio da esperança* que deseja a concretização utópica pugnada por Bloch. E para além de toda e qualquer teoria, o simbolismo dos Direitos Humanos paira sobre todos os homens e suas instituições, não porque sua suposta fonte – os inexistentes

Direitos naturais – pré-exista às instituições, sendo delas a mais destacada o próprio Estado, mas porque o imaginário de que elas, instituições, são feitas fixa o homem como a medida de todas as coisas. Por isso pode-se afirmar, com Eduardo Bittar, que (2004, p. 52):

[...] A bandeira dos direitos humanos é hasteada no cume dos valores sociais e torna-se a mais importante referência ético-valorativa e jurídica para a sociedade como um todo, até mesmo um porto seguro para as ambições sociopolíticas e o termômetro dos regimes democráticos e antidemocráticos.

10.3 *DIE NEUE GRUNDNORM*: NOVO MODO DE SER DO DIREITO

É intelectualmente angustiante acompanhar os esforços de Hans Kelsen para conciliar seu formalismo declarado com a imperatividade teórica de apresentar o *fundamento de validade da ordem jurídica*. A legitimação do Poder político, imperativo da estrutura formal que o institucionalizou, faria outra vítima. Organizando seu pensamento e preparando o argumento, ele apresenta suas perguntas: o que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas? Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (2006, p. 215).

É angustiante porque Kelsen, na formulação das respostas, se torna vítima de dois fenômenos contra os quais se insurgia: a circularidade do argumento e o pressuposto próprio do Direito natural. A analogia que fez Kelsen com símbolos ancestrais – Dez Mandamentos de Jeová no Monte Sinai e a síntese mandamental de Jesus, o Filho de Deus, contida no Sermão da Montanha – o levou a reconhecer que, nos dois casos, o *fundamento de validade* dos comandos extraíveis dessas *normas* não era expresso, mas *pressuposto* (2006, p. 216):

Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, **não expresso, mas pressuposto**, não é o fato de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer às ordens ou mandamentos de Deus, ou aquela outra segundo a qual devemos obedecer os mandamentos de Seu Filho. (Grifos nossos)

A adoção da pressuposição como fundamento de validade foi a solução encontrada pelo filósofo tcheco de Viena para cessar a circularidade conceitual, conforme se pode extrair de suas próprias palavras (2006, p. 217):

[...] A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma

norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. **Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada.** Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. (Grifos nossos)

Assim Kelsen constrói o argumento que vai levá-lo ao conceito de *norma fundamental*: “Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental.” (2006, p. 217). Ao fazê-lo, como se vê, serve-se de um argumento metafísico que ele próprio apresentara manipulando símbolos religiosos (Deus), transitando em campos que prescindem da razão, tão cara a si e aos seus contemporâneos. Kelsen aceitava, então, o *mínimo de metafísica* reconhecido por Kaufmann, atrás referido.

Aproximando seu conceito do de Constituição, Kelsen afirmará que a norma fundamental pode “ser designada como Constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo”, dando coerência à idéia fundadora da *norma fundamental*, que não é norma posta – pelo costume ou por ato de órgão jurídico – e nem positiva, mas *norma pressuposta*, pois sendo a instância constituinte considerada como a mais elevada autoridade, não poder, por isso, “ser havida como recebendo o poder constituinte de através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior” (2006, p. 222). No campo da práxis política, Kelsen fazia inovações interpretativas sobre a norma fundamental, especialmente a partir de suas considerações sobre o Direito internacional, que ganharia muita força após a Segunda Guerra.

Vítima do *Zeitgeist* europeu na aurora do século XX, Kelsen – por razões objetivas e motivação subjetiva expostos atrás – vai defender que uma norma jurídica vale não porque possui determinado conteúdo, mas porque é criada por uma forma determinada (“por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta”). Por esse raciocínio, Kelsen construiria argumentos que lhe custariam muitas críticas: “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser de Direito.” Sendo a norma fundamental esvaziada de conteúdo, “não há qualquer conduta humana que, como tal, por força de seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.” (2006, p. 221).

Ao reconhecer, baseando-se em Kant, que a norma fundamental é a condição lógico-transcendental da interpretação dos sentidos subjetivo e objetivo dos “fatos postos de acordo com a Constituição” (2006, p. 225), Kelsen estava reforçando seu argumento quanto à função

interpretativa da norma fundamental, que seria fundamentar a validade objetiva da ordem jurídica posta por meio de atos humanos de vontade (ordem positiva), interpretando o sentido subjetivo desses atos como seu sentido objetivo.

Dadas as circunstâncias políticas e culturais daquele tempo, Kelsen, naturalmente, não percebeu que o hùmus civilizacional de sua época, ao mesmo tempo em que não fornecia diretrizes morais historicamente consolidadas, se mostrava perigosamente flexível em face das ideologias que sacudiam a Europa. Essa *insensibilidade*, determinada não por razões apenas subjetivas, mas também pela, repita-se, insuficiência histórica – o Estado de Direito ainda era uma “novidade” e seu instrumental vinha sendo testado –, motivou afirmações do tipo:

Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo.

Há uma evidente radicalização distintiva das díades neokantianas *ser/dever-ser*, *natureza/cultura* e *causalidade/imputação*, tudo para blindar o Direito e mantê-lo livre das *ideologias* que exorcizou em sua *teoria comunista do Direito e do Estado* e apresentá-lo como representação não-ideológica ou, nas palavras do próprio, anti-ideológica. Como se diz, não há de mais ideológico do que declarar-se não-ideológico, isso porque a própria pretensão de neutralidade traz, em si, uma carga ideológica.

Aqui se faz uma inflexão necessária para introduzir a proposta que, julga-se, os argumentos de Kelsen ensejam, seis décadas após sua emissão primeira (considerar que os conceitos gerais de sua teoria da norma fundamental estavam presentes em sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, de 1945). Além de sua orientação positivística, Kelsen certamente foi intelectualmente orientado por fenômenos não exatamente racionais, como descrenças na *condição humana* e temores pela *rebelião contra a humanidade*. Dos anos 1960 até esta primeira década do século XXI, pôde-se assistir a outras rebeliões contra o espírito humano; do mesmo modo que, amadurecida pela dor, a Humanidade tem sabido articular-se contra a barbárie, em que pesem desvios inesperados como esse que recentemente protagonizou a *maior democracia do mundo*.

A Humanidade é devedora de si própria, pois na sua marcha milenar tem adquirido aquele húmus que a nutre e do qual apanha sementes que têm germinado. Hoje, diferentemente das circunstâncias presentes em poucas décadas atrás, o homem pode *pensar* de modo objetivo e estratégico num projeto social e político que se oponha à *descrença* e à *rebelião* atrás referidas. Segundo Antonio Carlos Wolkmer (2006, p. 113-114), esse projeto seria capaz de:

[...] reordenar as relações tradicionais entre Estado e Sociedade, entre o universalismo ético e o relativismo cultural, entre a razão prática e a filosofia do sujeito, entre o discurso de integração e de diversidade, entre as formas convencionais de legalidade e as experiências plurais não-formais de jurisdição.

Nesse projeto, nota Wolkmer, uma das estratégias possíveis inclui o “referencial dos direitos humanos em sua dimensão utópica, emancipadora e multicultural” (2006, p. 122). É essa inclusão estratégica dos Direitos Humanos, no centro da governança jurídico-política contemporânea, que constitui o cerne do argumento trabalhado neste capítulo.

A proposta é sedutora, mas, diante do incontestável fato de que – de certo modo – desde meados do século passado o Homem *declarou* a universalidade dos Direitos Humanos, há que se fazer, como Joaquin Herrera Flores (2004, p. 66), indagações elementares: basta despertar a esperança para solucionar os problemas concretos e reais? É suficiente confiar em uma instância transcendente benevolente para fundamentar práticas sociais de articulação de movimentos de lutas pelos Direitos? Há necessidade de lutar pelos Direitos se já os temos garantidos metafísica, ideal ou religiosamente? Ou ainda: de que serve reclamar uma essência metafísica que nos dizem pertencer-nos pelo mero fato de sermos seres humanos, diante das práticas degradantes das grandes empresas transnacionais?

Preocupado com o universalismo que marca a história pan-européia, Herrera Flores ainda questiona: não estaremos universalizando um só ponto de vista: o judaico-cristão-ocidental, apresentando-o como a essência imutável de algo que tem necessariamente que contar com outras formas de considerar e resolver os problemas que subjazem aos particulares conceitos de dignidade? Como garantir o acesso à justiça àqueles que defendem e praticam conceitos diferentes de dignidade humana, ou que hierarquizam os valores de modo diferente?

São muitas as questões – essas de Joaquín Herrera Flores são exemplificativas – que advertem para a necessidade de *ajustes* na práxis jurídica e política relacionada aos Direitos Humanos.

Não se descuida dessas admoestações, ao contrário, pretende-se é que a esses Direito seja conferido *status* para além do ideal-formalismo, sedutor mas igualmente frustrador ao se perceber que a retórica que ecoa não se faz acompanhar de efetiva governança voltada à superação de obstáculos – ideológicos, materiais, financeiros – e à materialização das promessas. Promessas que alguns desprezam e das quais deboçam, visto que se pensam acima delas; mas outros têm nelas a sua única esperança.

Com esse objetivo, de conferir norte e fundamento de validade às normas que orientam as práticas de governança jurídico-política, é útil apropriar-se do conceito kelseniano de *norma fundamental*, considerando a privilegiada posição em que nos deixou a nossa era, na qual o acúmulo de experiências e *savoir-faire*, quanto às artimanhas da Política e sua vocação para imprimir efeito axiológico-reducente às suas práticas relacionadas às pulsões ordenadoras que traduzem expectativas *humanas*, nos permite formular respostas efetivas àquelas indagações exemplificativamente elencadas.

Sendo a *norma fundamental*, na dicção de Kelsen, o fundamento de validade de uma ordem jurídico-normativa, e sendo, tal norma, referida como *condição lógico-transcendental* da interpretação que faz das normas derivadas desta matriz-normativa, é útil pugnar pela adoção do conceito (norma fundamental) e, em vez de mantê-lo axiologicamente neutro, dotar-lhe de *conteúdos* conectados com valores extraídos dos Direitos Humanos. Às claras está a inevitabilidade de se enfrentar determinadas questões teóricas e pragmáticas, mas com essa carga de valores inserida no núcleo dirigista do conceito de *norma fundamental*, estar-se-ia criando, dentro da lógica que pauta o agir jurídico-político promissor de segurança jurídica que define o Estado (Constitucional) de Direito, condições para a promoção de uma *unidade lógica da ordem jurídica* a ser oposta aos conflitos de normas. E o fundamento dessa unidade, longe de ser algo desconhecido ou mesmo pré-determinado por um ente sobrenatural, seria inteligível a partir do conhecimento do que se referiu como *húmus civilizacional*.

Numa investigação filosófica, poderá alguém perguntar: se os Direitos Humanos, elevados ao *status* de *norma fundamental* são o fundamento de validade de *nova* ordem jurídica que se vai fundar a partir dessa construção, o que fundamenta os Direitos Humanos?

Com especial deferência, Gregorio Robles corrige Norberto Bobbio – quando o autor italiano pronuncia sua clássica assertiva de que o problema dos Direitos Humanos não está em

fundamentá-los, mas em realizá-los ou protegê-los – para reformular a frase subdividindo o problema posto em dois: um prático e outro teórico. O problema *prático* realmente seria o de fundamentação (por óbvio!), mas o de sua realização; o problema teórico, por sua vez, não estaria em sua realização (!), mas em sua fundamentação.

É agudo o conhecido pensamento do autor espanhol. Contudo, a fundamentação dos Direitos Humanos – que tem relação direta com a Moral, assim como esta tem relação com a História do Homem e de seus valores – está posta na historicidade das instituições jurídico-políticas, e tanto ao ponto de Nações e entidades multilaterais justificarem *teoricamente* a inserção dos Direitos Humanos como valores em seus atos constitutivos como normas programáticas. E, aliás, é justamente esse caráter de *norma programática* – estática, inerte, inoperante – é que demanda superação, o que pode se alcançar pela atribuição de *novo modo de ser* ao Direito: fundamentado unicamente nos Direitos Humanos e seus valores reflexos, impondo aos responsáveis pela governança – para muito além da programática – uma conduta pragmaticamente dirigida à implementação prioritária dos valores fundamentais já confirmados pelo húmus civilizacional.

Num reconhecimento da inevitável circularidade ínsita ao conceito de legitimidade do exercício do Poder, o que se vislumbra ao atribuir aos Direitos Humanos o caráter de *norma fundamental* – vinculante, portanto, dos atos de governança política adotados pelos que desempenham papel nas instituições político-jurídicas – é uma hipótese de instituição de efetiva *legitimidade* do agir político. Aliás, hipótese que se apresenta como única, uma vez que somente aqueles atos jurídico-políticos que tenham o bem-estar do Homem por meta é que poderão, pela materialização de seus efeitos, voltar à sociedade e ser reconhecidos como *legítimos*.

10.3.1 A política a serviço do Homem

Atrás foi referida a dupla condição sob as quais os Direitos Humanos ingressam no ordenamento jurídico: (i) na condição de *regra* determinada pela *positivação* dos seus critérios e princípios que adquirem inequívoco caráter de Direitos exigíveis pelas vias institucionais e (ii) na condição de *princípios* orientadores da governança política,

notadamente no campo do Poder Judiciário, que deverá interpretar o Direito sob a perspectiva do conteúdo moral dos princípios.

Conhecida a subjetividade e o apego às particulares ideologias que definem o Homem, é certo que as pulsões ordenadoras serão objeto de particulares exercícios interpretativos capazes mesmo de negar a dimensão moral-impositiva daqueles Direitos, mesmo quando positivados.

Essa reflexão nos conduz à senda da Política, especialmente quando se reconheceu – afastados os temores de um certo reducionismo – que o Direito é a política encapsulada em enunciados normativos e quando se propôs a constituição de uma nova *Grundnorm* orientada pelos Direitos Humanos, o que implicou em admitir que esta *norma fundamental* dependeria, para sua projeção socioantropológica, de injunções interpretativas no campo jurisdicional, mas também no campo da política.

Evidente é que a questão da legitimidade e sua direta relação com a *condição humana*, perpassa considerações sobre os aspectos ontológicos, axiológicos e teleológicos do Direito, visto como instituição social impregnada de pulsões antropológicas. O Direito, como se sabe, padece de crescente deslegitimação. Esse fenômeno, contudo, se revela como reflexo daquele referido déficit de democraticidade, o que determina o reconhecimento de que o problema da legitimidade que se busca tem natureza política antes de uma natureza jurídica. Essas causas de deslegitimação referidas como *políticas* preservam seu lugar também dentro do campo jurídico, afirme-se, porque a *fazer jurídico* também é determinado pelo *agir político* na ocasião do tratamento das pulsões reguladoras no âmbito das pulsões corretoras.

O cenário constituído pela tradição jurídica ocidental demanda, para sua mudança, transformações também do paradigma que lhe conforma, o político. Noutras palavras, certos cânones da Política, que mantêm estreita conexão com o Direito, a exemplo daquela ênfase retórica nos *direitos* (como se existissem sem *deveres*), precisam ser transformados para viabilizar o ingresso dos valores contidos nos Direitos Humanos nas esferas pública e privada. A individualidade percebida pela razão, que redundou na idéia de liberdade e, portanto, da detenção de *Direitos* e do poder de exigí-los perante o Outro, incluindo a *pessoa* do Estado, algo que o Homem jamais pôde fazer diante de Deus, isolou o Homem numa razão existencial universalizante e padronizadora, pela retórica, de uma interpretação do *mundo da vida* que impede o reconhecimento de diferenças capazes de inspirar a idéia de *Dever*.

Nesse contexto ingressa o pensamento bem desenvolvido por Chantal Mouffe acerca da *política da democracia radical*, pelo qual propõe enfrentar o desafio da *questão crucial* que está em “estabelecer uma nova fronteira política, capaz de dar um verdadeiro impulso à democracia.” (1996, p. 17). Chantal Mouffe discorre sobre a democracia liberal como quem está possuída pela certeza de que a democracia liberal (fundada na retórica daquela tríade discursivo promissora, atrás referida) precisa ser superada pela reapropriação fático-semântica do espírito democrático, que teve seu ímpeto frenado pela tradição jurídico-política ocidental.

Se o *Leviatã* teve a sua utilidade na constituição de Direitos como *diques* de contenção do Poder político, conforme os tempos exigiam, segundo Hobbes, ele teve de ser acorrentado para cessar os ímpetos libertários que inspiraria manipulando os símbolos de enorme apelo do Direito Natural. Esse ser nominado Estado, foi *acorrentado* e sua liberdade é admitida unicamente quando reconhece que seus limites de atuação são os limites da democracia representativa-liberal.

Se interessa ao Homem ver suas pulsões ordenadoras de conteúdo demófilo serem institucionalmente tratadas de *sensível*, será efetivamente preciso *radicalizar* a democracia, aumentando os índices de *democraticidade* das sociedades Modernas, sem incorrer nos erros têm o potencial de transformar o espírito democrático num espectro assustador; será preciso busca a democracia no sentido que propõe Chantal Mouffe (1996, p. 19):

É precisamente porque não procura negar o político que, ao invés de outras concepções de democracia radical ou participativa enquadradas numa moldura universalista ou racionalista, a concepção que aqui defendo é verdadeiramente uma concepção de democracia radical e *plural*. É a única concepção que retira todas as implicações do ‘pluralismo de valores e enfrenta as conseqüências de reconhecer a existência permanente do conflito e do antagonismo

Chantal Mouffe reconhece que sua proposta nasce com um paradoxo: “o próprio momento da sua realização seria também o início de sua desintegração”, remetendo a reinterpretação do conceito schumpeteriano de *destruição criativa*, pois, uma tal democracia, afirma a escritora, será sempre democracia futura, “uma vez que o conflito e o antagonismo são simultaneamente condição de possibilidade e condição de impossibilidade da sua total realização.” (1996, p. 19).

Ordenação, regulação e correção são o conteúdo das pulsões atrás referidas, que se projetam na sociedade a partir do *texto do Direito* elaborado pelas vias do sistema ficto-político que se estriba na trindade estatal (soberania, democracia, tripartição de poderes). O esforço necessário deve ser dirigido à constituição de dutos dessas pulsões menos suscetíveis aos efeitos axiológico-reducentes que necessária ocorrerão. A elisão ou mitigação do efeito axiológico redutor, com conseqüências historicamente graves à teleologia do Direito, dependerá do surgimento de *lugares democráticos* que permitam a superação da doxa contemporânea que desidratou as expectativas iluministas, muito mais pela interpretação equivocadas de seus postulados do que por uma vocação humana à promoção daquela *rebelião contra a sua própria existência*.

O movimento da política só se torna legítimo e somente legitima seus resultados – incluindo o ordenamento jurídico – se ele se voltar em direção ao Homem, que se converte em sujeito da Política e não em seu objeto. O Homem como fim da política e não como mero meio de promoção de interesses exclusivistas, esse é o desafio apresentado à Moderna contemporaneidade.

CONCLUSÃO

Em sua angústia diante do Universo, o Homem tem se apegado àquilo que lhe parece ser a fonte confortante das desejadas respostas às suas indagações. Essa *fonte*, donde supostamente ele colheria inspiração e razoabilidade, tem sua face modificada em correspondência às mudanças que esse Homem, em sua historicidade, experienciou, mudanças estas determinadas pelas transformações em seu entorno e determinantes dos paradigmas que guiarão seus novos impulsos cognitivos.

A essa *instabilidade* determinada pela ânsia do *conhecer*, Maurice Merleau-Ponty se refere especificamente para criticar as opções por abordagens segmentadas que o Homem faz diante do que nomina *problema ontológico*, entendido filosoficamente como o *problema dos problemas* porque determinante da análise de toda a problemática. Justamente por causa dessa importância, a filosofia do Ser não poderia mais ser pensada nos estreitos limites da clivagem Deus, Homem, criaturas, que era, conforme o filósofo francês, a clivagem que Spinoza concebera no século XVII (2007, p. 245). O problema do Homem-aí-no-mundo, portanto, não caberia nos estreitos limites de teísmos, naturalismos e mesmo de humanismos¹³¹.

A referência ao pensamento de Merleau-Ponty, aqui extraído de sua obra póstuma *O visível e o invisível*, tem a utilidade de desvelar o quanto o pensamento especulativo tem buscado respostas e por quantas vias distintas. Porém, especificamente, o que se pretende é reconhecer que as considerações filosóficas referidas atrás – que se sustentam (i) no Verbo, que traz a diretriz teológica e, portanto, instala aquela fonte das respostas num Ser Onipotente, Onisciente e Onipresente, (ii) no humanismo que, por força epistemológica, busca na sujeito-Homem e em sua subjetividade aquelas respostas e também (iii) na natureza interpretada pelo racionalismo iluminista-liberal, que tenta formular respostas partindo de um reducionismo individualista – não têm a abrangência que a complexa Humanidade apresenta.

O Homem, animal simbólico e racional, ultrapassa, portanto, o modelo racionalista-universalista implantado pela Modernidade, apresentado que foi como a solução para o problema do Homem, cuja história de opróbrio confirma quão imperativo é o abandono dos paradigmas políticos e jurídicos hodiernos.

¹³¹ “Portanto, não começamos *ab homine* como Descartes [...], não tomamos a natureza no sentido dos escolásticos [...] e não tomamos o Logos e a verdade no sentido do Verbo.” (2007, p. 245)

Na esfera política, será necessário considerar projetos como aquele defendido por Chantal Mouffe, atrás referido, que pugna por uma *democracia radical* a ser obtida por meio de uma *revolução democrática*, já em curso. Para elevar os níveis de democraticidade, preservando certos pilares que sustentam o parco equilíbrio em que se assentam as sociedades, será preciso constituir formas *pluripositivistas* de tratamento das pulsões ordenadoras, o que implica na multidivisão do Poder nas instâncias responsáveis pelas pulsões reguladoras e pelas pulsões corretoras.

Sem esse *pluripositivismo englobante* das pluralidades de interesses que marcam as sociedades hipercomplexas, como a Moderna, não será suplantado o modelo atual de submissão à doxa liberal-liberista, que se sustenta na retórica e na *violência*, simbólica ou não. Dividir o Poder imprimindo-lhe um vórtice centrífugo elevará os índices de democraticidade.

Efeito desse movimento centrífugo do Poder – sendo capilarizado e saindo dos gabinetes onde a *soberania real* se instala e de lá subordina a Política e conforma o Direito – será a reversão daquele fenômeno do descenso de legitimidade, uma vez que o *povo*, aquele soberano abandonado pelo conceito-peregrino, assistirá o retorno de suas pulsões ordenadoras ao seu ponto de partida em *atos concretos*, e não apenas em cápsulas de poder representadas por uma retórica improdutiva.

Que o Direito é naturalmente oblíquo é certeza da qual não se foge, afinal sua fonte primária não é uma fonte luminosa que emite pulsões enfeixadas disciplinadamente pelas leis da Física. Ao contrário, a obliquidade, no Direito, é parte do *Ser*. Justamente daí concebeu-se o intuito corretivo, traduzido no *Dever-ser*. Toda a questão – da Política ao Direito – está no sintomático desinteresse das instâncias da *soberania real* admitir que o Direito possa as pulsões sociais de forma a promover a correção.

A obliquidade é preservada por razões ideológicas que orientam a referida *soberania real*. Jean-Baptiste Duroselle, analisando os “conflitos obscuros e mal-identificados”, afirma: “Uma força existe, porém isso não pode ser visto; sentem-se apenas seus efeitos.” A *força* tem os seus bonecos-de-ventríloquo. E o Estado tornou-se um deles, o que torna imperativo o projeto de uma democracia que o liberte das pulsões ordenadoras demórbas com que essa *força* dirige aquilo que ela converteu em instrumento, em *boneco*.

A capacidade ventríloqua dessa *força*, que exerce a soberania real, tem sido subestimada até por muitos daqueles que, sinceramente, se debruçam sobre o problema da legitimidade. A retórica da democracia – em seu feitio liberal exibida sempre naquela tríade ficto-política – tem historicamente confirmada seu *savoir-faire* na perita manipulação dos símbolos democráticos, é verdade; entretanto decerto não resistirá às ondas de conscientização que estão se desenhando no horizonte daquela *revolução democrática* de que fala a professora Chantal Mouffe e que poderão dotar o Direito de mecanismos redutores de sua obliquidade, que decrescerá provocando proporcional crescimento de sua legitimidade.

Na origem dessas ondas estão aquelas formas sincréticas de abordar e integrar socialmente o Direito, dentre as quais se destaca a hermenêutica jurídica apoiada pela hermenêutica filosófica gadameriana, capaz de revelar – pela busca racional do consenso em meio às *motivações emocionais do ânimo humano* – as sutis manifestações do ventríloquo manipulando seus *bonecos* e criando realidades. Aliás, Gadamer formula indagação de advertimento que nos serve a todos: “Não é a própria realidade o resultado de uma interpretação?” (2005, B, p. 391).

Pelas vias da Política, também orientada pelas cautelas sugeridas pela hermenêutica filosófica e outras formas de interpretação do resultado normatizador das sociedades, poderá ser reforçado no Constitucionalismo o seu caráter libertário, intimidado que foi pela capturado do Estado por aquelas *forças* atrás referidas por Duroselle. Nesse sentido, a Justiça Constitucional não será mais um conceito ligado ao Poder Judiciário e suas estruturas de subsunção.

Além da hipótese de inserção de formas pluripositivistas na produção normativa judicial, por meio, *verbi gratia*, da limitação de objeto para as decisões monocráticas, fica a hipótese de constituição dos Direitos Humanos em efetiva *Grundnorm*, nos termos formulados por Kelsen porém com as ponderações atrás referidas.

Somente se balizados por uma *norma fundamental axiologicamente orientada* – e orientada especificamente pelos já sedimentados, mas ainda em sedimentação, Direitos Humanos – é que a Política e o Direito serão resgatados como a duas faces de um mesmo ser.

Conforme se afirmou atrás: o movimento da política só se torna legítimo e somente legitima seus resultados – incluindo o ordenamento jurídico – se ele se voltar em direção ao Homem, que se converte em sujeito da Política e não em seu objeto. O Homem como fim da política e não como mero meio de promoção de interesses exclusivistas, esse é o desafio apresentado à Moderna contemporaneidade.

A Política, se orientada por uma *Nova Norma Fundamental* axiologicamente orientada, haverá de se projetar sobre o Homem com outra dinâmica, motivada pela constituição de um *Estado Humano*¹³², e dirigida por marcos regulatórios do agir político capaz de transformar o paradigma aqui denunciado. Paradigma este determinante de uma ideologia que continua empobrecendo a tradição jurídica do Ocidente, ao mesmo tempo em que esse paradigma se transforma numa espécie de *commodity* a ser exportado para outros quadrantes do Globo como que numa preparação da superfície para lá serem instaladas as mesmas estruturas sociopolíticas que reduziram o Ocidente a um aglomerado humano descrente de sua trajetória.

Uma práxis política assim orientada estaria fortalecida para reconhecer a sobreposição, no povo e suas instituições democráticas, da *fonte primária* do Poder e da *fonte do Direito*, conferindo às fontes autorizadas unicamente a função regulatória e corretora, como hoje possuem, mas num exercício orientado pelo conteúdo daquela *Norma Fundamental*, cuja função de *fundamento de validade* está pressuposta nos valores que dela emanam, ao ponto de invalidar regras e anular princípios não por alguma falha de natureza formal, mas pelo distanciamento entre o conteúdo destes e a sua orientação valorativa.

Assim organizada, a Política resgataria o conteúdo utópico-etimológico do Direito: as pulsões ordenadoras demófilas colhidas no *meio* seriam tratadas pelas instâncias do Poder institucionalizado – já então sustentados em práticas pluripositivistas – de modo a preservá-lhes o conteúdo axiológico. As pulsões apócrifas seriam tratadas como parte das práticas políticas pluralizadas, mas não teriam mais *potência* porque a *soberania oculta* estaria, pelas práticas pluripositivadas de produção normativa, submetida à soberania primária, que está no povo e suas pulsões.

¹³² Encontra-se a expressão “Estado Humano”, entre outras fontes, na Carta Encíclica “*Evangelium Vitae*”, 101, expedida pela Igreja Católica Apostólica Romana durante o papado de Karol Woytilla, o João Paulo II.

Numa configuração sociopolítica estruturada nos Direitos Humanos, como regras e como princípios – mas, dado o apego da tradição ao Direito como *texto*, mais regras do que princípios, na medida em que estes forem se incorporando ao catálogo Constitucional ou Internacional como normas cogentes –, a obliquidade do Direito não seria obliterada por uma retórica decrépita e cínica. Também ela seria considerada como algo constituinte do ser: Direito, visto ser instituição humana, nunca foi e jamais será *direito*. O desafio está justamente em aceitar o desafio étimo-valorativo que o *texto* contém: o Homem deve ir do oblíquo ao Direito, do ser ao dever-ser. Direito é, utopicamente, a orientação do Homem para um mundo mais *reto*, mais confiável, mais seguro, mas sobretudo mais Humano.

A busca da legitimidade é processo infundável. Não se pode admitir que, nessa busca, os efeitos redutores das vontades-de-lei de perfil demófilo, causados pelo Estado colonizado pela *soberania oculta*, retirem do Homem a crença em *suas* instituições. Radicalizar a democracia utilizando instrumentos que se quis traduzir com a expressão *pluripositivismo* – a significar o efeito do processo de seccionamento das instâncias e formas decisórias, de tal modo que o Poder seja atomizado e não concentrado em qualquer representante do *povo* – é proposta factível que acena com o resgate da mensagem etimológica contida no vocábulo *Direito*, o que vai redundar numa demonstração de que a legitimidade que se busca é produzida no ato de buscar.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: Fundamentos do Direito Constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Tradução de Walter José Evangelista, Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch, Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005, p. 239-258.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O Direito nas sociedades humanas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. Apresentação. In: WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. Tradução de Beatriz Medina. Rio de Janeiro: Boitempo, 2007. p. 11-21.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. Tradução de Santiago Sastre Ariza. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005, p. 259-278.

BARZUN, Jacques. **Da alvorada à decadência: A história da cultura ocidental de 1500 a nossos dias**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Em busca da política.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição – Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BERMAN, Harold J. **Direito e revolução: A formação da tradição jurídica ocidental.** Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2006.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do Direito.** Tradução de Maurício de Andrade. Barueri/SP: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B.. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos.** Barueri: Manole, 2004.

_____. **O Direito na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BLACKBURN, Simon. **Verdade: um guia para os perplexos.** Tradução de Marilene Tombini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes.** Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política,** v. 1 (A) e v. 2 (B). Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: UnB, 1993.

_____. **Locke e o Direito natural.** Brasília: UnB, 1998, 2ª ed.

_____. **O positivismo jurídico.** Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria geral do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de derecho e la democracia.** Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BODEI, Remo. **A filosofia do século XX.** Bauru: EDUSC, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2008.

BONJORNO, José Roberto *et al.* **Física: história e cotidiano.** São Paulo: FTD, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

_____; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do ensino. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.

BRETON, Philippe. **A incompetência democrática**. Tradução de Constancia M. Egrejas Morel. São Paulo: Loyola, 2008.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANFORA, Luciano. **Crítica da retórica democrática**. Tradução Valéria Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do Direito**. São Paulo: LEJUS, 1999.

CASSIRER, Ernst. **Ensaio sobre o Homem**: Introdução a uma cultura da filosofia humana. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CATROGA, Fernando. **Entre deuses e césores**: secularização, laicidade e religião civil. Coimbra: Almedina, 2006.

CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 38.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

COMTE-SPONVILLE, André. **Valor e verdade**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo WMF Martins Fontes, 2008.

COSTA, Jurandir Freire. **Violência e psicanálise**. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio. **O Estado e suas fontes do Direito**. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1987.

- _____. **Metodologia científica em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1995.
- DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir cabeças**: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal. Tradução de: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.
- DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**: ou Progresso como ideologia. São Paulo: Unesp, 2006.
- DUROSELLE, Jean-Baptiste. **Todo império perecerá**. Tradução de Ane Lize Spaltemberg de Sequeira Guimarães. Brasília: Editora UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- DWORKIN, RONALD. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, vols. 1 (a) e 2 (b).
- FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e os Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do Direito**: temas e desafios. Tradução de Candice Premaor Gullo, Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **La sovranità nel mondo moderno**. Roma: Laterza, 1999.
- _____. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Cocciolo e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. Traducción de Pilar Allegue. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 13-29.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.
- FLORES, Joaquín Herrera Flores. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Org.) **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 65-102.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREIRE, Paulo. **A pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREUD, Sigmund. O Ego e o Id, Uma neurose demoníaca do século XVII e outros trabalhos. Tradução de Jayme Salomão. In: **Obras psicológicas completas de Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 55-135.

_____. **O mal-estar na civilização**. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, v. 1 (A), v. 2 (B). Tradução de Flávio Paulo Meurer, Enio Paulo Giachini. Petrópolis/RJ: Vozes, Bragança Paulista/SP: São Francisco, 2005.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1996.

GEARY, Patrick J. **O mito das nações**: a invenção do nacionalismo. Tradução de Fábio Pinto. São Paulo: Conrad, 2005.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macásta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O que é democracia?**: A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**. Porto Alegre: LP&M, 1980.

GUASTINI, Ricardo. **Estudos de teoria constitucional**. Tradução de José María Lujambio. Cidade do México: Fontamara, 2001.

HABERMAS Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: crítica de la razón funcionalista, v. 2. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

_____. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade, v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. Tradução de Marcos Keel. In: KAUFMANN, Peter; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. Lisboa, 2002, p. 303-326.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico civil. São Paulo: Rideel, 2005

HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções**: Europa 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **Revolucionários**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

HOMEM, António Pedro Barbas. **O espírito das instituições**: Um estudo de história do Estado. Coimbra: Almedina, 2006.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord.). **Lições de Direito Constitucional**: em homenagem ao professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 291-302.

HORN, Norbert. **Introdução à ciência do Direito e à filosofia jurídica**. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HOUAISS, Dicionário da Língua Portuguesa. Instituto Antonio Houaiss. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução de Fernando de los Rios Urruti. Granada/Espanha: Comares, 2000.

JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller: Método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 246-266.

JOUVENEL, Bertrand de. **La soberania**. Tradução de Leandro Benavides. Granada: Comares, 2000.

JUNG, Carl G. Chegando ao inconsciente. In: JUNG, Carl G (Org.). **O homem e seus símbolos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977, p. 18-103

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1990.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional.** Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 6. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LASALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo.** Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

MACPHERSON, Crawford B. **A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MANNHEIM, Karl. **Ideología y utopia: introducción a la sociología del conocimiento.** Tradução de Salvador Echavarría. México: FCE, 2004.

MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud.** Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Guanabara, 1996.

MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARX, Karl. **O capital.** Volume 1. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos.** São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MENDES, GILMAR. Foco na eficiência. **RT Informa,** São Paulo, ed. Especial n. 52, p. 4,5, nov. 2007 a abr. 2008.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível.** Tradução de José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

_____. **Fenomenologia da percepção.** Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Teoria da argumentação jurídica e Nova Retórica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOORE JR., Barrington. **Aspectos morais do crescimento econômico**. Tradução de Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 2006.

MORAES, Emanuel de. **A origem e as transformações do Estado**. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos humanos, Estado e globalização. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Org.) **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 117-140.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: Repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand-Brasil, 2006.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político: trajetos**. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **O novo paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007.

NETTO, Menelick de Carvalho. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 2000.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e manutenção das estruturas reais de poder, in Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal: Prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

_____. **Humano, demasiado humano: Um livro para Espíritos Livres**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

NUNES, António J. Avelãs. A gênese do Estado enquanto Estado de Classe: Uma visão histórico-econômica. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, 2007, v. 6. Mai/jun 2007.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**, v. 1. Coimbra: Almedina, 2007.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de teoria del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: A nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PIZZI, Jovino. **O mundo da vida: Husserl e Habermas**. Ijuí/RS: Unijuí, 2006.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Ana Paula Pessoa. São Paulo: Sapienza, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. Martins Fontes, 1997.

RICOEUR, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1996, p. 9-18

RICUPERO, Rubens. A resiliência do Estado nacional diante da globalização. **Estudos Avançados**. São Paulo, n. 62, p. 129-144, Jan./Abril 2008.

ROBLES, Gregorio. **O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri/SP: Manole, 2005.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROVIGHI, Sofia Vanni. **História da filosofia moderna: Da revolução científica a Hegel**. Tradução de Marcos Bagno e Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 1999.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: Princípios de Direito Político**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Poderá o Direito ser emancipatório?** Vitória:FDV; Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teologia política.** Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia do Direito e à filosofia do Direito contemporâneas.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 513-546.

SCHWANITZ, Dietrich. **Cultura geral: Tudo o que se deve saber.** Tradução de Beatriz Silke Rose, Eurides Avance de Souza, Inês Antonia Lohbauer. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa.** Qu'est-ce que Le Tiers état? Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SISSOM, Leighton E. e PITTS, Donald R. **Fenômenos de transporte.** 1. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Ed., 1988.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SOUZA, Jessé. **A construção social da sub-cidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética.** Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

STEIN, Ernildo. **Nas proximidades da antropologia: Ensaio e conferências filosóficas.** Ijuí/RS: Unijuí, 2003.

_____. **Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma.** Ijuí/RS: Unijuí, 2004.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor do Direito: introdução à filosofia jurídica.** Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

TIGAR, Michael E. e LEVY, Madeleine R. Tradução de Ruy Jungmann. **O Direito e a ascensão do capitalismo.** Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TROPER, Michel. **A filosofia do Direito.** Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez, Márcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: A retórica do poder. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1977.

_____. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

WOKLER, Robert. Jean-Jacques Rousseau: A decadência moral e a busca da liberdade. *In*: REDHEAD, Brian. **O pensamento político de Platão à OTAN**. Tradução de Talita Macedo Rodrigues. Rio de Janeiro: Imago, 1989, p. 123-137.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 53, p. 113-128, dez. 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.