

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E ESTADO

**TEORIA INSTITUCIONAL
E
GARANTIAS INSTITUCIONAIS**
**Os direitos fundamentais e a dinâmica institucional
de atualização do conteúdo jurídico**

MESTRANDO: Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira (96/72885).
ORIENTADOR: Prof. Gilmar Ferreira Mendes.
MEMBROS DA BANCA: Prof. José Carlos Moreira Alves
Prof. José Geraldo de Sousa Júnior
Prof. Inocêncio Mártires Coelho
DEFESA: 15 de outubro de 1998.
RESULTADO: *Aprovado com distinção.*

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo apoio sempre presente.

Aos amigos que auxiliaram na elaboração das versões inglesa e espanhola do resumo e na revisão do trabalho.

Ao meu orientador, que incentivou um estudo responsável do tema e permitiu que este fluísse naturalmente.

Ao Prof. José Geraldo de Sousa Júnior, pelo empenho na obtenção de Bolsas de Estudos (CAPES) para o Mestrado em Direito da UnB.

Aos cidadãos de Konstanz (Baden-Württemberg, Alemanha), que gentilmente autorizaram a pesquisa do acervo da Biblioteca da Universidade de Konstanz e o empréstimo de exemplares.

ADVERTÊNCIA

As traduções das transcrições em língua alemã foram feitas de forma livre pelo próprio autor. Optou-se pela tradução somente dos textos em língua alemã em virtude da menor intimidade dos leitores brasileiros com tal idioma.

Resumo

O intento em situar o direito fundamental em um sistema de correlações inseridas em contextos supraindividuais; o aflorar histórico do aspecto funcional do direito subjetivo; a consequência do condicionamento recíproco dos direitos fundamentais originando o seu relativismo, que suscita considerações a respeito do perigo de esvaziamento e estrangulamento dos mesmos, a ameaçar sua conquista recente como direitos de realização, exige o esforço ora empreendido no sentido de dar maior consistência teórica à abordagem das dimensões objetivas reveladas na chamada parte dogmática das constituições. O caminho percorrido o foi no horizonte aberto pela teoria institucional, cuja proximidade das cristalizações da cultura como objetivações do espírito humano lhe outorgou indiscutível autoridade para este tema. Objetivaram-se, sim, os direitos fundamentais, mas dentro de uma lógica institucional de equilíbrio entre os dois momentos que lhe compõem a essência: o instituído e o instituidor, o que permite a coexistência entre dinamismo do conteúdo jurídico e a segurança a que se propõe. O resgate da maleabilidade do sistema jurídico é feito pela análise da obra de Santi Romano e adoção de uma concepção alargada do mundo jurídico, conquanto preservada a concepção estatal do direito a ancorar a certeza jurídica. O pluralismo de Romano tem sua estrutura de limitação de conteúdo remetida ao necessário delineamento estatal, o que ameniza as críticas à dinâmica institucional de atualização do conteúdo pela carência de autonomia da instituição jurídica salientada em Dworkin. A natureza aberta da interpretação constitucional permite assimilar definitivamente à parte dogmática das constituições o sentido conformador da coletividade, que a evolução jurídica lhe outorgou, sem contudo menosprezar o papel essencial do indivíduo em imprimir vida à sua despersonalização. Neste contexto aberto de construção de conteúdo, de que a conquista histórica da democracia substancial não abre mão, erige-se, como fundamental, a precisão de pautas estabilizadoras da evolução jurídica. A análise conceitual da instituição revela a natureza de tais pautas mediante a absorção de um equilíbrio de influências dos componentes institucionais conservador e inovador para o alcance de um índice de conduta sobre o qual concordem dinâmico e estático. As garantias institucionais revelaram-se aptas a desempenhar a função de instrumentos dogmáticos da razão institucional aplicada à evolução de conteúdo dos direitos fundamentais. Para tanto, tiveram sua definição corrigida pela bagagem conceitual de instituição, trazida principalmente de Graham Sumner, e foram tolhidos os excessos próprios de Schmitt mediante a análise de sua obra fundamental sobre o tema, e as contribuições de Häberle, Lourau, Hauriou, dentre outros. Coube, pois, à teoria das garantias institucionais, a tarefa de organizar a objetividade jurídica para a delimitação dos seus núcleos essenciais. Elucida as duas faces do fenômeno jurídico mediante conciliação da objetividade e da subjetividade, influenciando e sendo influenciada pela interpretação constitucional, na medida em que dota de circunscrição a transformação dos institutos que visa proteger.

Abstract

The intent of setting the fundamental right in an interrelated system inserted in supraindividual contexts; the historical emergence of the functional attribute of the rights; the consequence of the fundamental rights' reciprocal conformation originating its relativism, which suscitates concerns regarding the imperilment of its depletion and strangulation threatening its recent conquest as effective rights, requires the current endeavor to give increasing theoretical consistency to the approach of the objective features revealed by the fundamental rights. The research was led by the institutional theory, whose proximity to the crystallizations of the culture as human establishments bestowed unquestionable prestige to that theory. The fundamental rights actually were objectified, notwithstanding within an institutional thought of equilibrium between the two moments that constitute its essence: the establishment and the establisher. This allows the coexistence between the dynamism of the substantive law and the rule of law. The malleability of the legal system is recovered by evaluating the works of Santi Romano and adopting an ampler conception of Right albeit preserving the law's State concept which lays the foundation of the rule of law. The pluralism of Romano alludes its structural frame's existence to its necessary state internalization. This mitigates the critical comments and judgments concerning the institutional dynamism of content's update owing to the lack of autonomy of the juridical institution emphasized by Dworkin. The special nature of the constitutional interpretation allows assimilation, by the fundamental rights, of the shapeable meaning of the society, granted by the juridical evolution, without however underestimating the essential role of the individual, who confers vitality to his impersonality. In this broad context, denoting a construction of content, from which the historical conquest of the democracy does not withdraw, the precision of ruled lines is essential to stabilize the juridical evolution. The conceptual analysis of the institution reveals the nature of such ruled lines by means of reception of the equilibrium of influences between the conservative and liberal institutional components, to obtain a behavior index with which dynamic and static agree. The institutional guarantees revealed themselves capable of fulfilling the function of dogmatic tools of the institutional theory applied to the fundamental rights' content evolution. To fulfill this function, their definition was amended by the conceptual baggage of institution brought by Graham Sumner, and the characteristic excesses of Schmitt were hindered through the analysis of his main work on this theme and through the contribution of Häberle, Lourau, Hauriou and others. The theory of the institutional guarantee was responsible for systematizing juridical objectiveness in order to delimitate its essential parts. It illuminates the two sides of the juridical phenomenon by means of conciliating objectiveness and subjectiveness, influencing and being influenced by the constitutional interpretation while it endows with circumspection the transformation of the institutes which it tends to protect.

Resumen

El intento en fijar el derecho fundamental en un sistema de correlaciones insertado en contextos supraindividuales; la aparición histórica del aspecto funcional del derecho subjetivo; la consecuencia de la conformación recíproca de los derechos fundamentales originando su relativismo, que suscita preocupaciones con respecto al riesgo de su agotamiento y estrangulación, de suerte que amenazan su conquista reciente como derechos de realización, requiere el esfuerzo ahora emprendido para conceder mayor densidad teórica al trato de las características objetivas reveladas por los derechos fundamentales. La investigación fué conducida por la teoría institucional, cuya proximidad a las cristalizaciones de la cultura como objetivaciones del espíritu humano concedió incontestable prestigio a esa teoría. Los derechos fundamentales fueron sí objetivados, pero ahora según el pensamiento institucional de equilibrio entre los dos momentos que le constituyen su esencia: el instituido y el instituyente. Esto permite la coexistencia entre el dinamismo de lo contenido jurídico y la seguridad a que se propone. La maleabilidad del sistema jurídico es recuperado evaluando los trabajos de Santi Romano y adoptando un concepto más amplio del mundo jurídico no obstante se preserve la concepción estatal del derecho garantizando la estabilidad jurídica. El pluralismo de Romano tiene su estructura de limitación de contenido remitida a su necesaria introducción en el Estado. Esto atenúa los comentarios y juicios críticos referentes al dinamismo institucional de la actualización del contenido, debido a la carencia de la autonomía de la institución jurídica acentuada por Dworkin. La naturaleza especial de la interpretación constitucional permite la asimilación, por los derechos fundamentales, del significado conformador de la sociedad, concedido por la evolución jurídica, sin embargo la subestimación del papel esencial del individuo, que impone vitalidad a su despersonalización. En este amplio contexto, denotando una construcción del contenido, a la cual la conquista histórica de la democracia no renuncia, identificase como esencial la precisión de líneas estabilizadoras de la evolución jurídica. El análisis conceptual de la institución revela la naturaleza de tales líneas por medio de la recepción del equilibrio de influencias entre los componentes institucionales conservador y innovador, para obtener un índice del comportamiento con el cual se harmonizen el dinámico y el estático. Las garantías institucionales se revelaron capaces de satisfacer la función de instrumentos dogmáticos de la razón institucional aplicada a la evolución de contenido de los derechos fundamentales. Para satisfacer esta función, su definición fue enmendada por el bagaje conceptual de la institución, traída por Graham Sumner, y los excesos característicos de Schmitt fueron obstaculizados con el análisis de su trabajo principal sobre este tema y con la contribución de Häberle, Lourau, Hauriou y de otros. La teoría de la garantía institucional fué responsable por organizar la objetividad jurídica para la delimitación de sus núcleos esenciales. Elucida las dos facetas del fenómeno jurídico por medio de la conciliación de objetividad y de subjetividad, influenciando y siendo influenciada por la interpretación constitucional, mientras dota con circunspección la transformación de los institutos a los que se propone.

Inhaltsangabe

Die Absicht der Einstellung der Grundrechte in einem objektiven Wechselbeziehungssystem; das historische Auftauchen vom zweckmässigen Aspekt des subjektiven Rechts; die Auswirkung von der gegenseitigen Beschränkung der Grundrechte, daß ihnen relativiert; daß ihrer Aushöhlung und Abschnürung entsteht; daß eine Gefahr für ihre neue Eroberung als Gestaltungsrechte ist: alles obenerwähnt fordert auf den jetzige Anstrengung, um mehr theoretische Haltbarkeit in der Forschung der objektiven Aspekte der Grundrechte zu geben. Die Forschung wird durch die institutionelle Theorie geführt, deren Nähe zur kulturelle Kristallisierungen als objektive geistesmenschliche Entwurf schenkt ihr einwandfreie Prestige, um dieses Thema zu behandeln. Die Grundrechte wurden doch objektiviert, aber in einem institutionellen Gleichgewicht zwischen zwei Momente, die ihres Wesen festsetzen: die Einrichtung und der Begründer, die das Zusammenleben des Rechtsordnungswandels mit der Rechtssicherheit erlauben. Die Bildsamkeit des Rechtssystems wird wiedergestellt, indem man bei Santi Romano auswertet. Es wird eine weitere Rechtsanschauung eingeführt, indem man das staatliche Recht erhält; es schützt vor Unsicherheit der Rechtsbildung. Der Pluralismus des Romanos hat seine wesentliche Rechtsstruktur in der verpflichtenden Rechtsabgrenzung, die die kritische Kommentare hinsichtlich institutionellesaktualisierende Vorgang des Inhalt mildert, infolge vom Mangel an der Rechtssystemautonomie, der von Dworkin hervorgehoben wird. Der spezielle Charakter der verfassungsmäßigen Auslegung erlaubt durch Grundrechte die gemeinschaftswirkende Bedeutung bewilligt durch die rechtliche Entwicklung, ohne jedoch die unerläßliche Rolle des Rechtssubjekts, das Vitalität zu seiner Einrichtungen gibt, zu unterschätzen. In diesem ausgedehnten Kontext, daß einen Aufbau des Inhalts, von dem die historische Eroberung der Demokratie nicht zurücktritt, bezeichnet, ist unerläßlich die Präzision der beständigen Standards, die die Rechtsentwicklung führt. Die Begriffsanalyse der Institution erklärt den Charakter dieser Standards, indem das Gleichgewicht zwischen den konservativen und bahnbrechenden Institutionsteilen einführt, um auf einen Verhaltenindex zu erhalten, damit die dynamische und statische Teilen übereinstimmen. Die institutionelle Garantien zeigen sich geeignet, um die Rolle von dogmatischen institutionellen Figuren für die inhaltliche Grundrechtsentwicklung zu versehen. Um diese Funktion zu erfüllen, wurde ihre Definition durch den Begriffsschatz der Institution von Graham Sumner verbessern, und die typische Übermaß von Schmitt wurde durch die Analyse seiner Hauptarbeit über dieses Thema und durch die Beiträge von Häberle, Lourau, Hauriou und anderen gehindert. Die Systematisierung der Rechtsobjektivität, um die Präzision der Kernbestände, stand zur Einrichtungsgarantietheorie zu. Sie erklären die zwei Seiten des rechtlichen Phänomenes mittels der Einigung zwischen Objektivität und Subjektivität, indem die Verfassungsrechtsauslegung beeinflußt und beeinflussen wird, während sie die Verwandlung des Instituts mit Besonnenheit ausstattet.

Índice

INTRODUÇÃO	1
1.ª PARTE - METODOLÓGICO-FILOSÓFICA	5
AS CONCEPÇÕES TRADICIONAIS E INSTITUCIONAIS DO DIREITO OBJETIVO E A DINÂMICA INSTITUCIONAL NA DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO	5
<i>Delimitação inicial do objeto de análise</i>	5
Abstração, tendência à conceituação e ciência jurídica	5
O Direito Natural e as idéias contemporâneas a ele	8
O advento do positivismo jurídico e sua influência na dicotomia direito natural - direito positivo	10
Identificação de um sistema dinâmico de aplicação do direito por analogia ao processo de transformação já visualizado na história de surgimento do juspositivismo	13
A variabilidade decisória	15
● <i>direito objetivo na sua aceção tradicional e institucional</i>	20
Concepção tradicional do direito objetivo	21
Concepção institucional do direito objetivo	27
O pluralismo na teoria de Santi Romano e seus reflexos no pensamento jurídico	39
<i>A dinâmica institucional de conformação do conteúdo jurídico</i>	50
Registro da teoria de Ronald Dworkin	51
<i>Natureza aberta da interpretação constitucional e em especial dos direitos fundamentais</i>	55
BIBLIOGRAFIA PARA A 1.ª PARTE	67
2.ª PARTE - HISTÓRICA	71
SÍNTESE DA ASCENSÃO DO NOVO REGIME	71
CONCILIAÇÃO DOS CICLOS DE PREPONDERÂNCIA HISTÓRICA COM A LEI DE CONTINUIDADE HISTÓRICA	81
O EMBATE ENTRE LIBERALISMO E INTERVENCIONISMO: ESCLARECIMENTOS DE SUA CONTEMPORANEIDADE AO SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL	87
O “ÉTATISME” E A FILOSOFIA LIBERAL	93
ESTADO SOCIAL E SUA CONTRIBUIÇÃO À CONFIGURAÇÃO OBJETIVA DOS DIREITOS	98
<i>A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento anti-representativo de Schmitt</i>	103
BIBLIOGRAFIA PARA A 2.ª PARTE	120

3.ª PARTE - CONCEITUAL	124
GENEALOGIA DO CONCEITO DE INSTITUIÇÃO	125
<i>Folkways</i>	126
<i>Mores</i>	132
Características dos mores	133
INSTITUIÇÕES: CARACTERÍSTICAS E QUALIFICATIVOS	140
<i>Instituições versus mores</i>	140
<i>O isolamento institucional</i>	143
<i>O institucional como sistema interativo</i>	148
<i>A complexidade institucional</i>	151
O INSTITUCIONAL COMO SISTEMA INTERATIVO SUBJETIVO-OBJETIVO	153
BIBLIOGRAFIA PARA A 3.ª PARTE	159
4.ª PARTE - O INSTRUMENTO DOGMÁTICO DA TEORIA INSTITUCIONAL	161
TERMINOLOGIA	161
APRESENTAÇÃO DAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS	163
CRÍTICAS AO INSTITUCIONALISMO E SUA PERTINÊNCIA ÀS GARANTIAS INSTITUCIONAIS	168
<i>O decisionismo de Carl Schmitt</i>	170
A identificação em Schmitt de núcleos de proteção qualificada	172
O extremismo do decisionismo schmittiano	174
A CONTENÇÃO MATERIAL DO DECISIONISMO SCHMITTIANO	176
<i>A influência do institucionalismo no decisionismo schmittiano</i>	180
GARANTIAS INSTITUCIONAIS SEGUNDO CARL SCHMITT	182
Análise da obra <i>Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung</i>	189
BIBLIOGRAFIA PARA A 4.ª PARTE	216
CONCLUSÃO	218
BIBLIOGRAFIA FINAL	230

INTRODUÇÃO

Procura-se uma forma de visualizar o direito, que não compadeça os extremos das teorias jurídicas persistentes da história, teorias de exacerbação de um dos dois pólos que se pretende identificar na evolução histórica das tendências do pensamento jurídico. Tais pólos são expressos pela segurança jurídica, de um lado, e pela necessária adaptabilidade do sistema jurídico à transformação da sociedade, de outro. Procura-se uma teoria compatível, em seu todo, com um dinamismo do sistema, sem contudo transigir com a arbitrariedade da mudança¹.

Prezar a segurança significa fornecer uma base sustentadora para identificação de juridicidade sem sujeitar sua modificação a critérios aleatórios. Primar pela maleabilidade do direito significa estabelecer critérios de evolução do sistema que não transijam com uma imprevisibilidade, que necessariamente surge quando da inexistência de parâmetros seguros de determinação do jurídico. Tem-se, neste estudo, o intento de se determinarem tais pólos justificadores do embate histórico das escolas do direito², e a se identificar, numa dinâmica institucional do

¹Propugnando pela necessidade de balisamento da evolução jurídica por parâmetros normativos, tem-se um trecho esclarecedor de um professor da Universidade de Regensburg: “O Estado de Direito liberal e democrático não tem qualquer problema para enfrentar a questão da mudança. A praxis do *Bundesverfassungsgericht* demonstra, de forma impressionante, esse fato. Ademais, somente a Constituição do Estado de Direito democrático é capaz de corresponder às mudanças dessas relações [sociais] através de eventual reforma constitucional e da possibilidade de interpretação da Constituição em consonância com as novas concepções sociais. A apreciação dessas mudanças constitui, por isso, o grande problema da doutrina e da jurisprudência nessa ordem constitucional (...) É o conhecimento das dificuldades para manter as instituições do Estado em funcionamento que leva os juristas a acentuar a necessidade de preservação dos parâmetros normativos. A tentativa de resolver os problemas da mudança com o abandono desses referenciais revela uma sandice.” (KIMMINICH, Otto. *Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes*. In: **Revista de Direito Público**, vol. 92, ano 22, outubro/dezembro, 1989, pp. 17 a 33: pp. 25/26). Eis o tema central da célebre polêmica entre Konrad Hesse e Ferdinand Lassale refletida na consideração da *Constituição real* e da *Força Normativa da Constituição*. Cf. HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen, J.C.B Mohr. (trad. Gilmar Ferreira Mendes. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991); LASSALE, Ferdinand. *Ueber die Verfassung*. (trad. Walter Stöner. *A essência da Constituição*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Liber Juris, 1988).

²Quanto à fragilidade das teorias em geral, à necessidade em se divisar aquilo que de verdadeiro elas trazem à discussão científica, e à utilidade da análise histórica para identificação destes pontos, Poincaré salienta: “Sem dúvida, à primeira vista, as teorias nos parecem frágeis, e a história da ciência nos prova que são efêmeras; contudo, elas não morrem inteiramente e, de cada uma delas, resta alguma coisa. É essa alguma coisa que é preciso buscar distinguir porque é lá, e lá somente, que está

ordenamento jurídico, a conjugação ponderada entre a segurança necessária e a mutabilidade perseguida.

Formula-se tal intento, contudo, sem perder de vista o perigo formalista de afastamento do direito das considerações de conteúdo. Por meio da visão funcional do direito, exposta neste estudo, justifica-se a investida na elaboração de uma teoria de determinação precisa, conquanto não estática, de conteúdos jurídicos, notadamente daqueles pertinentes à área de constante tensão entre as formulações antes absolutas dos direitos do indivíduo e a ingerência estatal, tensões que evoluíram rumo a uma composição das forças em conflito, por imposição do Estado Social, para a conformação objetiva dos direitos, que, levada ao extremo, induziria à negativa do direito individual³, e que, justamente por isso, demanda uma teorização mais precisa mediante a formulação de figuras dogmáticas aptas a assimilarem uma objetividade necessária e maleável, mediante uma diretriz pretendida de âmbito individual.

A análise prossegue com o estudo abrangente da passagem do Estado Liberal ao Social, e desse ao Democrático, estudo direcionado, mediante um compasso constante de inferências para o tema institucional do direito. A evolução do pensamento político-jurídico, principalmente dos últimos três séculos, no pertinente a diversos conceitos — ciclos de preponderância histórica, controle ou tutela social, autodeterminação individual, interdependência jurídico-econômica, capital estático e dinâmico, conservadorismo, espírito de mudança, normalização da sociedade, princípios morais diretores, universalidade da liberdade, dignidade inerente ao ser humano, valores da personalidade, essência valorativa do ser, Estado Social, objetivação dos direitos, correção gradual da evolução dos direitos, liberalismo, intervencionismo, intervencionismo social, neo-liberalismo ou liberalismo construtor, vocação capitalista, autoconservação da economia, papel central do indivíduo no todo social, polaridade atrativa dos extremos, o *étatisme*, a contradição entre democracia e liberalismo, representação, pluralismo, ditadura da maioria, democracia procedimental e substancial, equilíbrio contenedístico-

a verdadeira realidade” [POINCARÉ, Henri. *La Science et l’Hypothèse*. (trad. Maria Auxiliadora Kneipp. *A Ciência e a Hipótese*. 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 17)].

procedimental — ilumina a coerência estabelecida no delta produto de sua confluência: o equilíbrio entre o individual e o social, entre o particular e o estatal, entre a heteronomia e a autonomia do indivíduo. Os soluços históricos da humanidade têm seu abrandamento no componente institucional objetivador de um conteúdo jurídico aperfeiçoado no decurso do tempo.

O entendimento da instituição pelos seus qualificativos fornece a matéria prima necessária à conciliação dos persistentes antagonismos entre o criativo individual e o conservador social, ou ainda, visto sob outro enfoque, entre o conservador individual — resguardo do núcleo essencial dos direitos — e o inovador social — sua acomodação às demandas sociais. Transparece, portanto, na terceira parte deste estudo, o *caráter operativo* do conceito institucional, que contamina o instrumental, em seguida exposto, das características enriquecidas de seu estudo.

A conformação da teoria institucional e de seus qualificativos perenes demanda o instrumento dogmático das garantias institucionais para sua consolidação no pensamento jurídico atual. A quarta parte, enfim, traz com a análise da obra de Carl Schmitt, os contornos mais precisos das garantias institucionais e das garantias do instituto. Pretende-se, com isso, demonstrar o papel fundamental da teoria das garantias institucionais na assimilação de conteúdo jurídico intangível ao decisionismo schmittiano causador de todos os males. A aceitação de ditas garantias como instrumentos dogmáticos da teoria jurídico-institucional mitiga os atritos entre as concepções objetivas e subjetivas do direito como um todo. Elas se propõem amenizar o antagonismo hoje persistente entre as contribuições objetivas percebidas a partir do Estado Social e as reservas subjetivas existentes no cerne do conceito do humano. O intento foi revelado, transformando a situação de incompatibilidade dos conceitos objetivos e subjetivos em direção à percepção de que ambos, quando motivados por concepções de apoio recíproco em prol de um bem maior, prescindem, para sua ampliação, de debilitar seu pretenso opositor. A teoria institucional assimila os momentos objetivo e subjetivo dos

³Vide, a respeito, notas 45, 47, 48, e 49, acrescidas dos textos a que se referem.

direitos fundamentais para justificar suas conquistas, não às custas um do outro, mas mediante a melhor compreensão do fenômeno evolutivo de ambos.

1.ª PARTE - METODOLÓGICO-FILOSÓFICA

“A vida e o homem não são formados por atos ou ações isoladas, como o mar não é formado pelas diferentes vagas que o percorrem. Uma e outra coisa são, pelo contrário, totalidades, e as suas diferentes ações ou aspectos não passam de movimentos dum todo uno e indivisível que reciprocamente se compenetram”, *in* Gustav Radbruch (1961): p.248.

As concepções tradicionais e institucionais do direito objetivo e a dinâmica institucional na determinação do conteúdo jurídico

Delimitação inicial do objeto de análise

Este estudo tem presente certos pressupostos com os quais almeja *a priori* delimitar seu campo de análise. Desnecessário é identificar tal delimitação como essencial a uma melhor elucidação do objeto de pesquisa. O espaço com que se lida clama por clareza e precisão, todavia em uma abordagem de um amplo universo que precede o tema central desta discussão, e que se compadece, portanto, de uma limitação imprescindível, qual seja, a de uma exposição, por vezes, unidimensional, embora não suficiente para se configurar em deturpadora da realidade. É, por assim dizer, unidimensional de forma sadia, no sentido de não encobrir a outra face da complexidade dos fenômenos, mas, ao contrário, realçar as dimensões de um mesmo fenômeno que influenciem decisivamente o desenrolar dos acontecimentos tidos como precursores da teoria que se procura determinar.

Abstração, tendência à conceituação e ciência jurídica

Introduz-se, inicialmente, a delimitação da época que marca o início das preocupações científicas. Está a referir-se ao contexto dos séculos XVIII

e XIX, em cujo turbilhão de acontecimentos interessa divisar o perfil do pensamento que surgia. É o do pensamento científico, caracterizado pela abstração, pela tendência à conceituação, pela fuga do pensador de uma condição, até então promovedora de coletâneas de constatações particulares, para uma sua condição de criação de uma *visão geral* do campo de análise. Aliás, está exatamente nisto o elemento dado por Poincaré⁴ como identificador de uma ciência.

Foram as escolas jusnaturalistas, surgidas naquela época, que serviram como elemento de crítica ao direito comum europeu, que nada mais era do que o direito romano renascido pelas mãos dos glosadores e pós-glosadores, crítica essa feita por meio das novas codificações dos séculos XVIII e XIX. Baseavam-se na assertiva de que os princípios do direito romano somente deveriam ser mantidos quando se coadunassem com os princípios inerentes à razão humana. Começa-se, dessa forma, a *tendência conceptualista* de elaboração de teorias gerais, e, portanto, de abstração. Por isso, no estudo dos conceitos, não se pode olvidar o marco que foi o jusnaturalismo. Tanto foi uma época relevante, que a ela também se atribui o nascimento da própria teoria do conhecimento, como ramo da filosofia, que traz consigo, pela voz de Kant, a idéia da *fundamentação crítica* do conhecimento científico da natureza⁵, que tem por referência primeira o problema dos *universais*, tratado por Sócrates⁶.

⁴Poincaré, ao distinguir a mera verificação da demonstração própria das ciências, explica que aquilo que é uma manifestação particular pode ser suscetível de verificação, traduzida tal verificação em uma prova real de uma assertiva. Disto deriva que todo enunciado particular pode ser submetido à verificação e que a verificação não é suficiente para qualificar uma ciência. Uma ciência faz-se não do particular, mas do geral. “Só há ciência do geral” (POINCARÉ, Henri. op.cit., p. 23), pois se assim não fosse, não haveria porque distingui-la da dinâmica dos acontecimentos.

⁵Johannes Hessen, em sua obra “Teoria do Conhecimento”, assim explica o nascimento da mesma: “Não se pode falar de uma teoria do conhecimento, no sentido de uma disciplina filosófica independente, nem na *Antiguidade* nem na *Idade Média*. Na filosofia antiga, encontramos numerosas reflexões epistemológicas, especialmente em Platão e Aristóteles. Mas as investigações epistemológicas estão ainda englobadas nos textos metafísicos e psicológicos. A teoria do conhecimento, como disciplina autônoma, aparece pela primeira vez na *Idade Moderna*. Deve considerar-se como seu fundador o filósofo John Locke. A sua obra fundamental, *An essay concerning human understanding*, aparecida em 1690, trata de forma sistemática as questões da origem, essência e certeza do conhecimento humano. Leibnitz tentou na sua obra *Nouveaux essais sur l’entendement humain*, editada como póstuma em 1765, uma refutação do ponto de vista epistemológico defendido por Locke. Sobre os resultados por este obtidos edificaram novas construções, em Inglaterra, George Berkeley, na sua obra *A treatise concerning the principles of human knowledge*, em 1710, e David Hume, na sua obra fundamental *A treatise on human nature*, em 1739-40, e na sua obra mais resumida *Inquiry concerning human understanding*, em 1748. [§] Como verdadeiro fundador da teoria do conhecimento dentro da filosofia continental apresenta-se Immanuel

Assim, associou-se à crítica, a *fundamentação*, indispensável como pressuposto para o preenchimento dos escaninhos do saber, que, *organizados*, formam a *teoria geral* de uma ciência. É a qualidade da generalização que cria algo novo, que faz da ciência algo útil, não estéril⁷.

A generalização, para o direito, dá-se através dos conceitos, e aí está a contribuição do jusnaturalismo, que, em sua crítica fundamentada na existência de um direito natural *racionalmente dedutível*, suscita o ambiente necessário à formação de uma teoria geral do direito, pressuposto das constatações que ora se pretendem fazer no que diz respeito à evolução da conceituação do direito objetivo.

É a *razão abstrativa e generalizadora*, de exaltação própria do jusnaturalismo, que, levada ao seu extremo, desvincula por completo a ciência do direito da experiência jurídica, mas que por outro lado mostra-se idônea à posição que hoje ocupa no pensamento científico de objetivação da realidade⁸.

Kant. [§] Na sua obra epistemológica capital, a *Crítica da razão pura* (1781), trata essencialmente de dar uma fundamentação crítica do conhecimento científico da natureza. Ele próprio chama ao método de que se serve nela “método transcendental”. Este método não investiga a origem psicológica mas, sim, a validade lógica do conhecimento. Não pergunta — como o método psicológico — de que maneira surge o conhecimento, mas como é possível o conhecimento, sobre que bases, sobre que pressupostos supremos ele se assenta. Devido a este método, a filosofia de Kant chama-se, também, abreviadamente, transcendentalismo ou criticismo.” [HESSEN, Johannes *Erkenntnistheorie*. Bonn, Ferd. Dummlers Verlag, 1926 (trad. Antônio Correia. *Teoria do Conhecimento*. 8ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editora, 1987, pp. 21/22)].

⁶Com relação ao pensamento de Sócrates e ao problema dos universais, ensina Del Vecchio: “A elevação do particular sensível ao universal inteligível era já para Sócrates o processo dialético que caracteriza e torna possível a verdadeira ciência. A *opinião* para Sócrates, está referida aos *sentidos*; a *ciência*, porém, aos *conceitos*, isto é, aos universais, que não cabem no âmbito dos sentidos, mas constituem, no entanto, a suprema realidade.” (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Vol. II, trad. Antônio José Brandão, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1959, p. 57).

⁷Cf. POINCARÉ, Henri. op.cit., pp. 23 e 30.

⁸Miguel Reale, em capítulo do seu livro, *O Direito como Experiência*, expressa uma conseqüência maléfica da herança do jusnaturalismo racionalista, qual seja, a de pretensão de totalidade da ciência do direito frente à cultura, mas que não afasta uma sua qualidade: a de se configurar num *instrumento culminante e decisivo na objetivação das formas culturais*. Transcrevem-se os trechos do autor para melhor esclarecimento: “Se Hegel exagera, quando nos diz, que “ser é ser pensado”, não devemos olvidar que a *razão* tem isto de terrível que ela converte em *seu objeto* e, por conseguinte, em *racional*, tudo aquilo em que toca, como se o real só assim se tornasse pleno e concreto. Muito embora se repila a identidade de pensamento e ser, seria absurdo rejeitar-se o valor da razão como instrumento culminante e decisivo na objetivação das formas culturais. [§] Se improcede afirmar-se que a experiência comum nos deixa no limbo das intuições fragmentárias e contraditórias, pois já vimos que há sempre certa ordem insita em todas as modalidades de ação, — toda valorização implicando a postulação de fins, toda Axiologia pondo uma Teleologia —, não se deve esquecer que a experiência jurídica, por ser fruto de uma exigência fundamental de ordem, envolve sempre certa

O Direito Natural e as idéias contemporâneas a ele

A distinção entre direito natural e direito positivo tem por fonte remota os ensinamentos de Aristóteles a Nicômacos, seu filho, quando, introduzindo o capítulo VII do Livro V de sua obra *Ética a Nicômacos*, diferencia-os por sua origem, sua eficácia, e a característica de bondade intrínseca ou não de suas disposições, determinando como direito natural aquele que se funda no fato de que a justiça tem a mesma força em todo o lugar e que não depende de a aceitarmos ou não⁹.

No direito romano, Norberto Bobbio explica que os critérios de diferenciação entre direito natural e positivo, então dados pela dicotomia *jus gentium - jus civile*, encontravam-se em sua mutabilidade, eficácia e origem. O *jus gentium* seria posto pela *naturalis ratio*, enquanto o *jus civile*, pelo povo. O primeiro seria imutável no espaço e no tempo, já o outro seria restrito a um determinado espaço e variável no tempo¹⁰.

medida ou proporção, isto é, uma *ratio*, que outra coisa esta palavra não significa, em suas raízes senão cálculo, conta, método, regra, desenho, causa. [§] Ora, se no plano da experiência natural, a razão assume em si e ordena, segundo leis e princípios seus, o material da *intuição sensível*, explicitando a ordem pressuposta da natureza, do mesmo modo, nos domínios das ciências da cultura, a razão compreende e ordena o material da *intuição axiológica*, emergente da práxis, dando-nos o sentido concreto do todo. (...) É claro que a advertência husserliana [de crise das ciências naturais] não pode ser recebida como uma condenação ingênua ou pseudo-romântica às construções da razão abstrativa e generalizadora, pois só na aparência o homem de ciência se aparta do real na medida em que ele capta as leis que o governam e traduz os fenômenos em expressões matemáticas. O problema da crise da ciência não é o de sua gênese ou do instrumental lógico de seus conhecimentos, mas sim o da “*perda de sentido*” do mundo circundante em que ela se situa, ou por outras palavras, resulta de considerá-la “uma totalidade”, quando é apenas “uma parte” no todo da cultura.” — grifos nossos (REALE, Miguel. *O Direito como Experiência. Introdução à Epistemologia Jurídica*. São Paulo, Editora Saraiva, 1968, pp. 48-50).

⁹“A justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3ª ed., trad. e org. de Mário da Gama Kury, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 103).

¹⁰Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, trad. de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Editora Ícone, 1995, pp. 17-19.

Já no pensamento medieval, continua Bobbio, partilha-se de um critério de distinção fundado somente na origem do direito: o direito positivo é aquele instituído pelo homem; o direito natural aquele proclamado pela natureza ou por Deus¹¹. Esse critério é amplamente difundido e o jusnaturalismo teocrático ainda pode ser visualizado na obra de Edmund Burke, na passagem do século XVII para o XVIII, como forma de reação ao jusnaturalismo racionalista eclodido na Revolução Francesa¹².

Enfim, o jusnaturalismo racionalista tem sua essência definida por Kelsen no que toca à unidade do ordenamento jurídico: para os jusnaturalistas, o direito forma um sistema unitário à medida em que todas as suas proposições podem ser, por meio de um procedimento lógico-racional, deduzidas uma da outra até uma norma geral, tida como base de todo o sistema e definida como um *postulado moral auto-evidente*¹³. Tal postulado é substituído em Kelsen, dentro do

¹¹Cf. BOBBIO, Norberto. op.cit., pp. 19/20.

¹² Edmund Burke, apesar das críticas, permanece como um personagem da história inglesa de grande influência intelectual e militância ativa, que conseguiu já visualizar, naquela época de revolução das idéias, uma constante quanto ao direito natural, ora usado em prol de atitudes revolucionárias, ora utilizado para o escopo contrário de justificação do engessamento das idéias. Aqui, porém, não é hora, nem lugar, para uma homenagem a uma figura injustamente esquecida da história, e atualmente redescoberta pela doutrina norte-americana, mas para salientar seu entendimento com respeito ao direito natural. Uma concepção de direito natural que não se prende à dicotomia *natural-artificial*, mas, ao contrário, introduz a idéia de instrumentalidade das instituições da sociedade civil para a conformação, dentro do grau de aperfeiçoamento das instituições, do homem às mesmas. A respeito: “So completely did Burke reject any antithesis between the “natural” and the “artificial” that he even applied the phrase “state of nature” to describe man in civil society. “The state of civil society,” he wrote, “is a state of nature” ruled by “the laws of God . . . the natural moral laws.” (...) “Burke was ever conscious of the miraculous power of artificial institutions to subdue and mold the violent passions of men, to order civil virtues through manners, morals, and laws, and without violating individual differences, to bring all men into as natural a moral harmony with each other as the planets and stars. Through artificial institutions the “stupendous wisdom” behind all phenomena was capable of “moulding together the great mysterious incorporation of the human race” in civil society, in all the sanctity of obedience to laws, contracts, charters, treaties, manners, customs, and obligations that sheltered man from a raw and brutal barbarism. Indeed, the true “natural rights” of man, contained in the principles of the moral law, could be achieved in practice only in civil society” (STANLIS, Peter J. *Edmund Burke and the Natural Law*. New York, Vail-Ballou Press, 1958, p. 131).

¹³Kelsen (1881-1973), citado por Bobbio, dá uma diferença central entre a “unidade formal, relativa ao modo como as normas são postas *versus* unidade substancial ou material, relativa ao conteúdo das normas” para situar as definições de direito positivo e direito natural. Diz Bobbio: “Segundo os jusnaturalistas, portanto, o direito constitui um sistema unitário, porque todas as suas normas podem ser deduzidas por um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral, que é a base de todo o sistema e que constitui um postulado moral auto-evidente (para Hobbes tal norma diz *pax est quaerenda*; para Santo Tomás diz: *bonum est quaerendum, male vitandum*; para Pufendorf, essa norma prescreve a busca da conservação da sociedade humana; para Thomasius,

modelo positivista, por uma *norma fundamental* característica do sistema dinâmico¹⁴ próprio do direito positivo¹⁵.

O advento do positivismo jurídico e sua influência na dicotomia direito natural - direito positivo

No início do século XVIII, surge, como produto de uma das orientações do jusnaturalismo — a racionalista —, o positivismo jurídico. O afã racionalista de conformação a um direito escrito — Codificações dos séculos XVII e XVIII —; do direito único e imutável dedutível logicamente pela razão, passado pelo crivo do tempo, fez de uma tendência revolucionária o próprio fundamento de sua estagnação¹⁶. O critério teocrático de vinculação do conteúdo do direito cedeu

prescreve a busca da felicidade, para Kant ela exige a garantia da liberdade do homem...)” (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 199).

¹⁴Antecipando um pouco os comentários que se seguirão sobre este tema, aponta-se apenas um indicativo do que se entende por sistema dinâmico. Este é caracterizado pela sua conformação formal e não de conteúdo. “Uma proposição só é jurídica na medida em que participar da forma lógica (universal) do Direito. Fora desta forma, indiferente ao conteúdo, nenhuma experiência jurídica é possível. Sem ela, falta a qualidade que permite adscrevê-la a esta espécie de experiência.” (p.61). “(...) possuímos uma noção de juridicidade distinta e superior a variações do conteúdo” (p.54) “(...) a forma lógica não nos diz aquilo que é justo ou injusto, mas diz-nos só *qual é o sentido de qualquer afirmação sobre o justo e o injusto*. É, em síntese, a marca da juridicidade” (p.55) in DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Vol.II, trad. António José Brandão, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1959.

¹⁵Kelsen explica que, quanto ao método de derivação de normas de um sistema, este pode ser estático ou dinâmico. O direito natural tem como de sua essência um sistema estático, pois, neste “a norma fundamental revela-se em normas de conteúdo variável, exatamente como um conceito geral origina conceitos especiais que lhes são subordinados”. Já o direito positivo seria caracterizado como um sistema dinâmico, já que “sua norma fundamental simplesmente confere o poder de criar normas a uma vontade humana específica”. Vê-se nitidamente uma acepção formalista do direito, isentando-o de qualquer consideração de conteúdo das normas, pois, como explica o mesmo autor: “Essa norma particular não possui “validade” simplesmente porque o seu conteúdo é compatível com a norma fundamental, como uma coisa especial é relacionada a uma geral, mas apenas porque o ato da sua criação está de acordo com a regra enunciada pela norma fundamental, porque foi feita da forma como prescrevia a norma fundamental” (KELSEN, Hans. *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. (trad. Wolfgang Kraus. *A doutrina do direito natural e o positivismo jurídico*). In: _____. *General Theory of Law and State*. Russel and Russel Inc., 1961 (trad. Luís Carlos Borges. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Brasília, Editora Universidade de Brasília e Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990, p. 390).

¹⁶A respeito das conseqüências criadas pelo pensamento jusnaturalista, pode-se citar Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807), jurista e político da Revolução Francesa, um dos integrantes da comissão que redigiu o projeto definitivo do Código Civil de Napoleão, e também, figura a qual é dada a autoria da “primeira crítica a Kant, do ponto de vista da mentalidade “latina” e, em particular,

lugar a um critério racional, que, com as influências de uma teoria que se seguiu sobre a delimitação das fontes do direito¹⁷, veio novamente substituí-lo, agora, por um critério legalista. O jusnaturalismo contribuiu ao positivismo basicamente na concepção de que o direito é expressão da autoridade e da razão. Tal autoridade significa dizer que o direito não é eficaz, salvo se posto e feito valer pelo Estado. O princípio da onipotência do legislador decorreu da doutrina¹⁸, que se debruçou sobre o Código de Napoleão e afastou irrefutavelmente a presença de um direito eterno e imutável anterior e assimilável pela razão humana. Tanto o fez que daí decorreu a presunção de completitude do ordenamento jurídico, afastando-se a existência de lacuna pelo dogma de que todas as soluções deveriam ser encontradas no interior do diploma legal. O fenômeno dos sistemas fechados e da auto-integração do direito, é decorrência, mesmo que não desejada, do positivismo jurídico, e o é em detrimento da consideração de fontes normativas outras, como a de uma razão universal. Verificou-se, portanto, uma transformação das concepções

francesa” (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 71). Em seu livro *Do uso e do abuso do espírito filosófico durante o século XVIII*, “Portalis se concentra naquilo que, segundo ele, foi o abuso do espírito filosófico, isto é, a crítica indiscriminada conduzida pelo racionalismo contra toda a cultura passada, crítica que levou à destruição da tradição, ao ateísmo e ao materialismo e à parte mais nefasta da Revolução Francesa (o autor apresenta páginas de esconjuramento do Terror, que antecipam os temas contra-revolucionários que são caros aos escritores da Restauração).” — grifos nossos. (BOBBIO, Norberto. op.cit., pp. 71/72).

¹⁷Fala-se da escola dos intérpretes do Código Civil: a escola da exegese, que “foi acusada de *fetichismo da lei*, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros” (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 77).

¹⁸É importante frisar que, muito embora Portalis tenha divisado os males de uma posição extremada do jusnaturalismo, compartilhava, como os demais feitores do Código de Napoleão, de uma crença de que tal Código vinha, não a afastar, mas apenas a melhor externar e assegurar os direitos naturais imutáveis. A consideração da completitude do ordenamento jurídico, por sua natureza, excludora de tais direitos, deu-se, sobretudo, aos intérpretes do Código, e nunca aos seus criadores, que deixaram aberta a “possibilidade de *livre criação do direito por parte do juiz*” (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 75). Não vislumbraram que o dogma da onipotência do legislador, levado às suas últimas consequências, desaguardaria na solução de auto-integração do ordenamento jurídico, afastando aquilo que Portalis já declarava: “Seja lá o que se faça, as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida”, e mais, “(...) na falta de um texto preciso sobre cada matéria, *um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma série não interrompida de decisões similares, uma opinião ou uma máxima adotada*, funcionam como lei. Quando não há relação nenhuma com aquilo que está estabelecido e é conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remonta-se *aos princípios do direito natural*. Pois, se a providência dos legisladores é limitada, a natureza é infinita e se aplica a tudo que pode interessar aos homens” (PORTALIS, *Do uso e do abuso do espírito filosófico durante o século XVIII*. apud BOBBIO, Norberto. op.cit., pp. 75/76). Para melhores argumentos neste sentido, consultar “O Positivismo Jurídico”, de Norberto Bobbio, citado, das páginas 73 a 89.

jusnaturalistas para as do juspositivismo na corrente da Restauração que se seguiu à Revolução Francesa¹⁹.

Com o positivismo jurídico²⁰ dá-se um golpe nunca sofrido pelo direito natural, sob qualquer de suas formas. Erige-se uma teoria que afasta do direito positivado²¹ a autoridade que detinha até então o direito natural. O positivismo jurídico passa a considerar o direito codificado como direito em sentido próprio, deixando ao direito natural, na melhor das hipóteses, o papel de fonte subsidiária ou subordinada²² do direito, e não mais o papel que antes exercia, de fonte de qualificação jurídica. Para o positivismo jurídico há uma única fonte de qualificação jurídica, e essa é a lei.

¹⁹Portalis é tido, por Norberto Bobbio, como “o ponto de passagem da filosofia iluminista da Revolução para aquela (de inspiração espiritualista-romântica) da Restauração: a atitude filosófica de Portalis pode ser considerada a expressão desse *espiritualismo eclético* que teve os seus maiores expoentes em Victor Cousin e no italiano Rosmini” (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 72).

²⁰A significação mais precisa do que se deve entender por positivismo jurídico pode ser encontrado na abordagem clara e precisa de Norberto Bobbio, em seu livro de título mais que esclarecedor (O Positivismo Jurídico), em que analisa o juspositivismo sob três aspectos, basicamente: metodológico, ideológico, e, também, encarado como uma teoria do direito.

²¹Deve-se entender o termo *positivado* como abarcando a *teoria do ordenamento jurídico*, que dá nova conformação ao estudo do direito não mais como um norma singular ou como um acervo de normas singulares, mas o estudo do direito como uma entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas, caracterizada basicamente por três elementos: a unidade, a coerência e a completude. É pois, um conceito contemporâneo ao próprio nascimento do positivismo jurídico, sendo considerado por Bobbio, como uma *criação original* do mesmo. (Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Editore G. Giappichelli, 1982. (trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1996).

²²Norberto Bobbio, ao determinar as características básicas do positivismo jurídico, aponta a teoria da legislação como fonte preeminente do direito, no seguinte sentido: “As fontes do direito que são colocadas num plano hierarquicamente subordinado têm um caráter e um significado jurídicos diferentes daquelas que são colocadas num plano hierárquico supremo. As primeiras, com efeito, produzem regras que não têm em si mesmas a qualificação de normas jurídicas, mas recebem tal qualificação de uma fonte diferente, superior àquela que as produziu; as segundas, ao contrário, não só produzem regras como também atribuem a estas, diretamente e por virtude própria, a qualificação de normas jurídicas. Por isto as fontes subordinadas são ditas *fontes de conhecimento jurídico* e as superiores *fontes de qualificação jurídica*. Ora, o positivismo jurídico, também admitindo uma pluralidade de fontes de conhecimento, sustenta a existência de uma única fonte de qualificação e identifica esta última com a lei. Se, portanto, usamos o termo “fontes do direito” em sentido estrito, para indicar somente as fontes de qualificação, o ordenamento jurídico, assim como o concebe o juspositivismo, não aparece mais como um ordenamento complexo, mas como um ordenamento simples” (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 166).

Identificação de um sistema dinâmico de aplicação do direito por analogia ao processo de transformação já visualizado na história de surgimento do juspositivismo

As conformações históricas do jusnaturalismo e do juspositivismo já permitem, com o acréscimo de algumas considerações de Kelsen, indicar o caminho dos acontecimentos para o campo de análise que interessa a este estudo.

Observa-se, de imediato, que os fatores decisivos para a transformação das concepções de direito natural *único e imutável, dedutível racionalmente por um mero processo lógico*, para a de um direito positivado, fundado na autoridade estatal imposta por força coercitiva — coação em abstrato —, remetem-se, não unicamente, porém prioritariamente, ao processo histórico de concentração, ou ainda, de *concretização* de um ente abstrato²³, o Estado, tido por esfera centralizadora de poder político soberano. Foi a percepção de uma concentração de poder que possibilitou a visualização de um direito não mais fundado na idéia da derivação em um sistema estático, remetido a uma fonte única de conteúdo, própria do entendimento jusnaturalista, e sim na idéia de um sistema dinâmico de derivação formal das suas normas, sem uma delimitação prévia da fonte material, que, segundo o direito natural, encerraria todo o conteúdo do sistema²⁴.

Transplantando-se tais constatações para o âmbito, agora, da aplicação do direito, pode-se, ao menos, cogitar da presença do mesmo processo de identificação de um sistema de aplicação das normas, não mais diferenciado do sistema dinâmico positivo de que fala Kelsen²⁵, mas, ao contrário, qualificado pela

²³Sobre o *étatisme*, vide capítulo intitulado “O “*étatisme*” e a filosofia liberal”: p. 93.

²⁴Para uma melhor compreensão da diferença e conceituação dos sistemas estáticos e dinâmicos e sua relação com o direito natural e o direito positivo, veja-se a transcrição feita na nota número 15 deste trabalho, p. 10.

²⁵Kelsen, após identificar como da essência da diferença entre os sistemas de direito natural e direito positivo o contraste entre um sistema de normas estático e um sistema de normas dinâmico, vê na aplicação do direito, no positivismo jurídico, um sistema próprio do direito natural: o sistema normativo estático de decisão jurisdicional: “A aplicação de uma norma geral de Direito positivo a um caso concreto envolve a mesma operação intelectual que a dedução de uma norma individual a partir de uma norma geral do direito natural.” (KELSEN, Hans. *op.cit.*, p. 391).

evolução da sua acepção tradicional de mero sistema estático de derivação de conteúdo das normas para o de um sistema dinâmico de derivação formal, trazendo consigo a explicação de uma desvinculação a um conteúdo único predeterminado, e a conseqüente variabilidade decisória hoje existente²⁶, que tal entendimento justificaria.

Explica-se melhor: a transformação sofrida nas concepções jusnaturalistas da época, frente à força da engrenagem estatal, força essa, a partir de então, percebida e incorporada à estrutura social, no sentido do abandono do entendimento de centenas de anos, de que havia um conteúdo imutável de determinação do comportamento social, do qual se deveriam derivar todas as normas, pode ser aparentemente transportada para um segundo nível de aplicação. O que se tornou pacífico no passado, por força do tempo e sob certas circunstâncias, é indicativo para o presente se identificados os mesmos catalisadores e a mesma estrutura de acontecimentos do momento. Parece ser esse o entendimento que se afigura atualmente sobre o sistema jurídico, apenas com uma diferença de gradação.

A estrutura positivista do sistema jurídico é a de uma técnica de derivação de validade formal, conquanto não se exclua daí o conteúdo das normas. A estrutura do sistema de aplicação do direito, que convive hoje em grande parte com as teorias do positivismo jurídico, não é definida como a de um sistema dinâmico de derivação formal, mas, sim, como aquele mesmo sistema com que antes se entendia o direito sob a ótica jusnaturalista. Segundo esse entendimento, hoje vulgarizado, há um conteúdo inerente à norma e não um critério formal de obtenção daquele. O que parece ocorrer, todavia, é o entendimento também do sistema de aplicação das normas como um sistema dinâmico, apropriado à evolução jurisprudencial. Não se está aqui a produzir qualquer espécie de insegurança jurídica, pois se assim fosse, o próprio positivismo jurídico estaria sob julgamento nesse sentido, já que se promove tão-somente a extensão dos acontecimentos que

²⁶Cf. CARTER, Lief H.. *Contemporary constitutional lawmaking*. Washington, Pergamon Press PLC, 1985. (trad. Carlos Alberto Pazos. *Derecho constitucional contemporaneo. La Suprema Corte y el Arte de la Política*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985. Colección Libros Esenciales de Derecho traducidos al español L.E.D.).

permearam o advento do juspositivismo a um outro patamar: o da aplicação do direito.

A crescente complexidade estatal, oriunda de diversos fatores, dentre eles, a doutrina da separação dos poderes e as exigências próprias do Estado Social, tem seu reflexo na também crescente complexidade e autoridade de suas instituições. O sistema de aplicação do direito produz e reage com as decisões institucionais. A autoridade destas decisões, muitas vezes contraditórias, não pode, por isso mesmo, ser atribuída a um sistema estático de dedução racional de conteúdo, mas, ao contrário, bem condiz com a evolução já sofrida pelo sistema seu próximo no sentido de determinação de regras formais para sua mensuração, como, por exemplo, a intensidade da reiteração das decisões ou o patamar dos princípios utilizados. Regras que não entram em contradição com a variabilidade material do que expressam. Esta evolução do modo de se encarar o direito, não mais sob o aspecto de determinismo material — jusnaturalismo —, mas de uma derivação formal de validade — contribuição juspositivista —, deve ser analisada na influência que presentemente pode produzir sobre a análise dos problemas da interpretação jurídica. A evolução conceitual dada aqui justifica o posicionamento que hoje se vê na doutrina moderna mais avançada de determinação material por critérios formais de evolução. O tema é aqui indicado e será, mais à frente retomado quando da exposição da teoria de Dworkin.

A variabilidade decisória

Como remate deste capítulo, para que não se deixe de expressar o entendimento sustentáculo do desenvolvimento destas idéias, tem-se a renitente discussão sobre a criação, ou não, do direito pela atividade jurisdicional. Essa far-se-á de forma sumária, sem, contudo, querer-se, com isso, aparentar que tal discussão curva-se a um único argumento.

O argumento ora utilizado funda-se em uma constatação, que Austin (1790-1859) já fazia quando da distinção entre direito legislativo e direito judiciário. O autor põe o tema, afirmando a criação jurisdicional do direito, mas,

conciliando essa afirmação com sua concepção positivista, segundo a qual aquela criação caracterizar-se-ia pela sua *estatização*, por força de uma delegação do poder soberano²⁷. Esse modo de se encarar a polêmica da criação jurisprudencial do direito, embora não desenvolvido nos patamares de sofisticação de hoje²⁸, corrobora a linha de análise aqui exposta. A evolução do direito não é, de modo algum aleatória ou arbitrária²⁹, pois se rende à sua necessária inserção institucional. Há limites à atividade criativa do juiz³⁰.

O sistema da *common law*, entendido por Blackstone como sendo o sistema mais perfeito, por fazer valer completamente o direito natural³¹, hauria seu dinamismo, obviamente, fora da assertiva jusnaturalista quanto à existência de um postulado geral auto-evidente imutável e dedutível por simples operação lógico-racional a semelhança dos princípios geométricos. A maleabilidade, e portanto, a possibilidade de evolução das idéias dentro do sistema normativo da *common law*, existiu por força da constatação de inúmeros raciocínios possíveis e da identificação de inúmeros conteúdos normativos do princípio, a cada momento visualizado de forma mais condizente com a evolução da sociedade. O direito

²⁷O pensamento de Austin (primeira metade do século XIX) encontra uma exposição sucinta e profunda em Bobbio, quando em análise das origens do positivismo jurídico. O trecho pertinente é assim referido: "(...)Nosso autor [Austin] não nega absolutamente a juridicidade do direito posto pelos juizes, mas, por outro lado, não sustenta tal situação contrastante com a própria concepção [positivista]. E recorre ao conceito de *autoridade subordinada* que põe o direito a partir do poder que lhe é delegado pelo soberano; é bem verdade que os juizes criam o direito, mas isto não exclui sua estatização, visto que eles agem com base no poder a eles atribuído pelo Estado." (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 109).

²⁸Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1977, pp. 37-51.

²⁹"Afinal de contas, como acentua Gomes Canotilho, uma coisa é admitirem-se alterações no âmbito ou na esfera da norma que ainda se podem considerar suscetíveis de serem abrangidas pelo programa normativo; e outra coisa, bem diferente, é legitimarem-se *rupturas, mutações constitucionais silenciosas e revisões apócrifas*, que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, manifestamente inoportável no programa da norma constitucional." (p.40); "(...) desde que respeitem o sentido e o alcance do texto fundamental, desde que não lhe introduzam alterações sub-reptícias, essas mutações atualizadoras podem ser admitidas sem reservas nem preconceitos." (COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit., p. 42).

³⁰Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit., pp. 58/59.

³¹Como testemunho desta afirmação cita-se Bobbio, no trecho seguinte: "(...) Bentham desenvolve sua crítica frente a esta última [*common law*], entrando em polêmica com o maior estudioso do direito inglês de seu tempo, Blackstone, que fora seu mestre nos estudos universitários e que, em 1765, publicara os *Comentários sobre o direito comum inglês*, em que o sistema da *common law* era considerado com grande otimismo como perfeito, porque se fundava no e fazia valer completamente o direito natural" (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 95).

natural lhes serviu, pois permitiu *uma organização de certa segurança* apoiada na dedução lógica dos jusnaturalistas, que não trazia, em si, o congelamento de valores, mas antes autorizava sua transformação, nos limites permitidos pelas *balizas do sistema*. Isso permitia a mutação do seu conteúdo³². É esse o drama do positivismo, que sempre convive com o problema de engessar a evolução de seu conteúdo³³: veja-se a problemática em torno das cláusulas pétreas, existente porque não se determinou com precisão uma direção segura desta evolução. A direção está

³²Identifica-se, aqui, uma constatação interessante: o objetivo de segurança jurídica, muito embora tenha fundado as críticas de Bentham ao *common law*, e, portanto, iniciado a polémica com Blackstone, servia antes de fundamento ao entendimento de Blackstone quanto à perfeição do sistema inglês. A remissão deste último ao direito natural o era no sentido de identificar um elemento de segurança na derivação de conteúdo de um postulado moral auto-evidente, em um sistema eminentemente criativo pelas mãos do juiz. O ponto de contato entre o jusnaturalismo e o juspositivismo expressa uma aspiração comum de segurança jurídica. Continua, contudo, em debate, a forma de se encarar a evolução do sistema.

³³Savigny (1779-1861) é tido pela doutrina, em geral, como quem melhor exprimiu o argumento da *cristalização do direito* pela codificação. É quem expressa melhor a preocupação de que o direito não se deve tornar o carrasco de si próprio e que, portanto, devemos ter em mente o desenvolvimento de teorias coerentes com a mutabilidade de conteúdos. Merece, aqui, contudo uma referência mais precisa à postura de Savigny para que este não seja entendido, meramente, como um opositor, em todos os sentidos, da codificação. Ele, antes, é o melhor crítico da ideologia do século XVIII de desprezo do passado e das instituições, em prol de um pretense racionalismo perfeito, que estava por detrás da tendência codificadora. A crítica de Savigny à codificação que se intentava à sua época na Alemanha o era em função das condições peculiares de desagregação dos principados de então e em face do iminente fracionamento da nação caso a codificação, que envolvia somente alguns deles, se concretizasse. O caráter auxiliar da codificação para a segurança jurídica, Savigny não o afasta por inteiro, muito embora, devido às condições expostas, refira-se à influência francesa de codificação como uma *“ação corruptora”* (p.38). Quanto à crítica à ideologia da época, eis o trecho pertinente: *“(…) se la encuentra [a ideologia iluminista] estrechamente relacionada con muchas opiniones e investigaciones semejantes, de la última mitad del siglo XVIII. En aquel tiempo surgiera en Europa un ciego ardor por la organización: se había perdido todo sentimiento y todo amor por cuanto había de característico y de grande en los demás siglos, al par que por el natural desenvolvimiento de los pueblos y las instituciones, es decir, por todo aquello que la historia produce de más saludable y provechoso, fijando exageradamente la atención en la época actual, que se creía destinada nada menos que a la efectiva realización de una perfección absoluta”* (pp.39/40). Já, quanto à postura de Savigny frente à codificação, em si, e, especificamente, na Alemanha: *“En cuanto al fin, estamos de acuerdo [ele e os fautosos da Codificação]: queremos la fundación de un derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones de la arbitrariedad y los asaltos de la injusticia; este derecho ha de ser común para toda la nación y han de concentrarse en él todos los esfuerzos científicos. Para este fin desean ellos un Código, con el cual sólo una mitad de Alemania alcanzaría la anhelada unidad, mientras la otra mitad quedaría aún más separada. Por mi parte, veo el verdadero medio una organización progresiva de la ciencia del Derecho, la cual puede ser común a toda la nación. [§] En cuanto al juicio que nos merece la situación actual, estamos completamente de acuerdo: le consideramos unánimemente como defectuosa. Pero ellos [os defensores da codificação] ven la causa del mal en las fuentes del derecho y estiman como buen remedio un Código, mientras por mi parte encuentro el mal en nosotros mismos; y portanto, creo que no estamos en condiciones adecuadas de proceder a una codificación.”* (pp.171/172) in SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. trad. Adolfo Posada, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1946.

no entendimento de que o sistema de *aplicação* do direito conforma-se no seu aspecto dinâmico de derivação formal, deixando-se a determinação dos valores, do conteúdo, às construções institucionais³⁴ auxiliadas por uma *teoria de implicação objetiva dos conteúdos do sistema*³⁵, teoria essa objetiva porque reconduz a um princípio objetivamente verificável, não aleatória, pois inserida no sistema, coerente agora em seu todo dinâmico.

Para melhor esclarecimento desse ponto comum de mutabilidade³⁶ do conteúdo jurídico, basta tais sucintas referências do pensamento jurídico-

³⁴A respeito da crítica que faz Santi Romano às teorias que tentam vislumbrar na própria estrutura da norma a razão da transformação de seu conteúdo, tem-se a seguinte passagem de esclarecimento da real fonte de *evolução* normativa: “*Ad ogni modo, queste diverse fasi [modificação, derrogação, abrogação] della sua [da norma] esistenza, in quanto determinante immediatamente da cause ad essa esterne e che restano tali, no si possono propriamente considerare come una sua evoluzione. Nè tale nome si convieni interamente alle modificazioni che può subire, non la sua efficacia giuridica, ma la sfera delle applicazioni di cui è in linea di fatto suscetibile: esse sono, per la loro stessa natura, pure esterne alla legge che le prevede e le regola in astratto, e possono verificarsi in maggiore o mino numero o anche non verificarsi affatto. La legge, in altri termini, sempre quando la si considera in sè e per sè, è del tutto inerte, non ha una sua «voluntas» o «mens» diversa da quella che in essa si è, per di così, cristallizzata e immobilizzata perchè duri, e, quindi, non ha nemmeno una propria «vita». Essa, in certo senso, è materia, non anima. Un'anima ha invece l'ordinamento giuridico di cui la legge o, meglio, le leggi in esso coordinate e fuse, sono elementi integranti, appunto come espressioni in continuo movimento delle sue forze vitali. Se per ordinamento giuridico si intende un'istituzione, un ente sociale, un'organizzazione, un sistema no di sole norme e di altri elementi più o meno inerti, ma anche di uomini, di persone, che lo reggono e lo governano con un'attività che può svolgersi nei modi, nelle forme e con gli effetti più vari, si comprende facilmente che esso è, per definizione, qualche cosa di vivo, che appunto perchè vivo continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole. Se di vita e di evoluzione si vuol parlare anche per quei suoi elementi che sono le norme giuridiche, non deve dimenticarsi che si tratta di una vita e di una evolução que le investono, le toconco e le animano, si e inquanto vi si manifestano la vita e l'evoluzione dell'istituzione: soltanto questa, nel suo insieme e non scissa nelle sue parti essenziali, ha una vitalità ed una idoneità ad evolversi” (ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, pp. 123/124).*

³⁵Aqui verifica-se a importância de uma teorização mais precisa sobre as dimensões objetivas dos institutos jurídicos. A delimitação destas dimensões é justificada pelo entendimento, até aqui expresso, de delimitação institucional direcionadora, e portanto formal, do sistema jurídico, e, por outro lado também afigura-se essencial como instrumento possibilitador da aplicação prática de delimitação de conteúdos dentro de um sistema dinâmico. A este respeito parece de contribuição inegável um estudo mais aprofundado da *teoria das garantias institucionais*.

³⁶Muito esclarecedor sobre a mutabilidade do direito é Del Vecchio: “*Advirta-se também que, como já foi notado pelos pensadores antigos e melhor demonstrado pela ciência moderna, a variabilidade do direito positivo é um consequência necessária da sua conexão com outros fatos sociais. Impossível é estudar o direito positivo de certo povo, em certo momento, prescindindo de atender às condições de vida; a gênese e a duração de cada instituto jurídico estão vinculadas a determinadas condições. Se estas se modificam, terá o direito positivo de se modificar também. Este, por conseguinte, não é apenas mutável, mas necessariamente mutável: acha-se sujeito à lei da relatividade histórica*” — grifos nossos. (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Vol. II, trad. António José Brandão, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1959, p. 53).

filosófico ao móvel de entrechoque das teorias jurídicas que marcaram os períodos de avanço e retrocesso do entendimento de um sistema jurídico que tornasse compatível a estagnação do direito, por amor à segurança jurídica³⁷, e a sua abertura, por força das contingências histórico-sociais³⁸. Visualiza-se que o fator último provocador do embate das tendências históricas está na tentativa de modelar os sistemas jurídicos vigentes a uma coexistência entre a segurança jurídica necessária e a maleabilidade suficiente do sistema que possibilite o acompanhamento da evolução social. *O esforço está em estabelecer-se um sistema jurídico, que, embora harmonicamente diretivo, não encerre em si um tûmulo valorativo imutável.*

As perquirições da escola histórica alemã³⁹ parecem ser campo fértil à constatação de que se por um lado, a codificação suprime a evolução, por outro, o direito judiciário de precedentes produz idêntico resultado. Tais critérios formais de hierarquização e obediência de decisões *têm de ser temperados com valores de efetivo poder diretivo, conteúdos de influência sensível.*

³⁷Para Luhmann, a importância da segurança jurídica está na própria identificação das funções que o direito cumpre na sociedade: “Con respecto a la sociedad como un todo, el derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta” (LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1974 (trad. Ignacio de Otto Pardo. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 45).

³⁸Roscoe Pound atenta para a fundamentalidade da questão. O decano da faculdade de direito de Harvard esclarece: “O direito deve ter estabilidade e, entretanto, não pode permanecer inalterável. Por isso, toda meditação em torno do direito tem tratado de reconciliar as necessidades contraditórias de estabilidade e transformação (...) É necessário, pois, que o ordenamento jurídico seja flexível e, ao mesmo tempo, estável.” [POUND, Roscoe. *Interpretations of Legal History*, 1946. (trad. Jose Puig Brutau. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Barcelona, Ediciones ARIEL, 1950, p. 5)].

³⁹Referiu-se, tão-somente, à escola histórica, para retirar-lhe uma sua constatação, mas não para se render à posição do historicismo em *ilidir a função valorativa* do direito. O historicismo é um campo idôneo à extração de constatações históricas porque nenhuma outra escola se preocupou tanto quanto ele pela investigação histórica. O que é criticado é a ideologia que estava por detrás das mesmas: “Temos para nós que o historicismo, ao propugnar a necessidade da investigação histórica, está na verdade. Aliás, tal investigação é hoje admitida por todas as escolas. O seu erro começa quando, levado pela sua verdade, diligencia reduzir à investigação histórica a investigação deontológica, totalmente diversa daquela.” (DEL VECCHIO, Giorgio. op.cit., p. 340).

O direito objetivo na sua acepção tradicional e institucional

Até agora foram delimitados os matizes dos posicionamentos filosóficos no esquema dos embates das tendências contrapostas do pensamento jurídico. Em meio ao surgimento do gênio abstrativo e conceptualista da era iluminista e aos avanços e retrocessos das diversas tomadas de posições frente ao direito, está situada a discussão acerca da sua definição. Tal discussão tem por âmbito de pesquisa a polaridade direito objetivo - direito subjetivo⁴⁰, embora não seja essa a preocupação central desta primeira parte do presente estudo. Visa-se aqui, tão-somente a esclarecer as características centrais da polêmica entre as concepções do direito objetivo — concepção tradicional e institucional —, como modo de se encarar o direito, das quais derivam profundos reflexos na determinação das reais forças justificadoras de um visível antagonismo entre as fórmulas descritivas do direito e a sua fenomenologia, antagonismo esse melhor verificado no campo da jurisdição constitucional, conforme bem demonstra o acirrado embate, na doutrina norte-americana, entre interpretativistas e não-interpretativistas⁴¹.

⁴⁰Uma abordagem da questão direito objetivo *versus* direito subjetivo tem-se, a seguir, no capítulo intitulado “Concepção tradicional do direito objetivo”, mais detidamente nas notas 45, 47, 48 e 49.

⁴¹A diferença fundamental entre as teorias interpretativistas e não-interpretativistas da doutrina norte-americana é dada por John Hart Ely, segundo o qual, o interpretativismo indica que o juiz, ao decidir questões constitucionais, deveria ater-se a fazer cumprir normas que estão declaradas ou evidentemente implícitas na Constituição escrita, enquanto que o não-interpretativismo indica que as Cortes deveriam ir além daquele conjunto de referências — normas declaradas ou claramente implícitas na Constituição — e fazer cumprir normas que não pudessem ser descobertas no texto da Carta. Cf. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 1. Para uma crítica às teorias interpretativistas, ou preservacionistas: cf. CARTER, Lief H. *Contemporary constitutional lawmaking*. Washington, Pergamon Press PLC, 1985. (trad. Carlos Alberto Pazos. *Derecho constitucional contemporaneo. La Suprema Corte y el Arte de la Política*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985. Colección Libros Esenciales de Derecho traducidos al español L.E.D.). Como representante de peso da teoria interpretativista e defensor dos *principios neutros*: cf. WECHSLER, Herbert. *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*. In: _____. *Principles, Politics, and Fundamental Law - Selected Essays*. Cambridge, Harvard University Press, 1961. Finalmente, para uma noção a respeito de uma facção importante da teoria interpretativista, chamada originalismo, pela voz de seu maior expoente: cf. BORK, Robert H. *The Original Understanding*. In: BRISON, Susan J. & SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*. Boulder, Westview Press Inc., 1993, pp. 48-67.

Concepção tradicional do direito objetivo

A despeito da dificuldade em se determinar uma definição universalmente aceita de direito, o que acabou por levar Kant à sua célebre afirmação de que *os juristas ainda procuram uma definição do seu conceito de direito*, intenta-se aqui, tão-somente, exporem-se certas autorizadas concepções do direito objetivo, que reflitam melhor os caracteres fundamentais da chamada concepção tradicional, tendo em vista a importância dessa conceituação tanto para a determinação dos elementos essenciais do direito quanto para a delimitação do *modus* de sua evolução, objeto direto do presente estudo⁴². Antecipadamente rebate-se eventual crítica acerca da unilateralidade do estudo frente à análise unicamente do direito sob seu aspecto objetivo. Tal análise faz-se obviamente porque as concepções expressas relativamente ao direito objetivo o são como determinadoras do direito em si, o direito objetivamente considerado como fenômeno jurídico, mesmo porque os seus autores *mais recentes*⁴³ primam por enfatizar a precedência

⁴²Giorgio del Vecchio expressa bem a importância da precisa conceituação do direito: “(...) Se a noção comum e vaga de Direito pode às vezes bastar para certos fins particulares, é insuficiente para os fins superiores do conhecimento. São facilmente reconhecidas por todos as manifestações vulgares da atividade jurídica; mas, ante os problemas mais elevados e gerais, quando se trata de situar a idéia do Direito na ordem do saber, de determinar-lhe os elementos essenciais, de distingui-la de outros objetos e categorias afins, surgem dúvidas e dificuldades que a noção vulgar é impotente para resolver.” (DEL VECCHIO, Giorgio. op.cit., pp. 43/44).

⁴³Fala-se em autores mais recentes por força do testemunho dado por Kelsen, ao referir-se às concepções predominantes, à época, nas teorias inglesas, alemãs e francesas: “(...) uma visão dualista prevalece também na teoria alemã e na francesa [além da inglesa] (...) o dualismo ainda é mantido, na medida em que o direito jurídico subjetivo é considerado, lógica e temporalmente, anterior ao Direito objetivo. No começo, existiam apenas direito subjetivos — em especial o protótipo de todos os direitos, o direito à propriedade (obtida por ocupação) — e apenas num estágio posterior o Direito objetivo como ordem do Estado foi acrescentado com o propósito de sancionar e proteger os direitos que, independentemente dessa ordem, haviam passado a existir.” [KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State. Russel and Russel Inc.*, 1961 (trad. Luís Carlos Borges. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Brasília, Editora Universidade de Brasília e Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990, pp. 82/83)]. Como exemplos de autores que compartilhavam da idéia da precedência dos direitos subjetivos ao direito objetivo estão Heinrich Dernburg e o já mencionado, e portanto condizente com sua crença no direito natural, Blackstone.

lógica do direito objetivo sobre o direito subjetivo⁴⁴, esse último entendido como reflexo do primeiro⁴⁵. Exemplo disto tem-se em Alessandro Levi, que, analisando a relação entre os conceitos historicamente identificados de direito objetivo e subjetivo, verifica que esse último somente poderia ser considerado não submisso ao primeiro se adotada sua origem como fundada no direito natural. Ele não despreza a influência histórico-política do direito natural, porém fundamenta também, na análise histórica, a necessidade que tem o direito subjetivo, como encarado pelo direito natural, de ser tocado pelo direito, objetivamente considerado, para adquirir a qualificação de jurídico⁴⁶. Não se quer, contudo, aprofundar-se o tema a ponto de esmiuçarem-se os prós e contras de teorias, como as de Kelsen⁴⁷ e

⁴⁴A respeito da evolução do conceito de direito subjetivo, vide: BARBERO, Domenico. *Studi di Teoria Generale del Diritto. Diritto naturale e diritto positivo - diritto soggettivo e credito*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, pp. 79 a 142.

⁴⁵Quanto à questão do primado lógico do direito objetivo sobre o subjetivo, Alessandro Levi possui um trecho esclarecedor: “*Orbene: la tesi, che ravvisa nel diritto oggettivo, o, ciò che è lo stesso, nel lato od aspetto oggettivo dell'ordinamento giuridico, un prius logico rispetto all'altro suo, secondo noi imprescindibile, aspetto, non vuol dire altro che questo: che non v'è, perchè non vi può essere, nessuna situazione giuridica soggettiva, la quale non abbia nel diritto oggettivo la fonte della propria qualifica e conseguente disciplina giuridica. E non vi può essere diritto — od altra situazione giuridica — del soggetto, all'infuori del riconoscimento, cioè della tutela o della sanzione e della misura dell'una e dell'altra, apprestata dal diritto oggettivo, proprio perchè l'intero fenomeno giuridico è un fatto della vita sociale, e l'espressione della volontà sociale regolatrice di essa vita, disciplinatrice della proportio fra soggetto e soggetto, si trova nella norma: la volontà del soggetto è giuridica solo se ed in quanto alla norma si conformi, cioè nei limiti che la norma le consente. Le aspirazioni al mutamento delle norme giuridiche dalle quali risulta l'equilibrio delle forze sociali, le affermazioni di pretese o di facoltà inerenti al soggetto, quando queste non sieno tutelate dalle norme vigenti in un ordinamento, per quanto efficienti possano essere sotto l'aspetto politico, sono, tuttavia, fuori di quel sistema, ch'è bensì un sistema di valutazioni, ma di natura concreta, perchè ne risulta una specifica disciplina di comportamenti e di rapporti, di cui è costituito il mondo del diritto.*” (LEVI, Alessandro. *Teoria Generale del Diritto*. Padova, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950, pp. 75/76).

⁴⁶Transcreve-se o trecho pertinente: “*Con ciò non si vuol disconoscere l'importanza storico-politica ch'ebbe l'affermazione astratta, ideologica, dei diritti naturali della persona, indipendentemente dalle norme positive, e, per lo più, contro le norme vigenti al tempo della loro proclamazione, da parte dei filosofi che se ne fecero paladini. Ma, ammesso esplicitamente il valore storico di coteste ideologie giusnaturalistiche, una critica, che voglia essere critica gnoseologica e non deontologica dell'esperienza, la critica che riconosca, cioè, come il diritto, immanente bensì nello spirito, si attui però storicamente nei positivi ordinamenti giuridici, e fuori di questi non possenga le note che ne costituiscono il concetto, deve aderire— come si diceva dianzi,— alla communis opinio della priorità logica del diritto oggettivo su l'aspetto soggettivo del diritto stesso, in confronto, cioè, d'ogni facoltà, d'ogni pretesa, e di qualsiasi altra situazione giuridica soggettiva*” (LEVI, Alessandro. op.cit., pp. 74/75).

⁴⁷Cf. KELSEN, Hans. op.cit., pp. 79 a 92.

Duguit⁴⁸, que negam, por completo o dualismo direito objetivo - direito subjetivo em detrimento desse último, posição, aliás, partilhada por Augusto Comte⁴⁹. A

⁴⁸ Cf. DUGUIT, León. *La transformación del Estado*. trad. Adolfo Posada, Madrid, José Blass y Cia., s/ano, pp. 190 a 221. Alguns trechos esclarecedores: “*Pienso que los individuos no tienen derechos, que la colectividad tampoco los tiene; pero que todos los individuos están obligados, porque son seres sociales, a obedecer a la regla social*” (p.190) “*Además, esta regla social no puede fundar, ni en beneficio del individuo, ni en beneficio de la sociedad, verdaderos derechos (...) Se limita a proporcionar a todo individuo en el medio social, cierta situación estrechamente dependiente de la de los demás, y que le lleva a una cierta actitud activa ó pasiva. Implica la regla social para todos un cierto estado que de la misma se deriva, y que podríamos calificar de situación objetiva, para oponerla al derecho subjetivo que yo niego*” (pp.194/195) “*Si queréis aceptar estas expresiones de derecho subjetivo y de derecho objetivo, diría en dos palabras que hoy, a mi juicio, está en vías de constituirse una sociedad de la cual se excluye la concepción metafísica de derecho subjetivo, para dar lugar a la noción del derecho objetivo, que implica para cada cual la obligación social de cumplir una cierta misión y el poder de realizar los actos que exige el cumplimiento de esta misión.*” (p.195). Santi Romano tenta dar uma unidade às constatações objetivistas, sem contudo perder de vista a importância, e, obviamente, a existência palpável dos direitos, atribuindo a aspectos de conteúdo (normas) e forma (organização social, instituição, *determinação de status*) a noção completa de direito. Segundo este autor, o ordenamento jurídico pode revelar-se por meio de normas concretas que impõem direitos e deveres nas relações inter-subjetivas, e, também, *assinalando*, e aqui identifica um modo de determinação do direito logicamente anterior àquele, assinalando, dizia, uma posição geral, um *status* concreto, pois tal *status* é juridicamente relevante de *per se*, ainda que não se possa dele derivar direitos e deveres concretos. Vide a respeito o capítulo intitulado: Conceção institucional do direito objetivo, pp. 27 e ss. Para Santi Romano: “*habría que calificar como generales aquellos status, relaciones, poderes, derechos, obligaciones, etc., que se basan en el ordenamiento del Estado considerado en su conjunto, o sea como institución en la que quedan absorbidas las demás; especiales serán aquellos que se fundan en el ordenamiento de una institución estatal considerada aisladamente in se. De esta forma la distinción del derecho objetivo que hemos señalado, justifica y explica también la que se refiere a los aspectos subjetivos. Y, desde luego, ello parece mucho más exacto, incluso desde un punto de vista lógico*” (ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. (trad. Sebastián Martín-Retortillo & Lorenzo Martín-Retortillo. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 331). Ainda, Santi Romano, nos *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, traz uma interessante resposta à crítica de Capograssi, quanto à, por este entendida, supervalorização da tendência objetivista em detrimento do sujeito de direito: “*(...) Capograssi ha osservato che la teoria istituzionistica di diritto tende a far passato in seconda linea il soggetto, la sua volontà e le sue affermazioni. «In questo senso», egli dice, «il nascere e l'affermarsi di questa teoria deve essere considerato come uno dei segni della così evidente tendenza antivolontaria e anticontrattuale del mondo giuridico contemporaneo». È questo un rievio che, a ben considerarlo, si risolve in una approvazione di tale teoria. La quale — no bisogna dimenticarlo — è sorta sul terreno della teoria generale del diritto e doveva rispecchiare la tendenza di cui è parola, se questa effettivamente esiste e va sempre più affermandosi nel diritto quello che è, invece, un pregio e una riprova della sua esattezza*” (ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, p. 69). Ainda, proclamando uma recíproca interdependência objetivo-subjetiva, vide: Jan Schapp, em nota 190.

⁴⁹Comte afasta o direito subjetivo da atmosfera política de sua época nos seguintes termos: “*No puede existir verdadero derecho, a no ser que los poderes regulares emanasen de voluntades sobrenaturales. Para luchar contra esas autoridades teocráticas, la metafísica de los cinco últimos siglos introdujo los pretendidos derechos humanos, que no implican sino una función negativa. Cuando se ha intentado darles un destino verdaderamente orgánico, pronto han revelado sua naturaleza antisocial, con la tendencia siempre a consagrar la individualidad. En el estado positivo, que no admite título celeste, la idea de derecho desaparece irrevocablemente. Cada cual tiene deberes para con todos, pero nadie tiene ningún derecho, propiamente dicho . . . En otros términos: nadie posee otros derechos que el de cumplir siempre con su deber*” — grifos nossos.

complexidade da discussão mais se avoluma quanto mais sobre ela se debruça. E tanto é assim, que, em obra recente, Elio Gallego expressa a atualidade daquela dicotomia, mas agora sob outro enfoque: o da antigüidade da concepção objetiva do direito frente à novidade do seu aspecto subjetivo como direito *da* pessoa, e não, simplesmente, direito *em face* de outra⁵⁰. Niklas Luhmann parece colocar a questão em termos mais sofisticados, dizendo estar o estudo dogmático circunscrito à percepção do direito subjetivo no seu aspecto funcional, menosprezando-se o seu aspecto estrutural, o que levaria a uma necessária insuficiência conceitual para a solução do que ele chama de *assimetrias do sistema*⁵¹. Não se espera todavia adotar tais teorias de menosprezo do subjetivo em prol da corrente objetiva, pois, como será mais à frente ressaltado, preza-se sim pelo equilíbrio das naturezas influentes de ambos os lados da questão.

O entendimento acerca do direito objetivo, que a partir daqui se perquire, não significa, sob qualquer aspecto, uma redução do campo de análise, mas sim um reflexo da diferenciação doutrinária feita entre o direito objetivamente considerado e o direito subjetivo, como um poder atribuído ao indivíduo. Diz-se isto, pois o conceito de direito subjetivo está intimamente ligado ao de direito objetivo, o que leva Del Vecchio a considerar que “ambos os conceitos...em última análise, se reduzem a um só”⁵² e leva Hauriou a proclamar o fim da dicotomia.

A definição procurada é dada por eminentes estudiosos do direito impulsionados pela tendência remota de natureza iluminista de recondução dos

(COMTE, Augusto. *Système de politique positive*, 1890, I, p. 361 *apud* DUGUIT, León. *op.cit.*, p. 196).

⁵⁰Cf. GALLEGO, Elio A. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid, Editorial Dykinson, 1996.

⁵¹Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1974 (trad. Ignacio de Otto Pardo. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 106 a 110). Alguns trechos relevantes: “*La construcción dogmática del derecho subjetivo no ha podido llegar, al menos hasta ahora, hasta una total problematización de la asimetría. Se ha limitado a unir el concepto de poder de la voluntad que procede de KANT y SAVIGNY con el concepto, de JHERING, del bien jurídico o del interés jurídicamente protegido, y afirma que el derecho subjetivo es ambas cosas. Sin embargo, si la competencia de determinación está de cualquier forma dividida entre el sujeto y el legislador, ya no se puede definir el concepto por “quién determina”, sino sólo por el hecho de que se determina con vistas al sujeto. Pero en esta determinación con vistas al sujeto se encuentra el problema de la asimetría que aún no ha sido elaborado por la dogmática*” (p.108).

⁵²DEL VECCHIO, Giorgio. *op.cit.*, p. 103.

conceitos a um princípio racional unitário, traduzindo as vicissitudes das expressões históricas do direito em uma unidade da razão⁵³.

Exemplo representativo da concepção tradicional do direito objetivo está no jurista italiano Domenico Barbero, o qual define o direito como um *complexo de normas* que têm a função de disciplinar a vida em sociedade⁵⁴. Além desta, a concepção da coação como elemento essencial ao direito reflete uma influência tipicamente positivista, mas o ponto essencial de diferenciação entre essa concepção e a institucional está presente quando da análise das características do *ordenamento jurídico*. Esse, segundo o autor, e todos os defensores da concepção tradicional, é impregnado do qualificativo da *exclusividade*, a significar que a somente um ente pode ser dado, no mesmo espaço e tempo, o título de ordenamento jurídico. É uma questão que diz respeito diretamente à forma de se encarar aquilo considerado por Bobbio, como a criação original do positivismo jurídico: o próprio ordenamento jurídico. As suas qualidades, atribuídas pelos positivistas, de unidade, coerência e completitude é que são postas à prova pela teoria institucional. A pergunta fundamental da concepção institucional do direito objetivo é: como o ordenamento jurídico pode sobreviver completo, único e coerente frente a uma realidade social dinâmica?; qual o papel da experiência jurídica na determinação e evolução do sistema?.

Ainda como uma figura de relevo nesta discussão, há Francesco Ferrara, que dedica o início de seu conhecido *Trattato di Diritto Civile Italiano* à conceituação do direito objetivo, assumindo a concepção tradicional melhorada. Segundo essa, o direito resume-se ao direito positivamente posto: ao ordenamento

⁵³ Após contestar a teoria céptica sobre a possibilidade de uma conceituação do direito, Del Vecchio assim remete os primeiros passos da cogitação de um conceito de direito: “O novo labor de reconstrução lógica, que sucede à negação céptica, pode efectuar-se, e tem-se efectuado, por vias diferentes e seguindo critérios diversos. Porém, a intenção é substancialmente sempre a mesma: superar as contradições do mundo empírico, graças a um princípio racional unitário; reconduzir a um conceito constante e universal as múltiplas e flutuantes variedades do Direito histórico.” (DEL VECCHIO, Giorgio. op.cit., p. 46).

⁵⁴ Assim se expressa o autor: “*Nel complesso di queste regole consiste il “diritto”: diritto in senso oggettivo; più brevemente, “diritto oggettivo”*” (BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. vol. I, 2ª ed., Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1949, p. 47).

jurídico⁵⁵. Ferrara menospreza explicitamente a importância do surgimento do direito e funda sua existência numa *vontade suprema de império*⁵⁶. Assim, o que importa é, em última análise, não em que consiste a matéria prima para caracterizar sua existência como direito, mas como ele se apresenta, ou seja, sua roupagem imperativa. Neste ponto, Ferrara promove a crítica à concepção institucional do direito objetivo de Santi Romano, mas lhe atribui a qualidade de ter chamado a atenção dos estudiosos para a insuficiência das definições de direito como complexo de normas de agir, apontando-o também como *fator de organização*. Antecipa-se, pois, uma das conclusões que se seguirão, no tocante às contribuições positivas da teoria institucional para o pensamento jurídico contemporâneo. A instituição estatal, atomizada em instituições suas subordinadas, contém e revela o ordenamento jurídico, embora não se confunda com ele, como queria Santi Romano⁵⁷.

A contribuição, por sua vez, da concepção tradicional para este estudo está na delimitação do direito objetivo como prioritário, embora não necessariamente preordenado, ao direito subjetivo, já que aquele tem por fundamento último o poder estatal. Ainda mais inovador, Alessandro Levi

⁵⁵Ferrara assim expressa o sentido do direito objetivo: “(...) *fin dai tempi primitivi noi troviamo inerente a queste mutue relazioni d'interdipendenza sociale un ordinamento, un insieme di norme che ne regolano l'assetto, frenando e restringendo la libertà individuale e creando le condizioni per un pacifico svolgimento della vita collettiva. Questo complesso di norme regolatrici della vita sociale è già il diritto*” — grifos nossos. (FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. vol. I (único), Roma, Athenaeum, 1921, p. 1).

⁵⁶Tal afirmação está conforme ao trecho a seguir transcrito: “*Non importa poi come questo complesso di norme si sia venuto imponendo alla coscienza dei popoli, o come volontà degli antenati che si rispetta misticamente con l'uso, o come volontà divina che si fa sensibile a traverso un casta sacerdotale od un capo che si crede in relazione con la divinità (Mosè, Numa, Mohammed), sia questo diritto imposto violentemente da un popolo conquistatore, o da una classe di potenti entro l'aggruppamento sociale, sia infine, come nelle costituzioni moderne, esso appaia come l'espressione della volontà generale: certo è in tutti i casi che una volontà suprema d'impero ordina ed esige obbedienza dal gruppo dei soggetti*” — grifos nossos. (FERRARA, Francesco. op.cit., pp. 1/2).

⁵⁷Ferrara critica a concepção institucional do direito objetivo, todavia curva-se à constatação em que se funda a teoria institucional, constatação de que o direito objetivo contém e revela um ordenamento: “*Che ogni istituzione sia il risultato di un ordinamento, contenga e riveli un ordinamento, può concedersi, ma non già che istituzione ed ordinamento giuridico siano equivalenti*” (FERRARA, Francesco. op.cit., p. 3: nota 2).

determina como fonte do direito objetivo os *principios institucionais*⁵⁸. Eis o modo pelo qual a concepção tradicional expressa o direito objetivo: como um conjunto de normas jurídicas, normas estas estatais, que por isso se diferenciam das outras normas de conduta social.

Concepção institucional do direito objetivo

Santi Romano é, sem sombra de dúvida, o expoente da concepção institucional do direito objetivo. Muito embora a obra de Maurice Hauriou (1856-1929) fosse anterior à daquele, o mestre de Toulouse, em sua exposição, visitava três campos do saber — o político, o sociológico e o jurídico — de modo a revelar menor rigor técnico-jurídico na abordagem que fez de uma sua teoria institucional do direito⁵⁹. Por força disto, perpetua-se a autoridade de Santi Romano como o mentor intelectual da teoria em exame. A bem da verdade, a discussão que dá

⁵⁸Levi afirma o primado lógico do direito objetivo sobre o subjetivo, tendo como uma de suas argumentações fundantes a autoridade que atribui ao que chama de princípios institucionais: *“Il postulato del primato logico del diritto oggettivo (...) tale postulato è tanto più facilmente accettabile, quando fra le fonti del diritto oggettivo si comprendano i principii istituzionali (...)”* (LEVI, Alessandro. op.cit., p. 76).

⁵⁹Sebastian Martin-Retortillo, comentando *O ordenamento jurídico* de Santi Romano, assim o exalta pela sua precisão de análise de uma perspectiva jurídica, em contraposição à análise mais abrangente, porém, dotada de menor rigor jurídico, de Maurice Hauriou: *“El institucionalismo de Santi Romano carece desde luego de la sugestiva jugosidad, quizá más política que jurídica, que presenta el del decano de Toulouse [Maurice Hauriou]; desde una perspectiva jurídica, sin embargo, ofrece sin duda alguna unos perfiles mucho más precisos y concretos, y por ello mismo también de mayor validez. El hábito sociológico e incluso metafísico que hay en toda concepción de Hauriou (...) la hace en cierto modo perder rigor jurídico. El fenómeno, por su parte, ha sido ya comparativamente resaltado por Lucas Verdú: «El institucionalismo de Santi Romano, menos genial que el de Hauriou, desprovisto de aliento metafísico, es sin embargo más preciso y técnico”*. [MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. *La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo*. In: Romano, Santi. *L'ordinamento giuridico*. (trad. Sebastián Martin-Retortillo & Lorenzo Martin-Retortillo. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 46)]. Ainda, para a distinção entre às teorias de Maurice Hauriou e Santi Romano, vide: ROMANO, Santi. op.cit., pp. 117-121. No mesmo sentido salienta Miguel Reale: *“Provindo da Escola técnico-jurídica, o professor de Roma [Santi Romano] dá ao estudo da instituição uma feição nova, um cunho menos sociológico e mais jurídico”* (REALE, Miguel. *Fundamentos do direito. Contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva*. São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940, p. 235).

origem às preocupações de Romano tem antecipado em Thon⁶⁰ dois aspectos relevantes, um dos quais decorreu de sua polêmica com Ihering, mas é a Santi

⁶⁰August Thon (1839-1912) pode ser visto como antecessor de Romano sob dois aspectos: 1) ao tratar de dar uma nova abordagem da relação existente entre direito objetivo e direito subjetivo, tema que está intimamente ligado à própria concepção de direito (vide a propósito notas 45, 47, 48 e 49), muito embora partisse do conceito de direito objetivo como um conjunto de normas, tentou determinar o momento e a forma como o direito objetivo *dá origem* ao direito do indivíduo. É esta mudança de perspectiva, de uma anterioridade natural do direito subjetivo para uma sua conformação original oriunda do direito objetivo, um pressuposto necessário da visão objetivista de Santi Romano. Não se quer com isso dizer que Thon iniciou o caminho de Romano, mesmo porque este não o cita em sua obra, mas que foi Thon um marco de identificação primeira de uma preocupação direcionada para as reais relações determinantes entre o direito objetivo e o direito subjetivo. Assim, salienta o próprio autor em trecho seu que aqui se traduz: “A subsequente análise tem, por função principal, submeter, o conceito de direito subjetivo, a um exame renovado. Partindo do princípio, de que todo o direito de uma sociedade consiste em suas normas, procuro determinar o ponto em que, no mesmo tempo, o direito objetivo transforma-se em direito do indivíduo” (original: “*Den nachfolgenden Untersuchungen ist vornehmlich die Aufgabe gestellt, den Begriff des subjectiven Rechts einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Ausgehend von dem Satze, daß alles Recht einer Gemeinschaft in deren Normen bestehe, suchte ich den Punkt zu bestimmen, in welchem das objective Recht zugleich zum Rechte des Einzelnen wird*” (THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. 2ª ed. (1ª ed., Weimar, Hermann Böhlau, 1878), Stuttgart, Scientia Verlag AALEN, 1964, p. V); 2) outro aspecto mais diretamente ligado a Santi Romano está na polêmica de Thon e Rudolf von Ihering (1883-1939) sobre a *exclusividade estatal do direito*. Assim, salienta Thon, em passagem que aqui se traduz: “Isto conduz ao terceiro e mais importante ponto. A divergência de opiniões neste ponto é tão grande, que se pode aqui somente chamar a ela a atenção, mas não a expor minuciosamente. Ihering enxerga a essência do direito na coação (p.318). E, sendo, o Estado, «o único titular do poder coativo da sociedade», ele passa a ser considerado como «a única fonte de direito» (p.316, 317). (...) [§] Pelo contrário, cada norma, que seja considerada por uma sociedade humana como obrigatória pelo comportamento recíproco dos consociados, aparenta, antes de tudo, para mim, uma norma jurídica e o Estado, por conseguinte, não é o único criador do direito. Entretanto, dever-se-ia também, como Ihering certamente percebeu, falar do direito de uma sociedade proibida pelo Estado. Mas eu não recuo nem mesmo frente a essa consequência. Cada manual de direito canônico trata da constituição da primeira igreja cristã e coloca assim o direito desta em um tempo, em que ela era, do ponto de vista estatal, uma associação proibida. Evidentemente, o Estado não respeitará o direito de associações proibidas — nem se prestará a executar suas normas, nem também reconhecerá como exercício de direitos os meios coativos e as penas vigentes dentro da associação. A pena de morte do estatuto de uma associação clandestina que um seu membro impõe a um companheiro traidor, será, ao olhos do Estado, um simples homicídio púnivel. Mas tudo isto não exclui que, do ponto de vista da associação isolada, deva-se falar de um direito da mesma. Que isso sobreviva, o mostra sua eficácia: na sua força sobre as inteligências.” (original: “*Dies führt zu dem dritten und wichtigsten Punkt. Die Differenz der Anschauungen ist hier so gross, daß sie an dieser Stelle nur betont, nicht aber des Näheren ausgeführt werden kann. IHERING erblickt das Wesen des Rechts im Zwange (S.318 fg.). Und da der Staat »der einzige Inhaber der sozialen Zwangsgewalt« sei, wird auch der Staat als »die einzige Quelle des Rechts« bezeichnet (S.316, 317). (...) [§] Mir dagegen erscheint zunächst jede Norm, welche eine menschliche Gemeinschaft als bindend für das gegenseitige Verhalten der Genossen anerkennt, als Rechtsnorm und der Staat sonach nicht als der einzige Schöpfer des Rechts. Allerdings muß man dann auch, wie IHERING treffend bemerkt, von dem Rechte eines staatlich verbotenen Vereines sprechen. Aber ich scheue auch nicht vor dieser Konsequenz zurück. Jedes Lehrbuch des Kirchenrechts bespricht die Verfassung der ersten christlichen Kirche und setzt damit deren Recht in eine Zeit hinein, in welcher sie vom staatlichen Standpunkte aus noch eine verbotene Vereinigung war. Selbstverständlich wird der Staat das Recht verpönter Vereine nicht achten — und weder sich selbst zum Vollstrecker ihrer Normen hergeben, noch auch nur die Zwangsmittel und*

Romano que é dada a introdução no pensamento jurídico contemporâneo das concepções da teoria institucional do direito⁶¹ e da teoria pluralista, pois, na ciência, atribui-se o mérito, nem sempre a quem primeiro preocupou-se do assunto, mas a quem lhe deu, ou lhe deu melhor divulgação no meio científico. Dessa forma, Maurice Hauriou e Santi Romano constituem a síntese de qualquer pesquisa sobre a teoria institucional.

A obra fundamental de Santi Romano — *L'ordinamento giuridico* — é dividida em duas partes: a primeira destinada à crítica das concepções tradicionais do direito e à exposição da sua teoria institucional; a segunda, ao detalhamento das conseqüências daquela teoria. Romano atenta para a constatação da insuficiência conceitual do direito, reduzido então ao de uma *regra de conduta*, embora expressamente ressalte que não tem por objetivo a destruição desse conceito, mas sim sua complementação⁶². O direito, encarado simplesmente como *norma*, é suficiente para explicar a maior parte de seus *principios e problemas*: são os *hard cases* os que demandam, ou antes, revelam a imprecisão conceitual da

Strafen innerhalb der Vereinigung als Rechtsausübung gelten lassen. Die Todesstrafe, von dem Mitgliede eines Geheimbundes statutenmässig an dem verrätherischen Genossen vollstreckt, wird in den Augen des Staats ein einfacher strafbarer Mord sein. Dies Alles schliesst aber nicht aus, daß man vom Standpunkte der einzelnen Vereinigung aus von einem Rechte derselben sprechen muss. Daß es lebt, zeigt sich in seiner Wirkung: in seiner Macht über die Gemüther" in THON, August. op.cit., pp. X/XI.

⁶¹Prova disto está na gama de autores renomadas que dedicaram espaço em suas obras para, ou contestar, ou assimilar as idéias de Santi Romano expostas em sua obra clássica *L'ordinamento giuridico*. São eles, apenas a título exemplificativo: Del Vecchio, Ferrara, Levi, Bobbio, Mortati, Carl Schmitt, Miceli, Cesarini Sforza, Volpicelli, Crisafulli, Capograssi, Cammarata, Condorelli, Perticone, Battaglia, Orestano, Maggiore, Ziccardi, Gueli, Carnelutti, Ago, Messineo entre outros. Cf.MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. op.cit., p. 13.

⁶²O autor em exame reconhece o mérito da concepção tradicional em explicar uma parte do fenômeno jurídico, principalmente, no campo do direito privado. Todavia entende que há outro "aspecto do direito, mais fundamental e sobretudo antecedente, tanto em razão das exigências lógicas do conceito [de direito] como da exata valoração da realidade em que o direito se manifesta" (p.89). Ainda Santi Romano descreve como a principal finalidade de seu trabalho "*ser la de demostrar que tal modo de definir el derecho [como simplesmente uma norma de conduta], aunque en cierto sentido y para ciertos fines no sea equivocado, considerado en sí mismo, resulta sin embargo insuficiente, siendo necesario por ello mismo completarlo con otros elementos que normalmente no se tienen en cuenta y que son, por el contrario, los más característicos y esenciales. Que el derecho se presenta también como norma y que es necesario valorarlo bajo este aspecto, que tal punto de vista es con frecuencia no sólo necesario, sino incluso suficiente por lo que se refiere a las necesidades prácticas más corrientes, son razones que explican, junto a otras, que en la definición del concepto de derecho no se haya ido más allá de la simple configuración normativa*" (pp.88/89) in ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. (trad. Sebastián Martin-Retortillo & Lorenzo Martin-Retortillo. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963).

formulação tradicional⁶³. A conceituação tradicional diz respeito ao direito encarado como *uma ou mais normas concretas*, mas despreza o significado do termo quando ele quer traduzir o *ordenamento jurídico de um ente determinado*, que detém um sentido diverso de suas partes, sentido já identificado por Bobbio como a *criação original* do positivismo jurídico⁶⁴, mas que, segundo Santi Romano, não suscitou, como deveria, a evolução esperada do conceito fundamental da ciência jurídica.

Assim, para a consideração das próprias normas jurídicas, antes se torna necessária uma precisão conceitual abrangente do direito, que possa revelar o verdadeiro sentido daquelas, visto ser, o ordenamento, *algo diverso dos elementos materiais concretos que o integram*⁶⁵. O pensamento jurídico europeu já se dirigia para a concepção do ordenamento jurídico como algo *dinâmico e vital* que *é movido em parte pelas normas*, mas que acima de tudo *as dirige*. Tais normas, sob esse ponto de vista, expressam melhor o *objeto* e o *meio de atividade* do

⁶³O autor insiste na consideração satisfatória do conceito tradicional de direito para a maioria dos casos, mas também salienta que um conceito mais acabado do direito contribuiria substancialmente para certas questões, principalmente aquelas incompatíveis com o conceito incompleto, e portanto reduzido, que se dispunha até então: “[tais conceitos] *mejorarían notablemente algunas cuestiones como luego veremos, partiendo de un concepto de derecho más acabado, si bien, repetimos, no puede negarse que para la mayor parte de sus principios y de sus problemas no se siente la necesidad de configurar el derecho de otro modo que como norma*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 91).

⁶⁴Neste ponto deve-se por à prova a postura de receptividade quanto às contribuições de cada escola do direito. Embora crítico ferrenho do positivismo jurídico tradicional, Santi Romano incorpora à sua concepção a inovação trazida por aquela corrente do pensamento jurídico. A postura positivista enriquecida da teoria do ordenamento jurídico, em ver-se naquele antes mero acervo de normas singulares uma entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas, é o ponto de apoio de que se utiliza Romano para transcender a concepção antes presa àquela disfunção de análises estanques. Quanto à constatação de que a teoria do ordenamento jurídico foi uma criação original do juspositivismo, vide: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. org. por Nello Morra, São Paulo, Editora Ícone, 1995, pp. 197-210; e do mesmo autor: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Editore G. Giappichelli, 1982. (trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1996).

⁶⁵De grande clareza, a respeito, é a seguinte passagem do autor: “*Si (...) se admite, como no hay duda, que un ordenamiento jurídico en el sentido señalado, no es una suma de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad en sí misma, y una unidad, quede bien claro, no artificial ni lograda por un procedimiento de abstracción, sino concreta y efectiva, debe reconocerse entonces que el ordenamiento es algo distinto de los elementos materiales concretos que lo integran, e incluso debe estimarse que no se puede tener un concepto adecuado de las normas que lo forman, sin anteponer previamente el concepto unitario de aquél, del mismo modo que no se puede tener una idea exacta de los distintos miembros del hombre o de las ruedas de una máquina, si no se sabe antes qué sea el hombre o qué sea aquella máquina*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 96).

ordenamento jurídico ao invés de significarem *elementos de sua estrutura*⁶⁶. Carl Schmitt, a quem se atribui a formulação mais completa da teoria das garantias institucionais, adere a tal constatação, do que o próprio Santi Romano faz menção expressa na segunda edição de sua obra, já revisada⁶⁷.

Romano analisa, então, as teorias que diferenciam as normas jurídicas das demais normas do corpo social com base em *caracteres formais* de que se valeriam as primeiras. Tais teorias remetem-se a algo que se encontra fora da norma jurídica, constituindo sua envoltura ou seu *aspecto exterior*. Desta verificação, o autor retira a conclusão de que o direito é definido por algo mais que a *essência* da norma que o integra, ou seja, o *aspecto exterior* que a reveste. O direito passa a ser não mais a norma, mas sim o que a *envolve* e *lhe exprime* a *aparência* de juridicidade⁶⁸. Para tanto, o autor lança mão da análise de *caracteres formais* próprios às concepções de direito dominantes, quais sejam, a *objetividade da norma* e a *sanção jurídica*.

A primeira revela existir um mecanismo, que reflete a *unificação das consciências* a ele integrantes⁶⁹ e é destacada da pura consideração da norma em si. O *processo de objetivação* do direito dá-se em um momento anterior à criação da norma, pois estas resumem-se a uma de suas *manifestações*, que, portanto não pode ser tida como elemento único de determinação do jurídico⁷⁰.

⁶⁶Cf. ROMANO, Santi. op.cit., p. 100.

⁶⁷Cf. ROMANO, Santi. *ibid.*: nota 12 *bis*. Carl Schmitt adota o entendimento de que as normas exercem, não uma função estrutural do ordenamento jurídico, mas o papel de meios de expressão do mesmo. Isto consta de sua obra: *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934, p. 24.

⁶⁸Cf. ROMANO, Santi. op.cit., pp. 101/102.

⁶⁹Eis o trecho esclarecedor desse processo de revelação do direito: “*Normalmente los individuos se reconocen unos a otros como miembros de una sociedad y tienden por tanto a su espontánea colaboración y al respeto de sus reciprocas libertades; pero siendo posibles entre ellos divergencias y contiendas, es necesaria la intervención de una conciencia superior que sea reflejo y represente la unificación de todos aquellos. Esta conciencia, que encarna las razones de la coexistencia y del sistema en el que los individuos se unifican, que hace de mediadora, que reclama la relación de las partes entre sí y de ellas con el todo, que es como la encarnación del yo social, del socius típicos, abstracto y objetivo, viene establecida precisamente por el derecho. De aquí, la llamada posición formal del derecho, que puede definirse como el reino de la objetividad*” — grifos nossos. (ROMANO, Santi. op.cit., p. 103).

⁷⁰“*En esencia, lo dicho supone el principio siguiente: derecho no es o no es sólo la norma que así se establece, sino la entidad misma que tal norma fija. El proceso de objetivación que da lugar al fenómeno jurídico, no se inicia con la emanación de una regla, sino en un momento anterior; las*

A *teoria imperativa do direito*, que percorre as diversas escolas do pensamento jurídico, e que afirma ter, a norma jurídica, a estrutura de um comando, revela, em última análise, além da concepção estatal do direito, de onde tal comando haure força, também a caracterização do jurídico por elemento externo à norma. O comando adquire tal expressão, não por uma qualidade intrínseca à norma, mas pela *autoridade* de que está investida no pólo estatal de uma relação de subordinação normativa. Não que o comando seja obedecido pelo seu valor formal, mas a esse é que são dados, exclusivamente, os elementos de identificação do jurídico⁷¹.

Vê-se, claramente, que o desenvolver da análise de Santi Romano a respeito da relação, tida como predominante no pensamento jurídico, entre a norma e os aspectos a ela externos, aproxima-se muito de concepções modernas do direito tendo-o como fundado, eminentemente, não em elementos intrínsecos de reconhecimento de juridicidade, mas em elementos formais de exteriorização da mesma. Tais concepções revelam uma tendência, que, diga-se de passagem, já fora visualizada por Savigny como decorrente da própria codificação⁷². Muito embora isto possa levar ao estigma da teoria formalista, deve-se temperá-la, de modo a que somente sobreviva aquilo que ela traz de nuclear. O direito é de origem estatal — concepção estatal do direito — e daí haure sua força de império — teoria imperativa do direito. É de uma consideração formal que se pode identificá-lo, porquanto é mediante uma consideração formal que ele vem a se expressar. Quanto

normas no son sino una manifestación, una de sus distintas manifestaciones. un medio con el cual se hace valer el poder de aquel yo social del que hemos hablado” — grifos nossos. (ROMANO, Santi. op.cit., p. 104).

⁷¹A obrigariedade do direito está referido, não à norma em si, mas à autoridade por detrás desta: “*Ha sido señalado desde el punto de vista de la doctrina que funda la obligatoriedad del derecho en su reconocimiento por los asociados, cómo tal reconocimiento se refiere no tanto al reconocimiento de la norma en cuanto tal, sino al de la autoridad de la que emana*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 104: nota 15).

⁷²É bem verdade que a referência de Savigny à tal tendência formalista, o é na concepção própria da teoria formalista, diversa da atual, de absoluto desprestígio de um *valor* ou *conteúdo* jurídico. Serve, a referência dura de Savigny, neste estudo, somente para ressaltar que o impulso codificador trouxe consigo o germe de visualização de um elemento externo à própria norma, que passou a ser decisivo para sua juridicidade: “*Cuando el Código francés se insinuó en Alemania, y a modo de gangrena se propagaba sin cansar su acción corruptora, nunca, o sólo muy raramente y con frases vacías, se aludía a ningún principio informador: todo tendía a un fin externo, completamente extraño a la*

ao desenrolar da teoria formalista, de que ao direito basta a forma, desprezando-se qualquer ingerência de conteúdo, essa é a parte da teoria fruto da exacerbação apenas de um elemento, embora de revelação estrutural do jurídico, em que não se esgota o conceito de direito. Muito pelo contrário, se formal é o meio, é da natureza das coisas que a tal meio corresponda algo de substancial.

Exatamente a esta altura da consideração da objetividade da norma jurídica, Santi Romano introduz o conceito de *instituição* como *unidade elementar social* e direciona sua teoria para o alvo das críticas, que lhe acusaram de superestimar a contribuição do conceito institucional do direito. Fala-se, neste ponto, da identificação absoluta entre a instituição e o ordenamento jurídico⁷³. Funda-se, o autor, para tanto, na constatação de que a objetividade das normas jurídicas nada mais é que um reflexo da objetividade do ente que as emana. Tal objetividade diz respeito à *impessoalidade do poder*, que passa a ser entendido como algo que *transcende o próprio indivíduo*, impondo-se sobre ele⁷⁴. Aqui um argumento ao papel do juiz na produção jurídica; ele é, tal qual a norma, um meio pelo qual se expressa o poder de que é investido para revelar uma *consciência social objetiva*⁷⁵. *O conceito central do direito reside no poder, poder esse atomizado para que revele, na sociedade, uma síntese de vontades almejada perfeita*. A teoria institucional revela de verdadeiro, e de transcendente às suas contradições, a tendência democrática⁷⁶ surgida, que pressupõe a atomização do poder — das normas —, a disseminação da razão, do julgamento, da compreensão,

esencia propia del Código: tendencia en sí misma condenable, sin considerar además que semejante fin era el más pernicioso de todos. (SAVIGNY, Friedrich Karl von. op.cit., p. 38).

⁷³Romano iguala instituição ao direito objetivo: *“No hay ninguna razón para estimar que este último [yo social] sea un término a quo del derecho: es el derecho mismo, y la norma no es sino su voz o, mejor aún, una de sus voces, uno de los modos con los que aquel poder actúa y alcanza su fin”* (ROMANO, Santi. op.cit., pp. 104/105). Com respeito à crítica de Ferrara, vide: nota 57, p. 26 deste trabalho.

⁷⁴Cf.ROMANO, Santi. *ibid.*

⁷⁵Faz-se aqui remissão ao capítulo intitulado “A dinâmica institucional de conformação do conteúdo jurídico”(p.50), em que se visualizam os fundamentos de uma postura do juiz em não se prender somente à norma, mas antes ao processo de concretização institucional.

⁷⁶É esta tendência democrática o ponto de ligação necessária, ainda que tênue, entre o móvel da concepção institucional do direito e um dos desideratos das teorias simpatizantes do direito natural, pois aqui, ele se afigura como *“un intento de condensar y dar sentido a la experiencia política ordinaria”* (CARTER, Lief H.. op.cit., p. 203).

enfim, a participação de todos na evolução jurídica: o compartilhamento das fontes produtoras desta transformação. Não se permite a concentração das rédeas do poder, mas antes visa-se ao alastramento do controle estatal pelo entendimento de sua própria organização.

Quanto à consideração da sanção jurídica, Santi Romano a analisa para formular a idéia de que o ordenamento jurídico não se pode restringir a um conjunto de normas, pois o elemento essencial da sanção estaria, dessa forma, fora do universo jurídico⁷⁷.

A concepção institucional apresenta-se como uma formulação do conceito mesmo de direito a contrastar com a concepção, então predominante, mediante a qual se entendia o direito somente em seu aspecto normativo e relacional. Definia-se o direito por um seu aspecto externo e não pela sua natureza intrínseca qualificadora. Há, aqui, dois níveis de análise: a fenomenologia do direito e a fenomenologia social que lhe dá origem e o expressa. Definir o direito pelo primeiro significa definir a essência por um seu reflexo social; defini-lo pelo segundo significa dar-lhe uma natureza existencial. Defini-lo por um seu reflexo significa, nos termos de Santi Romano, estabelecer o postulado, para ele errôneo, de que o direito nada contém senão normas jurídicas⁷⁸.

O que deriva da concepção de Santi Romano é a idéia de que o direito *serve-se* das normas jurídicas, e portanto não se resume a elas⁷⁹. O direito

⁷⁷Cf. ROMANO, Santi. op.cit., pp. 107-110. A propósito, tem-se a seguir uma passagem, contida na página 108, esclarecedora do entendimento do autor : “(...) *la sanción puede no estar contenida y no recogerse en ninguna norma específica, sino que puede encontrarse ínsita y latente en el engranaje mismo, en el complejo orgánico del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, puede ser fuerza actuante, incluso de modo directo, como garantía práctica que no da lugar a ningún derecho subjetivo y, por tanto, a ninguna norma de la que tal derecho derive, como freno connatural y necesario del poder social. Esto equivale a decir que cuando se afirma que la sanción es elemento del derecho, se afirma, aun sin querer, que el derecho no consta sólo de normas jurídicas y que éstas están unidas e, incluso, suspendidas de otros elementos de los que precisamente deriva toda su fuerza. Así entendida la sanción, esto es, estos otros elementos, lejos de ser algo complementario y accesorio a las normas, constituyen un algo que las precede, la base sobre la que se fundan, su propia raíz, ya al definir el derecho es necesario considerar estos elementos, antes incluso que las normas mismas*” — grifos nossos.

⁷⁸Cf. ROMANO, Santi. op.cit., p. 106.

⁷⁹Recasens Siches afirma que, segundo “Leclerq, desde el siglo XVIII al XX, se ha padecido el enfoque unilateral e casi maniaco que él [Leclerq] denomina *juridismo*, es decir, la ilusión de la omnipotencia de la ley” (RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid,

não se resume a reger relações sociais, mas consiste, acima de tudo, em uma *organização*, uma *estrutura*, uma *posição da sociedade*⁸⁰. Consiste, em outras palavras, no mecanismo institucional estatal⁸¹. Aliás, uma idéia semelhante desse aspecto do jurídico tem Carnelutti⁸², embora não a tenha desenvolvido. Cumpre, ainda, a título de esclarecimento sobre o método utilizado por Santi Romano, que a identidade feita pelo autor entre instituição e direito o é sob um prisma de análise histórico-empírico⁸³.

Característica do método de Santi Romano é a preocupação, presente em toda sua obra, na determinação *objetiva da realidade jurídica*⁸⁴. Tal

Seccion de Publicaciones e Intercambio de la Universidade de Madrid, 1970, pp. 46/47). A contribuição, que Santi Romano dá ao direito, é de caráter muito mais influente sobre a realidade, pois amplia seu espectro de consideração.

⁸⁰Para Santi Romano, o direito “*no consta simplemente de normas y no se protege únicamente con ellas, como es creencia universal, sino también con su misma existencia, esto es, como institución que por el simple hecho de serlo tiene ya una relevancia jurídica en relación con quienes forman parte de ella.*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 276). É dessa presença influente no real que fala Hesse na sua polémica com Lassale.

⁸¹“*El orden social establecido por el derecho no es el que viene determinado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales, cualquiera que sea la forma en que éstas se originen; aquél no excluye estas normas, sino que incluso se sirve de ellas y las abarca dentro de su órbita, que al mismo tiempo sobrepasa y supera. Esto significa que el derecho antes que ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia.*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 113).

⁸²Para Carnelutti, o Estado, tido por Santi Romano como a instituição ou organização jurídica estatal, é a *expressão subjetiva do direito*, ou mesmo, *a organização em que o direito se traduz*. Conquanto tenha dado a sua teoria um toque sociológico, por força do qual foi vítima das maiores críticas contra a mesma, Carnelutti concorda com um passo do raciocínio de Santi Romano, em que se considera o direito objetivamente, ou melhor, para estes dois autores, em seu aspecto organizativo (respectivamente, consideração como mera organização social ou como instituição) dando a este o qualificativo de ser um *prius logicus* para a consideração da relação jurídica particular, e, por conseguinte, do direito subjetivo. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Union Tipografica Editorial Hispano Americana - UTEHA Argentina, 1944, pp. 11 a 21. Particularmente, concordando com a visão do direito internacional de Santi Romano: cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito* trad. Rodriguez Queiró e Artur Anselmo de Castro, São Paulo, Editora Saraiva, 1942, pp. 121 a 129, §§55 a 57: especialmente p. 124.

⁸³Neste sentido, o próprio Santi Romano, em resposta a seus opositores, cita Volpicelli, Capograssi e Crisafulli, dizendo que eles “*afirman la prioridad cronológica del derecho sobre la institución sólo desde un punto de vista filosófico, si bien admiten explícitamente que la correlatividad o mismidad del derecho y de la institución debe aceptarse colocándose en el terreno histórico-empírico, que es precisamente donde es necesario situarse en una investigación de teoría general del derecho como es ésta*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 136).

⁸⁴Algumas palavras esclarecedoras de Retortillo: “*(...) el principio que caracteriza su método es, precisamente, el de no adoptar teorías, modos provisionales siempre de ver y de conectar en su*

realismo de Santi Romano não pode ser confundido com o propugnado pela teoria realista, pois essa reflete uma posição marcadamente subjetivista e reducionista do conceito de direito, o que em nada se assemelha ao pensamento de Romano⁸⁵. Essa conexão intensa com a realidade revela nele a excelência da influência que o *positivismo científico e cultural*⁸⁶ teve no seu pensamento. O método de sua análise aproxima-se, portanto, do positivista, o que não revela, por si só, qualquer incoerência, pois como bem ressalta Bobbio, tal método não implica necessariamente a teoria positivista, ou mesmo a ideologia positivista, conquanto a recíproca não seja verdadeira⁸⁷. Essa forma de pesquisar o direito deu à teoria de Santi Romano qualidade libertária das fórmulas usuais presas, ou ao direito

conjunto los datos positivos de la vida del derecho entendido en su plenitud. En tal sentido, resulta interesante constatar las muchas veces que Santi Romano, como suprema y mais sólida argumentación en la que apoyar, por ejemplo, un determinado juicio, no hace sino indicar que de no admitirlo nos encontraríamos, en pura lógica, con que sería negada una valoración, una circunstancia constantemente reconocida y además, como tal, mantenida en la realidad. Es ésta, en definitiva, la que siempre debe marcar la línea de la argumentación del jurista. En su misma elementalidad, creo que no cabe argumento más convincente y efectivo. Conexión, pues, con la realidad en contra de la cual — en última instancia — en modo alguno puede explicarse el fenómeno jurídico; una realidad multiforme, con frecuencia irreducible a unos esquemas generales.” (MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. op.cit., p. 25/26).

⁸⁵Edgar Bodenheimer explica as características fundamentais da teoria realista, que faz revelar, em sua essência, somente diferenças da teoria de Santi Romano, pois a semelhança encontrada na posição dos realistas de negação da norma como apta a revelar o verdadeiro sentido do direito, já indica uma divergência, pois para Romano a norma ocupa posição privilegiada na concepção do jurídico, e mais, a afirmação dos realistas de que o direito seria melhor expresso pela administração pessoal da justiça e, portanto, de abordagem subjetivista, vai de brutal encontro contra todo fundamento de sua teoria de objetivação e de identificação institucional. “*En primer lugar, los realistas jurídicos concentran su atención en aquellos aspectos del Derecho que giran alrededor de los procesos ante los tribunales y el procedimiento ante los tribunales administrativos. Se ocupan poco o nada del Derecho existente fuera de los tribunales.(...) En segundo lugar, los pensadores realistas que estamos estudiando consideran al Derecho como un cuerpo de decisiones más que como un cuerpo de normas (...)* *Subrayan enfáticamente la importancia del elemento humano en el proceso judicial, los prejuicios, instintos heredados, opiniones, debilidades, cualidades de carácter y bagaje cultural de los jueces (...)* *Las decisiones judiciales — dice — están influenciadas por la dieta del juez, sus preferencias y aborrecimientos personales, sus prejuicios y sus estados de ánimo”* — grifos nossos. (BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 340/341).

⁸⁶Aqui, deve-se entender o termo como o ressalta Retortillo: “*Esta conexión con la realidad, propia como es sabido del positivismo — quede bien claro que me refiero al positivismo en su significado amplio, al positivismo científico y cultural, que hay que mantener perfectamente diferenciado del positivismo jurídico —, en el que evidentemente hay que encuadrar a Santi Romano, va a llevarle a articular técnicamente la realidad jurídica en base al concepto de institución”* (MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. op.cit., p. 27).

⁸⁷Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, trad. de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Editora Ícone, 1995, p. 234).

entendido como mero conjunto de normas, ou a sua concepção como um ente ideal⁸⁸. O *positivismo científico ou cultural* significa a conexão com a realidade como pressuposto essencial de uma forma de se abordar o direito. O que faz do direito algo conectado à sociedade é o *sentimiento uniforme de instituciones e de necesidades*. Em razão do método adotado por Santi Romano, sua teoria institucional é a tida por respeitante do âmbito próprio da ciência jurídica⁸⁹. A proposta de Santi Romano, em determinar o direito em seu aspecto concreto e objetivo, e não abstrato e subjetivo⁹⁰, é uma contribuição que deve ser assimilada⁹¹, desprezando-se o que não sobreviveu à crítica exaustiva e competentíssima, até hoje formulada à teoria institucional, mas que não logrou desmerecê-la, na sua íntegra.

⁸⁸Seu método resulta inatacável, nas palavras de Martin-Retortillo: “(...) *puede percibirse en toda la obra de Romano, hay como una idea rectora, como un criterio fundamental y determinante; casi se diría que una misma intención preside todos sus trabajos: determinación de la realidad jurídica, y determinación cierta, objetiva y concreta; se supera así además no sólo cualquier intento de fijación de esa realidad exclusivamente en base a un orden normativo, sino también en base a un pretendido sistema de validez trascendente, ahistórica y supratemporal. El enjuiciamiento crítico que Santi Romano lleva a cabo, tanto del iusnaturalismo como del positivismo, responde precisamente a esta intención. Determinación de la realidad jurídica encuadrada siempre en un marco concreto y objetivo, resultado de la ponderación de unas situaciones existentes, situaciones para cuya justa comprensión es con frecuencia necesaria su misma explicación histórica*” (MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. op.cit., pp. 23-25).

⁸⁹Defendendo-se, antecipadamente, das críticas que certamente surgiriam acusando sua teoria de ser metajurídica, Santi Romano expressa, já em sua obra de exposição da teoria institucional, o rigor científico que presidira sua pesquisa: “*Hemos intentado tal reivindicación [reivindicação comum dos críticos à teoria institucional de uma mais precisa delimitação do conceito de instituição] manteniéndonos rigurosamente en el terreno de una concepción positiva del derecho, y evitando así cualquier planteamiento iusnaturalista. El concepto de institución, en el que hemos encontrado el de ordenamiento, e, incluso, con el que lo hemos identificado, constituye el concepto más positivo que una doctrina jurídica pueda asumir como fundamento: la institución no es una exigencia de la razón, un principio abstracto, un quid ideal, sino por el contrario, un ente real e efectivo (...) Y mientras la teoría que generalmente se sostiene se ve forzada a delimitar el campo del derecho de modo abstracto, sin que logre por tanto una absoluta certeza, nosotros hemos intentado encerrar el derecho en sí mismo, esto es, en una entidad objetiva que es su principio, su campo de acción y su fin*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 190/191).

⁹⁰Sobre a impossibilidade de se confundir o pensamento de Santi Romano com a teoria realista: vide nota 85, p. 36.

⁹¹Neste ponto pode-se vislumbrar a postura, já realçada por Miguel Reale, de receptividade das contribuições que se verificaram autorizadas pela sua sobrevivência histórica, devendo-se, pois, considerar, “pelo menos como hipótese de trabalho, que o seu conceito, como tantos outros da história do Direito, é desses que, uma vez trazidos à luz da consciência teórica, emancipam-se dos motivos transeuntes que o revelaram, para passar a desempenhar uma função positiva e necessária nos domínios da ciência”. (REALE, Miguel. op.cit. p. 4). Assim o é a teoria institucional, dentro desse universo de reações e contra-reações da evolução histórica das idéias jurídicas.

A justificação de validade do direito, contudo, não é desenvolvida em Santi Romano, fruto de seu esforço metodológico de análise objetivo-positivista, que o acabou conduzindo à aparente desnecessidade em se estabelecer uma âncora de validade e obediência do ordenamento jurídico. Tal obediência fluía naturalmente da exposição de Romano, fundada que era no sentido comum, na realidade e no método do positivismo científico. A justificação da obrigatoriedade do direito assim visto não é levada em conta, o que não desmerece em nada a exposição de Romano, mesmo porque, direcionada pelo intento do autor em “encerrar o direito em si mesmo”⁹².

Finalmente, o direito objetivo, para a concepção de Romano, confunde-se com a própria noção de instituição⁹³, e, como o autor identifica por instituição, não só o Estado, como também todos os demais *corpos sociais* ou *organizações sociais*, daí resulta que o direito é formado pelo complexo desses entes. A determinação do jurídico, para Santi Romano provém do conceito de instituição e aqui está o ponto de contato da sua teoria com a de Maurice Hauriou⁹⁴. Ressalta-se, novamente, contudo, que a concepção de Santi Romano do direito objetivo não significa, por si só, a exclusão da concepção tradicional do pensamento jurídico, mas, ao contrário, a sua assimilação dentro do conceito maior tido por Romano como sendo o institucional⁹⁵.

⁹²ROMANO, Santi. op.cit., p. 191.

⁹³Neste sentido, o trecho seguinte de Santi Romano: “*Estado y ordenamiento juridico estatal (...) no son, como decimos, dos fenómenos distintos y ni siquiera dos manifestaciones diferentes de un mismo fenómeno, sino una misma cosa*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 175).

⁹⁴A idéia do conceito de instituição como o *determinante* do jurídico pode ser vista em toda obra de Hauriou. Cf. HAURIUO, Maurice. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*. trad. Widar Cesarini Sforza, Milano, Giuffrè Editore, 1967. Tal tradução contém duas obras do autor — *Aux sources du droit: le Pouvoir, l'Ordre, et la Liberté / Leçons sur le mouvement social* — que reúnem os seguintes ensaios do mesmo autor: *La théorie de l'institution et de la fondation; L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales; L'ordre social, la justice et le droit; Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes; Police juridique et fond du droit; Du fondement de la personnalité morale*. Ainda, uma exposição sintética e clara da filosofia de Hauriou encontra-se em uma obra de Miguel Reale: cf. REALE, Miguel. **Fundamentos do direito. Contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva**. São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940, pp. 213 a 235.

⁹⁵A concepção tradicional, pois, insere-se dentro da concepção maior institucional como um elemento da mesma: “*No será superfluo repetir que el concepto de derecho objetivo formulado en modo alguno intenta eliminar — ;ni con mucho! — aquel otro que lo configura como norma o como un conjunto de normas (...). Sólo se ha querido demostrar la necesidad de que esta última concepción*

O pluralismo na teoria de Santi Romano e seus reflexos no pensamento jurídico

Decorre do conceito de instituição de Santi Romano a pluralidade de ordenamentos jurídicos de um sistema qualquer⁹⁶. Ele nega veementemente a veracidade da teoria de restrição do jurídico à vontade estatal, e o faz, acusando seus seguidores de terem-na aprioristicamente como verdadeira⁹⁷. Em sua visão, o conceito de direito seria perfeitamente alcançado sem a necessidade de se recorrer ao de Estado, mas esse, ao contrário, não poderia ser definido sem recorrer-se ao conceito de direito, pois o Estado, nada mais seria que um dos vários ordenamentos jurídicos revelados pela realidade. Ele não passaria de uma *espécie* do *gênero direito*, espécie que teria como seus iguais, somente com uma diferença de amplitude, a organização de direito internacional⁹⁸, a igreja⁹⁹, uma sociedade qualquer, inclusive as sociedades de fato¹⁰⁰, os Estados-membros de uma

se incluya dentro de la otra, como menos extensa y secundaria, pues no puede definirse y valorarse exactamente el derecho si se le aísla del todo del que forma parte y con el que está en conexión orgánica. Para nosotros todas las normas de un determinado derecho positivo no son sino elementos de un ordenamiento más amplio y complejo en el que se apoyan, y que constituye su base necesaria e imprescindible” (ROMANO, Santi. op.cit., pp 191/192).

⁹⁶Santi Romano dedica a segunda parte de sua obra *L'ordinamento giuridico* a tratar do *pluralismo de ordenamentos jurídicos e suas relações*. “*Del concepto de ordenamiento juridico dado en el capitulo anterior se puede deducir el corolario de que existen tantos ordenamientos juridicos como instituciones”* (ROMANO, Santi. op.cit., p. 205).

⁹⁷“*¿Cual podría ser entonces el nexo necesario entre derecho y Estado, en función del cual el primero no pudiera concebirse de otro modo que como un producto del segundo? No sólo no puede demostrarse que tal nexo exista, sino que precisamente puede demostrarse que no existe”* (ROMANO, Santi. op.cit., p. 211). Para tanto, Santi Romano faz referência a obra de Stammler: *Theorie der Rechtswissenschaft*.

⁹⁸Cf.ROMANO, Santi. op.cit., pp. 212 a 216, §§27 e 28.

⁹⁹Cf.ROMANO. Santi. op.cit., pp. 216 a 223, §29 e p. 297.

¹⁰⁰Cf.ROMANO, Santi. op.cit., pp. 231 a 233. “*La dificultad de tal problema [do reconhecimento das sociedades de fato] radica en el hecho de que según las leyes civiles [da Itália até o Código Civil de 1942], tales entes no pueden ser considerados efectivamente como sujetos de derecho, y en cambio, según su ordenamiento interno y por la estructura social que poseen en virtud de este último, se comportan auténticamente como tales. La solución ideal de tal antítesis habría que encontrarla en la distinción entre lo que es relevante para el derecho del Estado, y que asume el perfil que éste le atribuye, y lo que, en cambio, siendo irrelevante para tal derecho, tiene eficacia limitada al ámbito interno de los propios entes, en el que ellos tienen verdadera personalidad”*.

federação¹⁰¹, dentre outros. Apesar de esmiuçar uma teoria geral das relações institucionais, Santi Romano não se debruça, propositalmente¹⁰², sobre a questão da dependência de conteúdo entre o ordenamento jurídico estatal e os demais ordenamentos, também jurídicos, por ele identificados com as instituições da sociedade como um todo. Exatamente nesse tópico é que sua teoria encontra uma crítica de relevo: como e por quais meios as instituições, de per si, determinariam os rumos do ordenamento jurídico estatal, que aqui interessa? Eis um ponto central de análise. A teoria de Romano existe na acepção de que o direito deve ser encarado como o conjunto de todas as instituições, todavia a instituição estatal somente recebe influxos jurídicos decisivos, segundo o próprio autor, se sua *existência, conteúdo ou eficácia estiver determinada relativamente a outro ordenamento*¹⁰³. A questão posta por autores da época, de que os *ordenamentos jurídicos originários*, entre eles o estatal, são *exclusivos* por força da necessária consideração unicamente de suas normas sendo-lhes irrelevante todas as demais, é rebatida por Santi Romano¹⁰⁴, todavia ele não deixa claro o desenrolar desta

¹⁰¹Cf. ROMANO, Santi. op.cit., pp. 244/245, nota 94.

¹⁰²O autor justifica esta tomada de posição no seguinte parágrafo: “*Un desarrollo más extenso de estos principios, sólo se podrá obtener tras haber elaborado una teoría de las fuentes de los ordenamientos jurídicos. No podemos detenernos aquí en ello.*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 260).

¹⁰³Transcreve-se o trecho pertinente: “*(...) para que haya relevancia jurídica es necesario que, o la existencia, o el contenido, o la eficacia de un ordenamiento determinado, esté condicionado respecto de otro ordenamiento, y ello precisamente en base a un título jurídico*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 249).

¹⁰⁴Santi Romano faz dita crítica nos seguintes termos: “*Un sector de la doctrina niega, refiriéndose concretamente a los ordenamientos originarios, que un ordenamiento como tal, esto es, en cuanto tal ordenamiento jurídico, pueda ser relevante para otro. Parten estos autores de la consideración de que los ordenamientos originarios son exclusivos por su propia naturaleza, así como únicos, si se los considera en su misma interioridad.* [cita então, dentre eles: Kelsen, Ago, Balladore Pallieri, Checchini, Morelli e Piccardi] *Es cierto que en un determinado ordenamiento originario no pueden tener valor las normas de otro ordenamiento si no es en base a normas del primero; en cambio, estimamos inexacto entender que, inversamente, un ordenamiento sólo debe considerar jurídicas sus normas y estimar irrelevantes todas las demás en cuanto tales: esto no sólo es arbitrario, sino que además está en abierto contraste con la realidad. El principio de que todo ordenamiento originario es exclusivo, debe entenderse en el sentido de que aquél puede, efectivamente, pero no que debe necesariamente negar valor jurídico a cualquier otro. ¿De dónde podría derivar tal necesidad, tal limitación en definitiva, que sería incompatible con el propio carácter de los ordenamientos originarios que son soberanos, como tales, y no reconocen, por tanto, más limitaciones que las establecidas o reconocidas por ellos mismos? (...) Dicho con otras palabras: un ordenamiento puede ignorar o, incluso, negar a otro ordenamiento; puede tomarlo en consideración atribuyéndole carácter diverso del que él se atribuye a sí mismo y puede, por tanto, considerarlo como un mero hecho. Pero no se ve por qué no pueda reconocerlo como ordenamiento jurídico para determinados efectos o en la medida o con las calificaciones que estime oportuno atribuirle.*” (ROMANO, Santi.

constatação quanto à precisão da real influência das *instituições infra-estatais*, ou mesmo *não-estatais*, na determinação do conteúdo¹⁰⁵ ou da eficácia do ordenamento jurídico estatal. Concentra seus esforços na comprovação das relações entre as instituições por ele identificadas, principalmente, entre o direito estatal e o direito internacional público, além das relações entre o ordenamento jurídico federal e os ordenamentos jurídicos estaduais. Deixa, contudo, pistas seguras de que o conteúdo do ordenamento jurídico estatal somente seja influenciado na medida em que dele emane uma *determinação unilateral*, que sirva de *título* para que sobre ele *influa o conteúdo* de outra instituição¹⁰⁶. A porosidade do ordenamento jurídico estatal seria, pois, limitada pela sua determinação interna.

A forma de exposição e o rigor lógico das afirmações de Santi Romano obviamente não puderam ser refletidas em sua excelência neste mínimo espaço, que pretendeu, somente, pinçar certas informações úteis ao delineamento da teoria institucional daquele autor.

Santi Romano expôs sua teoria institucional sem qualquer pretensão de fundamentação daquela em aspectos do direito natural. Não se confundem, portanto, seus pontos de vista, com os de Hauriou e Renard, expressões de um jusnaturalismo classificado na doutrina como claramente *neo-tomista*, ou também chamado, *neo-escolástico*¹⁰⁷. O que caracteriza a teoria de Santi Romano, e

op.cit., pp. 249/250: nota 95 bis). O autor mantém tal posicionamento nos seus *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, em que ele entende ser relevante a um ordenamento originário aquilo que suas normas referirem de outro ordenamento: “*La premessa esatta è che un ordinamento no può essere rilevante per un altro originario se non in base ad un norma di questo*” (ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1947, p. 19).

¹⁰⁵Quanto à influência de um ordenamento jurídico no conteúdo de outro, o autor faz expressa menção à influência de instituições superiores sobre as inferiores, que não tenham independência própria e originária. Cf.ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. (trad. Sebastián Martín-Retortillo & Lorenzo Martín-Retortillo. *El ordenamiento juridico*. Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1963, pp. 268 a 286, §§38-40).

¹⁰⁶Cf.ROMANO, Santi. op.cit., pp. 252d e 272 a 286, §40.

¹⁰⁷Cf.BODENHEIMER, Edgar. op.cit. pp. 142-148 e 208-218. Bodenheimer sintetiza a filosofia tomista como “*uma engenhosa síntese do dogma teocrático e escriturário cristão com a filosofia aristotélica*” (p.145). O neo-tomismo, por sua vez, ele o localiza predominante na teoria jurídica francesa da primeira metade deste século (XX) em Gény, Saileilles, Charmont, Hauriou, Renard e Le Fur. Tais juristas franceses tinham em comum a crença em um direito natural de cunho teocrático, e não, racionalista, mais precisamente, com base na filosofia escolástica de Santo Tomás de Aquino. A explicação para o retorno a um jusnaturalismo teocrático, Bodenheimer a vê na reação ao individualismo racionalista do direito natural clássico e suas consequências políticas e sociais, visando a um retorno a idéia do direito natural medieval, de cunho mais coletivista (p.148). Recasens Siches,

a aproxima da teoria institucional francesa, está em se opor a uma concepção puramente estatal do direito, oriunda de Hegel¹⁰⁸(1770-1831), de supervalorização do Estado em detrimento do indivíduo¹⁰⁹, um *pluralismo jurídico de fontes do direito*¹¹⁰. Aliás, este é um aspecto que escapa à polêmica jusnaturalismo-juspositivismo, pois exatamente aqui se encontra um ponto de convergência das duas concepções jurídico-filosóficas. Tanto para o juspositivismo, como para o jusnaturalismo, o direito remete-se a uma fonte única, expressa, obviamente, de formas distintas, de acordo com a orientação de cada corrente quanto à natureza desta fonte — razão, divindade, direito positivo. Assim, para Aristóteles¹¹¹, o direito positivado era múltiplo, enquanto o natural, uno. Para o positivismo pós-revolucionário¹¹², o direito positivo é a única fonte de qualificação jurídica e o natural é visto como manifestações disseminadas na sociedade. Poder-se-ia dizer que a discussão da pluralidade de fontes é alheia à discussão essencial das correntes do jusnaturalismo e do positivismo jurídico¹¹³. Pelo contrário, a questão da pluralidade de fontes é própria de uma análise da composição societária de cada

por sua vez, delimita diversas etapas de elaboração da teoria neo-tomista e identifica os autores desta época citada por Bodenheimer, e que interessa ao presente estudo, como os que traduzem uma maior *maturidade da teoria da filosofia jurídica neo-tomista*. Para uma visão clara e precisa das etapas do movimento neo-tomista, conferir: RECASENS SICHES, Luis. *Jusnaturalismos actuales comparados*. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid, Seccion de Publicaciones e Intercambio de la Universidade de Madrid, 1970, pp. 55 e ss.

¹⁰⁸Cf. HEGEL, Georg Wilhelm F. *Princípios da filosofia do direito*. trad. de Orlando Vitorino, Lisboa, Guimarães Editores, 1959, pp. 246 e ss; ou, em edição brasileira recentíssima: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. trad. de Norberto de Paula Lima, São Paulo, Ícone Editora, 1997, pp. 204 e ss.

¹⁰⁹Sobre a posição adotada a respeito neste estudo: vide nota 141, p. 49.

¹¹⁰Cf. ROMANO, Santi. op.cit., pp. 205 a 333.

¹¹¹Vide nota 9, p. 8 e texto pertinente.

¹¹²Vide capítulo intitulado: O advento do positivismo jurídico e sua influência na dicotomia direito natural - direito positivo, p. 10.

¹¹³Incidentalmente, Santi Romano faz menção à aparente contradição entre a concepção naturalista do direito e a monopolização estatal da fonte de qualificação jurídica. Enquanto tal monopolização tem por explicação histórica a codificação, a explicação doutrinária da mesma é atribuída ao jusnaturalismo. Explica, o autor, que a concepção do Estado, como única fonte do direito, guarda estreita relação doutrinária “*con la concepción naturalista del derecho, con la que, aparentemente, se diría en completa contradicción y de la que es, sin embargo, un residuo de los más significativos. Es propio de tal concepción configurar el derecho como la actuación concreta, que deberá ser única y uniforme, de un principio trascendental y absoluto de justicia abstracta y eterna, negando, por tanto, el carácter de derecho a todos los ordenamientos sociales que no puedan considerarse en conexión con tal principio (...)*” (ROMANO, Santi. op.cit., p. 209).

época e do surgimento do Estado moderno. Na Idade Média tem-se uma sociedade pluralista, em que os agrupamentos sociais dispunham, cada qual, de um ordenamento jurídico próprio¹¹⁴. Com o advento do Estado moderno, e o conseqüente *processo de monopolização da produção jurídica* por sua parte, a sociedade passa a uma estrutura de característica monística¹¹⁵. Logo, a questão do pluralismo de fontes está ligada, na sua essência, não às concepções jusnaturalista e juspositivista, mas ao momento histórico de estrutura societária que permitia tal pluralidade de ordenamentos jurídicos. É uma questão alheia à discussão entre jusnaturalismo e juspositivismo, mas não alheia à consideração histórica de afirmação do direito positivo. O pluralismo, enfim, diz respeito à concepção dualista de fontes de qualificação jurídica frente à monística¹¹⁶.

A teoria institucional vem tentar promover aquilo que essa concepção dualista das fontes de qualificação jurídica¹¹⁷ já promovia até o advento do positivismo jurídico, em fins do século XVIII. O pluralismo de fontes, negado pelo positivismo jurídico, vem tentar trazer uma *maleabilidade* ao sistema que se havia estagnado por força de um movimento de repulsa ao que seus propugnadores

¹¹⁴Otto Friedrich von Gierke, em sua obra clássica sobre a política da Idade Média, ressalta as contribuições de diversas fontes para a conformação do sistema de relações da sociedade medieval. Cf. GIERKE, Otto Friedrich von. *Teorias Políticas de la Edad Media*. trad. Julio Irazusta, Buenos Aires, Editorial Huemul, 1963, pp. 87 e ss.

¹¹⁵A respeito, Norberto Bobbio esclarece a estrutura pluralista em oposição àquela estrutura que se consolidaria com o advento do Estado moderno: “A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, (...) o Direito se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, trad. de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Editora Ícone, 1995, p. 27).

¹¹⁶“O Estado primitivo em geral não se preocupa em produzir normas jurídicas mas deixa a sua formação a cargo do desenvolvimento da sociedade, e eventualmente aquele que deve dirimir as controvérsias, o juiz, tem a incumbência de fixar, de quando em quando, a regra a ser aplicada. Falamos do juiz porque seguindo as modificações de sua posição e de sua função social é que colhemos a passagem do direito não-estatal ao estatal e a passagem, ligada a esta, da concepção dualista do direito (direito natural, direito positivo) à monista (apenas o direito positivo).” (BOBBIO, Norberto. *ibid.*).

¹¹⁷Vide esclarecimentos a respeito da questão fundamental que permeia a discussão da pluralidade de fontes do direito: notas 115 e 116 e textos referentes a elas.

chamavam de um direito não codificado, duvidoso e incerto¹¹⁸. É uma teoria que questiona, neste tópico, o engessar do direito pela referência a uma fonte única de sua formação. Tal teoria entra em choque com o positivismo¹¹⁹, com o jusnaturalismo racionalista¹²⁰, com o jusnaturalismo teocrático¹²¹, com o historicismo alemão, esse de fundo jusnaturalista, que substituíra critérios positivos, racionais e divinos de vinculação por um critério real, de respeito cego à tradição. Enfim, o pluralismo de Santi Romano vem *reinsserir*, de forma mais elaborada, na discussão do direito, a questão fundamental, que permeou toda sua história, de necessidade de congruência entre os elementos de segurança e de maleabilidade do sistema jurídico, e, mais do que isso, vem a traduzir a insatisfação da época em se viver sob os olhos de uma teoria que engessava o direito na letra fria do texto legal e que não satisfazia os influxos de modernidade com sua lenta evolução.

Sob outro aspecto, a idéia da teoria institucional foi a reação a uma centralização que não mais condizia com a constatação de que, mesmo dentro do Estado monopolizador, o seu grau elevado de complexidade sugeria a volta, de maneira mais organizada, à idéia de uma estrutura pluralista, estrutura pluralista essa, que, aliás, não foi extinta pela evolução do direito inglês. Bobbio explica, que na Inglaterra permanece o dualismo, agora, não entre direito positivo e direito natural, porém entre *duas formas de direito positivo* expressas pela *common law* e a *statute law*¹²². Por isso já se ter dito que a questão do direito natural entra aqui como

¹¹⁸Remeta-se à questão da cristalização do direito, que teve na resistência de Savigny à codificação na Alemanha, sua melhor expressão. Vide nota 33, p. 17.

¹¹⁹No sentido de que o “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 26), mas mais ainda, nos sentidos dados a este pelos extremismos do positivismo, como a escola da exegese — ponto culminante de redução possível de um direito codificado a um corpo de normas imutáveis.

¹²⁰O jusnaturalismo aqui visto sob o seu aspecto de remissão a um postulado moral auto-evidente e único, muito embora sempre se possa fazer referência a Stammler e a Gény, ao direito natural de conteúdo variável.

¹²¹E aqui entram também as doutrinas neo-tomistas (vide: nota 107, p. 41), incorporadoras da pré-determinação divina de uma única verdade, e portanto, uma única fonte real, muito embora temperada com as categorias de direito de Tomás de Aquino, que revelam, mesmo que em hierarquia menor, outras fontes, conquanto temporárias (*lex temporalis*).

¹²²Transcreve-se um trecho esclarecedor: “Para esclarecer as origens do positivismo jurídico é interessante ver também (ainda que por breves indicações) o desenvolvimento do direito na Inglaterra. Este país sofreu pouca influência do direito comum romano; porém mesmo nele encontramos (como no mundo romano e como na Europa continental medieval) o contraste entre um *jus commune* e um

termo incidental dentro da questão maior da pluralidade de ordenamentos. O direito natural foi um aspecto forte da discussão, mas não o seu arcabouço completo.

Mas a estrutura pluralista de Santi Romano atomizava por demais a fonte de direito e brigava com as conclusões de seu próprio método, que poderiam ser a de que o direito somente é direito enquanto expresso pelo Estado. Apesar disto, o autor trata de delimitar o direito estatal e indica algumas relações com ordenamentos jurídicos que ele identifica na sociedade nacional e internacional, deixando como observação de relevância a de que os poderes legislativo, executivo e judiciário integrariam a instituição complexa do Estado e, portanto, seriam os elementos de síntese do ordenamento jurídico estatal¹²³.

As razões do *processo de monopolização do direito pelo Estado* parecem não persistir com a força que antes justificou os séculos de clamor por um direito preciso, claro e não duvidoso. O risco de anarquização, antes sufocado por um entendimento extremado de exacerbação do direito positivo como solução de todos os problemas da segurança jurídica, não parece demandar, hoje, os mesmos freios extremos. O Estado contemporâneo aponta para um pluralismo, mas não o pluralismo externo puro, que daria razão às críticas duras de Bodenheimer¹²⁴ à

jus particulare (o que faz compreender como tal distinção não se coloca em realidade como distinção entre direito natural e direito positivo, mas como distinção entre duas formas de direito positivo): o contraste se coloca na Inglaterra entre a *common law* (direito comum ou consuetudinário) e a *statute law* (direito estatutário ou legislativo)." (BOBBIO, Norberto. op.cit., pp. 32/33).

¹²³Assim, Santi Romano fornece sua concepção de direito estatal pela síntese de seus aspectos institucionais, dentre eles, os três poderes: "(...) *el legislativo, el ejecutivo, el judicial* (...) *una vez integrados conjuntamente, constituyen aquella institución mayor que es la total organización estatal*" (ROMANO, Santi. op.cit., p. 330).

¹²⁴"(...) *deben tomarse enérgicas precauciones contra la confusión que algunas de estas doctrinas [do institucionalismo coletivista francês] pueden extender entre quienes traten de comprender la naturaleza esencial del Derecho. Hay que tener en cuenta que un orden colectivista que niega todos los derechos individuales, puede únicamente basarse en el poder, no en el Derecho. Es forzoso elegir claramente — y esta elección es fundamental — entre el colectivismo puro y el Derecho puro. La mayor parte de los defensores de un Derecho natural socializado tienden a oscurecer este hecho. Como percibieron netamente la mayor parte de los filósofos jusnaturalistas clásicos, el Derecho presupone el reconocimiento de una cierta medida de derechos individuales. Presupone también el reconocimiento de un cierto grado de autoridad pública. Ambos elementos son esenciales al Derecho. Decir que la "voluntad colectiva" como tal es la fuente y base del Derecho, no es sino otro modo de sancionar el ejercicio de un poder autocrático por parte de los gobernantes del Estado; porque no hay en la sociedad una "voluntad colectiva" clara y unánime, salvo si se impone desde arriba por la fuerza a los miembros de aquélla*" (BODENHEIMER, Edgar. op.cit., p. 218).

teoria institucional de Renard e outros neo-tomistas, mas para a aceitação de um pluralismo interno ao Estado em suas instituições¹²⁵.

O direito natural, embora não seja o representante direto da tendência ao pluralismo de fontes jurídicas, foi necessário para justificá-lo, como se pode extrair da própria questão dualismo-monismo exposta, em que o monopólio estatal está diretamente ligado à codificação do direito e ao positivismo jurídico¹²⁶.

Josef Esser, em sua monumental obra intitulada *Princípio e norma na elaboração jurisprudencial do direito privado*, analisa como a concepção estatal das fontes do direito sofreu profundas revisões em face da constatação da insuficiência da concepção do direito como mero conjunto de normas — e aqui uma contribuição positiva da teoria institucional de Santi Romano no sentido de fazer ver o direito como algo muito mais complexo, que sofre e faz sofrer a evolução da própria sociedade. Preceitos jurídicos formais não encontram uma teoria convincente da sua suficiência, como tais, em abarcar a evolução do direito. A questão entre a *mens legislatoris* e a *mens legis*, não consegue, por si só, assimilar uma vontade de evolução viva do direito¹²⁷. Josef Esser prossegue, identificando como de inspiração jusnaturalista e também da doutrina sociológica do direito as reações de cunho pluralista de determinação de suas fontes¹²⁸. As correntes, embora de inspiração jusfilosófica distintas, convergiam novamente para o centro dos embates antes tidos como próprios do positivismo jurídico e do jusnaturalismo. O eterno pêndulo histórico entre juspositivismo e direito natural

¹²⁵Vide a propósito, capítulo intitulado “A dinâmica institucional...”, p. 50.

¹²⁶Vide capítulo intitulado: O advento do positivismo jurídico e sua influência na dicotomia direito natural - direito positivo, p. 10.

¹²⁷Sobre a crítica que faz Santi Romano às teorias que tentam vislumbrar na própria estrutura da norma a razão da transformação de seu conteúdo, remeta-se à nota 34, p. 18. A respeito da passagem da concepção da *mens legislatoris* para a da *mens legis*: cf. BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 87 e ss.

¹²⁸Esser justifica o nascimento de tais teorias na seguinte passagem: “La “degradación” del concepto de ley por efecto de actos políticos de oportunidad meramente efímera ha provocado, en efecto, una revisión de la teoría estatalista de las fuentes del derecho, tanto por parte de la teoría continental, de inspiración iusnaturalista, como también por parte de la doctrina sociológica. Ambas tendencias, la de examinar la estructura real del derecho legislado y la de separar los elementos regulativos políticos de las aportaciones independientes y creadoras de la jurisprudencia, pueden agruparse bajo la rúbrica de “teoría pluralista de las fuentes””. [(ESSER, Josef. *Grundsatz und norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, J.C.B Mohr, 1956. (trad. Eduardo Valenti Fiol. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1961, p. 369)].

assume novas configurações de forças, mas permanece clara sua essência: a identificação de uma teoria geral coerente com a segurança do direito e o processo de variação do conteúdo jurídico¹²⁹. Esser ainda atribui a Santi Romano o título de *inaugurador da teoria pluralista*¹³⁰, mas os expoentes que aquele identifica como seus seguidores, como sói acontecer, foram muito mais pluralistas que o seu mestre¹³¹. A Santi Romano afigura-se impossível dar-lhe uma conotação de seguidor da escola sociológica, ou mesmo, jusnaturalista, tendo-se em vista a pequena amostra de sua teoria exposta neste estudo.

O que distingue Santi Romano das demais teorias pluralistas¹³², e que portanto lhe dá uma posição fundamental neste estudo, está na conformação de sua teoria institucional a uma maleabilidade de conteúdo, a qual deve ser, no mínimo, autorizada pelo ordenamento jurídico estatal¹³³. Há, portanto, um papel

¹²⁹A esse respeito há uma passagem da obra de Esser, em que cita Weinkauff, absolutamente esclarecedora, que será transcrita, já traduzida: “Foram realmente necessárias as comoções da última guerra e pós-guerra, para que a jurisprudência se desse conta de que os “meros conceitos jurídicos” e o “sistema” positivo não estão em situação de prover nenhum critério de valor aplicável a tarefas não conhecidas, ou não reconhecidas até agora? Nenhum jurisconsulto experiente nunca deixou de ver que “a armadura lógica da lei só leva até um ponto . em que surgem as questões decisivas de valor”. para as quais “a ponderação dos interesses não é nenhuma varinha mágica”, se faltam os princípios a que esta ponderação deve subordinar-se” — grifos nossos. (ESSER, Josef. op.cit., p. 6).

¹³⁰Cf.ESSER, Josef. op.cit., p. 370: nota 266.

¹³¹Esser indica como seguidores de Santi Romano, Renard, Delos, Gurvitch e Desqueyrat, mas estes, obviamente, aproximam-se muito mais da teoria institucionalista de Hauriou, conforme bem aponta Retortillo: “*El institucionalismo de Hauriou y el de Romano en modo alguno pueden identificarse: ni en sus tesis originarias ni en el desarrollo de las mismas. Por ello, no parece del todo correcta la afirmación de Esser cuando conecta los nombres de Renard y Delos con el de Romano*”. (MARTIN-RETORTILLO. op.cit., p. 47).

¹³²Tais teorias pluralistas referem-se a um pluralismo de fontes do direito não devendo, pois, serem confundidas com a utilização do mesmo termo para a ciência política. Quanto à precisão conceitual do pluralismo: cf.BOBIO, Norberto. *Le ideologie e il potere in crisi*. Florença, Casa Editrice Le Monnier, 1982 (trad. João Ferreira. *As ideologias e o poder em crise*. 3ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1994, pp. 15-33).

¹³³O papel efetivo do ordenamento, segundo Hesse, expressa-se por meio de princípios de interpretação constitucional, como, por exemplo, o da *unidade da Constituição* (p.48), o *critério da correção funcional* (pp.49/50), o *critério da força normativa da Constituição* (pp.50/51), e mais, nos limites à atividade interpretativa como “*presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución*”(p.52), que admite uma *mutação constitucional* (*Verfassungswandel*), mas inadmite uma *fratura, quebra, rompimento* constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) in HESSE, Konrad. *La interpretacion constitucional*. In: _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 33-57. A máxima tensão suportada pela ingerência criativa do juiz, diga-se de passagem, ingerência necessária, é a dissolução da normatividade, como possibilidade de conformação da realidade pelo preceito, segundo pautas. A interpretação não pode chegar ao ponto de *dissolver a normatividade na subjetividade*.

sobrevivente do preceito normativo¹³⁴, que significa olhar para trás para poder ver mais adiante¹³⁵, e que fornece como limite da atividade interpretativa do aplicador do direito, ou seja, como máxima tensão suportada pela ingerência criativa do juiz, a dissolução da normatividade, como possibilidade de conformação da realidade pelo preceito, segundo pautas. A interpretação não pode chegar ao ponto de *dissolver a normatividade na subjetividade*. Sua concepção atribui ao ordenamento jurídico estatal, que considera *originário*, uma autodeterminação das influências que os demais ordenamentos sobre ele exercem. É, pois, unilateral, e por isso não extrapola do Estado, como as concepções jusnaturalistas e sociológicas referidas na obra de Esser¹³⁶. O direito estatal o é porque se concentra todo no Estado, e, portanto, a maleabilidade do ordenamento jurídico deve ser encontrada no Estado e não fora dele¹³⁷.

Foi a reação ao *tumulto das paixões* o que levou os jusnaturalistas a quererem a codificação, e também, os filósofos da Restauração ou Contra-revolução, esses de inspiração espiritualista-romântica, a darem à codificação os caracteres do positivismo jurídico. Há, pois, de constatação obrigatória, a tendência sobrevivente, tanto nos jusnaturalistas — ordenação racional do direito —, nos Restauradores — de assegurar um sistema jurídico auto-suficiente, desvinculado

¹³⁴O desenvolvimento da questão do *papel sobrevivente do preceito* encontra-se no capítulo intitulado “Natureza aberta da interpretação constitucional e em especial dos direitos fundamentais”, página 55, mais especificamente na contribuição de Radbruch para o tema. Para Radbruch, “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um *pensar de novo* aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por outro” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. trad. Cabral Moncada, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1961, p. 274).

¹³⁵De fato, remetendo-se a Reale, Inocêncio Mártires Coelho explica que “diante da correlação essencial entre *ato normativo* e *ato hermenêutico*, [torna-se] evidente o absurdo de optar entre dois termos que *são complementares* — o propósito inicial da lei e a sua possível adequação a valores e fatos supervenientes —, ao mesmo tempo em que se [impõe] reformular a compreensão da experiência normativa, para deixar de entendê-la como simples estrutura lógico-formal e passar a vivenciá-la *em termos retrospectivos de fontes e prospectivos de modelos*” (COELHO, Inocêncio Mártires. *op.cit.*, p. 63). Vide sub-capítulos intitulados: “Natureza aberta da interpretação constitucional e em especial dos direitos fundamentais”, p. 55; e “Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos”, p. 98, este referente à conexão da natureza prospectiva dos modelos constitucionais com o surgimento do Estado Social.

¹³⁶Cf. ESSER, Josef. *op.cit.*, pp. 369 a 372.

¹³⁷Para melhor precisão do posicionamento deste estudo, vide capítulo intitulado “A dinâmica institucional...”, p. 50.

das forças sociais —, nos positivistas¹³⁸ — de pôr ordem na desordem — nos da escola histórica alemã — de reagirem à destruição da tradição e dos costumes sedimentados, destruição essa feita pelos jusnaturalistas da abstração — ao longo da história mais antiga, de que a determinante comum de todos está em *identificar uma âncora de salvação*, que, nos dias de hoje pode ser bem visualizada por uma *estrutura ou universo de limitação*, com o fim de possibilitar ao homem predizer, com uma margem de segurança, o desenrolar dos acontecimentos. Aqui o sentido do direito como *técnica de organização social* por onde o indivíduo possa pautar suas decisões e opções de vida com certa segurança.

Isto somente se dá se delimitarmos o *campo do saber e das atuações — transformações e reações — das normas jurídicas*. Procura-se uma *direção, um sentido* apto a imprimir uma racionalidade às mutações de conteúdo do sistema sem lhe retirar o *critério distintivo como ser jurídico*.

Assevera-se, ainda, que essa referência ao caráter eminentemente objetivo do direito como *prius* lógico¹³⁹ e à conformação institucional da evolução jurídica não indica, de modo algum, uma postura ideológica de menosprezo do indivíduo. A pessoa impersonaliza-se, mas transcende a sua despersonalização — à organização social, à instituição, ao ordenamento jurídico —, e, por isso, esses entes vêem-se eternamente sujeitos à influência determinante emanada daquela¹⁴⁰. Ressalta-se, como base fundamental da visão institucional, a pessoa, como único ser passível de tal *despersonalização*¹⁴¹. Exatamente nesse sentido inclina-se

¹³⁸“Em síntese, o impulso para a legislação nasce da dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social” (BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 120).

¹³⁹Vide notas 45, 47, 48 e 49 (pp. 22-23).

¹⁴⁰Tejada Spínola esclarece que “(...)el hombre no agota así su sentido en una mera posición inferior respecto al grupo de que forma parte (...) Lo fundamental es el hombre, su destino trascendente, su salvación o condenación siempre en forzada disyuntiva. Los grupos humanos son un medio, un vehículo para la efectividad del fin personal, que es el último y auténtico bien por excelencia” (SPÍNOLA, Francisco Elias de Tejada. *Introducción al estudio de la ontología jurídica*. Madrid, Gráficas Ibarra, 1942, p. 69).

¹⁴¹“Según Legaz y Lacambra, la idea de persona representa algo previo y fundante de la idea de vida social. Aunque lo social sea lo impersonal o genérico o típico, sin embargo lo social se funda en la persona, porque la presupone, y porque sólo la persona puede impersonalizarse. Pues el hombre, que, en cuanto persona en sentido ético-metafísico, es titular de una vida personal auténtica, tiene que impersonalizarse para ser persona en el plano social y jurídico; en tanto que en estos planos el hombre se convierte en el actor que representa un papel. El hombre puede y tiene

explicitamente Dworkin¹⁴². Visualiza-se, em Dworkin, uma explanação coerente e que preserva, naquilo de verdadeiro, as constatações até aqui elucidadas.

A dinâmica institucional de conformação do conteúdo jurídico

A evolução sofrida pelo direito, conforme amplamente demonstrada, aponta para o deslocamento das preocupações da teoria geral e da filosofia do direito no sentido da determinação da sua dinâmica de transformação mediante o estudo da sua aplicação¹⁴³. A norma deixa de ser o único foco de

que impersonalizarse en la vida social porque es un ser que convive con otros seres humanos. Pero esto en nada afecta a su intrínseca dignidad, como sujeto de fines propios, ni afecta tampoco al reconocimiento de esa dignidad por los demás, y por el orden jurídico, ni a la garantía que ese orden jurídico le dé. Por ser persona, el hombre tiene la libertad que le constituye como tal, y que se concreta en poderes de hacer y ser todo cuanto le define como persona, y todo lo que necesita para existir como persona (...). La persona es el fundamento de todo. La persona vive necesariamente en la dimensión social de la impersonalidad, sin agotarse en ésta, antes bien, trascendiéndola. La libertad en que consiste el Derecho no es la libertad interior de la persona, sino una libertad en el plano social.” — grifos nossos. (RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid, Sección de Publicaciones e Intercambio de la Universidade de Madrid, 1970, pp. 42/43).

¹⁴²Vide, a respeito: nota 144.

¹⁴³Indicando a mudança de pensamento jurídico em voltar os olhos para uma análise mais acurada das decisões judiciais e de sua dinâmica, já falava Carnelutti que “*il centro di gravità del meccanismo giuridico, che si era spostato dal giudizio alla legge, si va gradatamente riavvicinando al giudizio*” (CARNELUTTI, Francesco. *Bilancio del positivismo giuridico*: In: *Discorsi intorno al diritto*. Padova, CEDAM, 1953, II, p. 254 *apud* BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2ª ed., Milano, Edizioni di Comunità, 1972, p. 28). No mesmo sentido, a proposta de Luhmann de aproximação do sistema jurídico aos seus *outputs*: cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1974 (trad. Ignacio de Otto Pardo. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983). A tendência é justificada pela postura metodológica de aceitação do valor criativo da interpretação jurídica: “*Peraltro, la battaglia più impegnativa per il rinnovamento dei metodi interpretativi è stata quella iniziata da Tullio Ascarelli, il quale in vari scritti [Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell’interpretazione(1946): In: Saggi giuridici, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 83-107; Prefácio ao Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione, Milano, Giuffrè, 1952, pp. IX-LIII; Dispute metodologiche e contrasti di valutazione(1953) e Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato(1954). In: Saggi di diritto commerciale, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 467-479 e 481-519], insiste nel mettere in rilievo il valore creativo dell’interpretazione giuridica*” (BOBBIO, Norberto. *op.cit.*, p. 30). A palavra final sobre o tema da criação judicial do direito, como aceito neste estudo, está na pequena obra, embora de grande densidade, em torno das “condições de possibilidade de todo evento cognitivo”(p.101) relativamente à função constitutiva e transformadora que o sujeito desempenha na relação ontognosiológica própria de uma “postura avançada”(p.106) de interpretação,

orientação jurídica para assumir uma posição de relevo na transformação do sistema, que passa por uma depuração frente a uma visão institucional. Assim, de grande valia, afigura-se a exposição de alguns aspectos da teoria do sucessor de H.L.A. Hart na cátedra de Oxford: Ronald Dworkin. Esse forte crítico do positivismo e do utilitarismo fundamenta sua filosofia em Rawls e nos princípios do *liberalismo individualista*¹⁴⁴.

Registro da teoria de Ronald Dworkin

A teoria de Dworkin é definida como uma teoria liberal, mas que se opõe à *teoria jurídica liberal dominante*, expressão de suas duas formas de manifestação: a teoria do positivismo jurídico¹⁴⁵, reflexo do entendimento do que se

que o tempo presente requer. Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes*. In: *Revista de Informação Legislativa*, n.134, ano 34, abril/junho de 1997, pp. 99-106.

¹⁴⁴No prólogo à tradução espanhola do livro de Dworkin — “*Taking Rights Seriously*” — A. Calsamiglia ressalta: “*Crítico implacable y puntilloso de las escuelas positivistas y utilitaristas, Dworkin — basándose en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista — pretende construir una teoría general del derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico. En este sentido Dworkin es el antiBentham en tanto considera que una teoría general del derecho no debe separar la ciencia descriptiva del derecho de la política jurídica. Por otra parte (...) propone una teoría basada en los derechos individuales, lo cual significa que sin derechos individuales no existe «el Derecho»*”. in DWORKIN, Ronald. *Taking Rights seriously*. Londres, Gerald Duckworth & Co.Ltd., 1977. (trad. Marta Guastavino. *Los Derechos en serio*. 2ª ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 7). Mais a frente acrescenta: “*La filosofía jurídica de Dworkin está fundamentada en los derechos individuales. Ello significa que los derechos individuales — y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto — son triunfos frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho*” in DWORKIN, Ronald. op.cit., p. 16.

¹⁴⁵Ressalte-se que o que Dworkin chama de positivismo jurídico é o que as contribuições de John Austin lhe imprimiram. Apesar de considerado por Bobbio como uma das origens do positivismo inglês, este, obviamente, não esgota as nuances geográficas e históricas do termo. Para uma abordagem das contribuições de Austin para o pensamento positivista: cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. *Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, trad. de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Editora Ícone, 1995, pp. 91 a 118. Todavia, a análise feita por Dworkin fulcra-se, precipuamente, sobre as concepções juspositivistas de H.L.A. Hart. Tais assertivas estão expressas nas seguintes palavras do autor: “*Con cierta imprecisión histórica, llamaré a dicha teoría «positivismo jurídico»*. *Me propongo examinar la solidez de los fundamentos del positivismo jurídico, particularmente en la poderosa forma que le ha dado el profesor H.L.A. Hart. Opté por concentrarme en su posición debido no solamente a la claridad y elegancia de la misma, sino porque aquí, como en casi cualquier otro ámbito de la filosofía del derecho, un pensamiento constructivo debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart*” (DWORKIN, Ronald. op.cit., pp. 64/65).

tem por direito, e a teoria do utilitarismo, ou utilitarismo econômico, naquilo que se entende pelo fim que aquele persegue¹⁴⁶.

Dworkin estabelece alguns princípios básicos da teoria juspositivista, chamando a atenção para a generalidade deles e de sua aceitação pela maioria dos positivistas. São eles: o conceito de direito como um *conjunto de normas* específicas pois diferenciadas das demais normas morais por um critério, não de conteúdo, mas de origem, o que o autor chama de *pedigree*, ou também pela maneira em que as normas foram adotadas, ou mesmo a forma como evoluíram; o conceito dado de direito esgota todo o seu sentido em si, e, por isso, na inexistência de uma norma para um caso qualquer, há de se lançar mão da discricionariedade do julgador, tendo esse de buscar para além da norma um outro tipo de modelo que o guie na preparação de uma nova norma ou na ampliação de uma existente; por último, a constatação de que a determinação, por intermédio de uma norma, de um dever a alguém significa, necessariamente, a atribuição de direito a outrem, leva à consequência de que, na ausência de uma norma jurídica, não se gera um dever jurídico, e o juiz exerce sua discricionariedade não impondo nenhum *direito* propriamente *jurídico*¹⁴⁷.

O autor encontra a contribuição de Hart¹⁴⁸ na criação de uma teoria geral das normas que desvinculou a qualificação jurídica destas da força física, própria de Austin. Isto, aliás, também o fez Kelsen, ao estabelecer seu sistema dinâmico baseado em uma *norma fundamental* de atribuição de

¹⁴⁶O próprio Dworkin delimita o âmbito de crítica de sua obra: “*Los capítulos que siguen definen y defienden una teoría liberal del derecho. Sin embargo, critican severamente otra teoría, a la que en general se considera liberal; una teoría que ha sido tan popular e influyente que la llamaré la teoría jurídica dominante. La teoría dominante tiene dos partes y mantiene la independencia entre ellas. la primera es una teoría sobre lo que es el derecho; dicho de manera más informal, es una teoría sobre las condiciones necesarias y suficientes para que una proposición de derecho sea válida. Esta es la teoría del positivismo jurídico, que sostiene que la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas, y en nada más. La segunda es una teoría sobre lo que debe ser el derecho y sobre cómo deben ser las instituciones legales conocidas. Tal es la teoría del utilitarismo, que sostiene que el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general y a nada más. Ambas as partes de la teoría dominante se derivan de la filosofía de Jeremy Bentham. [S] Estos ensayos critican no sólo las dos partes de la teoría dominante, sino también el supuesto de que las dos son recíprocamente independientes*” (DWORKIN, Ronald. op.cit., p. 31).

¹⁴⁷Cf. DWORKIN, Ronald. op.cit., pp. 65/66.

¹⁴⁸Cf. HART, Herbert L. A. *The concept of Law*. 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994. (trad. A. Ribeiro Mendes. *O conceito de direito*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996).

juridicidade. Tal teoria de Hart funda-se na diferenciação entre *normas primárias e secundárias*, chamando a estas últimas de *normas de reconhecimento*. A regra de reconhecimento de um sistema jurídico é a única que tem sua validade sujeita à sua aceitação, e, portanto, nesta se fecha o sistema às ingerências de outras possíveis fontes não jurídicas.

Dworkin aceita o pluralismo de fontes do direito, ressaltando a existência de *princípios*¹⁴⁹, *diretrizes políticas* e outros tipos de pautas utilizadas pelos julgadores nos chamados *hard cases*, em que não há um elemento normativo suficiente à solução do caso. Para ele, o positivismo jurídico, com sua negação do pluralismo, não deixa espaço à formulação dos princípios, e assim, visualiza na teoria positivista uma deficiência de incompletude. O institucionalismo de Dworkin está em dar-lhe importância no seu dinamismo de *modelo da função judicial*¹⁵⁰. O juiz tem o dever de dar a *resposta correta*, extraída de uma *ponderação entre argumentos de princípios*. Isto se daria pela ponderação entre a *exigência de coerência institucional* e os *princípios reconstruídos*. A exigência de coerência institucional diz respeito à vinculação institucional, e instituição, para Dworkin, significa a *lógica do campo*, como conjunto de práticas e decisões.

¹⁴⁹ Ao longo de sua obra Dworkin utiliza o termo *principle* para se referir ao conjunto de *standards* que não sejam normas.

¹⁵⁰ A. Casamiglia, em introdução à obra de Dworkin, explica que na história do pensamento jurídico existem várias concepções ou modelos da função judicial: “A) *El modelo silogístico defendido por el formalismo jurídico. Según esa concepción, la tarea del juez es lógico-mecánica. El problema del juez es la subsunción del caso en una norma preestablecida (...) En el derecho no existen casos difíciles porque todo lo que no está prohibido está permitido. El derecho siempre ofrece respuesta a los problemas que se plantean. La función del juez está subordinada a la ley [§] B) El modelo realista defendido por muchas corrientes antiformalistas.. Según ese modelo las decisiones de los jueces son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva. El juez primero decide y luego justifica su decisión mediante normas. (...) El juez siempre soluciona los casos que se le plantean. El juez tiene por tanto poder político y en realidad no está subordinado a la ley. Este modelo justifica el apartamiento del juez de la ley. Concede al poder judicial un auténtico poder político que no es congruente con el sistema de legitimación del estado democrático ni con el postulado de la separación de poderes. [§] C) El modelo positivista de la discreción judicial. Este modelo reconoce la existencia de casos difíciles en los cuales no existe norma aplicable. [modelo defendido por Hart e Bobbio] Este modelo defiende el poder político del juez y le permite la aplicación de normas retroactivas. El derecho no ofrece respuestas correctas sino una variedad de posibles respuestas. El juez elige discrecionalmente entre ellas. [§] D) El modelo de Dworkin de la respuesta correcta. Según ese modelo el juez siempre encuentra respuesta correcta en el derecho preestablecido. El juez carece de discreción y por tanto de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría que es capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes” in DWORKIN, Ronald. op.cit., pp. 20/21.*

O que dá valor a Dworkin neste estudo é a delimitação da contribuição institucional¹⁵¹ e o fato de compatibilizar esse aspecto de segurança com uma maleabilidade do modelo de função judicial de ponderações. Há uma dinâmica institucional de atualização jurídica, dotada de objetividade institucional de salvaguarda da continuidade, mas temperada pela ingerência de argumentos de princípios, determinadores de conteúdo moral.

Não se pretendeu esmiuçar a teoria de Dworkin, pois seria um intento fatalmente frustrado pela densidade de sua obra de um lado a se aliar a insuficiência de espaço físico de outro, mas as contribuições assimiladas do autor são suficientes para dar coerência a este estudo, sem contudo querer-se dizer, com isso, que se está inteiramente de acordo com suas teorias, tendo-se em conta as críticas a ele feitas, notadamente, por Carrio¹⁵².

Pretendeu-se, ao contrário, salientar a virtude da teoria de Dworkin, que fornece uma visão dinâmica da aplicação do direito, por meio da conceituação dos princípios como entes mutáveis¹⁵³, dinâmica apoiada em base institucional, que não se fecha, em absoluto, à ingerência de direitos subjetivos. A evolução do sistema encontra-se em uma ambiência institucional, que lhe dá coerência e maior previsibilidade.

A teoria de Dworkin é uma ponte entre o moral e o jurídico-institucional¹⁵⁴, não sujeitando esse último às determinações puras do primeiro, mas deixando o mundo moral em posição influente na evolução do mundo jurídico.

¹⁵¹Dworkin diferencia a instituição jurídica das demais instituições sociais por força da autonomia destas últimas. A instituição (como lógica de campo; prática decisional) jurídica carece de autonomia, pois é presa pela moral e política: internaliza sua justificação moral e política. A interferência entre o direito e a moral é fundamental à caracterização do jurídico.

¹⁵²Cf. CARRIO, Genaro R.. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Argentina, Abeledo-Perrot, 1970.

¹⁵³A. Calsamiglia salienta tal mutabilidade na seguinte passagem: “Dworkin sostiene que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso” in DWORKIN, Ronald. op.cit., p. 14.

¹⁵⁴Salientando o real significado da ontologia do direito, Spínola ensina: “El problema capital de sua Ontología [do direito] es la determinación de su verdad como identidad de ambas, como función de seguridad y justicia, como formulación de norma política con contenido de norma ética” (SPÍNOLA, Francisco Elias de Tejada. *Introducción al estudio de la ontología jurídica*. Madrid, Gráficas Ibarra, 1942, p. 72).

Natureza aberta da interpretação constitucional e em especial dos direitos fundamentais

A falha da teoria do ordenamento jurídico, tida por Bobbio como a originalidade do positivismo jurídico, está em que aquela entende por ordenamento jurídico um sistema dotado de unidade, coerência e completude, que é infenso, em sua dimensão formal, a uma finalidade. As características de valoração são inevitáveis no sistema, para lhe dar *direção*. Um sistema sem direção é absolutamente sem sentido para um estudo que lhe ultrapasse as fronteiras. Satisfaz bem a um sistema fechado¹⁵⁵, mas tal sistema fechado o seria mediante uma remissão, ou à regra de reconhecimento de Hart, e aqui as duras críticas de Dworkin, ou à norma fundamental de Kelsen¹⁵⁶, ou mesmo a todas as justificações jusnaturalistas de referência a um postulado moral auto-evidente¹⁵⁷. *Há argumentos de princípio; há necessidade de delimitação e ponderação de valores.*

O sistema é dinâmico porque evolui com as instituições, mas tal evolução é amarrada tanto mediante a estrutura decisória de base institucional de Dworkin, quanto mediante o papel influente da norma jurídica de Santi Romano¹⁵⁸,

¹⁵⁵Fala-se aqui dos sistemas fechados, mas sem se olvidar da diferenciação destes dos sistemas autopoieticos, que pretendem ser identificados não pela forma *hiper-cíclica* tendentes “à produção das suas próprias condições originárias de produção, tornando-se *desse modo* independentes do respectivo meio envolvente”, mas por uma *auto-referencialidade ou clausura organizacional* (*organization closure* ou, seu sinônimo, *selbstreferentielle Geschlossenheit*), que reflita uma *circularidade básica* para garantir a “estabilização de sistemas auto-subsistentes” (TEUBNER, Gunther. *Recht als autopoietisches System*. 1989. (trad. José Engrácia Antunes. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 32/33). Ainda, relacionado ao tema da *autônoma constituição normativa*: cf. CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 205 e ss.

¹⁵⁶Cf.: KELSEN, Hans. op.cit., pp. 119 e ss.; VILLANOVA, Lourival. *Teoria da norma fundamental*. In: Cavalcanti Filho, Teófilo (org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp. 1 a 52.

¹⁵⁷Vide nota 13, p. 9.

¹⁵⁸ROMANO, Santi. op.cit., p. 107: “*Todo esto valorado en su conjunto [sobre a teoria da objetividade do ordenamento jurídico], nos conduce siempre al mismo punto de partida: la llamada objetividad del ordenamiento jurídico no puede circunscribirse y limitarse a las normas jurídicas. Se refiere y se refleja sobre ellas, pero arranca siempre de un momento lógico y materialmente anterior a las mismas, y en ocasiones, incluso frecuentemente, existen valoraciones que no pueden identificarse ni confundirse con las peculiares de las propias normas; lo que equivale a decir que éstas son o pueden ser, desde luego, una parte del ordenamiento jurídico, pero que sin embargo están muy lejos de agotar en su totalidad la integridad del mismo*”.

por uma *essência necessária* que deve ser reconhecida, não aos conceitos em si, mas às conseqüências de uma racionalidade institucional¹⁵⁹, que lida com argumentos de princípio. Aqui a segurança jurídica essencial ao ser humano.

Todo o referido deflui da constatação de que não há como compreender uma proposição jurídica senão no contexto em que se insere. O compreender, no plano hermenêutico, envolve necessariamente o *aplicar*¹⁶⁰. A assertiva é direcionada, sobretudo, à seara dos direitos fundamentais, que são reconhecidamente dotados de uma estrutura diferenciada das demais normas constitucionais, ou seja, uma estrutura normativo-material apresentada em forma de *mandato de otimização*¹⁶¹, e não em *ordenações de vigência*¹⁶², tendo, portanto, afastada de seu núcleo de sentido, a estrutura funcional de premissa maior de um silogismo subsuntivo¹⁶³, porquanto os direitos fundamentais têm, por pressuposto

¹⁵⁹Essa racionalidade institucional utiliza como elemento de decisão, o que poderia ser chamado também de processo de *simplificação qualitativa*, criticado pelo próprio autor da expressão, mas que traduz um método de determinação de conteúdos normativos, mediante a identificação de *corpos jurídicos*, ou institutos jurídicos. Jhering é aqui bem útil, como representante de duas formas de expressão do direito científico alemão — jurisprudência dos conceitos e dos interesses. O método do direito é universal, aplicado a todos os ordenamentos jurídicos, o que se contrapõe ao nacionalismo de Savigny, e significa que a “universalidade da ciência jurídica é possível porque se serve de um método próprio, de certas técnicas de pesquisa elaboradas e refinadas através dos séculos, as quais são válidas para o estudo de qualquer ordenamento. Jhering define este método como um *precipitado da sã razão humana em matéria de direito*” (p.123). “A operação mais importante à qual se deve dedicar o jurista além daquela da aplicação do direito, é, segundo Jhering, a simplificação dos materiais jurídicos. Ele distingue uma simplificação quantitativa e uma qualitativa” (p.124). A simplificação qualitativa significa a *construção jurisprudencial* que “consiste na individualização e no isolamento dos *institutos jurídicos*” (p.126) in BOBBIO, Norberto. op.cit.. Mas tal isolamento não é algo que exerce uma mera função passiva de pura descoberta de conteúdo, mas o próprio conteúdo revelado e reconstruído incessantemente dentro das balizas institucionais, que dão forma e sentido ao material jurídico.

¹⁶⁰Aplicação é “um momento próprio do compreender. E se neste contexto, eu colocasse no mesmo nível o historiador jurídico e o jurista prático, junto com isso não se deveria negar que o primeiro tem um tarefa exclusivamente “contemplativa” e o segundo, exclusivamente prática. Porém, a aplicação está contida em ambos afazeres (...); [a aplicação] é uma mediação de passado e presente” (GADAMER, Hans Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen, J.C.B.Mohr, 1986. (trad. Flávio Paulo Meurer. *Verdade e método*. Petrópolis, Editora Vozes, 1997, p.20. Coleção Pensamento Humano XVI).

¹⁶¹Para Hesse, a demanda constitucional por um labor de otimização provém do princípio da unidade da Constituição. (HESSE, Konrad. *La interpretación constitucional*. In: _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 48/49).

¹⁶²Cf.COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 84/85 e 97: item n.º 9.

¹⁶³Cf.SCHAPP, Jan. *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983. (trad. Ernildo Stein. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1985); HESSE, Konrad. op.cit., p. 40

para seu reconhecimento, a identificação de estruturas *diferenciadas*¹⁶⁴, estruturas normativo-materiais necessariamente *abertas*¹⁶⁵, *polissêmicas* e *indeterminadas*¹⁶⁶, muito embora a subsunção possa ser encarada como um *controle adicional de concordância*¹⁶⁷.

É com respeito à chamada parte *dogmática* das constituições, onde se encontram os direitos fundamentais, que as considerações expostas são melhor compreendidas. A natureza principiológica¹⁶⁸ desse foco constitucional clama uma interpretação de seus dispositivos por pautas axiológicas, em que sobressaem ideais *prospectivos*¹⁶⁹ de *concretização*¹⁷⁰. As disposições *abertas, polissêmicas e indeterminadas* da parte dogmática das constituições têm seu significado apreensível por um processo incessante de lapidação de sentido, por intermédio das suas inúmeras concretizações, que lhe dão *densidade conceitual*¹⁷¹. Mas, então, surge uma questão de fundo: como introduzir nesse contexto aberto de

¹⁶⁴Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit., pp. 25/26; 96(7); 97(8).

¹⁶⁵A porosidade do objeto cultural reflete a abertura e porosidade do ser humano.

¹⁶⁶Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit.: especialmente p. 26.

¹⁶⁷Cf. SCHAPP, Jan. op.cit., p. 100.

¹⁶⁸Uma abordagem clara da distinção entre regras e princípios e a assertiva de serem as Constituições *catálogos de princípios*, cuja evidência sobressai-se na sua parte dogmática tem-se em: COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit.: especialmente pp. 79-87.

¹⁶⁹Sobre o caráter prospectivo do Estado Social, vide capítulo intitulado “Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos”: p. 98.

¹⁷⁰Neste sentido, o trecho seguinte é esclarecedor: “Reconhecida, afinal, a especificidade da *matéria* constitucional — ainda que restrita à parte *dogmática* das constituições —, torna-se evidente que a chamada interpretação *especificamente* constitucional, ao fim e ao cabo, é apenas uma *hermenêutica de princípios*, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a *idéia retrospectiva de interpretação pela idéia prospectiva de concretização*.” — grifos nossos. (COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit., p. 98: item n.º 18). Ainda: “A extensão da pauta ou a determinação de seu conteúdo só se revelam, efetivamente, na solução de casos concretos; mas essa concretização, por outro lado e ao mesmo tempo, enriquece e desenvolve a pauta, sem que esse processo jamais chegue ao seu termo. [§] Nisto consiste o processo dialético da compreensão como atividade *infinita*” (idem. p. 37). Conferir, ainda: HESSE, Konrad. op.cit., pp. 43 e ss., segundo o qual, interpretação constitucional é concretização. Para uma visão global, clara, porém sintética, do método de interpretação constitucional hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse e Friedrich Müller: cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 30-35.

¹⁷¹Inocêncio Mártires Coelho explica, remetendo-se a ensinamentos de Böckenförde: “(...)do ponto de vista da literalidade e da morfologia das suas palavras, as disposições da parte *dogmática* das constituições dos Estados de direito são *fórmulas lapidares e preceitos de princípio* que — diversamente do que ocorre com as normas legais —, exigem uma interpretação não só explicativa, como também *densificadora*, interpretação que, não raro, se apresenta como *decifração* ou *concretização*” — grifos nossos. (COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit., pp. 85/86).

evolução de conteúdo pautas estabilizadoras do progresso?; como afastar as tentações do voluntarismo?. Há de se ressaltar um *papel sobrevivente da regra positivada* sob pena de compadecer, o direito, com a *degradação da normatividade da constituição*¹⁷². Renunciar ao caráter normativo da constituição significa renunciar à possibilidade desta *conformar a realidade, normalizar a sociedade, pautar condutas, influenciar a realidade*, ou seja, desprezar sua *vigência normativa*, ou ainda, sua *pretensão de validade do dever-ser*. Afastar a influência da constituição sobre a realidade significa retirar da conformação jurídica a possibilidade de *compreensão*¹⁷³, mediante uma dialética de influências recíprocas. A compreensão não se resume a um momento subjetivo frente a um dado objeto, pois é condicionada pela sua *história efetual*¹⁷⁴.

Quanto a isto, Radbruch (1878-1949) traz luminosas observações na sua indispensável obra de filosofia do direito¹⁷⁵. Há um papel sobrevivente da regra jurídica na determinação da evolução do sistema; há uma *força plasmadora* da lei frente a sua transformação¹⁷⁶. Partindo da assertiva de que o órgão emanante de regras não detém, e nem pode deter, um conhecimento prévio de todas as

¹⁷²A incapacidade da preservação da normatividade da constituição está referida por Böckenförde como a grande falha dos métodos interpretativos de hoje: “*Todos los métodos interpretativos tratados [hermenêutico-clássico; tópico; realista; hermenêutico-concretizador] producen como resultado en definitiva — quizá con la excepción del de F.Müller — la degradación de la normatividad de la Constitución*” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op cit., p. 35).

¹⁷³O sentido de uma proposição é construído dentro de um mesmo *universo hermenêutico*, “que não se deixa restringir ou podar pela arbitrariedade”(p.18). Gadamer esclarece que a reflexão “terá de se conscientizar de que sua própria compreensão e interpretação não é nenhuma construção a partir de princípios, mas o aperfeiçoamento de um acontecimento que lhe vem de longe. Os conceitos de que se utiliza não poderão, por isso, ser reclamados sem questionamentos; terá, porém, de ser aceito o que lhe for trazido de herança do originário conteúdo significativo de seus conceitos.”(p.35) in GADAMER, Hans Georg. op.cit., pp.18 e 35.

¹⁷⁴Novamente com Gadamer “a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um “objeto” dado, mas frente à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido.” (GADAMER, Hans-Georg. op.cit., p.18). O objeto carrega a idéia consigo; ele é a própria existência da idéia: cf.GADAMER, Han-Georg. op.cit., p.141).

¹⁷⁵RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. trad. Cabral de Moncada, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1961, pp. 271 e ss.

¹⁷⁶Os princípios são abertos, todavia os *sentidos literais possíveis* de suas proposições são *início e limite* à interpretação: cf.LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5ª ed., Berlin, Springer-Verlag, 1983. (trad. José Lamego. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 385 e ss.). Ocorre, contudo, que, para normas abertas, os limites diluem-se necessariamente na criatividade da sua construção institucional. O limite para esta criatividade está na manutenção da *autonomia do objeto de análise*, para que se preserve um requisito essencial do conhecimento, vale dizer, a dualidade sujeito-objeto.

vicissitudes de enquadramento e conexão de sua emanção de vontade¹⁷⁷, particularizada no tempo e no espaço, Radbruch pondera pela inevitável existência de lacunas traduzidas nas inúmeras potenciais localizações e conexões de uma regra em um ordenamento jurídico. Somente através das infinitas concretizações da proposição jurídica é que aquelas *lacunas*, ínsitas à visão limitada¹⁷⁸ do *legislador empírico*, assimiladas à objetividade do sistema jurídico, são *preenchidas*¹⁷⁹.

Por isso dizer-se que o sentido da lei é *construído* mediante sua interpretação¹⁸⁰. Essa lhe supre as deficiências de incompletude, *conformando* a sua aparência através da insígnia do *legislador ideal*, a semelhança de um quebra cabeças, em que somente vai sendo possível captar melhor o desenho que ele

¹⁷⁷Radbruch ensina que a vontade do legislador está inserida na vontade do Estado, pois aquela somente torna-se inteligível quando *compreendida* no ordenamento jurídico, pois o legislador põe-se como “a personificação do conteúdo da legislação”, ou antes, como uma “fictícia unidade de consciência”, que reflete aquele conteúdo. Cf. RADBRUCH, Gustav. op.cit., p. 273. Sob este enfoque, o embate entre *mens legis* e *mens legislatoris* resume-se a pontos de vista do mesmo fenômeno, ou a faces da mesma moeda: ambas origens volitivas iniciais; ambas origens volitivas conformadoras de sua alma gêmea; ambas origens volitivas de sentido e conteúdo da regra; ambas, enfim, a conformarem o nascimento e a evolução do universo envolvente de sua cara metade. Talvez, por isso, Radbruch faça referência a Marck (*Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, 1925, p. 77), que vê na oposição entre *sentido subjetivo* e *sentido objetivo* apenas uma diferença de grau.

¹⁷⁸Atente-se para o fato de que o termo “limitada” não está sendo utilizado no seu sentido pejorativo de apreciação subjetiva, mas sim para expressar a realidade objetiva de impossibilidade efetiva do legislador empírico transcender o momento e o lugar em que está situado. Neste sentido Radbruch fornece uma comparação: o “movimento de uma peça no jogo de xadrez pode também ter no conjunto do jogo um sentido e um alcance muito diversos daqueles com que o jogador a jogou. Não será exagerado afirmar que toda a palavra ou frase que nós pronunciamos se acha um pouco no caso da peça de xadrez, sobre cujo destino o jogador não é a única pessoa a decidir. «A linguagem pensa e rima também por nós próprios». Isto é: quando pensamos e falamos, o nosso pensamento é como que atirado para um mundo de idéias que têm as suas leis próprias. (...) É sabido que no mesmo momento em que utilizamos as forças naturais nos abandonamos a elas. O mesmo acontece com as leis lógicas. Estas adquirem também império sobre nós, logo que as utilizamos. (...) «Nenhum tecelão pode saber o que está tecendo». Pelo mesmo motivo constitui um enriquecimento para a consciência e uma alta lição de modéstia o saber-se cada um de nós, em seus pensamentos, parte dum todo, de repercussão incalculável, ou dum universo «espírito objectivo», dentro do qual, na nossa pobre subjectividade, nada mais somos do que simples parcelas ou átomos.” (RADBRUCH, Gustav. op.cit., pp. 283-285). Porém isso não chega ao ponto de retirar a razão pela qual a peça foi movimentada: para que o jogo prossiga, preferencialmente, com a vitória de quem o jogou.

¹⁷⁹Neste sentido é que Radbruch afirma que “os autores da lei não são, de facto, os legisladores” (RADBRUCH, Gustav. op.cit., p. 272). Dizer, como diz Radbruch, que a lei deve ser sempre mais inteligente que o seu autor, significa remeter o conteúdo da lei a considerações do fenômeno total, de imbricação subjetivo-objetiva e à necessária maior riqueza de completude e inteligibilidade da lei vista pelos dois ângulos implicadores de sentido à mesma.

¹⁸⁰Konrad Hesse afirma que “*el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación*” (HESSE, Konrad. op.cit., p. 43).

contém pela insistência de tentativas interpretativas a seu respeito. Sua imagem vai adquirindo sempre maior nitidez com o preenchimento dos claros de sua conformação inicial. Mas esse jogo tem uma característica que lhe é essencial: a descoberta do sentido global e completo do fenômeno é projetado para o infinito. A princípio, a vontade do legislador empírico pincela no quadro objetivo da realidade jurídica um *esboço*, que estará eternamente tomando forma e clarificando a sua imagem a cada olhar atento perquiridor de conexões daquele elemento com o resto do arcabouço normativo, mesmo porque o que está escrito pode trazer mais do que o próprio autor pretendia escrever¹⁸¹. Aos poucos ele passa a *fazer sentido* no universo em que fora inserido, antes com um déficit gigantesco de sentido sistêmico, mas que, paulatinamente, cria teias estabilizadoras de sua localização no espaço ordenamental. Passo a passo, começa a revelar seu propósito; a transparecer a consciência de seu ser com o rumo tomado pelas orientações de suas manifestações. Com isso, passa a integrar o senso comum, ou por outras palavras, passa a refletir cada vez mais um entendimento decorrente do conjunto de julgamentos vivenciados aptos a desenvolverem uma faculdade de apreciação comum. A verdade está no *objeto*, que tem um sentido próprio a transmitir. O objeto inerte, entretanto, não revela seu sentido completo, pois somente alcança o inteiro significado quando se abre ao *espectador*¹⁸².

A característica social vinculante *de manifestações da consciência jurídica individual dos aplicadores da Constituição*¹⁸³ deve tangenciar o rumo da *consciência jurídica geral*¹⁸⁴, respeitando-se, portanto, aquilo que Reale traduziu por *due process of law*: uma *devida atualização da lei* como instrumento de racionalização da atividade hermenêutica.

¹⁸¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 287.

¹⁸² Cf. GADAMER, Hans-Georg. op. cit., pp. 174-187. A formação de sentido ocorre mediante a *configuração*. A despeito de ser uma “unidade ideal, somente alcança seu ser pleno a cada novo tomar-se-representada.” (GADAMER, Hans-Georg. op. cit., p. 196).

¹⁸³ Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit., p. 99: item n.º 18.

¹⁸⁴ Inocêncio Mártires Coelho salienta como válida a utilização do conceito de *consciência jurídica geral* como parâmetro de avaliação *razoável*, em sintonia com a necessidade de manutenção da possibilidade criativa do intérprete do direito e com a possibilidade de contenção de voluntarismos de teorias do mesmo. Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. op. cit., p. 23. Para tanto, assimila critérios *objetivos* de determinação daquela consciência jurídica geral, retirados de Karl Larenz: cf. *idem*, pp. 76 e 77.

Retoma-se o tema central, reafirmando a interdependência entre compreensão e aplicação da parte dogmática das constituições, pois, mesmo da perspectiva de anterioridade essencial dos valores humanos, aceita neste estudo, não se pode olvidar que os direitos fundamentais estão inseridos em um contexto de *fricção histórico* a limitar a própria absorção de seus conceitos às possibilidades de suas manifestações empíricas. Os direitos fundamentais, abstratamente considerados, são antagônicos — e aí a postura revolucionária francesa de limitação recíproca de extensão real dos direitos subjetivos —, mas, no caso particular, os direitos são ponderados e é encontrado o equilíbrio¹⁸⁵. Isto tudo deságua, insiste-se, no entendimento de que a compreensão pressupõe a aplicação. Erige-se, pois, à frente de batalha, a necessidade de identificação de uma teoria promotora de sínteses da consciência jurídica geral e, ao mesmo tempo, que transpareça balizas de evolução do sistema, mediante uma referência, presente a cada passo, à ponderação efetiva de princípios. Os princípios estão no mesmo grau hierárquico¹⁸⁶, logo, somente podem ser determinados num juízo prático de ponderação.

A discussão reflete corolários da moderna crítica à metodologia jurídica da doutrina tradicional do direito, no tocante à aplicação da lei ao caso concreto, essa última pregando que haveria, *sempre*, a subsunção de um concreto estado de coisas à uma *lei universal* — a plenitude e suficiência do modelo subsuncional de aplicação do direito. É bem verdade, que a reação à teoria tradicional, muitas vezes parece pecar pelo excesso em repeli-la, pregando a absoluta inidoneidade do modelo subsuncional a todo o complexo normativo. Jan Schapp entende que a questão *universal-singular* sequer é posta no campo jurídico, pois a lei, para ele, já é o singular projetado para o futuro. O autor aplica o seu *modelo de casos* a todo o ordenamento jurídico, o que já demonstra ter dado passos

¹⁸⁵“O caso individual não serve simplesmente para confirmar uma legalidade, a partir da qual seja possível, numa reversão prática, fazer previsões. Mais do que isso, seu ideal é compreender o próprio fenômeno na sua concreção singular e histórica.” (GADAMER, Hans-Georg. op.cit., p.41).

¹⁸⁶Exceção à afirmação da igualdade hierárquica dos princípios, no direito constitucional brasileiro, está no destaque à dignidade humana, expressa no art. 1.º, III da Constituição Federal de 1988.

muito mais amplos que os que aqui se pretende dar¹⁸⁷. Radbruch esclarece melhor o papel dos casos no direito. Eles significam o entendimento do direito pelo seu aspecto teleológico¹⁸⁸. A natureza normativo-material da parte dogmática das constituições demanda um modelo mais elaborado de sua aplicação, não se afastando, de antemão, a possibilidade de utilização do modelo subsuncional como um *controle adicional de concordância*¹⁸⁹. Todo o exposto por Schapp pode ser aplicado, com algumas reservas, à parte dogmática das constituições, tanto naquilo de crítica às considerações objetivistas extremistas do direito¹⁹⁰, quanto na interdependência entre o *universal* e *singular*¹⁹¹, como também, na determinação do teor jurídico dos direitos fundamentais por uma assimilação histórica de práticas

¹⁸⁷O método de interpretação de Schapp aproxima-se do método tópico, pois menospreza o conteúdo normativo à condição de mero argumento, de força potencialmente idêntica às decisões concretas. O *caso positivado* participa, assim, somente como ponto de vista para a solução do problema, este sim, que se apresenta como pólo original de pesquisa. Uma exposição sintética do método tópico e sua crítica no âmbito da interpretação constitucional tem-se em Böckenförde (pp. 19-27), em que no método tópico, o preceito deixa de ser “*un punto de referencia normativo de la interpretación, sino un punto de vista de fundamentación orientado al problema en el marco del proceso argumentativo topico*” (BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. op.cit., p. 21). Para uma visão geral do pensamento tópico. cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, Editora Universidade de Brasília e Departamento de Imprensa Nacional, 1979. Quanto à necessidade da sobrevivência da normatividade da Constituição, as ressalvas já foram feitas no texto do presente capítulo.

¹⁸⁸Revela-se, portanto, uma dimesão do problema, que, por ser apenas um seu aspecto, não pode ser isolada como síntese do todo. A respeito: “sabe-se que o caso jurídico singular não constitui apenas um exemplo a acusar a existência de lei geral, como acontece com os fenômenos da natureza. Precisamente, ao invés disso, pode dizer-se que é a lei geral que existe por causa dos casos singulares e da sua decisão, vindo assim o direito a ser, num sentido teleológico, não o conjunto das normas, mas o conjunto das decisões” (RADBRUCH, Gustav. op cit., p. 292).

¹⁸⁹Vide nota 167 e texto pertinente.

¹⁹⁰Schapp busca em Schönfeld, a postura própria do jurista na interdependência da subjetividade e da objetividade: “Numa perspectiva filosófica também Walter Schönfeld viu o problema. Schönfeld resolve o problema com base na filosofia de Hegel. Segundo sua concepção, o direito é como idéia, possibilidade, mas que é uma possibilidade na perspectiva de sua possível efetivação. O direito não se opõe ao tribunal, mas é com ele posto. Ambos são apenas enquanto tal síntese. O direito somente alcança atualidade no caso e em sua decisão. O direito em sua objetividade, separado do prático e de sua subjetividade é uma “abstração” morta e sem esperança.” (SCHAPP, Jan., op.cit., p. 14).

¹⁹¹Neste tópico, a teoria de Schapp é no sentido de que não há uma diferença categorial entre *universal* e *singular*. O preceito é por ele entendido como o próprio particular, sob uma perspectiva diversa: a do legislador. Prefere-se, entretanto, neste estudo, incorporar as visões de Kaufmann e Schönfeld, segundo os quais, *o universal e o singular devem ser levados a uma correspondência recíproca*. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Analogie und “Natur der Sache”*, pp. 29 e ss. *apud* SCHAPP, Jan. *ibidem*.

institucionais, e a perspectiva de análise da imbricação do preceito jurídico e da decisão judicial¹⁹².

Michel Villey, ao tratar do surgimento e desenvolvimento do individualismo, remete-se ao embate dos dois grandes fundadores daquela corrente. Fala-se de Guillaume d'Occam, contrário à idéia dos universais, e de outro teólogo do século XIV, Duns Scot, esse, tal qual o primeiro, individualista, porém defensor dos universais, agora sob a forma de *naturezas*, entendidas como *realidades*, provando-se, com tal embate, que mesmo o nominalismo não conseguiu extirpar, por completo, a autoridade dos universais. E assim o foi porque esses servem a diversos propósitos. Há a necessidade de ponderação destas correntes, de conciliação do *universal* com o *singular*, do *todo* com o *átomo*, do *político* com o *individual*, do *social* com o *liberal*, do *nominal* com o *real*. Aqui se propõe novamente o intento deste estudo em retirar as contribuições sobreviventes das correntes históricas do pensamento para o alcance de uma síntese abrangente. O nominalismo serviu à chamada de atenção para o valor historicamente perdido da individualidade e de sua importância frente ao mundo, mas exagerou em desconsiderar como *real* tudo que não fosse o *singular* ou *individual*¹⁹³.

Afastam-se, assim, os extremismos. Não se trata de aceitar posicionamentos radicais dos empiristas adeptos do direito livre (*Freiheitsbewegung*), ou das demais conformações do nominalismo¹⁹⁴, ou, por outro lado, dos juristas da jurisprudência dos conceitos, que são adeptos do realismo do conceito — ultra-realismo —, todos calcando o sistema, unicamente num dos dois

¹⁹²Erige-se, como pauta direcionadora da evolução de conteúdo de uma norma, manifestações institucionais expressas em decisões judiciais. Para Schapp, em um segundo passo à jurisprudência dos interesses de Engisch, Kaufmann, Hassemmer e Fikentcher, que igualaram preceito e caso após um processo de aproximação hermenêutica, o preceito é tão concreto quanto a decisão judicial: eles se igualam como encarnações institucionais, e somente se diferem na mudança de perspectiva: o legislador, para um caso individual futuro; o juiz, para um caso individual passado. O juiz e o legislador *emolduram* o caso de dois lados. Cf. SCHAPP, Jan. op.cit., pp. 20 e 29.

¹⁹³“Os filósofos, deixando de centrar seus estudos em entidades singulares como o homem, a alma humana, esforçam-se de novo por apreender *estruturas* gerais do mundo: isso desde Hegel, hoje no estruturalismo. [§] De fato, nenhuma decisão jamais foi mais arbitrária do que a de não ter por *real* no mundo senão os indivíduos.” [VILLEY, Michel. *Philosophie du Droit*. France, Jurisprudence generale dalloz Michel Villey, 1974. (trad. Alcidema Franco Bueno Torres. *Filosofia do direito. Definições e fins do direito*. São Paulo, Editora Atlas, 1977, p. 115)].

¹⁹⁴Sobre o surgimento, definição, aplicações e críticas ao nominalismo, há uma abordagem de muita clareza e de grande poder de síntese em: VILLEY, Michel. op.cit., pp. 106-134.

aspectos: universal *ou* particular¹⁹⁵. A solução, como não poderia deixar de ser, está no equilíbrio, no meio termo, na devida dotação de peso a cada pólo influente, e é exatamente nesse ponderar de forças, que o ordenamento jurídico insere um componente decisivo no sistema normativo, por intermédio de um processo de *esclarecimento recíproco*¹⁹⁶. Somente assim, mantém-se o *status* do positivado, mediante o enquadramento de sua natureza influente.¹⁹⁷

A existência de um *conteúdo valorativo* é um legado do jusnaturalismo, que também foi assimilado pela evolução do positivismo jurídico por ser essencial à natureza mesma da pesquisa científica¹⁹⁸, expresso numa convicção em se estabelecer uma *ética objetiva*, que consiste em uma ética fundada em um princípio objetivamente estabelecido e cientificamente verificado¹⁹⁹. A evolução, pela qual passaram as teorias, o foi no sentido da objetivação de técnicas de determinação de conteúdo, mas que não são, no seu todo, desvinculadas do indivíduo, como se tentou demonstrar²⁰⁰. O conteúdo jurídico é conformado e revelado pelo ordenamento jurídico, mas não tem em si mesmo a sua fonte última,

¹⁹⁵Para os nominalistas, o universal é apenas nome, denominação do que inexistente em realidade e que, assim, não pode ser conhecível. Os juristas do conceito entendem que o universal possui uma existência própria e *autônoma*, e, por isso, dotada de uma possível cognoscibilidade.

¹⁹⁶Eis o entendimento de Schapp: “De um lado, a norma é por tanto tempo interpretada com os olhos voltados para o caso concreto, até que ela pareça uma norma talhada para este caso. De outro lado, o caso a ser decidido é valorado no sentido da norma (...). E então, a seguir, tanto o processo de interpretação, como o de valoração, são vistos como processos de esclarecimento recíproco. O caso é valorado na direção de um sentido de norma que sempre se concretiza mais, enquanto de outro lado, sem dúvida, a norma também somente pode ser interpretada, tendo em mira um caso que se encontra em processo de valoração”. (SCHAPP, Jan. op.cit., p. 95).

¹⁹⁷Vide nota 201, onde estão considerações de Miguel Reale a este respeito. Vide, também, nota 172 com Böckenförde.

¹⁹⁸Contribuição de inegável atualidade nos dá Theophilo Cavalcanti Filho: “Essas circunstâncias todas [da discussão sobre a existência de valores anteriores ao Direito e norteadores do mesmo] foram ainda recentemente patenteadas, em um simpósio que teve a cidade do México por palco [XIII Congresso Internacional de Filosofia — Symposium sobre Derecho Natural y Axiologia — 1963], e do qual participaram alguns dos mais representativos juristas de nossa época. Mais uma vez, na aludida reunião, se tornou claro que o pensamento jurídico contemporâneo não repudia, ao contrário, reconhece francamente a imprescindibilidade de certos dados, marcadamente de natureza axiológica, como essenciais à ordem jurídica positiva. É com base neles que se ergue, em qualquer época e em qualquer lugar, o edifício jurídico que institui ordem e permite uma convivência em termos jurídicos, isto é, em termos de segurança.” (CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1964, p. 62).

¹⁹⁹Cf BOBBIO, Norberto. op.cit., p. 92.

²⁰⁰Vide, a respeito, nota 141, p. 49.

muito embora já encerre em si sínteses temporárias, pois se assim não fosse, nenhuma sua conformação poderia ser controlada por valores básicos do homem, e a negativa desta constatação seria admitir o que Reale bem chamou de *instrumentalização do ser humano*²⁰¹. O valor pode ser identificado objetivamente em um sistema, justificado pela sua dinâmica institucional, e instrumentalizado por uma *teoria de implicação objetiva dos conteúdos do sistema*²⁰², essa última com a incumbência de organizar a objetividade daquele para a delimitação dos núcleos essenciais. Tal teoria certamente seria de grande contribuição na identificação de núcleos emanantes da falada *essência necessária* à direção, à previsibilidade, à identificação enfim das vicissitudes das posições institucionais da evolução do sistema jurídico²⁰³. Para tanto, parte-se do entendimento de que não há hierarquia fixa entre métodos de interpretação, que significa o *conjunto* dos métodos nas suas contribuições em iluminar um aspecto do objeto analisado. A contribuição a que ora se propõe está em introduzir a análise institucional na determinação do conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, acrescentando um novo enfoque para tornar mais rico aquele conjunto²⁰⁴.

²⁰¹Miguel Reale ilumina o tema militando contra as concepções unilaterais extremistas de plena objetivação do jurídico, quando, ao falar da *virtude de justiça*, como sendo o significado subjetivo da justiça, salienta que “quando esta [a virtude de justiça] inexistente, a justiça objetivada converte-se em “ordem nua”, em puro regulamento funcional, prevalecendo a melancólica instrumentalização do ser humano”, e acrescenta, em passagem exuberante: “É meditando sobre temas como este [justiça, ordem, segurança e certeza jurídica] que cada vez mais me convenço que só oferece resultados fecundos, não mutiladores do ser complexo do homem, uma dialética de referências móveis, numa pluralidade de perspectivas, sendo o campo unitário da *praxis* traçado, digamos assim, pelas infinitas combinações (ah, a precariedade das comparações geométricas, a insuficiência dos símbolos e dos signos lingüísticos, sempre aquém das linhas projetantes do pensamento!) pelas possíveis teorias realizáveis numa elipse que tenha como focos o *subjetivo* e o *objetivo*, no plano teórico, ou, no correspondente plano prático, o *valor* e a *realidade, dever ser e ser*.”: em prefácio seu ao livro de Theophilo Cavalcanti Filho: **O problema da segurança no Direito**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1964, pp. V e VI. A conexão dos conceitos ainda pode ser melhor definida com a contribuição de Schapp, quanto ao último vínculo que se entende pertinente. Está-se a referir a união destes temas com a questão dos *universais*: “A distinção de ser e dever-ser vem subterraneamente dentro da distinção de universal e particular que possui uma história muito mais longa na tradição ocidental. O dever-ser pode ser atribuído ao universal e o ser ao particular” (SCHAPP, Jan. op.cit., p. 34).

²⁰²Vide, a respeito, nota 35, p. 18, acrescida do texto a que se refere.

²⁰³Para uma visão mais detalhada do conceito de sistema jurídico: cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1993, pp. 75-119.

²⁰⁴Assim, afasta-se a crítica a uma pretensa pretensão de totalidade metodológica deste estudo.

Feitas tais considerações de índole metodológica, tem-se como de inquestionável valia, uma referência à transformação histórica operado nos últimos três séculos do pensamento ocidental.

Bibliografia para a 1.ª Parte

1. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*: trad. e org. de Mário da Gama Kury, 3ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.
2. BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. Vol.I, 2ªed., Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), 1949.
3. BARBERO, Domenico. *Studi di Teoria Generale del Diritto. Diritto naturale e diritto positivo - diritto soggettivo e credito*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.
4. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2ªed., Milano: Edizioni di Comunità, 1972.
5. BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. trad. João Ferreira, 3ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, pp.15-33. (original: *Le ideologie e il potere in crisi*. Florença: Casa Editrice Le Monnier, 1982).
6. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, trad. de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Editora Ícone, 1995.
7. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 7ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. (original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Editore G. Giappichelli, 1982).
8. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
9. BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del derecho*. trad. Vicente Herrero, México: Fondo de Cultura Economica, 1963.
10. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ªed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993.
11. BORK, Robert H. *The Original Understanding*. In: BRISON, Susan J. & SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*. Boulder: Westview Press Inc., 1993, pp.48-67.
12. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castilo e Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Union Tipografica Editorial Hispano Americana (UTEHA Argentina), 1944, pp.11-21.
13. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito* trad. Rodriguez Queiró e Artur Anselmo de Castro, São Paulo: Editora Saraiva, 1942.
14. CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos-Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
15. CARTER, Lief H. *Derecho constitucional contemporaneo. La Suprema Corte y el Arte de la Política*. trad. Carlos Alberto Pazos, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985. Colección Libros Esenciales de Derecho traducidos al español L.E.D.. (original: *Contemporary constitutional lawmaking*. Washington: Pergamon Press PLC, 1985).

16. CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
17. CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.
18. COELHO, Inocêncio Mártires. *A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes.* In: **Revista de Informação Legislativa**, n.134, ano 34, abril/junho, 1997, pp.99-106.
19. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
20. DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito.** trad. António José Brandão, vol.II, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959.
21. DUGUIT, León. *La transformación del Estado.* trad. Adolfo Posada, Madrid: José Blass y Cia., s/ano.
22. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio.* trad. Marta Guastavino, 2ªed., Barcelona: Editorial Ariel, 1989. (original: *Taking Rights seriously.* Londres: Gerald Duckworth & Co.Ltd., 1977).
23. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review.* Cambridge: Harvard University Press, 1987.
24. FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano.* Vol.I (único), Roma: Athenaeum, 1921.
25. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Editora Vozes, 1997. Coleção Pensamento Humano XVI. (original: *Wahrheit und Methode.* Tübingen: J.C.B.Mohr, 1986).
26. GALLEGO, Elio A.. *Tradición jurídica y derecho subjetivo.* Madrid: Editorial Dykinson, 1996.
27. GIERKE, Otto Friedrich von. *Teorias Políticas de la Edad Media.* trad. Julio Irazusta, Buenos Aires: Editorial Huemul, 1963.
28. HART, Herbert L.A. **O conceito de direito.** trad. A. Ribeiro Mendes, 2ªed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. (original: *The concept of Law.* 2ªed., Oxford: Oxford University Press, 1994).
29. HAURIOU, Maurice. *Teoria dell'istituzione e della fondazione.* trad. Widar Cesarini Sforza, Milano: Giuffrè Editore, 1967.
30. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito.** trad. Norberto de Paula Lima, São Paulo: Ícone Editora, 1997.
31. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. (original: *Die normative Kraft der Verfassung.* Tübingen: J.C.B Mohr).
32. HESSE, Konrad. *La interpretacion constitucional.* In: _____. **Escritos de Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp.33-57.
33. HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento.** trad. Antônio Correia, 8ªed., Coimbra: Arménio Amado Editora, 1987. (original: *Erkenntnistheorie.* Bonn: Ferd. Dümmlers Verlag, 1926).
34. IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho.* trad. Leonardo Rodríguez, Madrid: B.Rodríguez Serra Editor, s/ano. (original: *Zweck im Recht.*)

35. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. trad. Luís Carlos Borges, Brasília: Editora Universidade de Brasília e Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990. (original: *General Theory of Law and State*. Russel and Russel Inc., 1961).
36. KIMMINICH, Otto. *Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes*. In: **Revista de Direito Público**, vol. 92, outubro/dezembro, 1989, pp.17-33.
37. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. trad. José Lamego, 2ªed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. (original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5ªed., Berlin: Springer-Verlag, 1983).
38. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. trad. Walter Stönnner, 2ªed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. (original: *Ueber die Verfassung*).
39. LEVI, Alessandro. **Teoria Generale del Diritto**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), 1950.
40. LUHMANN, Niklas. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. (original: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1974).
41. POINCARÉ, Henri. **A Ciência e a Hipótese**. trad. Maria Auxiliadora Kneipp, 2ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. (original: *La Science et l'Hypothèse*).
42. POUND, Roscoe. **Las grandes tendencias del pensamiento jurídico**. trad. Jose Puig Brutau, Barcelona: Ediciones ARIEL, 1950. (original: *Interpretations of Legal History*, 1946).
43. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. Cabral de Moncada, vol. I, 4ªed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961.
44. REALE, Miguel. **Fundamentos do direito. Contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva**. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940.
45. REALE, Miguel. **O Direito como Experiência. Introdução à Epistemologia Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1968.
46. RECASENS SICHES, Luis. **Iusnaturalismos actuales comparados**. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid, Seccion de Publicaciones e Intercambio de la Universidade de Madrid, 1970.
47. ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947.
48. ROMANO, Santi. **El ordenamiento jurídico**. trad. Sebastián Martín-Retortillo & Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963. (original: *L'ordinamento giuridico*).
49. SAVIGNY, Friedrich Karl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. trad. Adolfo Posada, Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946.
50. SCHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. trad. Ernildo Stein, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985. (original: *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983).
51. SPÍNOLA, Francisco Elias de Tejada. **Introducción al estudio de la ontología jurídica**. Madrid: Gráficas Ibarra, 1942.

52. STANLIS, Peter J.. *Edmund Burke and the Natural Law*. New York: Vail-Ballou Press, 1958.
53. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. (original: *Recht als autopoietisches System*. 1989).
54. THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. 2ªed., Stuttgart: Scientia Verlag AALEN, 1964. (1ªed., Weimar, Hermann Böhlau, 1878).
55. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Editora Universidade de Brasília e Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
56. VILLANOVA, Lourival. *Teoria da norma fundamental*. In: Cavalcanti Filho, Teófilo (org.). **Estudos em homenagem a Miguel Reale**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp.1 à 52.
57. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito. Definições e fins do direito**. trad. Alcidema Franco Bueno Torres, São Paulo: Editora Atlas, 1977. (original: *Philosophie du Droit*. France: Jurisprudence generale dalloz Michel Villey, 1974).
58. WECHSLER, Herbert. *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*. In: _____. **Principles, Politics, and Fundamental Law - Selected Essays**. Cambridge: Harvard University Press, 1961.

2.^a PARTE - HISTÓRICA

O “conceito histórico (...) não pode ser definido segundo a fórmula *genus maximum, differentia specifica*, mas deve ser gradualmente estruturado a partir das partes individuais tomadas à realidade histórica que o institui (...) Certos pontos de vista estabeleceriam para este como para qualquer outro fenômeno histórico, outras características (...) Isso é um resultado necessário da natureza dos conceitos históricos que tentam abarcar para suas finalidades metodológicas a realidade histórica não em fórmulas gerais abstratas, mas em conjuntos genéticos de relações, que são inevitavelmente de caráter individual e especificamente único”, in Max Weber (1967): pp. 28/29.

Síntese da ascensão do Novo Regime

Pressuposto essencial à visão evolutiva dos conceitos, as características do período, que precedeu recente ou remotamente à Revolução liberal do século XVIII, podem ser úteis à compreensão das sístoles e diástoles que transparecem os ciclos de avanços e retrocessos das posturas históricas do Ocidente.

Tais características são apresentadas de forma sumária a ponto de desmerecer a pesquisa aprofundada de cada uma em prol da autoridade imposta pelo esforço de síntese consolidado no tempo pelos estudiosos do tema, o que possibilitará a ênfase nas conclusões que se possam extrair do enfoque histórico.

A Idade Média serve como ponto de partida para a análise proposta. Fala-se de uma sociedade em que os direitos encontravam-se intimamente ligados à idéia de título dominial²⁰⁵. A propriedade de terras como base econômica da sociedade justificava, mais do que nunca, a assertiva de interdependência econômico-jurídica, revelando uma estrutura de economia apoiada no *capital estático*, cujo privilégio em tê-lo via-se como uma *função estatal direta* decorrente

²⁰⁵Cf. LASKI, Harold. *The rise of european liberalism*. 1936 (trad. Victoriano Miguélez. *El liberalismo europeo*. 12ª ed., Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 11).

do nascimento ou das crenças. O núcleo orientador das relações sociais de poder era o *status*, garantido, por sua vez, mediante uma *unidade religiosa*, cuja fragmentação pela Reforma foi contemporânea à concentração de forças no ente estatal, levando-o a uma postura *soberana*, qualificada em Bodin(1529-1596)²⁰⁶ pelo *poder absoluto, divino*²⁰⁷, *perpétuo, incontestável, ilimitado*²⁰⁸, *irresponsável*²⁰⁹, *pessoal*²¹⁰, *imprescritível*²¹¹ e *indivisível*. Essa postura, já da Idade Moderna, exigia conceitos predominantes à época como os de *iniciativa social* e *controle social*²¹², pois a tutela dos súditos era um dos meios de mantê-los súditos. O destino do indivíduo era, então, dominado pelo *status*, tendo um futuro petrificado pelas crenças sobre a origem e as funções sociais divinamente recebidas para toda a vida, sedimentadas em regras, que ultrapassavam em muito a competência ou a vontade de mudança do indivíduo. O arbítrio suportado todavia o era pela opção entre dois males, que, conforme já mencionado, estão presentes na evolução histórica da humanidade: estabilidade *versus* transformação, antes expressos sob outra nomenclatura: segurança jurídica *versus* maleabilidade do direito. Justificava-se a opressão pelo temor de volta a um regime anterior de

²⁰⁶Cf.BODIN, Jean. *Les six livres de la république*. 1576. (trad. Pedro Bravo. *Los seis libros de la republica*. Madrid, Aguilar ediciones, 1973, pp. 46-73.

²⁰⁷Cf.BODIN, Jean. op.cit., pp. 65.

²⁰⁸Ilimitada em poder, em responsabilidade e, no tempo. Cf.BODIN, Jean. op.cit., p. 48.

²⁰⁹Irresponsável no sentido de que o príncipe encontrava-se fora do alcance das leis. Cf.BODIN, Jean. op.cit., p. 52.

²¹⁰A personalidade do poder expressa-se na conhecida máxima em latim: *quod principi placuit leges habet vigorem* (aquilo que o príncipe deseja tem força [vigor] de lei). Bodin, de certa forma, a ameniza, dizendo que o soberano não se pode furtar a obedecer “*la ley de Dios y de la naturaleza*”(p.59), e, mesmo, às leis humanas anteriores a ele, quando “*comunes a todos los pueblos*”(p.51), ou “*cuya observancia los súbditos, en general o en particular, están interesados*”(p 53) in BODIN, Jean. op.cit .

²¹¹Imprescritível, porquanto “*el rey no muere jamás*” (BODIN, Jean. op.cit., p. 64).

²¹²“*Antes del advenimiento del espíritu capitalista, los hombres vivían dentro de un sistema en que las instituciones sociales efectivas — Estado, Iglesia o gremio — juzgaban del acto económico con criterios ajenos a este mismo acto [faz-se aqui menção à teoria institucional de Santi Romano, fortalecendo suas conclusões no primeiro capítulo deste estudo]. (...) Con este el número de clientes para cada comerciante era limitado, había prohibiciones al comercio por razones religiosas, se prefijaban los precios y los tipos de interés, los días festivos eran obligatorios, se regulaban los salarios y las horas de jornada laborable, y se evitaba la especulación dentro de ciertos límites.*” (LASKI, Harold. op.cit., p. 23). Vide, ainda, transcrição do autor na nota 308, p. 91.

descontrole e medo, de *crise de autoridade*²¹³ e do reinado dos mais violentos, trazendo para a fase histórica seguinte, como característica suprema do cenário social, a veneração da estabilidade e o enrijecimento da estrutura social fundada na *ordem interna das suas associações*²¹⁴. A idéia do bem comum tinha por máxima implícita que seu alcance derivaria de um *bem de todos* devidamente controlado de cima para baixo.

Justamente aí reside o germe da queda do Antigo Regime, porquanto a contenção heterogênea plena revelou uma etapa, ao invés de uma situação de bem-estar continuado²¹⁵. Concorrendo com os interesses mais acomodados do capital estático, implementou-se sua crescente *dinamização* a espelhar uma classe que abominava o privilégio conferido a qualquer classe social em virtude do nascimento ou da crença. Entretanto, pretendendo extirpá-lo, transferiu-o ao puro poder econômico, em virtude da deficiência original do seu conceito de liberdade.

Neste ponto se revela um problema fundamental ligado à titularidade dos direitos, pois a liberdade, que o Novo Regime buscava, não oferecia *títulos de universalidade*²¹⁶. Foram soterrados os parâmetros antigos de

²¹³Para um comentário preciso sobre a atomização do poder anteriormente aos Estados nacionais, têm-se as palavras de Pedro Bravo Gala, em introdução à obra de Bodin. *In*: BODIN, Jean.op.cit.,pp. XII-XXIX

²¹⁴Vide, a respeito: EHRlich, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlim, Duncker & Humblot, 1967 (trad. René Ernani Gertz e revisão de Vamireh Chacon. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986, pp. 27-36: especialmente p. 32).

²¹⁵Há uma passagem muito elucidativo de Laski a esse respeito: “*En una palabra, la economía nacional era una etapa en el camino hacia la economía individual. Duró todo el tiempo, pero sólo esse tiempo, que tuvo éxito. Crea el orden interno y por tal motivo se la recibe bien. Pero es, por naturaleza, arbitraria, caprichosa e ineficiente*” (LASKI, Harold. op.cit., p. 56).

²¹⁶A liberdade liberal tornou-se elitista em sua escolha: “*Como doctrina, se relaciona sin duda directamente con la noción de libertad, pues surgió como enemigo del privilegio conferido a cualquier clase social por virtud del nacimiento o la creencia. Pero la libertad que buscaba tampoco ofrece títulos de universalidad, puesto que en la práctica quedó reservada a quienes tienen una propiedad que defender. Casi desde los comienzos lo vemos luchar por oponer diques a la autoridad política, por confinar la actividad gubernamental dentro del marco de los principios constitucionales y, en consecuencia, por procurar un sistema adecuado de derechos fundamentales que el Estado no tenga la facultad de invadir. Pero aquí también, el poner en práctica esos derechos, resulta que el liberalismo se mostró más pronto e ingenioso para ejercitarlos en defensa de la propiedad, que no para proteger y amparar bajo su beneficio al que no poseía nada que vender fuera de su fuerza de trabajo.*” (LASKI, Harold. op.cit., p. 14). E prossegue, com uma crítica contumaz a pretensão de universalidade dos primórdios do pensamento liberal pois “*su universal es*

tutela social pela filosofia reinante na primeira fase da Revolução Francesa. No flanco aberto pelo desrespeito às conquistas passadas, que tanto Burke ressalta, quanto Tocqueville (1805-1859) confirma²¹⁷, um terrível desequilíbrio e uma exploração brutal invadiram maciçamente²¹⁸ a realidade histórica europeia como consequência das ingênuas²¹⁹ concepções liberais, abaladas seriamente com a Grande Depressão²²⁰ do final do século XIX. Precipitada que foi tal realidade na mais terrível tirania, como salientara Maquiavel (1469-1527) quase trezentos anos antes de tais acontecimentos, o espírito de mudança *não deixou pedra sobre pedra*, minando todos os costumes que até então normalizavam a sociedade. Seguiu o conselho daquele autor: “quem quiser fundar esta autoridade absoluta que os

un particular tejido de una lógica especial que no percibe sus limitaciones inherentes” (idem. p. 137). A liberdade não equanimemente distribuída retira toda sua essência.

²¹⁷Vide, a respeito: TOCQUEVILLE, Alexis de. *L'ancien regime et la revolution*. 1ª ed. de 1856 [trad. Yvonne Jean. *O antigo regime e a revolução*. 4ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, páginas: 43(empenho dos revolucionários na destruição da identidade do *Ancien Régime*), 52(reviravolta dos fundamentos da sociedade: leis, usos e costumes, e até mesmo a língua); 68(caráter abrupto das transformações que já seguiam seu curso); 124(atentado à moral resguardada na função da nobreza); 128(extinção da submissão devida ao espírito de integração do meio); 144(apego à abstração e desprezo da sabedoria acumulada); 147(expressão do gosto pelo *original, novo e ingenioso nas instituições*); 150(desrespeito ao *passado*, à *tradição* e à *hierarquia*); 175(prazer pela novidade do *experimento*)].

²¹⁸As práticas predatórias sobre os trabalhadores concentraram-se efetivamente no século XIX. Tribe esforça-se em demonstrar como “*the dragooning of a reluctant labour force into factory routines and rhythms of work*”, tal como outras características tidas por próprias ao capitalismo industrial do século XIX, encontravam-se, nos finais do século XVIII, “*very patchy and spasmodic, hardly rating supporting travelogue*” (TRIBE, Keith. *Genealogies of Capitalism*. New Jersey, Humanities Press, 1981, pp. 111/112).

²¹⁹Tal ingenuidade não deve ser tomada no sentido pejorativo do termo. Adam Smith, o pai do liberalismo econômico clássico, era um homem preocupado com temas sociais — pp. 173 e ss., 198 e 202 do vol. II da *Riqueza das Nações* e p. 132 do vol. I da mesma obra. Carecia, a sua época, de dados suficientes para prever os descompassos do sistema que imaginara, bem como detinha todo tipo de dados atribuidores de responsabilidade maléfica ao sistema interventivo. Desconfiava, não sem boas razões, que os *privilégios* somente poderiam decorrer da ingerência pública no mercado. Assim, a política europeia, “por não deixar as coisas terem seu livre curso (...) limitando a concorrência”(p.164:vol.I) e criando obstáculos à livre circulação, era a fonte primeira dos “prejuízos à economia”(pp.131-:vol.II), em que se chegava ao cúmulo de controlar a migração de mão-de-obra por meio de “certificados” (pp.181-:vol.I) paroquiais. A livre concorrência, pelo contrário, levaria invariavelmente ao ideal do *preço natural*(pp.109-116:vol.I). In: SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*. (trad. Luiz João Baraúna. *A riqueza das nações*. São Paulo, Nova Cultural, 1996). Entretanto, tal ingenuidade não figurou universal, como se pode perceber na nota 309 a seguir.

²²⁰Vide, a respeito: DOBB, Maurice. *Studies in the development of capitalism*. 7ª ed. (1ª ed. de 1947), New York, International Publishers, 1978, pp. 300-319; ou, ainda em sua tradução: DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. trad. Affonso Blacheyre, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1965, pp. 366-390.

autores chamam de tirania, precisa mudar integralmente todas as coisas (...) que não deixe coisa alguma intata no novo Estado”²²¹. Virtudes do ser humano, guardadas a sete chaves na Igreja, nos costumes²²², no Estado²²³, e na filosofia conservadora²²⁴, tiveram estendidos sobre si os olhares *iluminados* dos inimigos da fé cega, muito embora eles não representassem o de melhor no pensamento iluminista que precedera os extremismos revolucionários²²⁵. Reagiram com tamanha força contra os crimes e dogmas da falida estrutura política monárquica,

²²¹MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*. 1513-1517 (trad. Sérgio Bath. *Comentários sobre a primeira década de Tito Livio*. 3ª ed., Brasília, Universidade de Brasília, 1994, pp. 91/93).

²²²“O poder, contudo, de uma forma ou de outra, sobreviverá à ruína dos costumes e das opiniões, e encontrará outros e piores meios para se sustentar. A usurpação que, a fim de subverter as antigas instituições, destruiu os velhos princípios, conservar-se-á no poder por meios semelhantes àqueles pelos quais o obteve” [BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. 1790 (trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a revolução em França*. 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 102)] Acresce-se um trecho de Marvell, em nota 65 de Burke: ‘*The same arts that did gain. A power must in maintain*’.

²²³Burke empreende o esforço de conservação das instituições consagradas no tempo, salientando os males maiores que certamente adviriam da substituição abrupta da segurança que tais instituições preservavam. “*To avoid therefore the evils of inconstancy and versatility, ten thousand times worse than those of obstinacy and the blindest prejudice, we have consecrated the state, that no man should approach to look into its defects or corruptions but with due caution; that he should never dream of beginning its reformation by its subversion*” (BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. org. Walter J.Bate. In: *Selected Writings of Edmund Burke*. The Modern Library, New York, 1960, p. 407). A tradução deste trecho pode ser encontrada, despida contudo da ênfase e estilo próprios de Burke, na página 116 das *Reflexões sobre a revolução em França*, especificada na nota seguinte.

²²⁴Edmund Burke (1729-1797) é tido como um dos fundadores do chamado *conservantismo*. Homem de notável visão, forneceu a mais contumaz crítica contemporânea à Revolução de 1789, com relação aos princípios e práticas da filosofia liberal francesa. A este respeito, a monumental obra do profeta da segurança jurídica e do equilíbrio e moderação das transformações sociais: BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. 1790 (trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a revolução em França*. 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997).

²²⁵A respeito, tem-se o exemplo representativo do iluminismo francês, em D’Alembert, cuja linguagem clara, precisa, acessível e transparente da preocupação em separar a moral da religião, não com o intuito de destruir esta última, mas de salvaguardá-la, depõe contra seus contemporâneos exaltados, nas seguintes passagens denotadoras de equilíbrio e preocupação com os excessos que vislumbrava naqueles: “A única coisa que se tem a recear é que o hábito muito grande e constante do verdadeiro absoluto e rigoroso não vá embotar o sentimento sobre o que não é verdadeiro. Olhos comuns, que muito habitualmente são atingidos por uma luz viva, deixam de distinguir as gradações de uma luz fraca e passam a ver somente trevas densas onde outros ainda entrevêm alguma claridade.” (ALEMBERT, Jean Le Rond d’. *Essai sur les éléments de philosophie* (trad. Beatriz Sidou e Denise Bottmann. *Ensaio sobre os elementos de filosofia*. Campinas, Editora UNICAMP, 1994, p. 54). Remete-se, ainda, a título de curiosidade, aos divertidos exemplos enumerados por D’Alembert às páginas 64 e 65 da mesma obra, em que esmiuça como a lógica utilizada sem circunspeção produz as mais pitorescas conclusões.

que qualidades milenares do ser humano viram-se alcançadas pela enxurrada. A velocidade dos acontecimentos revolucionários não permitiu identificar as características do Antigo Regime que deveriam persistir²²⁶. Assim, foram surpreendidos pela descrença sentimentos de moderação, prudência, circunspeção²²⁷ e firmeza de princípios²²⁸, equilíbrio²²⁹, precaução à inovação²³⁰ e

²²⁶Cf. HIRSCHMAN, Albert O.. *The rhetoric of reaction: perversity, futility, jeopardy* (trad. Tomás Rosa Bueno. *A retórica da intransigência: perversidade, futilidade e ameaça*. São Paulo, Companhia das Letras, 1992, pp. 116/117).

²²⁷“Se, ao trabalharmos com coisas inanimadas, a prudência e a circunspeção fazem parte da sabedoria, elas se tornam certamente parte dos nossos deveres, quando o objeto das nossas destruições e reconstruções não é nem o cimento nem a madeira, mas seres sensíveis que não podem ter seu estado, condição e hábitos subitamente alterados, sem sofrerem um mal terrível” (BURKE, Edmund. op.cit., p. 166). Note-se, que o termo *circunspeção* da tradução brasileira tem por correspondente, no original inglês, a palavra *caution* (cautela, precaução), referindo-se a exame demorado de um objeto, considerado por todos os lados, refletindo a preocupação pela ponderação demorada em torno das opções em causa.

²²⁸“*The moment you abate anything from the full rights of men, each to govern himself, and suffer any artificial, positive limitation upon those rights, from that moment the whole organization of government becomes a consideration of convenience*” (BURKE, Edmund. *Selected Works. Reflections on the Revolution in France*. The Modern Library, New York, 1960, p. 371). Vide, ainda, a página 48 da versão em português das *Reflexões* de Burke.

²²⁹O equilíbrio pressupõe opiniões divergentes em paridade de força, e nada melhor contribui para isto que o pluralismo das correntes de pensamento: “Possuíam [os franceses no momento imediatamente anterior à Revolução] nos seus antigos Estados esta variedade de partes correspondentes às diferentes classes que felizmente compunham a nação; tinham as combinações e oposições de interesses, a ação e a reação que, no mundo natural e no mundo político, dão a harmonia do conjunto das lutas recíprocas de poderes discordantes.” — grifos nossos. [BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. 1790 (trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a revolução em França*. 2.ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 71)]. Sobre a condição do pluralismo de interesses antagônicos para o alcance do equilíbrio, vide nota 311.

²³⁰“(....) *They* [os revolucionários franceses] *have no respect for the wisdom of others; but they pay it off by a very full measure of confidence in their own. (...) because duration is no object to those who think little or nothing has been done before their time, and who place all their hopes in discovery. They conceive, very systematically, that all things which give perpetuity are mischievous, and therefore they are at inexpiable war with all establishments. They think that government may vary like modes of dress, and with as little ill effect: that there needs no principle of attachment, except a sense of present conveniency, to any constitution of the state*” (BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. org. Walter J.Bate. In: *Selected Writings of Edmund Burke*. The Modern Library, New York, 1960, p. 398). A capacidade destrutiva e incapacidade construtiva das violentas convulsões sociais são salientadas também por uma máxima de Napoleão: “Até as revoluções mais bem dirigidas destroem tudo num instante e só reconstroem num futuro distante” (PERFETTI, Francesco (org.). *Napoleão Bonaparte: Aforismos, máximas e pensamentos*. trad. Annie Paulette Marie Cambè, Rio de Janeiro, Newton Compton Brasil Ltda., 1996, p. 38). Vide, ainda, páginas 32, 67, 69, 107 e 166 in BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. 1790 (trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a revolução em França*. 2.ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997).

ao entusiasmo obtuso²³¹, lealdade²³², respeito aos grandes princípios e à experiência²³³ colhida da natureza das coisas e dos erros e êxitos dos antepassados²³⁴, repúdio ao radicalismo²³⁵ e à auto-reprodução da violência. Além disso tudo, sofreram um grande golpe as noções de honra e de grandeza espiritual²³⁶. Liberta²³⁷, a filosofia liberal acorrentou a própria liberdade, porque acreditou ser suficiente à solução dos problemas uma imagem fria e matemática da vida. A visão apaixonada da liberdade afastou-a de considerações de equilíbrio e possibilitou a sua conversão em poder²³⁸, poder que Burke nomeou, com sua ironia

²³¹“Uma pobreza de concepção, uma rudeza e uma vulgaridade já se manifestam em todos os procedimentos da Assembléia [revolucionária francesa] e dos homens que a inspiram. Sua liberdade não é liberal [aos moldes ingleses]. Sua ciência é ignorância presunçosa. Seu humanismo é selvagem e brutal.” [BURKE, Edmund *Reflections on the Revolution in France*. 1790 (trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a revolução em França*. 2.ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 103)].

²³²“Quando estiver extinto das mentes dos homens o velho espírito da *Lealdade*, que, ao liberar os reis do medo, liberou, ao mesmo tempo, os reis e seus súditos das precauções contra a tirania, os complôs e os assassinatos serão evitados pela morte preventiva e pela confiscação preventiva, e pela aplicação daquela longa lista de máximas sinistras e sangüinárias que formam o código político do poder, o qual não repousa em sua própria honra, nem na honra daqueles que devem obedecê-lo. Os reis serão tiranos pela política quando os súditos se tornarem rebeldes por princípio.” (BURKE, Edmund. op.cit., p. 102).

²³³“*Between an ancient opinion wich has not been shaken by long experience through generations, and a new idea, born in the brain of a solitary thinker, the presumption is in favour of the ancient idea*” (BURKE, Edmund. *The Growth of Philosophie Radicalism*. London, 1928, p. 163). Burke exalta também, “a poderosa prevenção a favor da tradição, que sempre [norteara] o espírito [dos] juriconsultos” (p.68) ingleses. Vide, ainda, páginas 67, 119 e 168: in BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. 1790 (trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a revolução em França*. 2.ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997).

²³⁴Eis uma observação contagiante de Tocqueville: “Não desprezemos nosso país: não temos este direito. Queira Deus que pudéssemos reencontrar com seus defeitos e seus preconceitos um pouco de sua grandeza!” (TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 128).

²³⁵“(....) porque o mal é radical” (BURKE, Edmund. op.cit., p. 200). Vide, ainda, páginas 57, 101, 119, 135 e 221 da mesma obra.

²³⁶“Foram-se a graça natural da existência, a defesa desinteressada da nação, o berço dos sentimentos viris e de empreendimentos heróicos! Foram-se a delicadeza dos princípios e a castidade da honra, que faziam sentir como ferida a mácula, que inspiravam coragem ao mitigar crueldade, que enobreciam tudo quanto tocavam, e sob cujo domínio e vício perdia toda a força de seu mal, ao destituir-se, ao mesmo tempo, de toda vulgaridade.” (BURKE, Edmund. op.cit., p. 100).

²³⁷Liberta de tudo o mais, a liberdade viu-se como um valor solitário em uma tempestade de desejos humanos, cuja riqueza seus propugnadores não previram, o que acabou por esvaziar a própria liberdade. “(....) o que é a liberdade sem a sabedoria e a virtude? É o maior dos males pois é apenas extravagância, vício e loucura exercendo-se sem proteções e sem constrangimentos.” (BURKE, Edmund. op.cit., p. 220).

²³⁸“Recorde-se uma observação significativa de Burke: “O efeito da liberdade é de permitir aos homens fazer aquilo que lhes agrada (....). A prudência nos ditaria tal conduta se se tratasse de indivíduos

característica, de *refinamento liberal da humanidade*²³⁹, em que as posturas mais ferozes emanaram dos atos do *civilizado povo parisiense*²⁴⁰. Ofereceram o martírio da desonra ao rei mais liberal de sua época, que teve de esperar humilhado o destino que já outro grande pensador anunciara²⁴¹. Talvez fosse melhor a Luís XVI ter contido sua tendência liberal mediante estratégias de poder, ouvindo Maquiavel, o qual em um tom aqui quase profético dizia que sua “reputação de liberalidade (...) fará com que os súditos o odeiem (...) será pouco estimado por ser pobre (...) tendo prejudicado a muitos e beneficiado só a alguns (...), será abalado pelos menores distúrbios, e sofrerá com todos os perigos”²⁴².

O direito do indivíduo traçar o seu próprio destino foi, contudo, um acréscimo inigualável promovido pela filosofia do liberalismo²⁴³, que permitiu

separados e isolados; mas quando os homens agem em corpo, a liberdade chama-se *poder*.” (BURKE, Edmund. op.cit., p. 51). E acrescenta-se a esta a citação de um respeitado pensador liberal da universidade de Chicago, Frank Knight (1885-1972), ao salientar a intrínseca incongruência da própria liberdade: “Os homens amam a liberdade ou amam o poder? Decerto amam a liberdade de terem poder para serem desiguais, superiores, de um modo que limita a liberdade e acaba por negá-la.” [KNIGHT, Frank Hyneman. *Intelligence and democratic action*. University of Virginia, 1960 (trad. Francisco J. Beralli. *Inteligência e ação democrática*. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1989, pp. 61/62)].

²³⁹Cf. BURKE, Edmund. op.cit., p. 97.

²⁴⁰Tocqueville funda um justificado ódio e inveja acumulados nos corações franceses em duas razões, quais sejam, a sua mudança de condição de possuído a possuidor e desoneração dos senhores da tutela que antes exerciam. Vide: TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 75. Os Sr. e Sra. Hammond, por sua vez, justificam a forte reação das idéias liberais pela conjuntura de decadência do sistema feudal, que prolongou seus privilégios sem uma contraprestação social merecida. Vide nota 266.

²⁴¹Fala-se de Maquiavel, que, ao refletir sobre as mudanças de governo, diz: “Mas quem quer que se haja nutrido com a leitura dos acontecimentos de antigamente sentirá que toda mudança de governo, seja de uma república para uma tirania, ou de uma tirania para uma república, deve ser seguida e marcada pela execução memorável de algum inimigo do novo estado.” [BARINCOU, Edmond (org.). *Maquiavel par lui-même*. Éditions du Seuil, 1957. (trad. Alberto de Los Santos. *Maquiavel por ele mesmo*. Brasília, Universidade de Brasília, 1991, p. 150)]. O mesmo trecho é encontrado à página 307 dos *Cometários sobre a primeira década de Tito Lívio*, entretanto a tradução lá contida encontra-se menos esclarecedora. Faltava, portanto, a cabeça do símbolo do Antigo Regime e a data de 21 de janeiro de 1793 não decepcionou à lógica maquiavélica.

²⁴²MACHIAVELLI, Niccolò. *De Principatibus*. 1515. (trad. Sérgio Bath. *O Príncipe e dez cartas*. 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1992, pp. 45/46).

²⁴³Faça-se justiça, todavia, ao passado, nas palavras de Burke: “Devemos à sua memória [de Hugue Peters (1598-1660), pastor independente, esteve envolvido em planos para a morte do rei da Inglaterra] e à de seus sentimentos declarar que tinha tanta iluminação e tanto zelo, e havia minado tão efetivamente *toda a superstição e todo o erro* [referência irônica de Burke à tradição] capazes de levar o grande assunto ao qual se dedicava ao malogro, quanto qualquer pessoa de hoje que o siga e que repita como ele que se deve atribuir exclusivamente à nossa época o conhecimento dos Direitos do homem bem como todas as conseqüências gloriosas deste conhecimento.” (BURKE, Edmund.

a discussão equilibrada, entre dois pólos agora de pesos similares, quais sejam, o individual e o social, o particular e o estatal ou, em termos mais abstratos, entre a heteronomia e a autonomia do indivíduo. A Revolução Francesa impressionou o mundo menos pelos seus males que pela grandeza de suas contribuições²⁴⁴, prestando o serviço de amenizar consideravelmente a contradição entre Estado e sociedade²⁴⁵. Os direitos, antes concedidos pela bondade do soberano, passam a pertencer à essência do indivíduo, oponíveis, pois, contra o Estado, seu garante. A concepção do homem, como centro das reflexões e da realidade, forçou o repúdio à posição social preestabelecida por justificativas perenes de cunho religioso, que pregavam a predestinação do comando e da subordinação incorporados na velha estrutura feudal de suserania e vassalagem, ou ainda, no período seguinte, na estrutura dos Estados nacionais absolutos dos monarcas e súditos, levando à justificação racional de uma representatividade há muito querida, e sobretudo ao reconhecimento da dignidade inerente ao ser humano²⁴⁶. Embora os influxos do racionalismo iluminista do império material sobre a natureza significassem a ultrapassagem de obstáculos de predeterminação do ser, e, portanto, a retirada de uma sua essência transcendente justificadora de conteúdo valorativo, o que deu origem, juntamente com o desapego à sabedoria pretérita, ao período do *Terror* pós-revolucionário, como bem o descreve Edmund Burke, em suas *Reflexões sobre a revolução em França*, o liberalismo exerceu um papel fundamental na atribuição efetiva de valores próprios ao indivíduo. O liberalismo firma-se em torno do *valor*

op.cit., pp. 93/94). Pinçando algumas das principais conquistas do liberalismo, Laski as enumera sucintamente. Vide: LASKI, Harold. op.cit., p. 202.

²⁴⁴Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 210.

²⁴⁵Sobre a tese dualista de Pèges, resultante da contraposição do Estado à sociedade: “embora [o *Ancien Régime*] tenha desenvolvido uma função nacional, não soube dar uma base nacional à sua autoridade. Ficou prisioneiro do passado. Conservou o velho caráter de uma monarquia pessoal (...). As instituições administrativas criadas por Luís XIV e Colbert aumentaram ainda mais a força do poder, mas não associaram a nação a ela.” — grifos nossos. (BOBBIO, Norberto [et alii]. *Dicionário de Política*. vol. I, 4ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 31).

²⁴⁶Quanto ao objetivo primário do racionalismo: “*El racionalismo ha subido a escena; el mundo nuevo, mitad con vergüenza, mitad con silencio, le está concediendo sus cartas de ciudadanía. Ese racionalismo es secular en propósito; como objetivo primario trata de dar a la humanidad un imperio material sobre la naturaleza*” (LASKI, Harold. op.cit., p. 62).

*da personalidade*²⁴⁷. Não são a conveniência social, a vontade do soberano, as prescrições de fé, os argumentos utilitários, as posições intransigentes afirmadas no bojo dos movimentos de transformação das concepções de mundo, que devem ser perseguidos como um fim bastante a justificar os meios. Os passos tomados comportam limitações intestinas a própria natureza humana, da qual emanam valores. O homem é preenchido de essência valorativa capaz de limitar, por si só, ingerências de instituições que o rodeiam. O passo seguinte seria a objetivação daquela essência²⁴⁸. As fronteiras territoriais foram rompidas para absorver a humanidade em um todo de valores próprios a cada um dos indivíduos, o que cultivou, nas gerações seguintes, o aforismo mediante o qual a Revolução Francesa destaca-se frente às demais de seu tempo: foi para o proveito próprio de seus concidadãos que os ingleses redigiram suas declarações; foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram a deles²⁴⁹. A liberdade de pensamento²⁵⁰ instituiu uma concepção nova de mundo sensível ao progresso científico, em que cresce o amor à verdade em si mesma²⁵¹, que passa a poder ser encarada como provisória e

²⁴⁷Sobre o pensamento de Vierkant, que restringe a contribuição liberal à *exaltação do indivíduo e de sua personalidade*: cf. BONAVIDES, Paulo. op.cit., pp. 59/60.

²⁴⁸Sobre o Estado Social e a Democracia Substancial como momentos de objetivação dos direitos, vide capítulos intitulados “Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos” (p.98) e “A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento anti-representativo de Schmitt”(p.103).

²⁴⁹“Uma revolução política que se prega com o mesmo ardor e a mesma paixão aos estrangeiros quanto em casa! Que espetáculo inédito! Entre todas as coisas desconhecidas que a Revolução Francesa mostrou ao mundo esta é sem dúvida a mais nova” (TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 59).

²⁵⁰A seguir, há trechos representativos do pensamento liberal confirmando a posição de destaque absoluto da liberdade de pensamento na filosofia liberal: “(...) *y los hombres de ciencia llegaron a ser, aunque en gran parte sin propósito deliberado, soldados en aquella batalla por el derecho a pensar libremente, derecho que es uno de los principios cardinales del credo liberal*” (LASKI, Harold. op.cit., p. 64); “A sociedade pré-liberal é uma ordem moral e religiosa, e esta visão ainda permeia as nossas culturas liberais, nas quais não há lugar para o dogmatismo [certamente utilizado no sentido pejorativo do termo] e a intolerância” (KNIGHT, Frank Hyneman. op.cit., p. 131).

²⁵¹Escreve Jean Le Ronde d’Alembert (1717-1783), uma das personalidades mais expressivas do pensamento iluminista francês: “a História de nossos erros mais notáveis, seja pelo número ou importância dos homens que seduziram, ensina a desconfiarmos de nós mesmos e dos outros. Além do mais, apontando os caminhos que se afastaram do verdadeiro, ela nos facilita a busca da verdadeira senda que leva a ele.” [ALEMBERT, Jean Le Rond d’. *Essai sur les éléments de philosophie* (trad. Beatriz Sidou e Denise Bottmann. *Ensaio sobre os elementos de filosofia*. Campinas, Editora UNICAMP, 1994, p. 9)].

dinâmica²⁵². É o período, enfim, da máxima do *laissez-faire, laissez-passar, le monde vá de lui même*²⁵³ a originar a mudança do foco emanante do bem comum, pela preordenação do *bem de cada um ao bem de todos*.

Conciliação dos ciclos de preponderância histórica com a lei de continuidade histórica

O núcleo orientador das relações de poder passou do *status* para o contrato, e a iniciativa individual logrou livrar-se das correntes de controle social que a sufocavam. Mas tais grilhões não são definitivamente abandonados e os rastros deixados penetram pouco a pouco no patrimônio cultural de um povo, e como que reunindo novamente forças para a tarefa a ele destinada, nasce de suas próprias cinzas em meio à decadência do fenômeno que lhe é antagônico. Tais opções da massa não abandonam a história da humanidade, pelo contrário, dão-lhe conteúdo mediante o colorido que imprimem em possibilitar a identificação de vagas relativamente constantes²⁵⁴ num mar de acontecimentos aparentemente desconexos. A ideologia predominante, aqui identificada na bipolaridade inerente à determinação teleológica do Estado — postura positiva ou negativa, priorizando, ora o controle social, ora a iniciativa individual —, toma fôlego em momentos alternados, “como os efeitos do fluxo e refluxo do oceano levam ao rio certas matérias e dele afastam outras”²⁵⁵. Visualizam-se, pois, *ciclos* de preponderância²⁵⁶,

²⁵²Com a palavra, um representante neoliberal: “A segunda consequência importante da revolução liberal é o reconhecimento de que toda verdade é provisória e de que todo conhecimento e todas as valorações são relativas. O conceito de verdade é progressivo, dinâmico.” (KNIGHT, Frank Hyneman. op.cit., p. 130).

²⁵³Vincent de Gournay (1712-1759) é tido como o criador da expressão, tendo exercido influência direta sobre Quesnay, líder dos fisiocratas, e Turgot, ministro das finanças de Luís XVI

²⁵⁴Uma leitura transparecedora de uma constância própria às sociedades, tem-se em: MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima deca di Tito Lívio*. (trad. Sérgio Bath. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 3ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1994, Livro I, Capítulo II, pp. 23-27).

²⁵⁵ALEMBERT, Jean Le Rond d'. op.cit., p. 5.

que se estendem de um período recente, embrionário do Estado nacional até os dias atuais, cuja posição na escala dos ciclos ocupa a quarta ou quinta colocação, dependendo da escolha arbitrária²⁵⁷ do início da pesquisa e do *discrímen* utilizado. Descrevem-se, pois, de forma sucinta, tais ciclos.

O período histórico imediatamente anterior ao liberalismo está, conforme visto, impregnado da qualificação social²⁵⁸, constituindo mesmo uma das causas da Revolução de 1789 a insatisfação dos tutelados em ver a morosidade e incapacidade do poder em prestar os serviços de assistência tidos por próprios do Estado, chegando-se ao ponto de culparem a inoperância estatal por suas misérias pessoais²⁵⁹. Significativa é a expressão utilizada por Tocqueville para designar o período anterior à revolução: o *antigo estado social*²⁶⁰. Mais significativo ainda é o Código²⁶¹ de Frederico II (1712-1786), o Grande, que, embora considerado um déspota esclarecido, seguindo as idéias de Wolff, patrocinou o paternalismo estatal para deter a onda revolucionária francesa²⁶². É bem verdade que tais medidas de resultados sociais derivavam muito mais de um controlacionismo centralizador que

²⁵⁶Tais ciclos de preponderância histórica podem ainda ser vislumbrados nos choques verificados entre o coletivo, a tradição, e a uniformização, de um lado (Antigo Regime), e o subjetivo, o liberto, e o anárquico, de outro (Novo Regime). O primeiro, valorizando a igualdade, mesmo que uma igualdade subalterna aos olhos de hoje, uniformizava a sociedade por baixo. O último, desconfiava da igualdade, perseguindo o “regresso dos sinais externos da desigualdade social” (BOBBIO, Norberto [et alii.]. *op.cit.*, p. 32), igualdade esta que demandava contenção e controle autoritário levando a uma certa paralisia da personalidade individual, nivelou a sociedade por cima — pela liberdade —, e desprezou o descontrolo das individualidades recém libertas.

²⁵⁷Já no século XVI miravam-se olhares saudosos às políticas ainda mais antigas de diretrizes sociais, que buscavam menos o interesse privado e mais o interesse público. Vide: MACHIAVELLI, Niccolò. *Dell'arte della guerra*. 1519-1520. (trad. Sérgio Bath. *A arte da guerra*. 3ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 17: *in fine*).

²⁵⁸Vide trecho grifado da nota 212.

²⁵⁹Conferir o relato autorizado de: TOCQUEVILLE, Alexis de. *op.cit.*, pp. 93-100 (especialmente pp. 93, 99 e 100) e 181 (onde ressalta a dependência dos indivíduos da administração central francesa da época).

²⁶⁰TOCQUEVILLE, Alexis de. *op.cit.*, p. 202.

²⁶¹Frederico II, o Grande, redigiu tal código, que foi outorgado pelo seu sucessor, Frederico Guilherme II. As características tipicamente sociais do seu código podem ser vistas resumidamente em: TOCQUEVILLE, Alexis de. *op.cit.*, pp. 199-201.

²⁶²Cf. BONAVIDES, Paulo. *op.cit.*, p. 116.

de uma preocupação consciente de tutela²⁶³. Foi o período, principalmente, de uma espécie de liberdade não utilitarista, que pregava valores e princípios de patamares superiores ao bem-estar material²⁶⁴, e que dava um certo colorido ao pesado jugo do servilismo, tanto por meio do compartilhamento de sentimentos nobres, quanto pela tutela de que os subalternos eram objeto²⁶⁵. Mas tal período viu-se despido de suas características nobres pelo desregramento e abuso que caracterizaram seu declínio. Como bem ressaltam Sr. e Sra. Hammond, foi um período em que se esqueceu o *caráter de obrigação social* próprio à sua estrutura, mantendo, entretanto, o ônus dos *privilégios* próprios à sua essência²⁶⁶. A forma de se encarar a realidade social e jurídica pelo aspecto do dever em *dar* evitava a conseqüência perniciosa dos primeiros momentos do individualismo no seu ideal de *isolar* mais perfeitamente o indivíduo; de “*encapsular al sujeto*”²⁶⁷.

Seguiu-se o período iluminado²⁶⁸, individualista²⁶⁹, que teve por marco a Revolução dos direitos essenciais ao homem²⁷⁰, como o último grito do

²⁶³O intuito centralizador de poder de Frederico, o Grande, é conhecido da história. Este intuito, contudo, vê-se também na França, anteriormente ao período revolucionário, nos escritos de: TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 96.

²⁶⁴Para uma visão do modo de encarar a servidão dos séculos que precederam à revolução francesa, vide: TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 128.

²⁶⁵Esclarece, Tocqueville: “O camponês do século quatorze era ao mesmo tempo mais oprimido e mais ajudado. A aristocracia podia tiranizá-lo mas jamais o abandonava.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 133).

²⁶⁶“*The medieval idea, if it kept the poor in their place, gave them some protection and recognized that they had certain rights. In the eighteenth century the system had lost this character of social obligation; it had degenerated for the most part into a mass of idle and unearned privileges. The individualism of Locke, Adam Smith and Bentham in England was directed, like the individualism of Turgot in France, against authority exercised in the interests of the few, no longer seeking its justification in the idea of duty or function, claiming obedience on the ground of divine right.*” (HAMMOND, J.L. & Barbara. *The rise of modern industry*. 9ª ed. (1ª ed. de 1925), London, Methuen & Co. Ltda., 1966, p. 215). Sieyès(1748-1836) dá testemunho contemporâneo à Revolução Francesa, que demonstra a ociosidade e os desmandos de um Estado *apadrinhador*: cf.SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le Tiers État?*. 1ªed de 1789. (trad. Norma Azeredo. *A constituinte burguesa. Que é o Terceiro Estado?*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997).

²⁶⁷GALLEGRO, Elio A.. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid, Editorial Dykinson, 1996, p. 81.

²⁶⁸A “idade do cavalheirismo já passou. — Sucedeu-a aquela dos sofistas, dos economistas, dos calculadores” (BURKE, Edmund. op.cit., p. 100). Curioso como a história se repete.

²⁶⁹Caracterizando a contribuição inigualável da Revolução francesa para o individualismo, Burke a realça como a “mais importante das revoluções; isto é: a revolução dos sentimentos, dos costumes e das opiniões morais.” (BURKE, Edmund. op.cit., p. 103). Tocqueville, por sua vez, salienta certos resultados maléficos: “Não havendo mais entre os homens nenhum laço de castas, classes,

repúdio à autoridade de crenças e tradições então deformadas pelo declínio do modo de vida medieval. Esse período culminou na consolidação da Revolução industrial do século XIX, demarcando sua liberdade em oposição à anterior regulamentação, ou, nas palavras de Toynbee, realçando a *competição* em desfavor do controle antes exercido na *distribuição da riqueza*²⁷¹.

Os interesses individuais recém libertos sufocavam, entretanto, em sua expansão máxima, o bem-estar geral²⁷², mesmo porque o norte da evolução desejada apontava para a finalidade de obtenção de riqueza pela nação, relegando a uma fatalidade social a sua justa distribuição. A reação à frágil contenção desses interesses impôs, após um longo tempo de adaptação, mudanças em direção ao Estado Social.

Finalmente, hoje, a voracidade da intervenção, resultante no super-inchamento estatal, associada a incapacidade em se absorver o tempero tipicamente liberal de reserva das esferas de proteção individual, alimenta o refluxo da onda de liberalismo.

Valoriza-se, mediante tal explanação, faces salientes de um complexo fenômeno cultural. Que a força das palavras não ofusque a perspicácia de

corporações, família, ficam por demais propensos a só se preocuparem com seus interesses particulares, a só pensar neles próprios e a refugiar-se num estreito individualismo que abafa qualquer virtude cívica. Longe de lutar contra esta tendência, o despotismo acaba tornando-a irresistível, pois retira dos cidadãos qualquer paixão comum, qualquer necessidade mútua, qualquer vontade de um entendimento comum, qualquer oportunidade de ações em conjunto, enclausurando-os, por assim dizer, na vida privada. Já tinham a tendência de separar-se: ele os isola; já havia frieza entre eles, ele os gela.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 46).

²⁷⁰Revelando a mudança de concepção, tem-se o trecho seguinte: “*El movimiento del feudalismo hacia el capitalismo es la traslación de un modo em que el bienestar individual es un efecto de la acción socialmente controlada, hacia un mundo en que el bienestar social aparece como un efecto de la acción individualmente controlada*” (LASKI, Harold. op.cit., p. 26).

²⁷¹A importância da apreciação de Tonybee está na contemporaneidade de seu livro (1884) com o momento culminante da industrialização. Eis o trecho pertinente: “*The essence of the Industrial Revolution is the substitution of competition for the medieval regulations which had previously controlled the production and distribution of wealth.*” (TOYNBEE, Arnold. *The industrial revolution*. Boston, The Beacon Press, 1960, p. 58). Atente-se para o fato da utilização incomum da estrutura inglesa para significar por “*for*” o mesmo de “*in place of*”.

²⁷²A potencialização da riqueza em si não foi o bastante para produzir sua boa distribuição. A liberdade produz riqueza, mas somente sua circunspeção gera bem-estar: “*The effects of the Industrial Revolution prove that free competition may produce wealth without producing well-being.*” (TOYNBEE, Arnold. op.cit., p. 66).

moldá-las às virtudes e defeitos de cada época, a todas afastando, senão nos pontos salientados, do ideal de convivência humana hoje almejado.

Não se pretende, por óbvio, que os ciclos das opções históricas entre a filosofia liberal e a social resumam-se a uma simples bipolaridade²⁷³ excludente, mas a identificação desta fornece, ao menos, um degrau da escalada a que se propõe. Os soluços ideológicos da história recente da cultura ocidental, expressos em sístoles e diástoles, possibilitam uma melhor compreensão do momento atual, e permitem que se arrisquem novos passos, como o de tentar comparar a intensidade dos ciclos anteriores com os posteriores para daí tirar alguma conclusão. É historicamente evidente o caráter abrupto, violento e sangrento das primeiras contenções e expansões do pensamento dominante ocidental²⁷⁴, que passam por um abrandamento institucional, até às transformações puramente convencionadas, que bem podem ser visualizadas atualmente. A evolução aponta, portanto, para a negação das mudanças abruptas e das rupturas totais, o que leva a crer que a verdadeira sabedoria estaria em perfazer transformações tão imperceptíveis quanto possíveis para afastar o caráter antinatural das inconstâncias oscilatórias das posturas ideológicas extremadas. Se os ciclos diminuem em intensidade²⁷⁵, não há razão para crer que também não se afunilem no tempo, e à medida que o pêndulo balança com menor força, sua distância do equilíbrio diminui a cada passo, gerando posições cada vez menos passíveis de extremismos, por natureza, sempre distantes do equilíbrio, mesmo porque não se pode olvidar que muito do ciclo anterior contamina o ciclo seguinte, configurando-se no germe de sua restauração, e mais do que isso, integrando o acervo cultural do homem, que se torna mais rico a cada revolução do

²⁷³Tocqueville tem uma conhecida frase a esse respeito: “a história é uma galeria de quadros com poucas obras originais e muitas cópias” (TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 97). Maquiavel é mais direto: “na verdade, os homens seguem quase sempre caminhos já percorridos, agindo de forma imitativa” [MACHIAVELLI, Niccolò. *De Principatibus*. 1515. (trad. Sérgio Bath. *O Príncipe e dez cartas*. 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 21)].

²⁷⁴A violência e intensidade destes ciclos imprimiram sentido à expressão médica, que designa o móvel do fluxo sanguíneo, sob a denominação de *revoluções cardíacas*.

²⁷⁵Apontando para tal conclusão, a imensa complexidade e variedade das posturas dos indivíduos e dos grupos atuais, que, se não fossem seccionados para o estudo, dificilmente indicariam, com um mínimo de precisão exigível, a filiação ideológica de uma personalidade qualquer.

pensamento²⁷⁶, pois é o caráter revolucionário que revela o quanto a evolução das instituições humanas encontra-se defasada em relação ao espírito de cada época.

Fustel de Coulanges (1830-1889), com a autoridade de quem pesquisou a fundo as instituições da antigüidade clássica, identifica algo inerente ao ser humano, que sobrevive às transformações sociais e que as movimenta²⁷⁷. Esse algo revela um patrimônio cultural dinâmico, cujas origens encontram-se perdidas no tempo, porém *salvas na diversidade da alma*. O otimismo do Marquês de Condorcet (1743-1794), a respeito da incorporação histórica dos progressos humanos, transparecido em obra sua elaborada enquanto se refugiava da descontrolada guilhotina francesa, é significativo²⁷⁸.

Pode-se, pois, detectar a importância do momento seguinte à Revolução Francesa e da lei de continuidade histórica derivada dos parágrafos anteriores, mediante a percepção do mal dos extremos e da necessidade de respeito à tradição, à experiência, à circunspecção, ao equilíbrio, à moderação e prudência. Eis um componente essencial do pensamento institucional expresso na perpetuidade que reflete. Inequívoco, pois, o fenômeno de delineamento do conteúdo da natureza institucional dos direitos fundamentais. A natureza institucional pressupõe a evolução — sem revolução — dos conteúdos jurídicos pela percepção de bitolas eternas, porém mutáveis, balizadoras de suas transformações — sem rupturas. Há um trilho a direcionar a evolução pela negação

²⁷⁶“Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas, e o que cada uma dessas épocas lhe legou” [COULANGES, Fustel de. *La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 1864. (trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. 12ª ed., 3ªreimp., São Paulo, Hemus Editora Ltda., 1996, p. 9)].

²⁷⁷A este respeito, o trecho seguinte: “As reformas radicais de tempos a tempos surgidas na constituição das sociedades, não podem ser consequência nem do acaso, nem tampouco da força. O motivo que as provoca deve apresentar algo de poderoso, devendo residir no próprio homem. Se as leis da associação humana já não são as mesmas de antigamente, a razão está em que algo do próprio homem se modificou.” (COULANGES, Fustel de. op.cit., p. 8).

²⁷⁸Cf. CONDORCET, Jean-Antoine Nicolas de Caritat, Marquês. *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*. (trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. *Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano*. Campinas, Editora da UNICAMP, 1993).

da inversão do sinal dos direitos em prol da correção gradual de sua trajetória no tempo²⁷⁹.

O embate entre liberalismo e intervencionismo: esclarecimentos de sua contemporaneidade ao surgimento do Estado Social

Atenta-se, ainda, para a teoria que privilegia os ciclos históricos, mediante a chamada de atenção aos conceitos de liberalismo e intervencionismo, na configuração que hoje detêm, de liberalismo construtor, ou neoliberalismo, e intervencionismo social. Para tanto, restringir-se-á à determinação das posturas abstencionistas ou intervencionistas, que permearam a história recente da humanidade, afastando-se, embora sem desprezar, a dicotomia entre sistemas econômicos, pois ela se encontra configurada em tema que foge ao objeto de interesse do presente estudo. Tal dicotomia entre sistemas capitalistas e socialistas escapa às gradações da intervenção estatal, depositando-se no extremo desse fenômeno pela opção entre o tudo ou nada: o tudo, permitindo uma gradação infinita da intervenção e suas finalidades; o nada, tolhendo por completo o campo para influências interventivas mediante a descaracterização do caráter incidental da intervenção em prol de sua caracterização como origem do sistema.

Com vistas a isso, o aspecto econômico aqui é de importância fundamental, conquanto não decisiva²⁸⁰, levando-o, a partir do advento do Estado Liberal, a ser encarado como um reflexo necessário das concepções do

²⁷⁹A “lenta e contínua ação das instituições” é que provocam as grandes mudanças. Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 132.

²⁸⁰Heilbroner salienta não ter sido, nenhum dos grandes economistas, bastante tolo para pregar que “a sociedade corria sobre trilhos econômicos”. (HEILBRONER, Robert. *The wordly philosophers*. (trad. Sylvio & Therezinha M. Deutsch. *A história do pensamento econômico*. São Paulo, Nova Cultural, 1996, p. 287).

liberalismo²⁸¹. O peso dos argumentos econômicos é facilmente comprovado pela remissão ao berço de onde nutriu sua configuração inovadora mediante a identificação do *espírito capitalista* de que fala Max Weber²⁸².

Segundo Weber, o *espírito de lucro* não se confundia com o *espírito capitalista* do século XIX. O espírito capitalista significou a procura de um novo lucro, sempre renovado, expresso pela *rentabilidade*²⁸³, porém, mais do que isso, refletiu a racionalização do impulso ao lucro pela sua ponderação com o investimento, o que gerou uma *organização capitalista racional assentada no trabalho livre*, cuja importância era fomentada por uma *ética* própria antes inexistente²⁸⁴. Eis o ponto central de diferenciação analisado por Weber: a ascensão de uma ética capitalista oriunda do desenrolar das concepções calvinistas²⁸⁵, que culminou em fornecer os meios nunca antes tidos para mostrar ao mundo a Revolução industrial do século XIX. A ascensão do capitalismo ocidental teve por fator básico um racionalismo econômico peculiar ao Ocidente em virtude da não menos peculiar predisposição do indivíduo em adotar tipos de conduta racional, desde que não obstruídos por peias espirituais²⁸⁶. O deslanche da estrutura econômica moderna demandava uma *mentalidade econômica* finalmente fornecida pelo *protestantismo ascético*, cuja mais profunda modificação fora a introdução de uma *ética econômica capitalista* impensável no período histórico anterior à Reforma²⁸⁷. Tanto o desenvolvimento econômico experimentado demandava reformas religiosas como tais reformas impulsionaram tal desenvolvimento. As

²⁸¹Expressiva é a frase de Laski sobre a interdependência reinante: “*El individualismo económico del uno hace pareja con el individualismo intelectual del otro*” (p.117). Vide, ainda: TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 155.

²⁸²A obra de Weber que trata do tema, com grande acuidade e profundidade histórica é a seguinte: WEBER, Max. *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*. vol. I, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr, 1947 (trad. M.Irene de Q.F. Szmrecsányi e Tamás J.M.K.Szmrecsányi. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo, Livraria Pioneira Editora, 1967).

²⁸³Cf. WEBER, Max. op.cit., p. 4.

²⁸⁴Cf. WEBER, Max. op.cit., pp. 6/7.

²⁸⁵“Combinando-se essa restrição do consumo com essa liberação da procura de riqueza, é óbvio o resultado que daí decorre: a acumulação capitalista através da compulsão ascética à poupança.” (WEBER, Max. op.cit., p. 124). Conferir, ainda: WEBER, Max. op.cit., p. 123.

²⁸⁶Cf. WEBER, Max. op.cit., p. 11.

²⁸⁷Cf. WEBER, Max. op.cit., p. 12.

regiões de economia pujante foram particularmente propícias às mudanças de concepção religiosa²⁸⁸, que antes refletiam visões de mundo (*Weltanschauungen*) diferenciadas a respeito da *procura da riqueza* entre católicos e protestantes. Weber, todavia, debita especificamente ao calvinismo²⁸⁹ uma visão sobre a procura da riqueza, visão adequada à eliminação de obstáculos espirituais à ética capitalista. O aumento do capital passa a ser tomado como um fim em si mesmo para a expansão da obra divina sem qualquer conotação egoísta²⁹⁰. Configurava-se, antes, como uma forma de amenizar a voracidade natural do espírito de lucro, situando-o no campo ético²⁹¹. Dessa forma, Weber não hostiliza a Reforma, como quer Laski²⁹², mas a qualifica como aperfeiçoadora desta inclinação natural da humanidade ao lucro desenfreado. O puritanismo asseverou que o trabalho secular deveria ser encarado como uma vocação²⁹³, e retirou assim outro freio à expansão

²⁸⁸Cf. WEBER, Max. op.cit., pp. 19/20.

²⁸⁹A ponderação de Weber sobre o calvinismo ombréia com a análise de outros *representantes históricos do protestantismo ascético*: o Pietismo, o Metodismo, e as Seitas que derivaram do movimento Batista. Vide, a respeito: WEBER, Max. op.cit., pp. 65-109.

²⁹⁰A ética capitalista do ocidente, naquele período embrionário, “é acima de tudo completamente destituída de qualquer caráter eudemonista [de culto à felicidade] ou mesmo hedonista [de culto ao prazer], pois é pensado tão puramente como uma finalidade em si, que chega a parecer algo de superior à “felicidade” ou “utilidade” do indivíduo, de qualquer forma algo de totalmente transcendental e simplesmente irracional. O homem é dominado pela produção de dinheiro, pela aquisição encarada como finalidade última da sua vida. A aquisição econômica não mais está subordinada ao homem como meio de satisfazer suas necessidades materiais.” (WEBER, Max. op.cit., p. 33).

²⁹¹Cf. WEBER, Max. op.cit., p. 36/37.

²⁹²Laski ergue contra as afirmações de que interesses econômicos obscuros do protestantismo teriam tido sua inspiração primeira na Reforma, cerca de 50 densas páginas: “*En su aparición, el espíritu nuevo [de lucro] se encuentra con esa revolución teológica llamada la Reforma, que fue factor esencial en la modelación de sus doctrinas. Pero en la definición de su influencia debemos ser cuidadosos*” (p.27); “*Porque no debemos olvidar que la Reforma es, sobre todo, la revolución contra el papado; un intento para descubrir de nueva cuenta el sentido de la vida cristiana*” (p.28); “*La esencia de su prédica está en (...) mirar, igualmente, la penuria y la abundancia como dones de Dios que traen consigo una oportunidad para la “gracia”. Creo que ésa es la esencia de sus enseñanzas. ¡Nada más lejano del temperamento de los hombres que estaban modelando la nueva sociedad! Cuando en la segunda mitad del siglo XVII, la “vocación” [alusão ao termo utilizado por Max Weber para salientar o comprometimento da Reforma com o espírito capitalista] se contaminó de espíritu capitalista, ya la nueva sociedad contaba su buen siglo y medio de existencia y, para entonces, puede decirse que ya había logrado influir, por lo menos, tanto en el puritanismo como en el catolicismo*” (p.31) in LASKI, Harold. op.cit., pp. 27-75.

²⁹³Segundo Weber, “a única maneira de viver aceitável para Deus não estava na superação da moralidade secular pela ascese monástica, mas sim no cumprimento das tarefas do século, impostas ao indivíduo pela sua posição no mundo. Nisso é que está a sua vocação.” (WEBER, Max. op.cit., p. 53).

industrial, que lutava contra o modo de encarar o trabalho como meio de subsistência expresso pelos conceitos de *tradicionalismo econômico* ou *economia de necessidade*. Supera-se o tradicionalismo econômico em direção ao lucro livre dos limites impostos pelas finitas necessidades individuais²⁹⁴. O homem passa a existir para o trabalho a despeito de sua felicidade²⁹⁵. Institui-se, com isto, um utilitarismo mitigado pela ética do *dever cumprido*²⁹⁶, pois a Reforma trouxe especial ênfase ao prêmio religioso merecido pelo trabalho secular²⁹⁷, e os *representantes históricos do protestantismo ascético* seguiram-na, pregando a *doutrina da salvação pelas obras*²⁹⁸. O calvinismo significou, enfim, a exportação do ascetismo dos mosteiros para o “mercado da vida”²⁹⁹, mediante o seguinte conselho: “trabalha energicamente em tua Vocação”³⁰⁰. Partilha-se da posição de Weber quanto à desoneração da Reforma como defensora do *espírito capitalista*³⁰¹, abraçando, contudo, a afirmação de que “idéias adquirem força na História”³⁰² e influenciam, mesmo que involuntariamente, o rumo por ela tomado, já que foi inegável o “impacto que os motivos religiosos tiveram no processo de desenvolvimento da moderna cultura secular”³⁰³.

Assim sendo, o afã de lucro, existente desde os primórdios da humanidade, adquire nova feição, possibilitada pelo calvinismo e impulsionada

²⁹⁴Cf. WEBER, Max. op.cit., p. 42.

²⁹⁵Transcreve-se um trecho esclarecedor da nova ética implantada com o calvinismo: “os negócios com seu [do homem] trabalho contínuo tornaram-se uma parte necessária de suas vidas. É esta, de fato, a única motivação possível, mas, ao mesmo tempo, expressa o que, do ponto de vista da felicidade pessoal, é tão irracional acerca deste tipo de vida, em que o homem existe em razão de seu negócio ao invés de se dar o contrário.” (WEBER, Max. op.cit., p. 46).

²⁹⁶Cf. WEBER, Max. op.cit., p. 47.

²⁹⁷Cf. WEBER, Max. op.cit., p. 55.

²⁹⁸Cf. WEBER, Max. op.cit., p. 80. Transcreve-se, ainda, o seguinte trecho: “as obras não são a causa, mas apenas o meio de se conhecer o estado de graça de alguém, e, mesmo isto, apenas quando elas são realizadas exclusivamente para a glória de Deus.” (WEBER, Max. op.cit., p. 99).

²⁹⁹WEBER, Max. op.cit., pp. 109;130/131.

³⁰⁰WEBER, Max. op.cit., p. 113.

³⁰¹Reproduz-se a posição de Weber: “não se pode sequer aceitar uma tese tôla ou doutrinária segundo a qual o “espírito capitalista” (...) somente teria surgido como consequência de determinadas influências da Reforma, ou que, o Capitalismo, como sistema econômico, seria um produto da Reforma.” (WEBER, Max. op.cit., p. 61).

³⁰² WEBER, Max. *ibid.*

³⁰³ *id. ibid.*

pela filosofia liberal, de que o lucro leva natural e invariavelmente ao bem-estar social. Mas a Reforma, visando a preencher a dignidade do homem, que fora retirada pela Igreja então opressora, conquanto funcionasse como contenção de abusos³⁰⁴, permitiu a sobreposição do instinto de lucro por sobre a moral³⁰⁵, após o enfraquecimento da fundamentação da *vocação* protestante para o trabalho como expressão de amor ao próximo³⁰⁶. Esvaneceram-se as razões de *obtenção da graça divina* e de *benefícios à coletividade* tidas pelo puritanismo como próprias à vocação, mas sobreviveu poderosa a *lucratividade* como fim em si e não mais como meio para o alcance daquelas duas primeiras finalidades da vocação³⁰⁷.

Até mesmo no campo do desenvolvimento da atividade econômica, o bem-estar social e a saúde da alma, antes tidos por argumentos conclusivos a suplantarem justificações de utilidade material³⁰⁸, destacaram-se de seu criador e curvaram-se a uma moral própria de autoconservação da economia³⁰⁹

³⁰⁴Transcreve-se a constatação do Sr. e Sra. Hammond, sobre o papel de controle exercido pela Igreja durante a Idade Média, que foi paulatinamente debilitado até ver-se despido de toda função social que lhe caracterizava: “*In the Middle Ages the Church had laid a controlling or checking hand on manners: the Guilds had hampered individual enterprise by a corporate discipline. But the Church of the eighteenth century was merely part of the civil order, without standards, authority or conscience of its own; the Guilds were dead, and their successors stood not for corporate spirit, but for property and nothing else.*” (HAMMOND, J.L. & Barbara. op.cit., p. 212).

³⁰⁵Tocqueville encerra a questão culpando a quem tem de culpar: “no século XVI a maioria dos grandes [potentados] atirou-se à mudança de religião por cálculo de ambição ou cupidez, e o povo, ao contrário, por convicção e sem dela esperar nenhum proveito.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., pp. 172/173).

³⁰⁶A fundamentação de Lutero o diferia do *espírito capitalista*, e “como se sabe essa fundamentação essencialmente escolástica [de Lutero] logo desapareceu, permanecendo, cada vez mais enfatizada a indicação de que o cumprimento das tarefas do século sob quaisquer circunstâncias é o único caminho para satisfazer a Deus” (WEBER, Max. op.cit., p. 54). Para a análise da transformação da *vocação tradicional* para a *capitalista*, vide: WEBER, Max. op.cit., pp. 55-62.

³⁰⁷“poder-se-ia traçar o curso de sua [da ética sócio-política] transformação histórica, dos princípios medievais de uma ética secular para um puro utilitarismo, através das diversas ampliações do campo da religiosidade ascética”(p.132). “Uma ética profissional especificamente burguesa surgiu em seu [*Deo placere vix potest*] lugar”(p.127) in WEBER, Max. op.cit. Conferir, ainda: WEBER, Max. op.cit., p. 116.

³⁰⁸Eis um trecho esclarecedor de Laski: “*El interés individual no se presentaba como argumento concluyente. No se aceptaba la utilidad material como justificación de la conducta económica. Aquellas instituciones sociales [Estado, Igreja e Corporações] trataban de imponer, y en parte lo imponían, un cuerpo de reglas para gobernar la vida económica cuyo principio animador era el respeto al bienestar social en conexión con la salud del alma en la vida futura. Ante esta consideración, se estaba dispuesto a sacrificar el interés económico del individuo, puesto que ello aseguraba su destino celestial*” (LASKI, Harold. op.cit., p. 23).

³⁰⁹A já citada postura ingênua dos economistas clássicos (vide texto referente à nota 219) não pode ser encarada como absoluta, pois se pode detectar facilmente que a finalidade utilitarista criava

tomada agora em sua macrovisão ofuscante do papel central do indivíduo no todo social. A própria separação entre a religião e a moral afastou as considerações de limitação ao congregado econômico antes impostas pela dignidade do ser humano, como ser divino, parte da Criação. Uma análise de Dobb sobre a história do capitalismo demonstrou que foi principalmente em razão dessa desoneração dos espíritos que as maiores barbáries foram cometidas em prol do desejo de lucro, pois não somente o grande capital via-se encoberto pelo dogma da liberdade ilimitada, mas as individualidades também usurparam o cargo de carrascos da consciência moral³¹⁰.

Figuras como Quesnay (1694-1774), Turgot (1727-1781), Adam Smith (1723-1790) e Keynes (1883-1946) guiam a visão econômica de um momento anterior à consagração do liberalismo clássico até a adoração do intervencionismo utilitarista. No entanto, os extremos se chocam com a história de seus fracassos e o poder se dissipa enfraquecendo-os a ponto de exigir-lhes

teorizadores econômicos inimigos da caridade e da tutela social por interesses puramente de garantia da perpetuidade do agregado econômico, mediante a manutenção, a qualquer custo, de uma *oferta perfeitamente elástica de mão-de-obra* para a indústria. A esse respeito, as palavras de Dobb: “*With starvation as a relentless goal to employment, and with labour unorganized, many of the factors to which comment is so often directed today as retarding mobility had no place; and economists were able to maintain that if only the labour market were unfettered and free from the unwarranted interference of legislators or charity-mongers, a rising demand for labour, wheresoever it arose, would generally evoke the supply to satisfy it within a reasonably short interval of time*” (DOBB, Maurice. *Studies in the development of capitalism*. 7ª ed. (1ª ed. de 1947), New York, International Publishers, 1978, p. 274). O trecho traduzido encontra-se em: DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. trad. Affonso Blacheyre, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1965, p. 335.

³¹⁰Dobb atenta para a presença de figuras como dos *butties* — nas minas de carvão —, dos laminadores-mestres — nas usinas de laminação —, do *overhand* — supervisor nas fundições de bronze e fábricas de correntes —, que serviam tanto para desonerar a contratação direta como para pulverizar qualquer tipo de controle de eventual exploração excessiva do indivíduo. As próprias *operárias empregavam meninas ajudantes nas fábricas de botões*, e as *formas mais brutas de pequena exploração* ocorriam graças, em grande parte, ao *caráter ainda primitivo da relação de emprego*. O empregador imediato não era o grande capitalista, mas o *empreiteiro intermediário* (*intermediate sub-contractor*). Dobb atribui a esse duplo grau de subordinação o grande destaque conferido às “*forms of petty exploitation associated with long hours and sweated labour, children's employment, deductions and truck and the disregard of health and safety*” (p.266), pois “*the system of subcontracting was common*” (p.266) in DOBB, Maurice. *Studies in the development of capitalism*. 7ª ed. (1ª ed. de 1947), New York, International Publishers, 1978. Assim, não somente o grande capital sobrepôs-se a considerações éticas, mas, o que é mais grave, a própria liberdade de contratar e auferir lucro sobrepôs-se à consciência moral dos indivíduos considerados isoladamente, mesmo porque as bodas de ouro do capitalismo industrial caracterizaram-se pelo aumento do número de *pequenos* fabricantes e não na concentração em grandes fábricas.

equilíbrios cooperados³¹¹, onde a oposição cede lugar à gradação, e a opção ao meio termo. Fossem aplicadas tais considerações e os males do extremismo liberal do século XIX não ofuscariam por tanto tempo suas contribuições, e não fortaleceriam demasiadamente o seu antagonismo. Esclarece-se melhor esse tópico no próximo item.

Insistindo-se nos ciclos históricos, a associação das idéias com um fenômeno natural ajuda na determinação daqueles e na indicação de novas conclusões. É a característica fundamental de distinção entre o Estado Liberal e o Social que revela a elaboração desse modo de pensar: fala-se da atitude positiva do Estado Social e da correspondente postura negativa do Estado Liberal, que vistos em sua significação maior, expressam uma polaridade atrativa tendente, ao fim, à manutenção do todo uniforme.

Certamente o exemplo histórico finalmente esclarecerá o fenômeno.

O “étatisme” e a filosofia liberal

Estado de Direito, Estado Liberal, Estado-gendarme³¹², Estado-garantia, designam o produto da doutrina, que tomou força e reinou no mundo

³¹¹ Sobre o papel do pluralismo de interesses contrapostos para o alcance da decisão ótima, tem-se o trecho seguinte de Burke: “Tais oposições e conflitos [próprios ao Estado francês pré-revolucionário], que os franceses consideram uma tão grande imperfeição na sua antiga Constituição e na nossa [inglesa], impõem, no entanto, um freio salutar a todas as resoluções precipitadas. Elas tornam a deliberação uma necessidade, e não uma questão de escolha; fazem de toda a mudança uma matéria de *compromisso*; criam *temperamentos* que evitam males terríveis produzidos por reformas brutais, repentinas e absolutas, e tornam impraticáveis as ações inconsideradas do poder arbitrário. [§] Em função desta diversidade de membros e de interesses, a liberdade geral teria tido, na França, tantas garantias quantas eram as distintas perspectivas nas diferentes ordens.” (BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. 1790 (trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lídia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a revolução em França*. 2.ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 71).

³¹² Omiti-se o termo Estado-polícia ou eudemonístico (*tudo para o povo, nada, porém pelo povo*), devido ao conteúdo pejorativo que lhe foi dado pelos historiadores constitucionais alemães da metade do séc. XIX, segundo os quais “movidos por um compromisso político liberal-burguês, correspondente ao ideal constitucional do “Estado de direito”, entenderam contrapor a este, como fase antitética ou ao menos anterior ao desenvolvimento histórico das formas estatais, precisamente o “Estado de polícia.” (BOBBIO, Norberto [et alii]. op.cit., p. 409).

ocidental, a partir do século XVIII, como parâmetro organizacional maior de um ente soberano. É bem verdade que ao falar das influências do liberalismo, resumidamente descritas linhas atrás, não se despreza a advertência de que o seu início é mais um *étatisme*³¹³ do que um produto pronto e acabado da filosofia liberal, mas está justamente aí o nó que faltava a teia de acontecimentos ora estudada.

O Estado Liberal humanizou “a idéia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna”³¹⁴, mas embora fosse o embrião do ideal democrático pleno, pleiteando a participação de todos na determinação dos rumos da nação, tombou-se para o outro extremo de utilização da máquina estatal em prol de interesses unilaterais de uma classe social pela simples aplicação da filosofia da não-intervenção³¹⁵. Tanto assim o foi, que se originou uma corrente que fazia frente a tais conquistas liberais, por antagonismo a sua natureza³¹⁶. Fala-se do Estado socialista, que preconizou, em última análise, o monopólio decisório e de controle não de todas as classes, mas exclusivamente do proletariado. Caiu no mesmo engodo da infância do liberalismo, porém mais diretamente. Não conseguiu assimilar que a origem do problema estava naquilo que já Tocqueville identificava como fonte do pensamento socialista: a centralização máxima do poder estatal em detrimento do individual³¹⁷, primeiramente fortalecida

³¹³Cf.LASKI, Harold. op.cit., p. 55.

³¹⁴BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 23.

³¹⁵Vide uma frase de Lajugie e este repetido no texto correspondente à nota 325, p. 97.

³¹⁶Demonstrando a sintonia dos radicalismos de direita e esquerda, vide: SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1ª ed. de 1923), Berlin-Münche, Verlag Duncker & Humblot, 1979. (trad. Thies Nelsson e Rosa Grueso. *Sobre el parlamentarismo*. 2ª ed., Madrid, Editorial TECNOS, 1996, pp. 67-, 70-72 e 95).

³¹⁷Transcreve-se, aqui, a passagem pertinente: “Pensa-se que as teorias destruidoras que chamam hoje em dia *socialismo* são de origem recente: é um erro, pois estas teorias datam da época dos primeiros economistas. Ao passo que estes queriam usar o governo todo-poderoso no qual sonhavam para mudar as formas de sociedade, os outros apoderavam-se em imaginação do mesmo poder para arruinar suas bases. [§] Leia o *Código da Natureza*, de Morelly: nele encontrarão, além de todas as doutrinas dos economistas sobre a onipotência do Estado e seus direitos ilimitados, algumas das teorias políticas que mais assustaram a França ultimamente e que pensávamos novíssimas: a comunidade de bens, o direito ao trabalho, a igualdade absoluta, a uniformidade em todas as coisas, a regularidade mecânica em todos os movimentos dos indivíduos, a tirania regulamentar e a completa absorção da personalidade dos cidadãos no corpo social. (...) Este livro que parece ter sido escrito ontem data de cem anos: saiu em 1755, ao mesmo tempo que Quesnay fundava sua escola; o que mostra que a centralização e o socialismo são produtos do mesmo solo, sendo seu relacionamento o

no despotismo real³¹⁸. Não é uma concepção de direitos que distingue o socialismo de então. A princípio, esse é chamado pela concentração do poder e pela opção de igualização forçada mediante a eliminação da fonte de diferenciação — a propriedade privada.

O mal desse período histórico revelou-se em encobrir as dificuldades e tropeços da emancipação do indivíduo, que perseguia uma liberdade mais humana, mediante exageros de liberalizações ou contenções arbitrários. Arremessou anos à frente aquilo que, passo a passo, deveria seguir seu rumo natural.

Desta forma, o que se poderia prever seria a derrocada de ambas as formas de autoritarismos, sendo que o chamado bloco capitalista é que se viu obrigado a solucionar mais cedo suas contradições, pois via-se já inserido em um processo democrático apto a impulsionar a modificação necessária do regime para um equilíbrio de fato³¹⁹. Esse equilíbrio veio com a percepção das demandas qualificadas pelo Estado Social a exigirem um regime de intervenção social — intervencionismo social —, ou ainda sob outro enfoque, de construção social ou edificação social na liberdade — liberalismo construtor. Dessa forma, vislumbra-se aqui uma síntese de *gradação* da intervenção, de que se falava linhas atrás, para a consecução dos fins sociais. E normalmente está aqui o elemento central de críticas ao intervencionismo estatal, quando ele acaba por sufocar o próprio mercado livre. Contudo, parece que a questão, neste ponto, não se refere à opção liberalismo-

mesmo que o da fruta cultivada e da fruta selvagem.” — grifos nossos. (TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 158).

³¹⁸“Esta doutrina [de que, na origem, todas as terras do reino foram concedidas pelo Estado, que se tornara assim o único verdadeiro proprietário, enquanto todos os outros só eram possuidores, cujo título permanecia contestável e cujo direito era imperfeito] originou-se na legislação feudal, mas só foi declarada na França nos tempos em que morria o feudalismo e os tribunais de justiça jamais a admitiram. É a idéia-mãe do socialismo moderno e é curioso ver como criou primeiro raízes no despotismo real.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. op.cit., p. 175).

³¹⁹Aqui, toma força a teoria democrática em “evitar que a transição [do Estado Liberal a outra forma mais democrática] conduza necessariamente àquele resultado, ou seja, ao Estado da última classe — o proletariado — como já acontecia em vasta área de países socialistas do Oriente, e sim ao Estado de todas as classes, como pretende ser o Estado democrático do Ocidente, ditado pelas mudanças inevitáveis do capitalismo e pelo imperativo de justiça social, que obriga ao abandono das antigas posições doutrinárias do liberalismo” (BONAVIDES, Paulo. *ibidem*).

intervencionismo, mas antes à dosagem do caráter interventor. O Estado Social reflete um *aprofundamento* e uma *extensão* do Estado-protetor clássico³²⁰.

A fertilidade do tema impede que se conclua aqui.

Detecta-se, pois, um conflito histórico entre o Estado socialista, de uma classe, e portanto antidemocrático, e o Estado Social, procurando consolidar uma democracia substancial³²¹. O Estado socialista sucumbe em prol do Estado Social. O segredo pois está em manter a evolução iniciada com a *planificação na liberdade*, tão mal compreendida pelas posturas extremistas liberais³²². Eis uma questão muito atual e não menos relevante para o direito. Como conciliar a liberdade com sua restrição? Ou seria melhor formulá-la de outra maneira: como conciliar liberdade e intervenção? Certamente essa última ao menos permite sair da contradição e socorre-se da história e da natureza da associação humana para dizer que não há nada de novo em ceder parcela da liberdade para não perdê-la integralmente, e mais, cedê-la para podê-la usufruir na sua íntegra. Somente uma interpretação aberta³²³ e evolutiva, que determine o sentido dos direitos, não somente em si mesmos, mas também em sua objetividade, permitirá o alcance de uma posição cômoda entre a opressão do núcleo essencial dos direitos individuais e a eficácia das configurações intervencionistas de progresso geral.

³²⁰Pierre Rosanvallon esclarece, em um livro recente, embora já clássico, com enfoques originais sobre a crise do *Estado-providência* francês, que, em última análise, “o Estado-providência do século XX é um aprofundamento e uma extensão do Estado-protetor «clássico»”(p.18) tal como fora pensado e contruído nos séculos XIV ao XVIII; um Estado “produtor de segurança e redutor de incertezas”(p.19) “não porque tenham a mesma forma e se apoiem nas mesmas instituições: mas porque se baseiam em uma mesma representação do indivíduo e das suas relações com o Estado”(p.21) in ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'État-providence*. Éditions du Seuil, 1981. (trad. Joel Pimentel de Ulhôa. *A crise do Estado-providência*. Goiânia, Editora Universidade Federal de Goiás e Editora da Universidade de Brasília, 1997).

³²¹Vide nota 344.

³²²Bonavides explica a razão da reação liberal: “O Estado Social é, sob certo aspecto, decorrência do dirigismo que a tecnologia e o adiantamento das idéias de colaboração humana e social impuseram ao século. De um lado, os povos que vêem nele o instrumento da sua maioria política, social e econômica. De outro, a escolha hamletiana entre a planificação livre e a planificação completa. Mas planificação livre, planificação na liberdade? Não haverá aí alguma contradição? Quando responde precisamente a essa indagação, é que o liberalismo se enrijece na sua fúria anti-social, nas objeções às medidas híbridas, que impermeabilizam algumas zonas da sociedade à plena realização da livre iniciativa.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 25).

³²³Vide, a esse respeito, capítulo intitulado “Natureza aberta da interpretação constitucional e em especial dos direitos fundamentais”: p. 55.

Se a razão intervencionista ainda estivesse em discussão, poder-se-ia afastar um dos pólos da questão e exterminá-la ali mesmo, por assim dizer, mas a noção de dirigismo estatal de gradação variada é necessária à concretização da democracia, conforme decorre da experiência mal sucedida do liberalismo puro. Lajugie determina com precisão, como defeito fundamental das doutrinas liberais clássicas, o de apegar-se a *idéia abstrata de liberdade* em detrimento das *liberdades concretas*³²⁴. Salienta, por outro lado, as qualidades do neoliberalismo, ou liberalismo construtor, como sendo a negativa do abstencionismo estatal. “Liberalismo não significa abstencionismo. Não intervir é tomar o partido do mais forte, a quem se concede carta branca”³²⁵.

Surge, assim, uma questão atual de diferenciação entre as correntes de pensamento liberal-contrutora e intervencionista-social. Evidentemente a diferença entre elas tem sede em terreno alheio à intervenção em si mesma. Situa-se nas razões de gradação da intervenção.

O intervencionismo nasce como a expressão de um ponto de vista mais humano do fenômeno econômico, que chegara a adquirir uma moral própria causadora de todo sofrimento³²⁶, muito embora não se queira dizer com isso que foi premeditada para o mal³²⁷, mas que haveria de ceder à reação cultivada no século

³²⁴Utilizando uma abordagem que, à primeira vista, poderia ser confundida com a de um jurista de nossa época, diz ele: “O liberalismo clássico teve o defeito de apegar-se apenas á idéia abstrata de liberdade, ao invés de preocupar-se com as liberdades concretas e, sobretudo, com a concorrência. De fato, no mundo moderno, a concorrência desapareceu e, com ela, as reações que deviam assegurar o equilíbrio econômico. A própria liberdade destruiu a concorrência e isto provocou: *Uma má organização da produção (...)* *Um mau funcionamento dos mercados (...)* *Um mau funcionamento da moeda*” [LAJUGIE, Joseph. *Les doctrines économiques*. Paris, Presses Universitaires de France. (trad. J. Guinsburg. *As doutrinas econômicas*. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1959, pp. 121/122)].

³²⁵LAJUGIE, Joseph. op.cit., pp. 122/123.

³²⁶Sobre o momento de acentuação da exploração operária, vide: nota 218

³²⁷Laski explica brilhantemente o ambiente intelectual e social da época a direcionar as conclusões dos economistas clássicos. Dizia que o liberalismo “*carece de agudeza imaginativa para darse cuenta de que las relaciones de clase que ha formado hacen de ello una aventura imposible. Sus cercamientos arrancan al labrador de la tierra; sus reglas de la propiedad comercial no dejan al obrero industrial otra cosa vendible que su trabajo. Habiendo hecho de la desigualdad un artículo implícito de su fe, invita luego a la libertad a quien se le niegan los medios para alcanzarla*” (p.135). “*No es difícil, por consiguiente, comprender su concepción. Ellos [os liberais clássicos] surgieron en una época cuyas conquistas inmensas les daban títulos de orgullo. Tuvieron, como la mayoría de los hombres la tendría, una menguada idea de su significado. La magia de la nueva riqueza que caía sobre ellos los tenía hipnotizados. Vieron las grandes fortunas hechas por parvenus que aún el día anterior, por así decir, no parecían ser cosa alguna; no sin naturalidad dedujeron que la carrera*

XIX e liberada no século seguinte com a contradição entre liberalismo e democracia no outro extremo, e como síntese de tudo, o advento do Estado Social³²⁸.

Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos

O ideal liberal burguês teve sua limitação na supervalorização do aspecto econômico. No período histórico anterior, o econômico via-se dirigido pelo político. O liberalismo cai no outro extremo, deixando o político súdito do econômico³²⁹. A acomodação dos direitos do indivíduo deveria dar-se naturalmente por uma liberdade abstrata e formal. Isso causou entretanto distorções concretas alheias às preocupações daqueles que não se viam afetados por elas.

Os direitos tutelados no Estado Liberal tinham sua eficácia limitada por aspectos subjetivos próprios da nova estrutura econômico-social. Não se propunham modificar o mundo, mas deixá-lo modificar-se. Assim, careciam

estaba abierta para el talentoso, y que fijar las normas en su interés era también hacerlas en interés del bien común. Volvieron a bruñir el contenido del principio cristiano para dar nueva autoridad a su entusiasmo. La filosofía, aun la ciencia, estaban unidas a su servicio. No percibían que estaban aprisionando la naturaleza humana en categorías demasiado estrechas para contenerla. Ni aun sabían que el criterio con que juzgaban los objetivos humanos estaba concebido esencialmente en términos económicos. Los hombres que dudaban de sus principios o que se oponían a ellos, eran, o fracasados como Lilburne y sus partidarios, o como Bourdaloue, gente que defendía los moldes antiguos. Habían encontrado, según creían, un método para reconciliar la ambición individual y el bien común. Sólo en la época siguiente se reafirmó la vieja verdad de que un hombre debe perderlo todo para ganar su propia alma” (pp.135/136) in LASKI, Harold. op.cit.

³²⁸Sobre a posição de equilíbrio a originar o Estado Social: “o Estado Social propriamente dito — não o do figurino totalitário, quer de extrema esquerda, quer de extrema direita — deriva do consenso, das mutações pacíficas do elemento constitucional da Sociedade, da força desenvolvida pela reflexão criativa e, enfim, dos efeitos lentos, porém seguros, provenientes da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais, volvidos, de último, ao seu leito normal.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 32).

³²⁹A este respeito salienta Bonavides: “Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 55).

daquele qualificativo que viria a ser introduzido com o Estado Social, ou seja, o caráter *prospectivo* dos direitos.

O conteúdo prospectivo viria a transparecer no direito a força das projeções do pensamento, que sensibilizam o tecido da existência, precipitando o movimento da realidade pelos preceitos carregados de natureza diretiva influente. Significa voltar os olhos para o que Recasens Siches chama de *hacer vital*:

*“El hacer vital consiste en un determinar qué voy a ser, qué voy a hacer en el próximo instante; por tanto empieza por ser lo que aún no soy, empieza por ser futuro, en ocuparme de lo que he de hacer, o lo que es lo mismo, en pre-ocuparme”*³³⁰

*“Nuestra existencia está formada por una serie de valoraciones, es decir, por una sucesión de estimaciones (...) expresado con otras palabras: la estructura de la vida es estimativa”*³³¹

A prospecção impressiona o mundo com vibrações aceleradoras do ritmo dos acontecimentos, que traduzem uma das principais razões do dever-ser do direito. O dever-ser existe não só para incorporar o comportamento humano, mas também para direcioná-lo rumo aos princípios albergados pelo sistema. Com o Estado Social, os chamados direitos fundamentais deixam de ser catálogos exclusivos da ingerência estatal para servirem de catálogos prospectivos³³² limitadores da própria criação legislativa. Os direitos liberais foram feitos para preservar a estrutura de relações passadas, deixando de manifestar a essência do direito, que é a conformação do presente mediante preceitos para o futuro. Eram direitos distantes e tocados por poucos. Somente atingiriam aqueles que a eles já estivessem próximos por sua condição social privilegiada. Eram direitos cujo conteúdo encontrava-se fora dos mesmos, nas peculiaridades subjetivas de cada um. Tais peculiaridades determinavam a extensão daqueles e, por consequência, lhes

³³⁰RECASENS SICHES, Luis. *Lecciones de sociologia*. Mexico, Editorial Porrúa, 1948, p. 274.

³³¹RECASENS SICHES, Luis. op.cit., p. 278

³³²Ou, em outros termos: pretensões de não-intervenção *versus* pretensões de realização. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 75.

limitavam o conteúdo. Abstratos, aproximaram-se tanto do subjetivo, que careceram de qualquer objetividade³³³.

O Estado Social se propôs fazer valer objetivamente as liberdades concretas³³⁴ como *elementos constitutivos da ordem institucional*³³⁵. Tenta afastar de considerações particulares do indivíduo a eficácia dos direitos, sem contudo soterrar a personalidade humana, o que de fato não conseguiu satisfatoriamente em um primeiro momento. Lança o olhar sobre o mal causado pela visão fria e endurecida da *soturna* liberdade de que fala Bonavides e reage a ela de forma a tornar mais denso o conteúdo dos direitos mediante sua objetivação³³⁶. A objetividade permite que o direito seja algo mensurável, e é um pressuposto para a definição de núcleos essenciais daquele³³⁷. O Estado Social, dizia-se, institucionalizou, por meio de regimes jurídicos específicos, temas jurídicos básicos, humanizando-os. Ele significou a constatação de que um direito, embora abstratamente uno, via-se pulverizado em diversas gradações de acordo com o ser que o reclamava. Digladiou contra um direito, que em concreto, atomizava-se em particularizações subjetivas, cujo grau máximo de identidade com o correspondente abstrato somente era alcançado em função de sinais exteriores de poder econômico. Sob outro enfoque, opôs-se a um direito sufocado em cada momento pontual de sua aparição concreta por forças conjunturais alargadoras ou compressoras de seu conteúdo. Os direitos efetivos eram, enfim, restritos àqueles que deles podiam usufruir, e o Estado Social propunha amenizar a desigualdade de forças, que

³³³A profunda observação atribuída a Bismarck e retirada de Vierkandt por Bonavides não pode ser dispensada: “a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato — econômicas, sociais, políticas e pessoais. Termina «a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome».” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 61).

³³⁴Cf. BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 44.

³³⁵Lavilla Alsina salienta também, além da natureza subjetiva dos direitos fundamentais, sua existência objetiva como *elementos constitutivos da ordem institucional*. Cf. ALSINA, Landelino Lavilla. In: PINA, Antonio Lopez [et alii]. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid, Editorial CIVITAS, 1991, p. 35.

³³⁶Lavilla Alsina expressa bem a transição operada na história recente com o Estado Social: “*han trasladado el centro de gravedad de lo formal a lo material, de la declaración y reconocimiento a la efectividad y garantía*” (ALSINA, Landelino Lavilla. In: PINA, Antonio Lopez [et alii]. op.cit., p. 37).

³³⁷Cf. GALLEGO, Elio A. op.cit., pp. 51/52.

entorpeceria a liberdade abstrata. Nesse sentido que Elio Gallego salienta que a objetividade do direito quer dizer que o direito não radica no sujeito, mas em algo externo a ele³³⁸. Contudo, aqui se acrescenta que isso apenas significa dizer que o direito obtém seu contorno de aplicação numa dinâmica objetiva, o que não implica menosprezar o ser como origem e razão de tudo, mesmo porque, é a objetividade que destaca o fenômeno da relatividade cultural do observador por concretizar o seu antagonico e permitir a criação subjetiva em torno desse.

Enquanto no Estado Liberal, a sociedade reduzia-se a uma *poeira atômica de indivíduos*³³⁹ expressa como ordem positiva oponível ao Estado, visto esse como um *negativum* da mesma liberdade, o Estado Social reconcilia a sociedade com o Estado pela aproximação dos seus interesses, trazendo eficácia aos direitos abstratos pela institucionalização da sociedade no Estado. Faltava uma estrutura diretiva de valores, que canalizasse a voz da sociedade. Aquela ordem positiva *oponível ao Estado* cede lugar a ordem positiva *através do Estado*. O caráter positivo do Estado Social pode assim ser encarado também como a continuidade do caráter positivo do direito, agora a se utilizar de um elemento catalisador de natureza institucional: o ente estatal.

Incorporado o Estado Liberal pelo Estado Social, esse o qualificou pelo intervencionismo e tutela sociais³⁴⁰, porém, em uma primeira fase não pôde eliminar a contradição herdada de seu predecessor entre democracia e liberalismo³⁴¹, embora exprimisse em sua própria denominação essa tentativa³⁴². A

³³⁸Cf. GALLEGO, Elio A. op.cit., p. 51.

³³⁹Cf. BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 40.

³⁴⁰Eis algumas das características principais do Estado Social: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, neste instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.”(p.186), e acrescenta o autor ter sido a revolução do Estado Social a “grande Revolução em que não se derramou sangue, mas que é a revolução das revoluções”(p.205) in BONAVIDES, Paulo. op.cit..

³⁴¹Apoiando esta tese, vide: BONAVIDES, Paulo. op.cit., pp. 68, 86, 133 e 141.

infância política da humanidade cessara; era chegado o momento de aprender a limitar-se com conhecimento do mal causado pelo uso indevido de uma liberdade não amadurecida. Assim, sua concepção democrática de pura e simples *positivação social da liberdade*³⁴³ sem contenções outras operadas por valores essencialmente de origem individual dilata sua essência para além de seu conteúdo e a transforma em mera forma, na qual radicalismos de esquerda e de direita cultivaram suas ideologias de uniformização das individualidades.

Surgia o conceito de *democracia procedimental*³⁴⁴, em que os mecanismos do sufrágio universal e da representatividade não conseguiram lograr a sintonia que se esperava tivessem promovido entre Estado e Sociedade. A herança liberal ainda corria forte nos corações do século XX, e embotava, por meio de uma doutrina individualista de enfraquecimento e desestruturação estatal, a consolidação do Estado Social no seu nascedouro³⁴⁵. A mudança de eixo, operada por Hegel na visão de mundo, deu ares novos à combustão da problemática mal resolvida da relação Estado-sociedade. Hegel, “o ardoroso Copérnico da ciência política”³⁴⁶ forneceu a mudança de perspectiva filosófica: “ao invés de a sociedade girar em torno do indivíduo, é o indivíduo que gira em torno da sociedade”³⁴⁷. Novamente a história tomba-se para o outro extremo. Fugia-se da subjetivação desprezadora das

³⁴²Esclarecedora a denominação assumida na Lei Fundamental alemã de 1949, após o aprendizado da 2ª Grande Guerra, revelando a preocupação sobrevivente da questão mal resolvida da compatibilização democrático-social: “Art.20. (1) Die bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.” (A República Federal da Alemanha é uma Federação democrática e social).

³⁴³Cf. BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 180.

³⁴⁴Manuel Aragón, catedrático de direito constitucional da Universidade de Madrid, tem magistral passagem sobre a *democracia procedimental e democracia substancial*, no estudo preliminar ao livro de Schmitt. Vide: SCHMITT, Carl. op.cit., pp. XXIX e XXX).

³⁴⁵Revelando os rumos tomados pela política da primeira metade do século XX, em decorrência do desequilíbrio instaurado pelo extremismo individualista-liberal, tem-se o seguinte trecho: “Mas ela [a doutrina individualista] foi indiscutivelmente perigosa para a defesa da mesma personalidade do homem, quando caiu na contradição e na antítese de determinar, de um lado, o enfraquecimento do Estado, no velho esquema da liberal-democracia, e, de outro, na hipertrofia do Estado, no moderno esquema totalitário, ou seja, na ideologia dos que buscavam resposta para o desnível e o desencontro entre a realidade social, mais poderosa e dominadora, e a realidade jurídica, mais fraca e sem conteúdo, de feição normativista, logicista e abstrata, que rodeava e ocultava, na sociedade burguesa, um mundo interno de contradições, em plena fermentação.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 74).

³⁴⁶BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 133.

³⁴⁷id.ibid.

conformações objetivas para se precipitar na objetivação plena, absorvente da personalidade. Abriram-se, então, os portões, para a marcha dos totalitarismos do século XX³⁴⁸. A democracia procedimental revelava sua fragilidade no vazio valorativo que encarnava, permitindo ser preenchido pelas doutrinas de hegemonia propugnadas no entre-guerras de tendência antiliberal. Tais doutrinas encontravam sua filiação teórica no organicismo da Antiguidade³⁴⁹, e mais recentemente, no veio do conhecimento aberto por Rousseau e Hegel sintetizado na *volonté générale*³⁵⁰, clamando por um conteúdo volitivo geral *uniforme*, que o século XX amargou em tentar alcançar.

A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento anti-representativo de Schmitt

Algumas palavras sobre o pensamento de Carl Schmitt(1888-1985), particularmente em seu livro intitulado *die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* — a situação histórico-intelectual ou histórico-espiritual do parlamentarismo³⁵¹ —, são imprescindíveis para o entendimento da

³⁴⁸Transcreve-se trecho de grande esclarecimento, em que se atribui à preponderância absoluta do social sobre o individual a origem do descompasso entre Estado e sociedade: “Acha-se plantada na gênese da mutação [de preponderância agora do social sobre o individual] a semente do totalitarismo do século XX, das grandes reações antidemocráticas, que, rompendo o equilíbrio entre o indivíduo e a sociedade, provocaram a crise do Estado moderno. [§] Essa crise há sido assinalada com a postergação dos direitos do Homem, a invasão das esferas sagradas de natureza subjetiva, a ameaça quase permanente, que paira, de eliminação da personalidade humana. [§] E como a maré social que vem de Hegel seria, na gigantesca onda do totalitarismo, a rebarbarização do mundo que dois milênios de civilização mediterrânea nos herdaram, há no coração de quase todos os povos um movimento refletido de autodefesa, que é a retomada da consciência jusnaturalista, no campo político, ou seja, um retorno espiritual, bem que moderado, ao século XVIII, para temperar a ordem política e sobrestar os excessos que o primado absoluto da coletividade acarretou. [§] A mais recente literatura política dos países ocidentais exprime essa linguagem, traduz essa tendência, aponta esse anseio, denota, em suma, na reconsideração crítica do passado, a efetiva reconciliação do binômio clássico: indivíduo-sociedade.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 134).

³⁴⁹Cf. BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 164.

³⁵⁰Cf. BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 141.

³⁵¹O termo *parlamentarismo* é empregado no sentido que este detinha na filosofia liberal do século XIX e início do XX, ou seja, como forma de Estado e não de governo, “*consistente en la emancipación de la ciudadanía frente a los privilegios hereditarios de las clases*” (p.48). Significa, para Kelsen, a “*formación de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido*

maré histórica, que inundou o pensamento predominante do entre-guerras como reação ao desvirtuamento operado na eficácia da representação democrática.

Schmitt representou a dissociação teórica entre liberdade e democracia, entre eleição e representação, repugnando a genealogia liberal exigente de eleições parlamentares. Representou o ceticismo relativamente aos ideais liberais de participação parlamentar, ceticismo que marcou o período histórico do entre-guerras, tanto mais arraigado quanto mais extremada a ideologia do grupo que o professava³⁵². Ataca, assim, impiedosamente³⁵³, em uma época da chamada *crise do parlamentarismo*, a eficácia e utilidade do sistema representativo como uma ponte para a crítica substancial do próprio regime democrático, pois para Schmitt, o que qualifica a democracia não é a pluralidade de forças obtendo, na diversidade, o consenso, mas sim, a homogeneidade de interesses³⁵⁴. Destroí meticulosamente, e com a destreza retórica que o precede, a ligação essencial entre liberdade-igualdade e democracia, tão duramente alcançada pela transformação operada no pensamento liberal. Para ele, poderia haver democracia sem liberdade e representação sem eleição. O parlamento (*Volksvertretung*³⁵⁵) seria, se não pernicioso³⁵⁶, inútil, pois o espírito do povo (*Volksgeist*) estaria melhor expresso na hegemonia de um ditador, que deveria ser escolhido não pela eleição mas pela *aclamação* ou assentimento popular³⁵⁷. Contamina, pois, o conceito democrático, de ideal autoritário, e o faz,

por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría" (p. 50) in KELSEN, Hans. *Demokratie*. 1926 (trad. Rafael Luengo Tapia e Luis Legay y Lacambra. *Essencia y valor de la democracia*. Barcelona, Editorial Labor S.A., 1934).

³⁵²Cf. KELSEN, Hans. op.cit., p. 49.

³⁵³"Con este libro [*Sobre el parlamentarismo*] el lector tiene en sus manos una ocasión de sustraerse a la frivolidad. Schmitt nunca fue un «intelectual piadoso», y por ello mismo con igualdad falta de «piedad» hay que acercarse a sus escritos, sin ninguna ingenuidad, pero sin caer tampoco en el prejuicio." (ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., pp. X/XI).

³⁵⁴Vide nota 383.

³⁵⁵A tradução literal do termo em alemão é "representação do povo".

³⁵⁶O parlamento como uma "*maquinaria artificial*". Vide: SCHMITT, Carl. op.cit., p. 22.

³⁵⁷Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 34. Um trecho de seu pensamento a estes respeito: "*Cabe expresar la voluntad del pueblo mediante la aclamación — mediante acclamatio —, mediante su existencia obvia e incontestada, igual de bien y de forma aun más democrática que mediante un aparato estadístico, elaborado desde hace sólo medio siglo con esmerada minuciosidad.*" (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 22).

clamando por uma *substância* inexistente na *democracia procedimental* de então³⁵⁸. O ponto central de sua crítica recaía sobre a constituição orgânica e procedimental da época, carecedora de valores para os direitos nela encerrados. Recaía sobre um Estado constitucional do ponto de vista formal, mas meramente legal do ponto de vista material.

A *democracia procedimental* não incorporava, em sua lei maior, *cláusulas materiais* restritivas da vontade do legislador³⁵⁹. Schmitt representa, portanto, o outro lado da balança, clamando por substância onde só se via estrutura e procedimento³⁶⁰. Insiste nisso várias vezes, salientando ser a democracia muito mais que um *sistema* de registro de votações secretas, mas um conceito reunidor de *conteúdo*³⁶¹.

O *conteúdo* democrático de Schmitt, entretanto, foi o oposto do da atualidade, conforme ver-se-á mais adiante, expresso na repulsa que ele detinha pelo *heterogêneo*.

Ao estudar a natureza da noção de espaço e de sua importância para o especial desenrolar de acontecimentos da segunda metade deste milênio³⁶², Schmitt identifica a fonte daquele conteúdo no homem. Porém, aqui, entra em contradição com sua fascinação pelo homogêneo, no momento em que justifica tal conteúdo pela riqueza de diversidade do ser humano. É a *complexidade*, que, fazendo de cada homem uma individualidade, permite a Schmitt asseverar a superioridade do homem ao seu *entorno*, e, conseqüentemente, a participação humana decisiva na atribuição de conteúdo à história³⁶³. Logo, a ideologia de

³⁵⁸O conceito de *democracia substancial* veio significar a negação da separação feita em Kelsen entre a democracia como *método para criação da ordem social* e seu *conteúdo*, para ele *completamente independentes*. Cf. KELSEN, Hans. op.cit., p. 127.

³⁵⁹Cf. ARAGÓN, Manuel. op.cit., p. XXIX.

³⁶⁰Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 5, 11/12, 25, 27, 31-33, 36 e 64.

³⁶¹“*Cuanto más poderosa es la fuerza del sentimiento democrático, tanto más segura es la comprensión de que la democracia es otra cosa que un sistema para registrar votaciones secretas*” (SCHMITT, Carl. *ibid.*).

³⁶²Cf. SCHMITT, Carl. *Tierra y mar: consideraciones sobre la historia universal*. trad. Rafael Fernandez-Quintanilla. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

³⁶³“*Si el hombre no fuera más que un ser viviente absolutamente determinado por su contorno, sería o una bestia o un pez, o un pájaro o una fantástica mezcla de estas determinaciones elementales. (...) La existencia y el destino de los hombres estarían determinados de modo absoluto por la*

Schmitt em primar pelo homogêneo em detrimento do heterogêneo não decorre da atribuição de valor vivente ao ser humano, pelo contrário, contrasta com ele. Afasta-se, assim, de antemão, qualquer ilação irresponsável de aproximação daquele ideal de absorção de valores pela democracia substancial e a ideologia fascista de então. Quando a humanidade sofre do mal dos extremos, não é a teoria que a precipita no terror, mas é esse que deforma a teoria para justificar o injustificável.

O que enriquece o mundo jurídico, e a ele traz conteúdo, é a pluralidade de contribuições; é a diversidade. Nesse sentido, não é na homogeneidade, ou na unidade, na apreciação única, que se encontram os direitos fundamentais — nossas cláusulas materiais. É da essência dos direitos fundamentais, e condição de sua existência, a pluralidade de revelações deles oriundas. O *conteúdo simbólico* (*Symbolgehalt*) dos direitos fundamentais é norte indicador de pluralidade de decisões. Sua conformação abstrata revela-se na realidade, direcionando o rumo da interpretação constitucional a partir dos múltiplos casos concretos e singularizados na revelação das inúmeras facetas de tais direitos. Tentar atribuir aos direitos fundamentais a representação da *unidade da pátria*³⁶⁴ foi o engodo, que culminou no terror fascista de meados deste século. A unidade absoluta, a conformação abstrata tida por única em um determinado direito, a consideração do direito fundamental pela sua conformação indicativa de tudo ou nada, de um todo intangível, ou de um recipiente assimilador de qualquer conteúdo, são tendências que somente podem ser afastadas pelo pluralismo, por um lado, mantenedor daquilo que de central for assim identificado, ou por outro lado, acrescentador, e norteador, nas transformações que socialmente forem demandadas.

Naturaleza, como los de un animal o una planta. (...) No existiría una historia del hombre como obra y decisión humanas. [§] Pero el hombre es un ser que no se deja absorber por su contorno [§] Tiene poder para conquistar históricamente su existencia y su conciencia” (SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 14/15).

³⁶⁴Cf. HENSEL, Albert. *Institution, Idee, Symbol*. Königsberg, Grafe und Unzer Verlag, 1929, p. 15.

Schmitt não acreditava na *utilidade da discussão pública*³⁶⁵, um dos fundamentos primeiros do parlamento. As típicas garantias liberais de separação dos poderes³⁶⁶, liberdade de expressão³⁶⁷, publicidade³⁶⁸, independência dos parlamentares³⁶⁹, não tinham para Schmitt cabimento na *discussão* da época, pois essa estava contaminada pela falibilidade da defesa do *consenso*, cuja expressão máxima tem sede nas chamadas *controvérsias contraditórias*, que têm o condão de *neutralizar* o parlamentarismo³⁷⁰. A decisão obtida no parlamento de então, para Schmitt, não decorria da *discussão pura*, também chamada por ele *discussão pública*³⁷¹, mas da “*sugestión persuasiva en forma de carteles*”³⁷², pelas negociações internas de interesse e poder dos partidos, que são convidados a dominar um ambiente, em que, cada vez mais, as verdadeiras decisões concentram-se em “*comisiones cada vez más cerradas*”³⁷³. Nesse ponto Schmitt apenas exacerbou o problema fundamental de teoria da legislação, que, mais tarde, Luhmann friamente aprofundaria³⁷⁴. E continua Schmitt, dizendo que o convencimento das massas, por sua vez, era obtido, não através de um

³⁶⁵Cf. SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. (1ª ed. de 1923), Berlín-Münche, Verlag Duncker & Humblot, 1979. (trad. Thies Nelsson e Rosa Grueso. *Sobre el parlamentarismo*. 2ª ed., Madrid, Editorial TECNOS, 1996, p. 6).

³⁶⁶Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 51-53.

³⁶⁷Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 49/50.

³⁶⁸Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 47-50; 63-65.

³⁶⁹A controvérsia em torno do chamado *mandato imperativo* é tido por Schmitt como despiendo num parlamento, em que não vigia uma discussão verdadeira. Para a posição do autor, vide: SCHMITT, Carl. op.cit., p. 8. Na constituição de Weimar, era negado o mandato imperativo sob a alegação de que os parlamentares fossem representantes do povo todo, e não apenas de seus eleitores. O art.21 daquela constituição expressava-se nos seguintes termos: “*Art.21. Die Abgeordneten sind Vertreter des ganzen Volkes. Sie sind nur ihrem Gewissen unterworfen und an Aufträge nicht gebunden.*” (GÜNTHER, Franz. *Staatsverfassungen* 2ª ed., München, R. Oldenbourg, 1964, p. 196). Tradução livre: os deputados são representantes do povo inteiro. Eles sujeitam-se somente às suas consciências e não estão amarrados a mandato algum.

³⁷⁰Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 60.

³⁷¹Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 43-47.

³⁷²SCHMITT, Carl. op.cit., p. 9.

³⁷³SCHMITT, Carl. op.cit., p. 64.

³⁷⁴Para uma síntese dos argumentos de Luhmann a este respeito, vide, de nossa autoria: Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n.134, abril/junho, 1997, pp. 61/62. Para a completa formulação da questão, conferir: LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Darmstadt, Hermann Luchterhand Verlag,

convencimento por *argumentos de discussão autêntica*, mas por técnicas de *manipulação publicitária*³⁷⁵, que priorizam a *persuasão ao convencimento*, dirigindo o rumo dos acontecimentos pela *sedução* e não pela *inteligência*, produzindo uma *opinião pública*³⁷⁶, que inverte os termos da equação segundo a qual “*es menos importante la opinión pública que lo público de la opinión*”³⁷⁷.

A vontade do povo deve ser perseguida, mas para Schmitt, às vezes a *minoría* pode ter a posse da *verdadeira vontade popular*³⁷⁸. Schmitt faz aflorar todos esses defeitos funcionais da democracia de entre-guerras na Alemanha, culpando o parlamentarismo por criar um simulacro de democracia, amesquinhando sua importância nas mentes sequiosas por unidade nacional. A pura e simples eliminação da minoria pelas deficiências do modelo de representação da época levantou contra esse todo arsenal teórico de Schmitt³⁷⁹. A experiência, segundo ele, teria mostrado a inutilidade do órgão representativo³⁸⁰, e um ataque teórico bem direcionado ultimou a separação entre a democracia e os postulados herdados do liberalismo³⁸¹ para um público, que clamava por ideais de *homogeneização*³⁸², tidos por Schmitt como próprios à essência da democracia³⁸³,

1969. (trad. Maria da Conceição Côrte-Real. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 146-159).

³⁷⁵Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 35. Ainda, expõe Schmitt: “*ya no se trata de convencer al adversario de lo correcto y verdadero, sino de conseguir la mayoría para gobernar con ella*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 10).

³⁷⁶Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 47-50.

³⁷⁷SCHMITT, Carl. op.cit., p. 47.

³⁷⁸Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 34/35.

³⁷⁹Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 50, onde menciona o pensamento de Stuart Mill, segundo o qual, a contradição de fundo entre democracia e liberdade estaria na eliminação da minoria.

³⁸⁰Ressalta Schmitt, que “*la fe en el parlamento (...) realmente existió una vez, pero (...) hoy ya no es posible encontrar*” (p.11). Em outra passagem é mais direto: “*La crisis del parlamentarismo, que es la que aquí nos ocupa, se base en que democracia y liberalismo, si bien pueden ir unidos durante algún tiempo, al igual que se han unido socialismo y democracia, forman una unidad precaria*” (p.21) in SCHMITT, Carl. op.cit..

³⁸¹Eis a síntese da postura de Schmitt, por ele próprio: “*La fe en el parlamentarismo, en un government by discussion, es propia de las ideas del liberalismo. No es propia de la democracia. Es preciso separar ambos, democracia y liberalismo, a fin de comprender la heterogénea construcción que constituye la moderna democracia de masas.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 12). Como se verá, Schmitt abraça a homogeneidade em detrimento do pluralismo e diversidade de interesses.

³⁸²O clássico livro de Canetti explica a *psicologia da uniformização nacional*(p.168), por meio dos *símbolos nacionais de massa*: cf. CANETTI, Elias. *Masse und Macht*. Hamburg, Claassen Verlag,

bem vistos pelos regimes *ditatoriais*³⁸⁴, que à época afluíam por toda parte. Liberalismo e democracia encontraram-se na história por fato meramente contingente, porém não necessário³⁸⁵. O autor é contra a participação do *heterogêneo*; contra o tumulto que isso causaria na beleza da uniformidade. Desonera-se a democracia do peso representado pelo esforço igualitário³⁸⁶, que passa a figurar como um visitante indesejável a contaminar os ideais democráticos³⁸⁷. Sua teoria fustiga o mundo pela detecção de um problema

1960. (trad. Sérgio Tellaroli. *Massa e poder*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, pp. 165-198). Entendendo o símbolo como a unidade básica de todo comportamento humano, como o *universo da humanidade*: cf. WHITE, Leslie. *Os símbolos e o comportamento humano*. In: Fernando Henrique Cardozo & Octávio Ianni. *Homem e sociedade*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965, pp. 180-192.

³⁸³Transcreve-se o itinerário do pensamento de Schmitt: “*Toda democracia real se base en el hecho de que no sólo se trata lo igual de igual forma, sino, como consecuencia inevitable, a lo desigual de forma desigual. Es decir, es propia de la democracia, en primer lugar, la homogeneidad, y en segundo lugar — y en caso de ser necesaria — la eliminación o destrucción de lo heterogéneo.*” (SCHMITT, Carl. *ibid.*) Utiliza, para tanto, do exemplo de limitação dos direitos políticos da Grã-Bretanha e da França, e vai além, fundando a justificativa do fascismo na discriminação política entre nacionais e estrangeiros, denotando a plena aceitação da tese separatista e desigualizadora, que funda os nacionalismo de extrema direita. Triste ver o comportamento natural do direito das gentes a seu favor. Transcrevem-se os trechos de relevo: “*Colonias, protectorados, mandatos, acuerdos de intervención y parecidas formas de dependência posibilitan hoy que una democracia gobierne sobre una población heterogénea sin concederle la nacionalidad, haciéndola depender del Estado democrático y, al mismo tiempo, separándola de ese Estado. Este es el sentido político y constitucional de la bella fórmula: las colonias son, según el derecho político, países extranjeros, y según el derecho internacional, territorio nacional. (...) ¿Es que acaso el Imperio inglés está basado en el derecho de voto universal e igual de todos sus habitantes? Sobre este fundamento no podría seguir existiendo ni una semana; las personas de color conseguirían los votos en aplastante mayoría por encima de los blancos. No obstante, el Imperio inglés es una democracia; en Francia y otras potencias ocurre lo mismo.*” (SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p. 14).

³⁸⁴Reza Schmitt: “*La consecuencia de esta doctrina de la educación [ideológica centralizada e nacional] es la dictadura, la suspensión de la democracia en nombre de la democracia verdadera que hay que crear.(...) la dictadura no es lo contrario de la democracia*”(p.36). “*Puede existir una democracia sin eso que se ha venido a llamar parlamentarismo moderno, al igual que puede existir un parlamentarismo sin democracia; por otra parte, la dictadura no es el decisivo opuesto de la democracia, del mismo modo en que tampoco la democracia lo es de la dictadura*”(p.40) in SCHMITT, Carl. *op.cit.*.

³⁸⁵Cf. LACAMBRA, Luis Legaz y Lacambra. *Derecho y libertad*. Buenos Aires, Valerio Abeledo - Editor, 1952, p. 88.

³⁸⁶Esclarecedora é a seguinte passagem: “*En la democracia sólo existe la igualdad de los iguales y la voluntad de los que forman parte de los iguales. Todas las demás instituciones se convierten en insustanciales recursos sociotécnicos, incapaces de oponer un valor propio o un principio propio a la voluntad del pueblo expresada de cualquier modo. La crisis del Estado moderno se funda en que una democracia de masas o una democracia de todos los seres humanos no puede llevar a cabo ninguna forma de Estado, y tampoco un Estado democrático.*” (SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p. 21).

³⁸⁷“*La igualdad de todas las personas en su calidad de tales no es una democracia, sino un determinado tipo de liberalismo; no es una forma de Estado, sino una moral y una concepción del*

fundamental da democracia: a insuficiência da igualdade formal de então. Defende o alcance de uma igualdade substancial, todavia, irmanando-a, e aqui está o toque fascista de sua teoria, com uma *homogeneidade* necessária à democracia³⁸⁸. O comportamento de Schmitt indica muito mais sua vinculação às “*fuerzas irracionales del mito nacional*”³⁸⁹ em virtude da aversão que nutria pela democracia representativa, do que a utilização retórica do declínio desta para propagar uma ideologia de extrema direita. Entretanto, a discussão sobre a adesão de Schmitt ao nazismo é deixada a ele mesmo:

“Hasta el momento sólo ha existido un único ejemplo de abolición consciente del mito de la democracia y el parlamentarismo, y es, precisamente, un ejemplo a favor de las fuerzas irracionales del mito nacional.

*La teoría del mito es la más poderosa prueba de que el racionalismo relativo de las ideas parlamentarias ha perdido su vigencia. Cuando los autores anarquistas descubrieron, gracias a su animadversión hacia la autoridad y la unidad, la importancia de lo mítico, estaban contribuyendo, sin querer, a sentar una nueva base para una nueva autoridad, un nuevo sentimiento por el orden, la disciplina y la jerarquía. El peligro cultural de tales irracionalidades es grande. Los últimos sentimientos de solidaridad aún existentes podrán ser amulados por el pluralismo de un inmenso número de mitos. De cara a la teología política esto supone un politeísmo, igual que todo mito es politeísta. No obstante, esta fuerte tendencia del presente no puede ser ignorada. Tal vez el optimismo parlamentario confie en poder relativizar este movimiento y, como en Italia, a la espera de tiempos mejores, aguarde el reinicio de la discusión. Quizá, incluso pretenda exponer la discusión misma a la discusión mientras sólo se discute. Pero, en la discusión reiniciada, no debería conformarse con repetir su pregunta: «¿Parlamentarismo? Y, si no, ¿qué?», haciendo valer que, por el momento, no existe sustituto. Sería ésta una argumentación estéril, incapaz de hacer renacer el tiempo de las discusiones.”*³⁹⁰

mundo individualista-humanitaria. En la oscura unión de ambos está fundada la moderna democracia de masas.” (SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 17/18).

³⁸⁸Para Schmitt, a democracia procedimental “conduce en principio a una crisis de la democracia misma, porque no es posible solucionar a partir de la universal igualdad humana el problema de la igualdad substancial y de la homogeneidad, necesarias en una democracia.” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 20).

³⁸⁹SCHMITT, Carl. op.cit., p. 96. Vide, ainda, nota 382.

³⁹⁰SCHMITT, Carl: op.cit., pp. 96/97 — grifos nossos.

A posição radical de Schmitt, embora não se possa arriscar justificá-la, entrava em sintonia com o ambiente social conturbado de sua época³⁹¹, que afastava as conquistas liberais de que a verdade somente poderia ser alcançada em meio à liberdade, e que tal verdade provisória³⁹² sempre sobreviveria melhor no relativismo da tolerância e no pluralismo das contribuições racionais³⁹³. Aquele ambiente trancou tais máximas em aposento escuro e esquecido da história, e o desprezo por elas manifestado lançou o espírito da época no idealismo dos regimes autoritários³⁹⁴. O que qualifica Schmitt como “*el último de los pensadores contrarrevolucionarios*”³⁹⁵ o aproxima do conservadorismo, que em uma época de extremos somente pôde precipitá-lo no tascismo³⁹⁶ da hegemonia totalizadora, em que se assiste ao tétrico espetáculo do todo absorvendo por completo a individualidade. Lá, venceu a *homogeneidade democrática* de Schmitt por sobre a *consciência liberal do indivíduo*³⁹⁷. Bondenheimer revela a filosofia jurídica por detrás do fenômeno:

“*En la escuela jusnaturalista clásica el individuo era el centro de la filosofía jurídica. Se preguntaba: ¿cuánto poder es posible dar al individuo sin poner en peligro el bien común? En el Derecho natural del siglo XX, el centro de la filosofía jurídica se desplaza en mayor o menor grado hacia el todo colectivo. Se pregunta: ¿cuánto poder es posible dar al Estado, o a otra institución colectiva sin aniquilar completamente al individuo?*”³⁹⁸.

³⁹¹Manuel Aragón encarrega-se de amenizar a responsabilidade atribuída a Schmitt pela história: “*Las ideas de Schmitt no desentonaban mucho en el «clima espiritual» de aquel tiempo, azotado por el vendaval de tantos absolutismos (marxismo, anarquismo, fascismo) que parecían eclipsar la vieja doctrina ilustrada de que sólo en libertad puede vivir la razón. Una sociedad fuertemente escindida y una vida intelectual sumida en radicales antagonismos dejaban muy poco espacio al relativismo, es decir, a la tolerancia. Schmitt se incluiría, desde luego, en ese amplio bando de los radicalismos: la política se reduciría, para él, a la distinción, neta, entre amigo y enemigo; la actividad política, en consecuencia, no habría de sustentarse en la discusión, sino en la decisión.*” (ARAGÓN, Manuel. op.cit., p. XXXII).

³⁹²Vide notas 251 e 252: p. 80.

³⁹³Sobre a democracia e o relativismo, vide: ARAGÓN, Manuel. op.cit., pp. XXV/XXVI.

³⁹⁴Cf. ARAGÓN, Manuel. op.cit., p. XXXII.

³⁹⁵ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., p. XXXIII.

³⁹⁶“*¿ se podía ser conservador reaccionario sin desembocar en el fascismo? Ése es el dilema en que, al final, se vio envuelto Schmitt. Su doctrina no podría desligarse, objetivamente, del nacional-socialismo, como tampoco su misma persona.*” (ARAGÓN, Manuel. *Estudio Preliminar*. In: SCHMITT, Carl. *ibid.*).

³⁹⁷Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 22.

³⁹⁸BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 216.

A despeito de tudo isso, há uma característica em Schmitt extremamente útil à interpretação constitucional, ou, dizendo de outro modo, uma sua postura salientou um ponto fundamental da questão. Ele parte do princípio de que o conceito de democracia é incompatível com a *limitação do poder de mudança*³⁹⁹. O absoluto autocrático venceu o relativo democrático porque esse último, acreditando na liberdade política, extremou seu relativismo, permitindo a justificação de sua própria destruição. Kelsen atentou para o problema do “*paradójico privilegio de la democracia: poder darse a sí misma su sentencia de muerte con sus propios métodos de elaboración de voluntad política*”⁴⁰⁰. Foi esse pensamento de pretensa neutralidade absoluta e nua procedimentalização democrática o exagero de abertura, que amargou a humanidade pelo sofrimento da Segunda Grande Guerra.

Interessante como as posturas radicais, por levarem tudo às últimas consequências, às vezes, trazem à luz o que se via encoberto pela história, e, na maior parte delas, antecipa o que vem a ser evidente no porvir. Fala-se das críticas à democracia como a *ditadura da maioria*. Já Aristóteles chamava a atenção para uma espécie de democracia, em que a *soberania das massas* sobrepuja-se à *soberania das leis*, afastando tal democracia de sua concepção de *governo constitucional* ao aproximá-la de uma *tiranía*⁴⁰¹. Uma objetividade, que não restringe, serve apenas para legitimação de uma tirania da coletividade instrumentalizada por uma *onipotência estatal*⁴⁰². Quando o Estado se confunde

³⁹⁹Schmitt, apoiado em Pufendorf, assim se expressa: “*en la democracia, donde el que ordena y el que obedece es el mismo, el soberano, es decir, la asamblea constituida por todos los ciudadanos, puede cambiar leyes o Constitución a voluntad; en una monarquía o en una aristocracia — ubi alli sunt qui imperant alli quibus imperatur — es posible un contrato mutuo y, por tanto, la limitación del poder estatal.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 19/20).

⁴⁰⁰KELSEN, Hans. op.cit., p. 148. A expressão de Loren A. King é significativa: “*liberal toleration of illiberal beliefs*” (KING, Loren A. *Why be liberal? Carl Schmitt's challenge to liberal politics*. Cambridge, Massachusetts Institute Tecnology (MIT): doutorado em Ciência Política, 1997, p. 1. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://web.mit.edu/lking/www/writing/limits-abs.html>.)

⁴⁰¹CF. ARISTÓTELES. *Política*. trad. Mário da Gama Kury, 3ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 121-160: especialmente p. 132.

⁴⁰²Na clássica obra de Otto Bachof, este salienta a existência de um *consenso de justiça* sobre certos valores, como “o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem num objecto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio”(p.2). Por isso que a “onipotência do Estado

com a Sociedade, quem irá proteger o Indivíduo?⁴⁰³ Por isso insistir-se sempre e desde o início: o Direito carece de uma teoria que incorpore o que de objetivo há na história humana, e limite essa objetividade ao que de subjetivo faz do homem humano. As esferas de proteção individual, conquanto não possam ser inertes aos influxos da evolução social, devem caminhar *com* ela, permitindo sínteses infinitas, mas dirigidas pelas próprias tensões particulares de cada síntese; pelo seu par de evolução histórica, traduzido na idéia do progresso institucional, que tanto é sensível às transformações sociais, quanto não permite incorporá-las ao arrepio, puro e simples, dos núcleos valorativos de proteção do indivíduo. “*Il regresso, o l'involuzione, non sarà mai l'ultima parola, fino a che esisterà uno spirito umano, capace per sua natura dell'infinito*”⁴⁰⁴.

A história demonstrou que o poder democrático desenfreado pode causar grandes males. O *espírito do povo* não se identifica inexoravelmente com o de um equilíbrio canonizado pela bondade das decisões. O poder absoluto em si, corrompe por que despreza a natureza peculiar, especial, e, portanto, diferenciada de cada indivíduo. Decisões totalizadoras produzem, no mínimo, o mal de menosprezarem situações concretas e diferenciadas. Sócrates foi condenado pela vontade popular por não querer sacrificar seus princípios à bajulação de seus

tem limites”(p.4) decorrentes da *proteção especial*(p.13) a certo material jurídico expresso, no direito brasileiro, pelas chamadas cláusulas pétreas. “Uma jurisdição que «se queira livre» da sua «responsabilidade pelo conteúdo jurídico da lei» degrada-se necessariamente pelo menos de maneira potencial, numa auxiliar do mero poder”(p.77) in BACHOF, Otto. *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*. Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr, 1951. (trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Coimbra, Livraria Almedina, 1994).

⁴⁰³ Antonio Lopez Pina afirma que os direitos fundamentais têm a função de *distribuir as funções entre Estado e Sociedade* e de *dotar de conteúdo o Estado de Direito*. Estado e sociedade têm reciprocamente uma *relativa autonomia*. “*Los derechos fundamentales son el instrumento jurídico a través del cual se mantiene la distinción entre Estado y Sociedad*”(p.20). “*Isensee ha señalado, que si el principio del Estado democrático de Derecho es la igualdad, es la libertad el principio jurídico de la Sociedad*.”(p.21) in PINA, Antonio Lopez [et alii]. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid, Editoriál CIVITAS, 1991, pp. 19-26. Ainda: “*Entre el Estado y la Sociedad no hay confusión, sino diferencia y tensión. Pero no hay, tampoco, separación cual si fueran ajenos y extraños entre sí.*” (ALSINA, Landelino Lavilla. In: PINA, Antonio Lopez. op.cit., p. 32).

⁴⁰⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *Evoluzione ed involuzione nel diritto*. 3ª ed., Roma, Tumminelli Editrice Studium Urbis, 1945, p. 63. Tradução: “o retrocesso ou a involução jamais serão a última palavra, enquanto existir um espírito humano, capaz, por sua natureza, do infinito”.

juízes⁴⁰⁵. O poder é uma *magnitude objetiva* com leis próprias ao seu funcionamento, e que por isso escapa às mãos de quem o detém⁴⁰⁶. Os obstáculos à sua expansão devem estar objetivados para enfrentar o poder em seu campo de ação. Onde a decisão não encontra obstáculos de princípios, a democracia legitima a mais cruel violência pelo procedimento⁴⁰⁷. A razão cede à opinião⁴⁰⁸, e paixões de momento reinam absolutas pela voz da maioria⁴⁰⁹. Por isso ter Montesquieu atentado para a *separação harmônica dos poderes*, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ter asseverado, no conhecido art.16, a inexistência de constituição, onde não houvesse assegurada a garantia dos direitos e da separação dos poderes⁴¹⁰: dividir significa valorizar o combate de idéias e argumentos já não em nível de formação difusa do consenso popular, mas em nível de ponderação institucional. Para tanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem elevou os direitos fundamentais acima das decisões políticas⁴¹¹. Foi essa transposição da arena de discussão que permite, hoje, pensar-se no controle por **valores institucionalmente objetivados**. O poder concentrado atrai o arbítrio pelo simples fato de não encontrar resistência. Tudo podendo, o direito vira uma questão de

⁴⁰⁵ Cf. PLATÃO [et alii]. *Sócrates*. trad. Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. São Paulo, Editora Nova Cultural, 1996, pp. 6-8; 27-52.

⁴⁰⁶ Assim o é porque “*el poder está sometido (...) a reglas propias que van más allá de los deseos y de las propias intenciones de los poderosos*” (MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo. *Carl Schmitt y la crítica al parlamentarismo*. In. PAVÓN, Dalmacio Negro (org.). *Estudios sobre Carl Schmitt*. Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996, p. 320).

⁴⁰⁷ “Estou certo (...) que em uma democracia, a maioria dos cidadãos é capaz de exercer, sobre a minoria, a mais cruel das opressões” (BURKE, Edmund. op.cit., p. 135).

⁴⁰⁸ Glauco, há mais de dois mil anos atrás, já respondia prontamente a Sócrates, que opinião “é a faculdade que nos permite julgar pela aparência” e não pela essência. Cf. PLATÃO. *A república*. trad. de Enrico Corvisieri. São Paulo, Editora Nova Cultural Ltda., 1997, p. 186.

⁴⁰⁹ Ensina Kelsen, já em 1926: “*La democracia (...) se opone a todo poder absoluto, incluso el de la mayoría*” (KELSEN, Hans. op.cit., p. 141).

⁴¹⁰ “Art.16. *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*”. Tradução: “Art.16. Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.” (PORTO, Walter Costa (coord). *Declarações de direitos: apontamentos de Benedetto Croce, E.H.Carr e Raymond Aron*. Brasília, Fundação Projeto Rondon, 1988).

⁴¹¹ “Art.XXX. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de qualquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.” (PORTO, Walter Costa (coord.) op.cit.).

conveniência. Para que o direito assuma uma posição de guardião de preceitos, ele deve incorporar valor e conteúdo e não somente procedimentos.

Dar conteúdo e finalidade ao direito é uma demanda do *homo politicus*, de que fala Radbruch⁴¹², sem querer-se com isso recair no excesso do *homo ideologicus*⁴¹³. É o resultado dos que vêm nas forças históricas o aflorar da face mais odiosa da segregação dos povos na ausência de valores que saciem e limitem o poder. O arruinamento da democracia puramente procedimental norteou o movimento objetivo do Estado Social, canalizando-o para a fixação de *guias*, de *bitolas*, de *valores*, enfim, de fins democráticos de otimização. Somente eles podem conter um perdido procedimento parlamentar de descontrolo⁴¹⁴.

Aflorou-se, assim, de forma natural⁴¹⁵, a importância da *democracia substancial* mediante a ponderação entre as diretivas de momento do todo social e certos valores inalienáveis do indivíduo, como dotados de conformação objetiva na própria ordem daquele todo. A democracia substancial veio a ser o intento, consolidado após 1945, de conciliar o pluralismo político com a tutela constitucional de valores, única forma de se afastar o germe do

⁴¹²Transcreve-se o trecho esclarecedor: “A conhecida forma degenerativa do «jurista estranho às realidades» mostra-nos precisamente que há também um tipo de jurista que, no seu sistema habitual de abstrair das realidades, acaba quase sempre por perder completamente de vista a vida real na sua fluente riqueza de formas, representando até essa tendência, por sinal, um pendor muito natural da própria profissão. Esta forma degenerativa surge quando o «homem jurídico», para só atender à justiça e à segurança da ordem jurídica, esquece o terceiro aspecto da idéia de direito, que é justamente, como se sabe, o do fim ou finalidade a que este deve subordinar-se. Ora, assim como o *homo juridicus* se aproxima, pelo lado da justiça e da segurança do direito, do tipo do homem *teorético*, assim, pelo que toca à idéia de fim, ele se aproxima do tipo do homem *social*, para não dizer já do *homo politicus*” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. trad. Cabral de Moncada, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1961, pp. 250/251).

⁴¹³Gian Franco Lami ressalta como o defeito fundamental do *homo ideologicus* a *tentação em forçar os tempos*: “La tentazione di «forzare i tempi» è il difetto maggiore dell' *homo ideologicus*, del tipo di uomo, cioè, che vive nella (e della) convinzione di essere custode del vero, collegando però a tale qualità («elletiva») una missione propagandatrice e salvifica del genere umano. Como se non bastasse, l' *homo ideologicus* si fa «avanguardia cosciente» del processo di salvezza, fino a pretendere di forzare qualche tappa nel raggiungimento della perfezione celeste, quasi fosse possibile realizzarne anche un minimo in terra, e subito.” (LAMI, Gian Franco. *I rischi di una società dei «giusti*». In: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Fundada por Giorgio Del Vecchio. Giuffrè editore, *Serie IV*, n.º LXXIII, vol. III, julho/setembro, 1996, p. 551).

⁴¹⁴Vide nota 374, p. 107.

⁴¹⁵A democracia de hoje vem imbuída de carga valorativa, que transborda seu conceito original nuclear.

autoritarismo⁴¹⁶, acusado de ser, em Schmitt, o *absolutismo* da maioria⁴¹⁷. Quando o plexo de decisões possíveis num ambiente democrático é aprioristicamente delimitado por valores de grandeza indiscutível, a *maioria* deixa de qualificar-se pelo estigma da uniformização opressora. A liberdade respira ares de universalidade. Permite-se à igualdade lançar-se de bases sólidas. Saram-se os últimos sintomas da *democratite* sofrida na primeira metade deste século. A humanidade sai da adolescência dos extremos e inicia o império das decisões responsáveis, porquanto posturas historicamente isoladas vêem-se ponderadas, ou ao menos numa primeira fase, amenizadas por essências vivificantes da dignidade do homem.

*“La mayoría decide, pero no libremente; la mayoría control, pero también es controlada; los ciudadanos (y las minorías) poseen unos derechos que la mayoría no puede vulnerar; ya no es justo («juridicamente») lo que la mayoría quiera, sino lo que la mayoría acuerde «de conformidad» con lo dispuesto en la Constitución.”*⁴¹⁸

A democracia deixa de ser um livro aberto à criatividade infinita de quem detém a pena do poder e passa a permitir a escrita apenas dentro de margens e pautas prefixadas.

Os tribunais constitucionais passam a ocupar posição de fundamental importância no equilíbrio almejado⁴¹⁹. O constitucionalismo, em seu

⁴¹⁶A falta de sensibilidade, no nascimento moderno da democracia representativa, da importância em compatibilizar valores e procedimentos foi um fator de fortalecimento da autocracia valorizadora do ideal de justiça (como ponderação das peculiaridades do caso concreto), mediante a sua não vinculação às diretrizes passadas. A falta de plasticidade da democracia nascente fortaleceu os regimes autoritários da primeira metade deste século, pois impunha a mudança arbitrária aproximando-se, no que há de criticável, da autocracia. Forçou, assim, a opção entre uma autocracia marcada pelo *símbolo de massa* da união nacional, e uma democracia representativa das fraquezas de uma nação. O desprezo que a autocracia nutre pela limitação apriorística de poder inclina-a a evitar a *racionalização da ordem coletiva*, e, em contradição com uma democracia que não recompensava sua debilidade para solução de questões iminentes com o afastamento de decisões arbitrárias, tudo pendeu para a escolha do aparentemente menor dos males. Sobre a comparação entre democracia-autocracia e positivismo jurídico-direito natural, vide: KELSEN, Hans. op.cit., p. 144.

⁴¹⁷A abordagem de Manuel Aragón é de clareza solar. Busca-se “*un equilibrio entre la garantía constitucional del pluralismo político o, si se quiere, del relativismo ideológico (de la democracia procedimental) sin lo cual, como decía Kelsen, no hay democracia, y la imposición constitucional de determinados valores (democracia sustantiva o material) sin los cuales no hay libertad-igualdad*” (ARAGÓN, Manuel. op.cit., pp. XXIX/XXX).

⁴¹⁸ARAGÓN, Manuel. op.cit., p. XXX.

⁴¹⁹“*La clave de tal equilibrio [entre o relativismo ideológico e a imposição constitucional de valores], con el que se pretende superar el enfrentamiento entre democracia procedimental y democracia sustantiva, entre la Constitución como «norma abierta» y la Constitución como*

nascimento, veio tentar estabelecer, em nível jurídico, valores e princípios democrático-liberais. A disfunção verificada posteriormente entre a *realidade jurídica* e a *realidade política* precipitou o sistema político liberal e a organização constitucional a ele correspondente na crise institucional da primeira metade do século XX⁴²⁰. É, pois, devido a esse distanciamento entre o jurídico e o político, ou ainda, ao abismo, que isolou o jurídico da ingerência de valores e princípios, o que possibilitou os regimes extremos deste século. Tal fosso divisor deve ser eliminado, e no seu lugar, uma teoria conciliadora clama cristalização. Os valores prefigurativos do jurídico iniciaram, em Kelsen, pela aceitação da *legitimidade do sistema democrático* e dos *valores do constitucionalismo moderno* como prévios e indiscutíveis⁴²¹, e a possibilidade de sua ponderação por um Tribunal Constitucional. A inovação fundamental de Kelsen, no constitucionalismo da visão de Marshall, dada no caso *Marbury versus Madison*, foi o de aprimorar um controle antes jurídico-político de uma *legalidade constitucional liberal*, para a defesa de *valores políticos evidentes por meios e mecanismos jurídicos*⁴²². A crítica

«sistema material de valores», reside en la creación y funcionamiento de los Tribunales Constitucionales, instituciones sin las cuales es muy difícil (salvo en el caso todavía peculiar del Reino Unido) comprender teóricamente y organizar prácticamente el parlamentarismo democrático, forma política en la que el Parlamento sigue siendo el eje del sistema (aunque el Gobierno sea el poder «más fuerte») porque es el «centro» de su legitimidad y de su actividad normativa, pero cuyas decisiones pueden ser controladas, ya que la ley, aunque continúe ostentando el papel de norma «primaria» del ordenamiento, que lo es la Constitución, cuyas prescripciones «materiales» (y no sólo «estructurales») se imponen a todos los poderes del Estado.” (ARAGON, Manuel. *ibid.*).

⁴²⁰ Apoiando tal perspectiva, o catedrático em Direito Político e introdutor da última edição espanhola do livro de Schmitt sobre a defesa da constituição: “*La confrontación y el distanciamiento entre realidad constitucional y realidad política representa una constante de la pasada centuria. Y será, justamente, en los momentos compulsivos que suceden a la primera Guerra Mundial, cuando, al llevarse al extremo esa confrontación y ese distanciamiento entre realidad jurídica y realidad política, el sistema política liberal, y su correspondente organización constitucional, sufrirán la crisis más grave de toda su historia.*” [GARCÍA, Pedro de Vega. *Prólogo. In: SCHMITT, Carl. Der Hüter der Verfassung*. Berlin-München, Verlag Duncker Humblot. (trad. Manuel Sanchez Sarto. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid, Editorial TECNOS, 1983, p. 17)].

⁴²¹ Cf. GARCÍA, Pedro de Vega. *op.cit.*, p. 18.

⁴²² “De lo que se trata, por lo tanto, no es de procurar la defensa ideológica de la idea liberal de Constitución, sino de lograr su realización efectiva y concreta. Esto significa que, si en el primer momento del constitucionalismo moderno, lo que se propicia es una defensa de la legalidad constitucional liberal con medios políticos, lo que se va a suscitar ahora es una defensa de los valores políticos, que se admiten como evidentes, por medios y mecanismos jurídicos.” (*id. ibid.*).

*transcendente*⁴²³ de Schmitt, e, portanto, ideológica e justificadora da autocracia, está, em parte, na célebre polêmica Kelsen-Schmitt⁴²⁴ sobre o papel daquele tribunal. Schmitt afasta da função judicial qualquer discussão sobre *conteúdo*⁴²⁵. Portanto, quando se disse linhas atrás que Schmitt aproximava-se do *essencial* em detrimento do *formal*, entenda-se que ele o faz, afastando tal função da judicial, e, dessa forma, relegando-a ao puramente político. A teoria da destruição dos heterogêneos⁴²⁶ teve por base de crítica *transcendente*, o afastamento por completo entre o jurídico e o político, o que Kelsen não aceita⁴²⁷. A negação de Schmitt do chamado *direito material de exame judicial* nutre o extremo da separação, e permite o abuso do poder. Por outro lado, a crítica *imane*nte do autor é de grande contribuição para a percepção do mal causador deste descompasso detectado entre

⁴²³ A crítica transcendente do Schmitt-teórico-político diz respeito à condenação do modelo teórico liberal e das suas bases legitimadoras (parlamentarismo); já a crítica imanente refere-se ao Schmitt-jurista, que contrapõe o modelo teórico à realidade empírica, realçando suas contradições.

⁴²⁴ As obras nas quais se situa dita polêmica são: SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin-München, Verlag Duncker Humblot. (trad. Manuel Sanchez Sarto. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid, Editorial TECNOS, 1983: especialmente parte introdutória e primeira parte da obra: pp. 27-124); e KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. In: *Die Justiz*. Cadernos 11-12, Tomo VI, pp. 576-628 (trad. Carmelo Geraci. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*. In: KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano, Giuffrè Editore, 1981, pp. 229-291). A controvérsia gira, basicamente, em torno de 3 pontos fundamentais: a natureza política da jurisdicional constitucional, negada por Schmitt, e aceita por Kelsen apenas com diferença quantitativa; a conseqüente criação judicial; e a aceitação de determinação do conteúdo jurídico de uma disposição constitucional por um tribunal constitucional.

⁴²⁵ Schmitt abritui a função de determinação do conteúdo dos preceitos constitucionais à legislação, e não à jurisdição: cf. SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin-München, Verlag Duncker Humblot. (trad. Manuel Sanchez Sarto. *La defensa de la constitución*. Madrid, Editorial TECNOS, 1983, pp. 77 e ss.).

⁴²⁶ Para Schmitt, não caberia ao tribunal constitucional extrair o *conteúdo* dos preceitos constitucionais, mormente os referentes à segunda parte da Constituição de Weimar relativa aos direitos fundamentais, e sim desempenhar o papel de defensor da *homogeneidade* da constituição na federação por composição dos conflitos entre os entes federados mediante aplicação do *pacto constitucional*. Cf. SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p. 105.

⁴²⁷ Para Kelsen, a diferença política entre a atividade legislativa e a jurisdicional é meramente *quantitativa*: “*Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza, di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere «politico» che — sia pure in misura maggiore — ha la legislazione. [§] Il caratter politico dell'una e dell'altra presenta una differenza puramente quantitativa e no già qualitativa*” (KELSEN, Hans. *op.cit.*, p. 242).

os valores jurídicos *desprotegidos* e a disfunção interna do sistema representativo *incontido*.

No Brasil, a conformação peculiar do *Estado burguês*, que sucedeu ao *Estado Liberal-oligárquico da Velha República*, na forma de um intervencionismo econômico e social autoritário, o predispôs naturalmente ao equilíbrio dos pólos em questão, pois não exacerbou a oposição entre a limitação de valores individuais frente às determinações de caráter objetivo pela supervalorização dos primeiros⁴²⁸. A conformação inicial de conjugação entre o Estado autoritário e o Estado burguês inclina o Brasil de hoje, superante desse estágio provisório, para uma posição de melhor receptividade de uma teoria de ponderação entre valores individuais e limitações sociais objetivas.

O que se discute, em um segundo momento, não é a existência das limitações, já incorporadas no constitucionalismo ocidental, mas a sua conformação à evolução dos tempos, que exigem um novo *layout* a cada virada de página da vida institucional. Promover ao desembaraço desta questão deveria ser o norte dos que se debruçam sobre o angustiante dilema de tentar transportar a uma teoria o caráter de equilíbrio contenedístico-procedimental, com que a evolução histórica nos presenteou.

⁴²⁸Cf. WOLKMER, Antônio Carlos *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo, Editora Acadêmica, 1989, p. 8.

Bibliografia para a 2.^a Parte

1. ALEMBERT (D'Alembert), Jean Le Rond d'. **Ensaio sobre os elementos de filosofia**. trad. Beatriz Sidou e Denise Bottmann, Campinas: Editora Universidade Estadual de Campinas, 1994. (original: *Essai sur les éléments de philosophie*).
2. ARISTÓTELES. **Política**. trad. Mário da Gama Kury, 3^aed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pp.121-160.
3. BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Livraria Almedina, 1994. (original: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*. Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1951).
4. BARINCOU, Edmond (org.). **Maquiavel por ele mesmo**. trad. Alberto de Los Santos, Brasília: Universidade de Brasília, 1991. (original: *Maquiavel par lui-même*. Éditions du Seuil, 1957).
5. BATE, Walter J.. **Selected Writings of Edmund Burke**. New York: The Modern Library, 1960.
6. BOBBIO, Norberto [et alli]. **Dicionário de Política**. trad. João Ferreira (coord.), vol. I, 4^aed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. (original: *Dizionario di Politica*. Torino: UTET, 1983).
7. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
8. BODENHEIMER, Edgar. **Teoria del derecho**. trad. Vicente Herrero, México: Fondo de Cultura Economica, 1963.
9. BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. trad. Pedro Bravo, Madrid: Aguilar ediciones, 1973, pp.46-73. (original: *Les six livres de la république*. 1576).
10. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6^aed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
11. BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução em França**. trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura, 2.^aed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. (original: *Reflections on the Revolution in France*. 1790).
12. BURKE, Edmund. **Selected Works. Reflections on the Revolution in France**. New York: The Modern Library, 1960.
13. BURKE, Edmund. **The growth of philosophie radicalism**. London: 1928.
14. CANETTI, Elias. **Massa e poder**. trad. Sérgio Tellaroli, São Paulo: Companhia das Letras, 1995. (original: *Masse und Macht*. Hamburg: Claassen Verlag, 1960).
15. CONDORCET, Jean-Antoine Nicolas de Caritat, Marquês. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura, Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1993. (original: *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*).

16. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma.** trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, 12ªed., 3ªreimp., São Paulo: Hemus Editora Ltda., 1996. (original: *La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome.* 1864).
17. DEL VECCHIO, Giorgio. **Evoluzione ed involuzione nel diritto.** 3ªed., Roma: Tumminelli Editrice *Studium Urbis*, 1945.
18. DOBB, Maurice. **Studies in the development of capitalism.** 7ªed. (1ªed. de 1947), New York: International Publishers, 1978, pp.255-319.
19. EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito.** trad. René Ernani Gertz e revisão de Vamireh Chacon, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. (original: *Grundlegung der Soziologie des Rechts.* Berlim: Duncker & Humblot, 1967).
20. GALLEGO, Elio A. **Tradición jurídica y derecho subjetivo.** Madrid: Editorial Dykinson, 1996.
21. GÜNTHER, Franz. **Staatsverfassungen.** 2ªed., Munique: R. Oldenbourg, 1964.
22. HAMMOND, J.L. & Barbara. **The rise of modern industry.** 9ªed. (1ªed. de 1925), London: Methuen & Co. Ltda., 1966, pp.210-232.
23. HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico.** trad. Sylvio & Therezinha M. Deutsch, São Paulo: Nova Cultural, 1996. (original: *The worldly philosophers.*)
24. HENSEL, Albert. **Institution, Idee, Symbol.** Königsberg: Gräfe und Unzer Verlag, 1929.
25. Kelsen, Hans. **Essencia y valor de la democracia.** trad. Rafael Luengo Tapia e Luis Legay y Lacambra, Barcelona: Editorial Labor S.A., 1934. (original: *Demokratie.* 1926).
26. Kelsen, Hans. **Chi dev'essere il custode della costituzione?.** trad. Carmelo Geraci. In: Kelsen, Hans. **La giustizia costituzionale.** Milano, Giuffrè Editore, 1981, pp.229-291. (original: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?.* In: *Die Justiz.* Cadernos 11-12, Tomo VI, pp.576-628).
27. KING, Loren A.. **Why be liberal? Carl Schmitt's challenge to liberal politics.** Cambridge: Massachusetts Institute Tecnology (MIT): doutorado em Ciência Política, 1997. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://web.mit.edu/lking/www/writing/limits-abs.html>.
28. KNIGHT, Frank Hyneman. **Inteligência e ação democrática.** trad. Francisco J. Beralli, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989. (original: *Intelligence and democratic action.* University of Virginia, 1960).
29. LACAMBRA, Luis Legaz y Lacambra. **Derecho y libertad.** Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1952.
30. LASKI, Harold. **El liberalismo europeo.** trad. Victoriano Miguélez, 12ªed., Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1992. (original: *The rise of european liberalism.* 1936).
31. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** trad. Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, pp.146-159. (original: *Legitimation durch Verfahren.* Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1969).

- 32.LAJUGIE, Joseph. **As doutrinas econômicas.** trad. J. Guinsburg, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959. (original: *Les doctrines économiques*. Paris, Presses Universitaires de France).
- 33.MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe e dez cartas.** trad. Sérgio Bath, 2ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. (original: *De Principatibus*. 1515).
- 34.MACHIAVELLI, Niccolò. **A arte da guerra.** trad. Sérgio Bath, 3ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. (original: *Dell'arte della guerra*. 1519-1520).
- 35.MACHIAVELLI, Niccolò. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.** trad. Sérgio Bath, 3ªed., Brasília: Universidade de Brasília, 1994. (original: *Discorsi sopra la prima deca di Tito Lívio*. 1513-1517).
- 36.MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo. *Carl Schmitt y la crítica al parlamentarismo.* In: PAVÓN, Dalmacio Negro (org.). *Estudios sobre Carl Schmitt.* Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1996, pp.311-331. (Colección VEINTIUNO).
- 37.PINA, Antonio Lopez [et alii]. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia.* Madrid: Editorial CIVITAS, 1991, pp.16-39.
- 38.PLATÃO. **A república.** trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.
- 39.PLATÃO [et alii]. **Sócrates.** trad. Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- 40.PORTO, Walter Costa (coord.). **Declarações de direitos: apontamentos de Benedetto Croce, E.H.Carr e Raymond Aron.** Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988.
- 41.RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** trad. Cabral de Moncada, vol. I, 4ªed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961.
- 42.ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência.** trad. Joel Pimentel de Ulhôa, Goiânia: Editora Universidade Federal de Goiás e Editora Universidade de Brasília, 1997. (original: *La crise de l'État-providence*. Éditions du Seuil, 1981).
- 43.SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución.* trad. Manuel Sanchez Sarto, Madrid: Editorial TECNOS, 1983. (original: *Der Hüter der Verfassung*. Berlin-Munique: Verlag Duncker Humblot).
- 44.SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo.* trad. Thies Nelsson e Rosa Gueso, 2ªed., Madrid: Editorial TECNOS, 1996. (original: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. (1ªed. de 1923), Berlin-Munique: Verlag Duncker & Humblot, 1979).
- 45.SCHMITT, Carl. *Tierra y mar: consideraciones sobre la historia universal.* trad. Rafael Fernandez-Quintanilla. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.
- 46.SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa. Que é o Terceiro Estado?** trad. Norma Azeredo., 3ªed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. (original: *Qu'est-ce que le Tiers État?*. 1ªed de 1789).

47. SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. trad. Luiz João Baraúna, vols.I-II, São Paulo: Nova Cultural, 1996. (original: *An inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*).
48. TOYNBEE, Arnold. **The industrial revolution**. Boston: The Beacon Press, 1960.
49. TRIBE, Keith. **Genealogies of Capitalism**. New Jersey: Humanities Press, 1981.
50. WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. trad. M.Irene de Q.F. Szmrecsányi e Tamás J.M.K.Szmrecsányi, São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1967. (original: *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*. Vol.I, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr, 1947).
51. WHITE, Leslie. **Os símbolos e o comportamento humano**. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.180-192.
52. WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1989.

3.^a PARTE - CONCEITUAL

*“That monster, custom, who all sense doth eat,
Of habits devil, is angel yet in this,
That to the use of actions fair and good
He likewise gives a frock or livery,
That aptly is put on.”*
(SHAKESPEARE, William. *Hamlet, prince of Denmark. Act III, Scene IV*).⁴²⁹

O costume, este monstro que devora o senso,
Este demônio do hábito, entretanto é um anjo,
Pois ao uso do que é justo e do que é bom
Também confere um traje, uma libre,
Que a gente logo veste.

Prestigia-se o tema central deste estudo pela análise mais detida de considerações pertinentes aos qualificativos aceitos como integrantes do conceito de instituição. Como é próprio das objetivações complexas do pensamento humano, o conceito de instituição deriva de um amálgama de pistas, que o caracterizam em lhe fazer espelhar um *sentido* humano de criação para um *fim utilitário*⁴³⁰. Isto agrega um primeiro elemento àquele conceito, que pode ser bem entendido pela referência, que faz Recasens Siches ao *mundo da cultura* como “*vida humana objetivada*”⁴³¹. Parte-se, pois, da constatação de que instituição é uma manifestação de *objetivação do espírito humano*, produto de *intencionalidades humanas*, que embora encarnem aquele sentido, com ele não se confundem⁴³², em

⁴²⁹ CRAIG, W.J.. *Shakespeare: complete works*. Oxford, Oxford University Press, 1980, p.893.

⁴³⁰A este respeito, Recasens Siches, com a clareza que lhe caracteriza: “*Una herramienta tiene materia física; pero su ser específico, peculiar, es decir, lo que tiene de herramienta, no consiste en el metal de que está compuesta, ni en su forma geométrica, sino en constituir algo que encarna un sentido humano, esto es, un trebejo fabricado por el hombre para un fin utilitario*” (RECASENS SICHES, Luis. *Lecciones de Sociología*. Cidade do México, Editorial Porrúa, 1948, p.283).

⁴³¹Cf. RECASENS SICHES, Luis. op.cit., pp.283-289: cap.XIX - *Las objetivaciones de la vida humana o mundo de la cultura*.

⁴³²Contra a tendência na consideração de um *espírito objetivo autônomo*, cuja transformação independe de seu criador, posiciona-se Recasens Siches: “*Esas cosas [objetivadas] no constituyen espíritu objetivo, como algunos pensadores han pretendido, sino pensamiento humano objetivo. Su índole, su ser esencial consiste en pensamiento; pero, adviértase bien, en una peculiar forma de pensamiento, porque no es pensamiento vivo, es decir, no es pensamiento que está siendo pensado, producido por una mente, sino pensamiento ya pensado, ya hecho, ya separado de la conciencia en que se gestó, pensamiento objetivado, pensamiento cristalizado, pensamiento convertido ya en cosa, es decir, en objeto*” (RECASENS SICHES, Luis. op.cit., p.284).

virtude da *cristalização* de que foram alvo. Daí dizer-se serem pensamentos humanos *congelados, petrificados, convertidos em coisa, enfim, em objetos*, conquanto abstratos⁴³³. Eis os entes objetivados. São realidades *modais*⁴³⁴ e *relacionais*⁴³⁵, em que o indivíduo apresenta-se como ator principal, embora não seja ele próprio o autor da trama⁴³⁶.

Genealogia do conceito de instituição

Tal entendimento leva invariavelmente à genealogia do conceito de instituição⁴³⁷, onde repousam os caracteres fundamentais desse ente complexo. Para tanto, buscaram-se subsídios no campo do saber sociológico. À sociologia, credita-se o estudo mais aprofundado das instituições, pois elas são a explicação da questão fundamental daquela ciência: como o ser humano, a despeito de sua diversidade pontual, age *conjugadamente*, de maneira que são tão mais humanos quanto mais aptas a tal desiderato encontrem-se suas *objetivações*⁴³⁸. E a instituição

⁴³³O conceito de instituição “é, naturalmente, uma abstração, mas a instituição em si mesma é tão real e muito mais significativa que qualquer objeto material da cultura.” [(FICHTER, Joseph H. *Sociology*. Chicago, University of Chicago Press, 1958. (trad. Hebe Guimarães Leme. *Sociologia*. São Paulo, Editora Herder, 1969, p.297)].

⁴³⁴‘Modal’ aqui é utilizado para significar a particularização de algo por determinações externas ao mesmo.

⁴³⁵Os entes objetivados têm realidade enquanto produtos de relação inter-humana. Entenda-se, com isso, que “*la sociedad tiene una realidad; pero esa realidad no es sustante, sino modal y relacional. Las únicas realidades sustantes en la sociedad son los individuos que la forman o que intervienen en ella*”, pois, ela “*no es un entre sí y por sí, con existencia aparte de la de los hombres individuales que la forman*” (RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de sociologia*. 3ªed., Cidade do México, Editorial Porrúa, 1968, p.187).

⁴³⁶Cf. RECASENS SICHES, Luis. op cit., p.197.

⁴³⁷Lourau acentua a dificuldade de se perfazer a pesquisa da gênese do pensamento institucional, o que demandaria um estudo aprofundado, que partisse, pelo menos, da antiguidade grega: cf. LOURAU, René. *L'Analyse insitutionnelle*. (trad. Mariano Ferreira. *A análise institucional*. Petrópolis, Editora Vozes, 1996, p.22). Intenta-se, pois, traçar as linhas básicas não da gênese temporal, porém conceitual do institucional.

⁴³⁸Transcreve-se trecho de Donald Pierson sobre a questão fundamental da sociologia: “como podem os seres humanos, separados como estão do ponto de vista físico, e vivendo vidas psicológicas até certo ponto bem distintas, como podem estes seres humanos agir conjugadamente? Por outras palavras, como podem os animais humanos tornar-se *humanos* e levar uma vida em *comum*?” (PIERSON, Donald. *Teoria e pesquisa em sociologia*. 7ªed., São Paulo, Edições Melhoramentos, 1962, p.68).

é uma destas objetivações, na medida em que o indivíduo tornou-se capaz de se combinar mediante *unidades maiores*, que se caracterizam pela presença da racionalidade e consciência finalística, agregadas ao ser social às custas do esforço de convívio pacífico e bem-estar geral identificados na evolução do indivíduo. Nada melhor, portanto, que iniciar com o criador e estudioso por excelência dos conceitos de *folkways* e *mores*: William Graham Sumner.

Folkways

Sumner foi quem primeiro utilizou os termos *folkways* e *mores* no âmbito de pesquisa da antiga *ciência da sociedade*, introduzindo-os, enriquecidos pela ampla cultura daquele autor, com um fim sistematizante, que aqui serve, antes de tudo, como *fonte empírica para formulações teóricas*⁴³⁹.

Para ele, as conformações sociais distinguem-se em um crescendo de objetivação diretamente influenciado pela conscientização na existência de tais conformações, associado à postura, própria da emancipação dos povos, de interferência direta e voluntária do ser em ditas conformações. O pensamento, instrumentalizado pela intervenção volitiva do humano, deixa de ser produto do fato, para transformar-se em seu agente, à medida que ocorre a referida emancipação dos povos. O reflexo mais perfeito e acabado, que a humanidade alcançou com isso, tem, certamente, no conceito de instituição, sua síntese mais elaborada.

Aquele autor fala, então, do homem, que impulsionado pelo instinto de sobrevivência, pratica atos para satisfação imediata das necessidades cotidianas⁴⁴⁰. Prazer e dor foram os móveis solitários na determinação do

⁴³⁹Salienta Donal Pierson: “Um dos primeiros trabalhos a representar o moderno estágio de pesquisa em Sociologia foi o livro de William Graham Sumner, *Folkways*, publicado em 1906. (...) A análise de Sumner baseia-se num enorme acúmulo de dados etnográficos, não simplesmente para ilustrar teorias já estabelecidas (como se verifica, infelizmente, no esforço semelhante de Herbert Spencer) mas para servirem de fonte empírica para formulações teóricas” (PIERSON, Donald. *ibid.*).

⁴⁴⁰Cf. SUMNER, William Graham. *Folkways*. New York, Ginn and Company, 1906. (trad. Lavinia Costa Villela. *Folkways: estudo sociológico dos costumes*. Tomo I. São Paulo, Livraria Martins Editora, 1950, p.28).

comportamento primitivo do homem, em que a única influência psíquica possível seria a própria distinção entre eles, dando-lhe a forma *acertada* de se viver⁴⁴¹. *Hábitos, rotinas e habilidades* formaram-se na direção que os esforços humanos eram obrigados a tomar⁴⁴². O ser situado entre necessidades cotidianas e interesses, veria nesses últimos o motivo imediato criador de hábito no indivíduo e costume no grupo, pois a adoção dos mesmos meios — *hábitos* — para se alcançarem os fins colimados, transformou esses meios em *costumes*, tornando-os fenômenos coletivos. A tais fenômenos coletivos, Sumner chamou *folkways*, e o fez com as características específicas expostas a seguir, cuja força está em refletir o aspecto distintivo de cada sociedade⁴⁴³.

Os *folkways*, na concepção de Sumner, formam-se inconscientemente, nunca intencionalmente⁴⁴⁴. São *inconscientes, espontâneos e não coordenados*⁴⁴⁵. Resultam da repetição de esforços humanos para satisfação de necessidades imediatas, pois se referem a atos, que são fins em si. Para os povos primitivos, não existe outra moralidade que não o bom êxito⁴⁴⁶, em que a bondade de cada ser lhe é atribuída pelo seu sucesso externo, caracterizando um juízo prático utilitário, embora sem menosprezar o que Sumner chama de *elemento aleatório*⁴⁴⁷. Dada essa auto-suficiência da existência dos *folkways*, só mais tarde são utilizados na dedução de regras para solução de problemas futuros.

Antecipam-se, pois, certas conclusões. É em uma fase posterior, que a complexidade das instituições indica não ser mais possível medi-las somente quanto a sua eficácia, mas também quanto aos *valores* que reúnem, sob pena de se estar aplicando às instituições método estranho à sua complexidade. Desse ponto, deflui uma consequência importante: as instituições não podem ser julgadas pela eficiência em face a uma finalidade necessária, mas como componentes reunidos de

⁴⁴¹Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., pp.60/61.

⁴⁴²Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.29.

⁴⁴³Cf. id. ibid.

⁴⁴⁴Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.30: item 3.

⁴⁴⁵Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.49.

⁴⁴⁶Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.32.

⁴⁴⁷Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.34.

valores, esses sim, necessários. Os *folkways* consistem sempre na sua adaptação ao fim desejado⁴⁴⁸, já as instituições consistem, em regra, no fim cristalizado para o qual devem convergir os esforços de adaptação.

Somente as *camadas superiores* dos *folkways* são alvo de proposições filosóficas, éticas, religiosas, enfim, de atos de reflexão inteligente, que visem a modificá-las ou controlá-las⁴⁴⁹. Hoje, os *folkways* dominariam preferencialmente os atos simples da rotina de um grupo⁴⁵⁰, já que se não fazem instigantes da mobilização social. Eles se apresentam como a negação do *original*, do *espontâneo*, da *inovação*⁴⁵¹, do *ineditismo da liberdade* de que fala Miguel Reale⁴⁵², pois se fundam na dependência das almas ao que foi cristalizado no tempo⁴⁵³, e no *mistério* da origem esquecida de seu momento de surgimento⁴⁵⁴. Sua origem, no entanto, revela traços característicos de formas sociais mais elaboradas. Enquanto os *folkways* primitivos eram marcados pela *imprevidência*, pelo *desperdício* e *desleixo*⁴⁵⁵, vagarosamente, experimentados prejuízos e sofrimentos por parte do grupo humano, agregaram-se qualificativos de *prudência*, *previdência*,

⁴⁴⁸Cf. SUMNER, William Graham. op. cit., p.32.

⁴⁴⁹Cf. SUMNER, William Graham. op. cit., p.31.

⁴⁵⁰O autor de *Folkways* dá exemplos destes atos rotineiros: banho, limpeza, corte de cabelo, alimentação, bebida, abstinências. (cf. id. ibid.).

⁴⁵¹Transcreve-se passagem de Sumner: “tradição e costume se entrelaçam e constituem forte coerção que dirige a sociedade de acordo com linhas fixas sufocando a liberdade” (SUMNER, William Graham. op. cit., p.40).

⁴⁵²Salienta o nosso filósofo do direito: “Desse fato [de objetivação histórica] resulta que, quando o homem tipifica determinadas formas de conduta e concretiza aspirações e interesses em determinado instituto jurídico, há sempre dois aspectos a examinar: um *objetivo*, relacionado com a validade adquirida pela “realidade jurídica” em si (o que explica o caráter eminente e coercitivo, ou a pressão social das estruturas normativas) e um outro *subjetivo*, pertinente à situação dos homens que se inserem no âmbito da referida objetividade, conservando e buscando salvaguardar o seu ser próprio, isto é, a sua irrenunciável capacidade de liberdade e de síntese.” (Texto contido no prefácio do livro de Theophilo Cavalcanti Filho, intitulado *O problema da segurança no direito*, à página IV, citado na bibliografia final).

⁴⁵³“O que é costumeiro é produto e resultado. Tem antecedentes. Nunca poderemos encontrar ou ver o primeiro membro da série. Só pela análise e pela inferência podemos formar qualquer concepção do “começo” que tanto ansiamos por encontrar.” (SUMNER, William Graham. op. cit., p.35).

⁴⁵⁴Diz, Sumner: “A origem dos costumes primitivos está sempre envolta em mistério, porque ao começar um procedimento, os homens nunca estão conscientes da ação histórica daquilo que estão fazendo. Ao se tornarem conscientes da importância histórica dos seus atos, a origem terá já ficado muito para trás” (id. ibid.).

⁴⁵⁵Cf. SUMNER, William Graham. op. cit., p.36.

*paciência e perseverança*⁴⁵⁶ ao seu conceito. Tais fatores, aliados à *competição*⁴⁵⁷, *assimilação e acomodação*⁴⁵⁸, e a duas formas de associação — *combinação e cooperação* —, que se alternam entre si,⁴⁵⁹ permitem o surgimento da idéia de *interesse comum* expressa na assertiva de superação de antagonismos menores do grupo em prol de interesses coletivos nele existentes⁴⁶⁰.

Os *folkways* passam por um processo de formação, cujas implicações relativas ao seu *poder de sugestionabilidade* são muito bem exploradas por Sumner⁴⁶¹. O renomado autor salienta um impulso inicial dado pelos *espíritos mais fortes* a produzirem idéias, por *auto-sugestão*, que, uma vez postas em circulação, passam de um espírito a outro, de forma que, a cada nova sugestão, amplia-se o número de pontos aos quais outros espíritos podem agregar-se⁴⁶². Comporta-se como um pensamento lançado ao todo social, que adquire conformação e conteúdo próprios quando enriquecido pela teia de interrelações lá existentes, e faz com que se produza um efeito exponencial, porquanto o poder da multidão revela-se maior que a soma dos poderes de seus membros⁴⁶³.

As conseqüências destas constatações, todavia, apontam para extremismos alimentados pelo culto à *sugestionabilidade*⁴⁶⁴, em que crítica e reflexão humilham-se ao *prestígio* das decisões auto-alimentadas pelo poder

⁴⁵⁶Cf. id. *ibid.*

⁴⁵⁷Cf. NIMKOFF, Meyer F. & OGBURN, William. *Cooperação, competição e conflito*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. *Homem e sociedade*. 2ªed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965, pp.236-261. Os autores promovem o estudo da organização social como produto do equilíbrio das forças centripetas e centrífugas da sociedade.

⁴⁵⁸Cf. NIMKOFF, Meyer F. & OGBURN, William. *Acomodação e assimilação*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. *op.cit.*, pp.262-284.

⁴⁵⁹Cf. SUMNER, William Graham. *op.cit.*, p.46/47.

⁴⁶⁰A *cooperação antagônica* significa “pôr de lado antagonismos menores a fim de trabalhar em conjunto pelos interesses maiores” (SUMNER, William Graham. *op.cit.*, p.48).

⁴⁶¹Cf. SUMNER, William Graham. *op.cit.*, pp.50 à 56.

⁴⁶²Cf. SUMNER, William Graham. *op.cit.*, p.49/50.

⁴⁶³Explica Sumner, que as sugestões, quando operam numa multidão, tornam-se altamente produtivas, “porque evocam poderes latentes, concentram o que de outra maneira ficaria disperso, verificam e corrigem o que tinha sido adotado, eliminam o erro e constroem por combinação.” (SUMNER, William Graham. *op.cit.*, p.50).

⁴⁶⁴Sugestionabilidade é “a faculdade natural do cérebro de admitir, sem motivos, qualquer idéia, assimilá-la e afinal rapidamente transformá-la em movimentos, sensações e inibições” (SUMNER, William Graham. *op.cit.*, pp.51/52).

multiplicador do grupo social⁴⁶⁵. Tais posturas coletivas rompem barreiras, que os indivíduos não ousariam ultrapassar⁴⁶⁶, e propulsionam atitudes, preconceitos e crenças, que o solitário ser via-se coagido a conter⁴⁶⁷.

As instituições também estão sujeitas ao perigo da sugestionabilidade, porquanto também são uma multidão, conquanto de elementos, idéias, prescrições etc., dotada de um corpo organizacional mais elaborado pela sua criação direcionada a um fim consciente. Essa vinculação finalística apenas faz aumentar seu poder de sugestão, na medida em que encarnam a idéia de um bem comum⁴⁶⁸. As instituições, portanto, também estão sujeitas ao perigo do desprendimento da ponderação equilibrada, em benefício do impulso cego da autojustificação do grupo. O que diria a autopoiese a esse respeito? A análise dos grupos serve à constatação do perigo de um *sistema total*, gerando e determinando valores próprios, que podem ser elevados, artificialmente, à primeira linha dos ideais de um grupo ou instituição. Esse mal somente pode ser afastado, sem extinguir a sua utilização como catalisador de políticas sociais⁴⁶⁹, pelo recurso à crítica, pois quanto mais desenvolvida a crítica, menos mal pode fazer a sugestão. Antecipa-se a conclusão em se erigir o estímulo à atitude crítica e raciocinada como início e fim de toda instituição, para lhe afastar ao máximo o mal do auto-alimentado extremismo a que tende sua natureza⁴⁷⁰. Nesse sentido é que Sumner

⁴⁶⁵Em uma multidão “não existe deliberação nem raciocínio” (p.50). As decisões justificam-se pelo prestígio que gozam no interior do grupo. Se auto-alimentam. “O consenso de um número de pessoas é promissor ao triunfo do impulso, seja ele qual for.” — grifos nossos. (SUMNER, W.Graham. op.cit., pp.50/51).

⁴⁶⁶“Uma multidão pode pois fazer cousas melhores ou piores do que fariam os indivíduos que a compõem (...). A multidão não tem, mais que o indivíduo, garantias de prudência e de virtude.” (id.ibid.).

⁴⁶⁷“Pessoas muito sugestionáveis podem ser levadas a estados de espírito que inibem a crítica e a reflexão. Qualquer pessoa que adquira habilidade nos principais processos de associação, analogia, reiteração e continuidade, pode fazer truques com os outros, estimulando estes processos e submetendo depois à sua ação dados selecionados” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.52). Sobre a psicologia de uniformização nacional de Elias Canetti, vide nota 382, p.108.

⁴⁶⁸Vide nota 474.

⁴⁶⁹“Quando honestamente empregada [a sugestão], (...) é recurso legítimo (...) para a educação.” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.55).

⁴⁷⁰Vide, a respeito do fim da adolescência da humanidade e de seus extremismos, caminhando para as decisões ponderadas, as conclusões do capítulo intitulado “A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento anti-representativo de Schmitt”: p.103.

insiste na função da educação em “adestrar especialmente o poder de criticar”⁴⁷¹, o que faz com que lancemos os olhos na característica salientada de fornecimento de argumentos pelas decisões jurídicas institucionais, que passam a ser um componente influente no sistema total. À medida que se promove ao fortalecimento do poder de crítica, permite-se que esse introduza correções na direção tomada institucionalmente. Sob outro enfoque, fortalece-se a sugestionabilidade no *sentido inverso* e permite-se que cada qual ocupe a função de *pólo influente* exigido pelo equilíbrio ponderado. Mais do que tudo isto, tais considerações dizem respeito diretamente à polaridade entre objetividade e subjetividade, em que o equilíbrio é atingido quando atestada a consciência da individualidade como antítese da sugestionabilidade. Nesse aspecto, o espírito crítico é uma exigência necessária da resistência à sugestão. A tendência intrínseca das conformações sociais em se determinarem por aspectos práticos de argumentações utilitárias tem o contrapeso dos valores próprios da participação subjetiva instrumentalizada pelo senso crítico influente no institucional. Talvez até se permita a ousada constatação de que o institucional é mero meio de aprendizado crítico do subjetivo através do objetivo, para poder afinal livrar-se desse último quando alcançada a conformação suprema da crítica, por assim dizer, a consciência autocrítica.

Folkways, enfim, são “como que produtos de forças naturais que os homens inconscientemente põem em movimento, ou como os modos instintivos de agir dos animais, desenvolvendo-se pela experiência e alcançando afinal uma forma de adaptação máxima a um interesse, transmitindo-se de geração em geração pela tradição e não admitindo exceção ou variação alguma; mas modificando-se para enfrentar novas condições, ainda dentro dos mesmos métodos limitados e sem reflexão ou propósito racional”⁴⁷², quando podem ser identificados como fenômenos coletivos do grupo social. Os *folkways*, no entanto trazem ao social a semente de sua própria superação. Revelam a consciência do *interesse comum* e estabelecem, com isso, um norte a ser racionalmente seguido⁴⁷³, que delinea os contornos de um conceito mais elaborado e também antigo, aqui minudenciado por Sumner: os *mores*.

⁴⁷¹id.ibid.

⁴⁷²SUMNER, William Graham. op.cit., p.30.

⁴⁷³Vide, a respeito, nota 460, p.129.

Mores

Quando os *folkways* são elaborados em doutrinas guiadas à satisfação do bem comum⁴⁷⁴, presentes estão os *mores* na dicção de Sumner. *Mores* são *folkways* raciocinados, generalizados, convertidos em entes abstratos, enfim, em *proposições*⁴⁷⁵ peculiares pelo plexo de relações que encerram, relações voltadas a finalidades sistêmicas não imediatistas, ou, em outras palavras, pela inclusão de julgamento discriminador do que é, ou não, proveitoso ao bem-estar social⁴⁷⁶. São *folkways*, que trazem em si, a conotação do *certo* e *verdadeiro*, em face daquele bem-estar⁴⁷⁷. Não que nasçam, de per si, de uma racionalização pontual da história de seu surgimento, mas se diferenciam, em um momento posterior, por serem integrados em uma razão finalística de bem-estar, pois o fenômeno dos *mores*, em si, é *impessoal e coletivo*. Enfim, são racionalizados na medida em que carregam consigo a razão de sua existência⁴⁷⁸.

A princípio, nascem pela tentativa de explicação dos *folkways* por *presunções especulativas e deduções dogmáticas*⁴⁷⁹ de origem fantasmagórica, misturando-se a noções utilitárias próprias daqueles. Com o tempo, aperfeiçoam-se, tornando-se *coerentes*⁴⁸⁰ em uma síntese de utilitarismo e conteúdo valorativo do ser humano. Aliás, a tendência a tornarem-se coerentes é da natureza dos *mores*⁴⁸¹,

⁴⁷⁴O atrelamento dos *mores* a finalidades raciocinadas dá-lhes maior força de sugestionabilidade. Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.52.

⁴⁷⁵Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.64.

⁴⁷⁶Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.7.

⁴⁷⁷Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.70.

⁴⁷⁸Cf. FARIS, Ellsworth. *A natureza e significação dos "mores"*. In: Donald Pierson (org.). *Estudos de organização social*. Tomo II. São Paulo, Livraria Martins Editora, 1949, pp.373. (Biblioteca de Ciências Sociais IX).

⁴⁷⁹Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.65.

⁴⁸⁰Salienta Sumner, que os *mores* podem, com o tempo "por meio de inferências da filosofia ou das regras que visam satisfazer sem dor as necessidades, desenvolverem-se, aperfeiçoando-se e se tornando coerentes" (SUMNER, William Graham. op.cit., p.66). A coerência revela outra característica dos *mores* pela perseguição da eficiência: cf. SUMNER, W.G. op.cit., p.141.

⁴⁸¹Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., pp.71/72: item 45.

porquanto encarnam, como sua característica essencial, a função de *força diretriz*⁴⁸² social a revelar o espírito de cada época (*Zeitgeist*). Os *mores* caracterizam-se pela capacidade de miscigenação em intercâmbios sociais estendendo sua influência construtiva por meio de *interferências*⁴⁸³. Afetam o curso da civilização, introduzindo elementos *seletivos* de julgamentos quanto ao bem social⁴⁸⁴, que podem ser positivos ou negativos, adquirindo a estrutura de *tabus*⁴⁸⁵, que antecipam a característica de *concentração de elementos diretivos*, própria das instituições⁴⁸⁶. A *sugestionabilidade* dos *mores* é, portanto, mais concentrada, adotando *rituais*, em que o todo social participa *inconscientemente*⁴⁸⁷, embora surjam como produtos de atitudes conscientes, enquanto sustentadas por convicções de que tais atitudes são proveitosas ao bem-estar da sociedade⁴⁸⁸. Agregam as forças inertes dos *folkways*, tomando suas características mais palpáveis e úteis ao próximo passo, então, institucional.

Características dos mores

O passado⁴⁸⁹ rege os *mores*, que aderem à autoridade pretérita e incorporam características de *persistência*⁴⁹⁰, *inércia* e *rigidez*⁴⁹¹, a despeito de

⁴⁸²Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., pp.70/71: item 44.

⁴⁸³Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.62.

⁴⁸⁴Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., p.63.

⁴⁸⁵Tem-se, em Sumner, uma definição esclarecedora dos elementos essenciais dos tabus, como “inibições concentradas dirigidas contra a conduta que a filosofia considera prejudicial, ou injunções positivas para fazer o que é considerado conveniente e benéfico”, ou ainda, “constituem a moralidade, isto é, um sistema moral que nas civilizações mais elevadas refreia a paixão, o apetite e a vontade.” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.138).

⁴⁸⁶Vide nota 568, p.150.

⁴⁸⁷Eles englobam “os hábitos correntes, como as horas de trabalho, das refeições, a vida em família, o convívio social dos sexos, a conveniência, divertimentos, viagem, feriados, educação, o uso de periódicos e de bibliotecas, e inúmeras outras particularidades da vida” (SUMNER, William Graham. op.cit., pp.96/97).

⁴⁸⁸Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., pp.29/30.

⁴⁸⁹Os *mores* “são transmitidos do passado. Cada indivíduo nasce entre *mores* como nasce na atmosfera: e não reflete sobre eles, nem os critica, assim como uma criancinha não analisa a atmosfera antes de começar a respirá-la.” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.112)

modificações oriundas de um novo sistema social. Eles podem ser modificados, mas sua transformação requer tempo para se operarem pequenas variações no seu movimento⁴⁹². Os *mores* afetam fortemente as *massas*⁴⁹³, que se revelam surdas a argumentos contrários a eles. A discussão e racionalização dos comportamentos têm melhor acolhida, quando as prescrições contidas nos *mores* são transferidas para as instituições⁴⁹⁴. Elas, as instituições, trazem racionalização e discussão para dentro de sua própria natureza⁴⁹⁵, porquanto pressupostos de sua materialização. Embora as *massas* tendam a compreender as instituições como o fazem para os *mores*, ou seja, como fatos sem justificação valorativa necessária, isto não retira a característica prospectiva das instituições, que contribui ainda para o desenvolvimento do senso crítico das *massas* pela não rara inexistente sintonia entre a prescrição institucional e o fato social⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰Exemplificação interessante da persistência dos *mores* é a constatação de Sumner de que eles são “elásticos e tenazes; mas uma vez estabelecidos em uso contínuo e familiar, resistem à mudança. Quando bem compreendidos, habituais e indiscutidos, estabilizam a ordem social. Numa colônia nova, de população esparsa, existe grande “liberdade”; os *mores* nunca são fixos nem rigorosos. Havendo sempre tradições dos *mores* da mãe-pátria, que são tratados com respeito mas nunca aplicáveis às condições coloniais, os *mores* de uma colônia são sempre heterogêneos e estão num fluxo constante. Isto se dá porque os colonos têm de aprender a viver num país novo onde não têm tradições estabelecidas para os guiar, e onde as do país de origem lhes são um obstáculo. Toda pessoa criada num país novo sente, quando vai para um país velho, o “conservantismo” de seus “*mores*”. Julga então que o povo é formal, rígido em suas maneiras, tolo e pouco disposto a aprender. E os do país mais velho julgam-na rude, brusca, inculta, pois nada sabe do ritual — que não pode ser aprendido em livros, mas cujo conhecimento, adquirido por meio de longa experiência, caracteriza o membro adaptado dessa sociedade.” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.117).

⁴⁹¹Quando o elemento de estabilidade e rigidez existente nos *mores* torna-se dominante, eles perdem sua *naturalidade* e *vitalidade*, “ficam estereotipados, perdem toda relação com a conveniência e tornam-se um fim em si mesmos. São impostos por uma autoridade imperiosa, sem consideração pelos interesses ou condições (...) Quando uma sociedade qualquer cai sob o domínio desta doença dos *mores*, é preciso que ela se desintegre para que reviva. Neste estado doentio, todo aprendizado consiste em confiar à memória as palavras dos sábios do passado, que estabeleceram as fórmulas dos *mores*. Tais palavras são “escritos sagrados”, dos quais cada frase é uma regra de conduta que exige obediência, inteiramente independente de interesses atuais ou de qualquer consideração racional.” — grifos nossos. (SUMNER, W.Graham. op.cit. pp.116/117).

⁴⁹²O “movimento inconsciente e imperceptível” (SUMNER, W.G. op.cit., p.113) caracteriza os *mores*.

⁴⁹³Neste sentido, os *mores* são *materializações de abstrações* do homem, que as transformou em *símbolos*. Tais *símbolos de massa* têm a função de promover a unidade do grupo. Cf. RECASENS SICHES, *Lecciones de Sociologia*. Cidade do México, Editorial Porrúa, 1948, pp.221/222.

⁴⁹⁴Cf. SUMNER, W.G. op.cit., p.113.

⁴⁹⁵“As instituições atuam também como agentes de coordenação e de estabilidade da cultura total.” (FICHTER, Joseph. op.cit., p.299).

⁴⁹⁶Eis como Sumner qualifica as *massas* frente aos *mores*: “As ‘massas’ nunca sabem como andamos, como comemos, como respiramos, e nunca conhecem uma razão qualquer para que os *mores* sejam o

Mas o institucional não pode vingar eternamente se não trazer em si a consciência da evolução social dos tempos, e carregar consigo um equilíbrio entre a persistência herdada dos *mores* e a mutabilidade e variabilidade neles latente. Essa transição dos *mores* para instituições traz o perigo da petrificação das idéias. A persistência dos *mores* é naturalmente amenizada pela transformação social de que são, embora lenta e imperceptivelmente⁴⁹⁷, alvos *imediatos*⁴⁹⁸, enquanto as instituições, se não absorverem tal transformação por meio de determinação do seu sistema total interno, estarão condenadas, ou a subjugar a realidade social pela força, ou a tornarem-se insípidas ao paladar da sociedade e esquecidas em sua insignificância.

O momento de objetivação dos *mores* em instituições é crítico, por desviar a atenção conjugada entre persistência e mutabilidade, para apenas um dos pólos do fenômeno. A persistência reina absoluta na cristalização dos comportamentos sociais em instituições, e relega a segundo plano, como se o fenômeno não fosse uno, o necessário acompanhamento de seu antagônico, essencial à formulação das infinitas sínteses, que lhe darão forma idônea a reger o complexo fenômeno relacional inter-humano. O institucional carrega consigo o mal da supervalorização da forma, em detrimento do conteúdo, o que, de certo modo, abre caminho à justificação de qualquer conteúdo pela sua conformação exterior, já referida neste estudo quando da análise da democracia procedimental⁴⁹⁹. Albert Hensel salienta tal culto à forma na ligação que se consolidou no campo constitucional europeu, na primeira metade deste século, entre forma institucional e

que são. Sua justificação é que quando despertamos para a consciência da vida, encontramos os *mores* como fato que já nos prendem com os laços da tradição, do costume, do hábito. Embora contenham, neles incorporados, noções, doutrinas e máximas, os *mores* são fatos. Pertencem ao presente. Nada têm a ver com o que deveria ser, será, pode ser, ou tem sido, se não é agora.” — grifos nossos. (SUMNER, W.G. op.cit., pp.113/114).

⁴⁹⁷Cf. SUMNER, William Graham. op.cit., pp.121-123.

⁴⁹⁸“Não menos notável que sua persistência, são a mutabilidade e a variabilidade dos *mores*. (...) A variação dos *mores* deve-se ao fato de que as gerações novas não os perpetuam exatamente como os receberam.” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.121).

⁴⁹⁹Vide, a respeito, o capítulo intitulado: “A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento anti-representativo de Schmitt”, p.103.

conteúdo político⁵⁰⁰. Tais considerações levam ao tema da petrificação dos conceitos em meio às muralhas institucionais de isolamento, que somente podem ser superadas quando presentes em sua plenitude todos os elementos essenciais ao institucional, nomeadamente a presença da racionalização em seu surgimento.

Expressão daquela crise de preponderância do aspecto de preservação pode ser detectada ainda dentro da elástica mutabilidade dos *mores* no tempo. Revoluções⁵⁰¹ são produzidas pela falta de sintonia entre os *mores* dominantes de uma época e as condições sociais nela presentes. As revoluções chamam a atenção para aquela *doença dos mores*⁵⁰², em que o elemento de persistência torna-se dominante, ou ainda, quando a evolução social não permite o lento acompanhamento exigido nos *mores*, pois a evolução desses deve ser gradual para permitir sua necessária *ressonância* no todo social. Talvez seja este um bom argumento para a evolução dos *mores* em direção às instituições. Elas permitem que a emancipação do ser humano, que por um lado lhe traz mais liberdade, e por outro lhe obriga a efetivar a racionalização dos comportamentos humanos, preveja a velocidade das transformações e ajuste as instituições, por determinação volitiva, às novas condições sociais.

Os desequilíbrios num sistema deixaram de ser apontados como exceções ou falhas e passaram a integrar sua própria ontologia⁵⁰³. A natureza impõe quebras constantes do equilíbrio por meio de *estruturas dissipativas*, que devem ser, não combatidas, mas assimiladas e tornadas operacionais, aí sim, de forma a

⁵⁰⁰Transcreve-se trecho pertinente: “*Die Form, nicht die Idee, ist das unmittelbare Ziel politischer Verfassungskämpfe. Ist die Form erreicht, so glaubt der Sieger gleichzeitig auch die Idee in dem Käfig, ja in dem Kerker der Form gefangen zu haben.*” (HENSEL, Albert. *Institution, Idee, Symbol*. Königsberg, Grafe und Unzer, 1929, p.6. (Königsberger Universitätsreden VI)). Tradução livre: A forma, e não a idéia, é o objetivo imediato do embate travado para se introduzir a Constituição. Alcançada a forma, o vencedor acredita ter colocado em uma gaiola, ao mesmo tempo, o conceito; no cárcere da forma capturado.

⁵⁰¹As revoluções são a dissolução dos *mores* por “crises produzidas pela persistência de antigos *mores*, depois de já terem mudado as condições.” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.123).

⁵⁰²Vide nota 491, p.134.

⁵⁰³A estabilidade e a simplicidade são excepcionais. Cf. PRIGOGINE, Ilya & STENGERS, Isabelle. *La nouvelle alliance; métamorphose de la science*. 1984. (trad. Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trinchira. *A nova aliança*. 3ªed., Brasília, Universidade de Brasília, 1997, pp.164/165).

equilibrar o sistema, potencializando sua evolução⁵⁰⁴. O verdadeiro desequilíbrio está na má dosagem dos componentes *conservativo* e *dissipativo* do todo social, ou, nas palavras de Prigogine e Stenger, entre o *ser* e o *dever*, entre a *permanência* e a *mudança*⁵⁰⁵. O *dissipativo*, no âmbito social, é plural, e enriquece o todo pela *complementaridade*⁵⁰⁶ de contribuições, pois o plural não significa indefinição e incoerência, pelo contrário, na visão de Spencer, a homogeneidade indeterminada e incoerente sede lugar, com a evolução, à heterogeneidade definida e coerente⁵⁰⁷. Esta é a tendência do pensamento contemporâneo: o estudo conjugado entre o dinâmico e o estático⁵⁰⁸; a participação efetiva do *devenir inovador* como acréscimo, e não ruptura, ao sistema⁵⁰⁹, pois é a defasagem ocorrida entre os momentos *conservativo* e *dissipativo* de um sistema a causa primeira das crises nele verificadas⁵¹⁰. Bem ajustadas, as instituições são instrumentos contra os *espasmos* históricos da humanidade oriundos daquele desajuste.

Não se advoga, entretanto, a possibilidade de modificação social abrupta operada pelas instituições, porquanto isto apenas seria transferir a autoria daqueles *espasmos* para debaixo do manto imaculado do aparelho institucional.

⁵⁰⁴Ilya Prigogine demonstra o caminhar da filosofia contemporânea para o entendimento dos fenômenos naturais e culturais mediante a análise do componente *atraente* de *entropia* em todos os sistemas conhecidos. As *estruturas dissipativas* exercem o mesmo papel que as *conservativas* para a evolução do todo, e, portanto, não podem ser preteridas em desfavor de seu antagônico. Assim: “O ser vivo funciona longe do equilíbrio (...) funciona num domínio onde os processo produtores de entropia, os processo que dissipam energia, desempenham um papel construtivo, são fonte de ordem.” (PRIGOGINE, Ilya & STENGER, Isabelle. op.cit., p.143).

⁵⁰⁵Cf. PRIGOGINE, Ilya & STENGER, Isabelle. op.cit., p.203.

⁵⁰⁶Os pontos de vista são complementares. Nenhuma realidade curva-se a uma “descrição única” (PRIGOGINE, Ilya & STENGER, Isabelle. op.cit., p.175).

⁵⁰⁷Cf. RECASENS SICHES, Luis. op.cit., p.84. O mesmo autor ainda acrescenta em passagem brilhante: “*El mundo (realidad, ideas, etc.), al igual que un paisaje, tiene infinitas perspectivas; todas ellas igualmente verídicas y auténticas. La sola perspectiva falsa sería la que pretendiese ser la única*” (RECASENS SICHES, Luis. op.cit., p.281).

⁵⁰⁸“Já não queremos estudar o que permanece, mas também o que se transforma, as perturbações geológicas e climáticas, a evolução das espécies, a gênese e as mutações das normas que interferem nos comportamentos sociais.” (PRIGOGINE, Ilya & STENGER, Isabelle. op.cit., p.5).

⁵⁰⁹“Cada ser existente unifica no processo da sua gênese a multiplicidade de que constitui o mundo, acrescentando a essa multiplicidade um conjunto suplementar de relações.” (PRIGOGINE, Ilya & STENGER, Isabelle. op.cit., p.78).

⁵¹⁰Este é o sentido da seguinte afirmação aparentemente contraditória de Prigogine: “As comunidades científicas provocam crises sistematicamente, mas apenas na medida em que as não procuram.” (PRIGOGINE, Ilya & STENGER, Isabelle. op.cit., p.221).

Existem épocas de prevalência do espírito *instituidor*, e outras, do *instituído*⁵¹¹. Ambas revelam extremos de um fenômeno que a teoria institucional contemporânea pretende conjugar. De um lado, parte-se do Estado, fazendo do homem o *Estado subjetivado*, de outro, parte-se do homem e faz-se do Estado o *homem objetivado*. O objeto das instituições é, no *novo institucionalismo*, uma *rede de relações instituídas e instituidoras*⁵¹². Essa característica interativa do sistema institucional será mais adiante esmiuçada.

A instituição deve absorver a característica dos *mores* de transformação continuada e vagarosa⁵¹³, conquanto potencializada pela concentração de forças próprias do conceito de instituição⁵¹⁴. Presentes, portanto, nas instituições, o culto às pequenas variações para correção gradual da trajetória do objeto, repugnando-se a mudança abrupta de seu sinal. A diferença reside no fato de que o esforço concentrado institucional apressa e direciona o processo de maneira racional e responsável⁵¹⁵, não necessariamente no sentido do correto⁵¹⁶, mas do consciente. Correta é a circunspecção operada na transformação.

⁵¹¹Lourau refere-se a momentos históricos, em que se “permite ao instituidor submergir o instituído” (LOURAU, René. op.cit., p.22). Refere-se, pois, aos momentos revolucionários. Na filosofia encontram-se representantes das duas correntes opostas. Rousseau, partindo do instituinte (Contrato Social) ao contruído, Hegel, priorizando o contruído (Fenomenologia do espírito) ao instituinte. Hegel foi quem definiu mais fortemente o momento da universalidade do conceito de instituição, mas foi unilateral, pois desprezou a articulação plena do universal com o particular, e, portanto, enfraqueceu o momento da singularidade.

⁵¹²Essa rede de relações instituídas e instituidoras “serve de matéria-prima à instauração e funcionamento dessas formas sociais [as instituições].” (LOURAU, René. op.cit., p.91).

⁵¹³Sobre a combinação equilibrada entre rigidez e variabilidade dos *mores*, ensina Sumner: “A combinação, nos *mores*, de persistência e variabilidade, determina a extensão em que é possível modificá-los por meio de ação arbitrária. Não existe meio, nem artifício algum, que possa modificá-los extensamente ou de súbito, ou em qualquer de seus elementos essenciais. É possível modificá-los por meio de esforço vagaroso e continuado, se o ritual se modificar por pequenas variações.” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.125).

⁵¹⁴Salienta Fichter, que a organização interna das instituições tende a reforçar-se a si mesma: “seus componentes [da instituição] tendem a manter-se em coesão e a reforçar-se mutuamente.” (FICHTER, Joseph. op.cit., p.297).

⁵¹⁵Quanto à possibilidade de modificar os *mores* por meio de esforços inteligentes: cf. SUMNER, William Graham. op.cit., pp.125-131: itens 91 à 97.

⁵¹⁶“A idéia de que os *mores* tornam-se melhores ou piores em virtude de alguma tendência inata, tem de ser rejeitada. A bondade ou maldade dos *mores* é sempre relativa e precisa ser definida pelo grau em que eles conseguem seu objetivo, que é satisfazer necessidades.” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.141).

A natureza institucional vem corrigir as permissividades dos *mores* referentes às opções das *massas*, como, por exemplo, quanto à tolerância para com os *dissidentes*⁵¹⁷. Para contrabalançar a repulsa própria das massas frente àqueles, o ambiente institucional deve facilitar, e nunca dificultar, a presença da dissidência. Consolidada em sua estrutura sistêmica, a instituição não corre os mesmos perigos dos costumes tradicionais de desprestígio e confusão. Alcançado um grau mais elevado de organização, permite a si própria uma conotação participante e pensada: o convívio de correntes antagônicas.

A teoria institucional, por sua vez, tem de si afastadas as críticas, que a responsabilizam pelo retardamento de qualquer modificação social, por meio da análise de uma característica fundamental dos *mores*, qual seja, a de que as modificações raciocinadas *de acordo* com os *mores* produzem ressonância social muito mais intensa do que as demais, que demandam longo e paciente esforço⁵¹⁸. O componente conservador da teoria institucional tem suas proporções aferidas em cada conjuntura de momento. Não despreza a dinâmica social, conquanto a potencialize tendo por base componentes de segurança e preservação.

⁵¹⁷“A tolerância para com os dissidentes não é sentimento próprio das ‘massas’.” (SUMNER, William Graham. *op.cit.*, p. 135).

⁵¹⁸Cf. SUMNER, William Graham. *op.cit.*, pp. 132/133.

Instituições: características e qualificativos

Instituições versus mores

Armazenados os conceitos de *folkways* e *mores* de Graham Sumner, torna-se mais ameno o caminho a seguir para a definição da instituição pelos seus qualificativos. A instituição revela-se na cristalização de *sínteses* de uma *superestrutura cultural* em determinada sociedade⁵¹⁹. Apresenta-se o institucional, como a síntese do *aspecto estrutural da sociedade* e o seu *aspecto organizacional*, refletindo, em sua definição, as duas faces da instituição: o princípio de *continuidade* no aspecto estrutural; e o princípio de *variação ou mudança* através de análises individuais, em seu aspecto organizacional⁵²⁰. Ambos estão imersos em ambiente institucional, que incorpora a função de *estabilização e orientação* das suas relações internas, função essa própria de cada sistema social. A internalização de uma cultura própria em um ente social, estudado por Parsons por intermédio do conceito de sistema, acusa a presença institucional, pois diferencia a instituição pela disposição e coerência de suas relações internas⁵²¹. Essa delimitação do universo valorativo da instituição é que a permite olhar para dentro de si e ver ali

⁵¹⁹Gurvitch fala em *superestruturas organizadas* e sua dependência do *simbolismo*: cf. GURVITCH, Georges. *Os símbolos sociais*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. op.cit., pp.193-201.

⁵²⁰Explica Raymond Firth: “no aspecto da estrutura social se encontra o princípio de continuidade da sociedade; no aspecto da organização se encontra o princípio de variação ou mudança — que permite a avaliação da situação e a escolha individual.” (FIRTH, Raymond. *Organização social e estrutura social*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. op.cit., p.46).

⁵²¹São os seguintes os dizeres de Parsons sobre o tema: “O elemento distintivo da estrutura dos sistemas de ação é a organização recíproca e padronizada dos significados dos objetos; e é por isto que a “orientação” com relação aos objetos se torna estabilizada. É a isto que nos referimos quando afirmamos que a ação é organizada “culturalmente”, que numa personalidade, enquanto considerada como um sistema, há uma cultura *internalizada* e que num sistema social a *institucionalização* corresponde à internalização na personalidade.” (PARSONS, Talcott. *O conceito de sistema social*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. op.cit., p.51).

suas *funções*⁵²². Aliás, é da natureza da instituição a presença de muitas funções, embora estas não possam ser tidas como razão bastante para a existência daquela⁵²³.

As características da instituição, por outro lado, pertencem à sua essência e permitem a antecipação de seus contornos. Enquanto nos *mores*, há elementos sentimentais e de fé, que lhes são inerentes, as instituições têm caráter *racional*⁵²⁴, que possibilita sua formulação positiva⁵²⁵. De um lado estão os *mores* como costumes que levam ao bem-estar social dentro das condições de vida existentes, e de outro, as instituições, que acrescentam ainda o *controle* da conduta por atos *conscientes* e *voluntários*⁵²⁶. A instituição forma, pois, uma estrutura, que não é física, pois o cultural é inorgânico⁵²⁷, e, portanto, “pertencente a uma categoria que *precisa ser definida e estudada em si mesma*”⁵²⁸. Não se despreza, entretanto, a diversidade de formas mediante as quais a instituição pode ser apresentada. Salienta-se, todavia, que a introdução de valores em uma estrutura é uma caracterização perene de seu conceito. Efêmero somente pode ser a forma de organização determinante daquela estrutura⁵²⁹.

A instituição, embora legatária dos *mores*, serve-lhes de contrapeso, pois ao cristalizá-los em uma época, oferece-lhes resistência à sua própria modificação em um momento seguinte. Retardam e dissipam as mudanças.

⁵²²Função é a relação entre uma dada ação e o sistema do qual a ação faz parte.

⁵²³Everett Hughes aponta o caminho: “*Purposes occur within human behavior and are but an aspect of it. Institutions which are established are not subject to a single purpose. They may perform many functions; but it can hardly be said that they exist to perform these functions. The functions are implicit, rather than explicit.*” (HUGHES, Everett Cherrington. *Institutions*. In: Robert E. Park (coord). *An outline of the principles of sociology*. New York, Barnes & Noble Inc., 1939, p.288).

⁵²⁴Cf.SUMNER, William Graham. op.cit., p.90: item 63.

⁵²⁵Cf.id.ibid.

⁵²⁶Cf.SUMNER, William Graham. op.cit., pp.90/91.

⁵²⁷Kroeber analisa o cultural sob a nomenclatura de *superorgânico*: cf.KROEBER, A.L.. *O “Superorgânico”*. In: Donald Pierson (org.). *Estudos de organização social*. Tomo II. São Paulo, Livraria Martins Editora, 1949, pp.231 à 281. (Biblioteca de Ciências Sociais IX).

⁵²⁸SUMNER, William Graham. op.cit., p.67.

⁵²⁹Salienta Sumner: “Uma instituição consiste num conceito (idéia, noção, doutrina ou interesse) e numa estrutura. A estrutura é uma moldura ou um aparelhamento, ou talvez apenas um número de funcionários organizados para cooperar, de maneira estabelecida, em certas circunstâncias. A estrutura mantém o conceito e fornece intrumental para concretizá-lo no mundo dos fatos e da ação, de maneira a servir os interesses humanos na sociedade.” (SUMNER, William Graham. op.cit., pp.87/88).

Traduzem um *aspecto estandardizado* do modo de vida de um povo⁵³⁰. Nesse sentido, as instituições servem de *balizas* à evolução dos *mores*, nos *canais de ordem* de que fala Sumner⁵³¹. As massas são a palavra final quanto à direção tomada pelos *mores*, e esses resultam em instituições, que, por sua vez, dirigem as massas. Assim, os *mores* evoluem para instituições por necessidade interna à sua preservação, porquanto são as instituições que corporificam a *estabilidade e moderação* obstrutiva das massas⁵³² em sua força destruidora do passado, liberta que é de julgamentos ponderados⁵³³.

O ambiente institucional é, contudo, muito mais que *mores* elaborados. A instituição não representa seu antecessor com características agravadas, e sim, representa um aperfeiçoamento de gênero e grau na medida em que transporta para outro plano a discussão a respeito do nível de preservação de seus valores e da possibilidade de germinar em si a superação deles. A estrutura institucional solidifica suas bases por um processo racional de criação, o que poderia levar a crer que sua única contribuição seria em fortalecer o primeiro dos pólos da diade preservação *versus* mudança, promovendo a um maior desequilíbrio do fenômeno. Entretanto, há um componente do institucional ainda não salientado, que traz novamente ordem à matéria. Fala-se do *convencionalismo*, que evita o choque de certos comportamentos com os *mores* estabelecidos⁵³⁴. Introduce um elemento de *tolerância* quanto ao desenvolvimento de certos atos pertinentes a cada

⁵³⁰Cf. FICHTER, Joseph H. *Sociologia*. São Paulo, Editora Herder, 1969, p.296.

⁵³¹“É necessário também se produzam instituições que de acordo com os *mores* da época mantenham as atividades da sociedade nos canais da ordem, deliberação, paz, regularização de interesses antagônicos, justiça, pondo termo à exploração e harmonizando os interesses, sob a liberdade civil.” — grifos nossos. (SUMNER, William Graham. *op.cit.*, p.82).

⁵³²“Na qualidade de um grande juri popular que em última instância decide o destino de todas as modificações de *mores* propostas, as massas necessitam de estabilidade e moderação. A agitação popular dá-lhes uma função empreendedora e criadora que destrói seu julgamento e reclama outras qualidades bem diferentes.” — grifos nossos. (SUMNER, William Graham. *op.cit.*, p.86).

⁵³³“A Revolução Francesa começou pelas mais elevadas camadas das “massas” e seu controle foi baixando de uma para outra das camadas inferiores, até chegar à mais baixa de todas — a da turba reunida nos *slums* de uma grande cidade.” (SUMNER, William Graham. *op.cit.*, p.87). Vide, ainda, a respeito da destruição de valores suscitada em convulsões sociais, as reflexões de Edmund Burke, citadas na segunda parte deste estudo.

⁵³⁴Cf. SUMNER, William Graham. *op.cit.*, p.104.

instituição, desde que sejam realizados sob o manto desta⁵³⁵. Portanto, ao mesmo tempo que o elemento de racionalização próprio das instituições lhes enrijecem os limites de transformação, o incremento do convencionalismo no sistema interno institucional potencializa a mudança ao permitir uma discussão mais ampla sobre todas as facetas de um dado descompasso entre o firmado institucionalmente e a realidade de cada momento. No campo específico das instituições que interessam a este estudo, é a dogmática a encarnação do convencionalismo, pois erigindo uma garantia institucional ao plano dogmático, possibilita a discussão sem as fronteiras do aceito em um dado momento. Significa a formulação de hipóteses, que consideradas abstratamente, podem concretizar o movimento de superação das conformações institucionais presentes sem, com isso, levantar protestos contra tal formulação, pois convencionalizado como integrante das garantias a sua cogitação em plano dogmático.

O isolamento institucional

Tais constatações em nada enfraquecem a característica da instituição como um *modo coletivo* de apresentação do social. Esse é qualificado pelos *votos de confiança* depositados no passado⁵³⁶, que, como salientado no parágrafo anterior, não implicam no que Mannheim chamou de *isolamento social*, com as conseqüências desalentadoras que isto traria⁵³⁷, como a denominada *evolução desproporcional* a revelar a falta de sintonia do sistema total institucional com o sistema social que o engloba, e, por outro lado, a exigir o maior

⁵³⁵“As circunstâncias exigem uma variação do uso corrente; e a convencionalização ao mesmo tempo que assegura tolerância, também a define e faz uma lei nova para um caso excepcional (...) A convencionalização afasta o que poderia ser ofensivo (isto é, quando uma coisa só pode ser feita sob as condições estabelecidas pela convencionalização, ou assegura tolerância para o que de outra maneira seria proibido).” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.105).

⁵³⁶Cf. RECASENS SICHES, Luis. op.cit., pp 223/224.

⁵³⁷Karl Mannheim identificou muito bem o significado do isolamento social: “O isolamento é uma situação marginal na vida social (...) Tanto os grupos como indivíduos podem ser isolados e, em ambos os casos, as conseqüências principais do isolamento são a individualização e o retardamento.” (MANNHEIM, Karl. *Isolamento social*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. op.cit., p 153)

entrosamento e acompanhamento constante do real pelo institucional⁵³⁸, já que somente no isolamento torna-se possível aquela desproporção. Essa *alienação* do institucional frente à sociedade deriva diretamente do processo de autonomia das suas instituições⁵³⁹.

A desconexão entre o humano criativo e a *polis* consolidada tem sua expressão no ano 441 a.C., em *Antígona*, quando surge a representação artística do homem pela criação de sua auto-imagem⁵⁴⁰. É a percepção do poder influente do humano sobre o instituído. O papel do homem não é mais de ente, pura e simplesmente, dirigido, mas de participante decisivo em seu próprio destino. É o primeiro raio dotado de força disseminadora cultural da tragédia grega, que ilumina a civilização ocidental na sua incansável tentativa de emancipação do ser. *Antígona* defende o que há de mais profundo em seu ser — o sepultamento de Polinices, seu irmão — como insubordinável às determinações contrárias da *polis*. A personagem atenta para o direito natural imutável e divino, que não pode ser revogado por leis humanas, por natureza, mortais e finitas⁵⁴¹. O rei Creonte, por sua vez, trata de salientar a prevalência absoluta das leis da *polis* e torna-se intransigente às considerações racionais de seu filho Hêmon, cuja noiva prometida — *Antígona* — condenara à morte. Creonte representa a devoção ao instituído⁵⁴², e marca tal determinação no desprezo ao clamor de seu filho; no desprezo que tem o consolidado pela inovador. Na resposta de Hêmon tem-se a *medida* de que o novo não pode ser julgado pela única consideração da sua pressuposta inexperiência, mas

⁵³⁸Manheim faz uma interessante comparação: “Os contactos sociais atuam de forma semelhante aos contactos entre objetos físicos cujo grau de calor é diferente. O contacto entre a matéria tende a nivelar as temperaturas relativas dos objetos a um mesmo grau de calor.” (MANNHEIM, Karl. *ibid.*).

⁵³⁹Uma referência esclarecedora ao conceito de alienação social de Paul Cardan encontra-se em: LOURAU, René. *op.cit.*, pp.87-91.

⁵⁴⁰“Agora há algo mais terrível que o poder dos deuses, algo mais extraordinário que uma destinação que não cessa de vigorar: em qualquer parte, em qualquer lugar há o terrível e extraordinário homem” (Palavras de abertura da tradução brasileira de *Antígona*, por Maria Helena da Rocha Pereira, na bibliografia).

⁵⁴¹Vide, a respeito, a defesa de *Antígona* perante o rei Creonte: cf. SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p.45: vv.450-470.

⁵⁴²São palavras do rei tebano: “E quem quer que tenha mais amor a outrem do que à sua própria pátria, por esse não tenho a menor consideração.” (SÓFOCLES. *op.cit.*, p.36: vv.181-184).

pelo valor e razão consigo trazidos⁵⁴³, porquanto Hêmon o faz, agregando sua justificação ao ideal democrático do *povo tebano*⁵⁴⁴. Anos antes a mesma fala teria sido utilizada pelo próprio Creonte, ao defender-se da acusação feita por Édipo de estar tramando com Tirésias destroná-lo de Tebas⁵⁴⁵, como a simbolizar a vítima de ontem transformando-se no executor de amanhã; o ensinamento não aprendido da circunspeção. A tragédia de Sófocles é a autonomia do que há de mais caro em Antígona frente ao socialmente estatuído. O embate intransigente entre o velho e o novo acaba por destruir ambos. O destino de Antígona é ser emparedada em sepultura subterrânea; o de Creonte é viver isolado e abandonado por todos. A própria questão do que é velho e do que é novo fica sujeita ao ponto de vista mediante o qual a tragédia é analisada. Da posição tomada por Antígona, o *amor da família* é o duradouro que não poderia ser questionado pelo efêmero da *polis*; da visão dada por Creonte, seria a *polis* o duradouro, contra a qual não poderiam surgir obstáculos. Aliás, é essa dificuldade em se determinar precisamente o *protagonista* da peça, que traz o elemento mais rico dessa, e que leva Hegel a salientar, que Creonte e Antígona reivindicavam a si o mesmo direito⁵⁴⁶. A resistência de ambos afinal serviu para fazer neles germinar a semente de seu antagônico. O desespero de Antígona frente à pronunciada iminência de ser murada viva⁵⁴⁷, a contrastar com o reconhecimento final de Creonte do erro cometido⁵⁴⁸, revela, de um lado, o triunfar

⁵⁴³“CREONTE — Com que então devo aprender a ter senso nesta idade, e com um homem de tão poucos anos?; HÊMON — Nada aprenderias que não fosse justo. E, se eu sou jovem, não são os anos, mas as ações que cumpre examinar.” (SÓFOCLES. op.cit., p.55: vv.726-729).

⁵⁴⁴“CREONTE — E a cidade é que vai prescrever-me o que devo ordenar?; HÊMON — Vês? Falas como se fosses uma criança.; CREONTE — É portanto a outro, e não a mim, que compete governar este país?; HÊMON — Não há Estado algum que seja pertença de um só homem.; CREONTE — Acaso não se deve entender que o Estado é de quem manda?; HÊMON — Mandarias muito bem sozinho numa terra deserta.” (SÓFOCLES. op.cit., pp.55/56: vv.733-739).

⁵⁴⁵Defendendo-se de Édipo, exclama Creonte: “somente o tempo mostra o homem justo; mas um dia apenas basta para descobrir o pérfido” (SÓFOCLES. *Édipo rei*. Tradução de Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1967, p.44).

⁵⁴⁶Cf. BRUNEL, Pierre (org). *Dictionnaire des mythes littéraires*. 1988 (trad. Carlos Sussekind; Jorge Laclette; Maria Thereza Rezende Costa; Vera Whately. *Dicionário de mitos literários*. Rio de Janeiro, Editora Universidade de Brasília e José Olympio Editora, 1997, p.48).

⁵⁴⁷Cf. SÓFOCLES. op.cit., pp.59-64.

⁵⁴⁸“CREONTE — Levai, sim, levai para longe este homem tresloucado, que sem querer te matou, filho, e a ti também! [referindo-se a Eurídice] Ai de mim, desgraçado, não sei para qual hei de olhar, a quem apoiar-me, pois tudo que tenho nas mãos está abalado; sobre mim impende um futuro que não se

da razão de Creonte, e de outro, da de Antígona. Eis a contradição característica do personagem trágico. Não são as posturas intransigentes, tanto de Creonte quanto de Antígona⁵⁴⁹, que vencem; o triunfo final está na ponderação dos que se opunham. Fagulhas de razão foram trocadas pelas posições antagônicas, cujo único erro foi o de não perceber a verdade de seu opositor trágico. Ninguém tinha afinal razão, e ambos a tinham ao final, pois o encerramento da tragédia com a fala do Coro de Anciãos de Tebas é uma ode à negativa do isolamento dos opostos. “O erro de cada um é reclamar a exclusividade de seu direito”⁵⁵⁰. Por isso Tirésias — o profeta — clamava na tragédia de Antígona por *prudência*⁵⁵¹, que se repete na voz do Coro de Anciãos de Tebas⁵⁵². Sensatez e bom senso devem temperar a fria realidade unilateral da moral consolidada⁵⁵³. Somente Creonte é acusado por Tirésias de estar *doente*⁵⁵⁴ em sua obstinação, mas o mal revela-se também na auto-suficiência de Antígona. A doença do isolamento, do fechamento das instituições em si mesmas, é o âmago da tragédia, cujo desfecho recrimina sufocar o plural em prol de visões estanques de momento⁵⁵⁵. O rumo a ser tomado deve sê-lo pluralmente, e nunca derivado de um único argumento.

suporta.” — grifos nossos. (SÓFOCLES. op.cit., p.80: vv.1340-1349). Sublinha-se aquilo que em Ortega y Gasset, aplaudido por Recasens Siches, é uma constante: o social é uma realidade, mas realidade relacional, pois existe enquanto tem por fonte primeira o criativo individual, que é a razão de sua existência. Sem ele *o futuro não se suporta*. Vide, a respeito: RECASENS SICHES. *Lecciones...*, p.279.

⁵⁴⁹No comentário de Antígona lê-se: “ela [Antígona] só se aconselha consigo mesma e assim se arroga o quinhão dos deuses. Daí sua amarga solidão e o profundo desespero que emana das cenas das despedidas.” (BRUNEL, Pierre. op.cit., p.50).

⁵⁵⁰BRUNEL, Pierre. op.cit., p.48.

⁵⁵¹Cf.SÓFOCLES. op.cit., p.68: v.1050.

⁵⁵²Cf.SÓFOCLES. op.cit., p.70: v.1098.

⁵⁵³A tragédia é encerrada na voz do Coro: “Para ser feliz, bom senso é mais que tudo. Com os deuses não seja ímpio ninguém. Dos insolentes palavras infladas pagam a pena grandes castigos; a ser sensatos os anos lhe ensinaram.” (SÓFOCLES. op.cit., p.80: vv.1347-1353).

⁵⁵⁴Cf.SÓFOCLES. op.cit., p.68: v.1052. Referiu-se, anteriormente, à *doença dos mores*. O tema volta a dar aqui frutos. Vide: nota 491,p.134.

⁵⁵⁵As palavras de Hêmon bem denotam a doença de rigidez excessiva das instituições: “Não tenhas pois um só modo de ver: nem só o que tu dizes está certo, e o resto não. Porque quem julga que é o único que pensa bem, ou que tem uma língua ou um espírito como mais ninguém, esse, quando posto a nu, vê-se que é oco. Mas não é vergonha que um homem, ainda que seja sábio, aprenda muita coisa, e não distenda demasiado a corda. Bem vêes que, nas torrentes inverniais, quando as árvores cedem, os ramos se salvam: quem oferece resistência, perde-se com as próprias raízes.” — grifos nossos. (SÓFOCLES. op.cit., p.55: vv.705-710).

O isolamento das instituições para o mundo produz uma característica de grande impacto. A partir do momento que as instituições se isolam, trazem consigo uma pretensão *totalitária* ou *total*.

“Totalitárias, porque separadas das normas sociais exteriores, e de outro ponto de vista fortemente regulamentadas, oferecem uma analogia com os sistemas políticos chamados totalitários. Mas também, em certo sentido, «totais», porque encarnam o projeto, sempre latente em nossa cultura, de condensar em um espaço o conceito de totalidade, que não cessa de perseguir a filosofia ocidental. Condensação e deslocamento sociais que, com o triunfo do racionalismo, apresentam os caracteres de uma «esquizofrenização» do pensamento e da prática social.”⁵⁵⁶

Não dispondo de uma ligação permanente com o seu exterior, a tudo tenta abarcar e absorver em sua volta. O isolamento institucional é auto-alimentado por uma *retórica reacionária* de afastamento entre os grupos antagônicos, o que acaba por ampliar o fosso entre eles e impedir-lhes a comunicação⁵⁵⁷. O fato de se tomar conta disto é da máxima importância. Exatamente por essa razão, que os novos tempos exigem um estudo mais aprofundado da teoria institucional, que, a semelhança de estratégias maquiavélicas indicativas de como lidar com o inimigo, aquela deve ser trazida o mais próximo possível, a fim de que sua sede de poder possa ser controlada.

O isolamento institucional tem sua herança histórica revelada na primazia do institucional sobre o instituidor, que teve na contra-reforma, representada pela escola tradicionalista francesa, a sua encarnação moderna. Voltam-se os olhos para o estudo da sociedade instituída, com patente desprezo pelo seu *funcionamento*. Nomes como Bonald, de Maistre, Rivarol, Mallet du Pan e Sénancourt revelam esta tendência de valorização do todo em detrimento das partes. Influenciaram Comte, contaminando o positivismo e a escola do direito

⁵⁵⁶LOURAU, René. op.cit., p.26.

⁵⁵⁷Albert Hirschman expõe, em abordagem original, a presença do que chama de *retórica reacionário* nos discursos conservadores e progressistas por intermédio da identificação das teses da *perversidade*, da *futilidade*, e da *ameaça*: cf.HIRSCHMAN, Albert O.. *The rhetoric of reaction: perversity, futility, jeopardy*. (trad. Tomás Rosa Bueno. *A retórica da intransigência: perversidade, futilidade e ameaça*. São Paulo, Companhia das Letras, 1992).

objetivo. A idéia, como sói acontecer, sobrevive aos seus defensores e ressurge, em meados deste século, nos chamados neotradicionalistas da ação francesa⁵⁵⁸.

O institucional como sistema interativo

Tais constatações dos resultados do isolamento institucional desembocam, inexoravelmente, na necessidade de uma maior *interação* do institucional com o social, que significa *orientação recíproca* ou *complementar*⁵⁵⁹. Isto determina o peso das influências pontuais no rumo do sistema total institucional. Há interdependência, e mais do que isso, há interpenetração entre o particular e o complexo conjunto institucional; entre o institucional e os elementos e fenômenos individualizados que o exteriorizam. A participação deles no todo não é, todavia, desordenada⁵⁶⁰. À medida que organizam a instituição, submetem-se a sua estrutura e sofrem a motivação desta no sentido da regularização e da estabilização dos padrões de atividade. Surge, portanto, um *processo do sistema interativo*⁵⁶¹ explicado pela interdependência entre os comportamentos influentes do organizacional e as delimitações do estrutural. As participações concretas pertinentes ao conteúdo de uma determinada instituição ressoam nesta, produzindo-lhe uma mudança de eixo tão acentuada quanto mais relevante o componente organizacional. De outra parte, a instituição detém uma estrutura, que é essencial a sua unidade interna, e que filtra as contribuições organizacionais de acordo com a orientação a que esteja inclinada. Restitui-se, com isso, o momento dinâmico à instituição.

⁵⁵⁸Cf. LOURAU, René. *op.cit.*, pp.33-36.

⁵⁵⁹Cf. PARSONS, Talcott & SHILLS, Edward. A. *A interação social*. In: Fernando Henrique Cardozo & Octávio Ianni. *op.cit.*, pp.125-127.

⁵⁶⁰Sócrates explica que a instituição justa é a que não deixa que nenhum dos seus elementos exerça uma tarefa que não lhe é específica, “nem que outros elementos usurpem mutuamente suas respectivas funções” (PLATÃO. *A República*. trad. Enrico Corvisieri. São Paulo, Editora Nova Cultural, 1997, p.145). Advoga, pois, pela harmonia das influências pontuais no sistema institucional.

⁵⁶¹Cf. PARSONS, Talcott. *O conceito de sistema social*. In: Fernando Henrique Cardozo & Octávio Ianni. *op.cit.*, p.53.

A instituição, vista como sistema, através da interação entre a decisão e o plexo normativo já acumulado, orienta a decisão e é orientada por ela, por uma complementaridade de expectativas, que produz o *reforço recíproco da motivação*⁵⁶² nos caminhos a serem tomados segundo padrões normativos que definem suas expectativas. A instituição torna-se o repositório das generalizações oriundas daquela complementaridade, significando aquilo sobre o qual o dinâmico e o estático concordam como índice de conduta, e esse índice é útil “tanto para a análise de sistemas de expectativas normativas, quanto para a análise da conformidade real ou desvio em relação a estas expectativas na ação concreta”⁵⁶³.

Dessa forma, o institucional comporta uma função comunicativa e outra de orientação valorativa, que se traduz na *herança social* nele acumulada. Mesmo essa última função é desmembrada na regra dirigida para o exterior da instituição, e na necessária regra a ela interna. Tem, portanto, função diretiva decorrente da padronização que implementa na reciprocidade entre o todo e seus elementos. Mas tal padronização, transparecida por uma *cultura comum*⁵⁶⁴ interna da instituição, não implica em torná-la estática, mas apenas em dosar o peso de cada contribuição individual, que deixa de ser determinante da estrutura institucional, e passa a ser componente desta⁵⁶⁵, mesmo porque as instituições são processos⁵⁶⁶, que comportam momentos estáveis e de ruptura⁵⁶⁷, e também

⁵⁶²Cf. id. ibid.

⁵⁶³PARSONS, Talcott & SHILLS, Edward A. op.cit., p.127.

⁵⁶⁴Cf. PARSONS, Talcott. *O conceito de sistema social*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. op.cit., p.53.

⁵⁶⁵A cultura comum significa apenas “que as características de cada ato e cada situação em transformação não são determinantes do processo mas que o processo é *organizado* com relação a estas características e que, no quadro de referência da ação, a significação do conceito organizado envolve a padronização das relações entre o símbolo e o seu significado. Ao mesmo tempo, o sistema interativo, enquanto sistema, não pode ser determinado somente por estes padrões-significados, pois está sujeito a exigências adaptativas e integrativas, isto é, a condições decorrentes da natureza das situações e das unidades-atores de que se compõe. Então, como resultante de sua padronização cultural e das exigências integrativas do sistema e, finalmente, das forças motivadoras envolvidas, o sistema de interação, em qualquer tempo dado, possui uma estrutura determinada. Ele possui partes — as unidades-papel — que se ligam entre si por relações relativamente determinadas e que constituem pontos de referência, canais de atuação e fontes de sanções.” (id. ibid).

⁵⁶⁶“*Institutions, no matter how stable and unchanging they appear, are ongoing things*” (HUGHES, Everett Cherrington. op.cit., p.296).

⁵⁶⁷“*But situations occur in which routine is interrupted; the expected does not happen and the unexpected does*” (id. ibid.).

mecanismos de correção e direção do rumo tomado pelos acontecimentos⁵⁶⁸. Não são, contudo, alvos, tal como os *mores*, de freqüentes rupturas, pois promovem a sua acomodação pela incorporação de *previsões* para sua própria melhoria⁵⁶⁹. Tais previsões revelam a preocupação pela atualização constante em prol da permanência de certos *atributos* ou *características* tidas por válidas na instituição: revelam a preocupação com a continuidade das conquistas passadas⁵⁷⁰ para a persistência da identidade da instituição. Há sempre uma gama de *eventos* a que a instituição é particularmente sensível, e, portanto, têm participação marcante no seu desenvolvimento⁵⁷¹. O institucional acentua, não o caráter universal do elemento que o compõe — no caso deste estudo, o direito fundamental —, e sim seu caráter eminentemente problemático em cada caso concreto⁵⁷².

Apresenta-se, por outro lado, outra característica da instituição: o *fator de persistência*. Ele impregna de inércia os efeitos da instituição, que passa a gozar, por um lapso razoável de tempo, de autoridade, mesmo após ser abandonada por seus fundadores. Ela transparece a persistência de sua objetivação⁵⁷³ auferida no seu grau de *coerência interna*⁵⁷⁴, que permite ao homem encará-la com maior respeito face à natureza real identificada na perenidade da instituição⁵⁷⁵. Tanto mais

⁵⁶⁸Ao contrário dos *folkways*, que são puramente processos, e não instrumentos, as instituições, mediante sua objetivação, congregam as características de serem tanto objetos referenciados do mundo, quanto referência para o mesmo. Cf. PARK, Robert. *O método de William Graham Sumner*. In: W.G. Sumner. op.cit., p.15.

⁵⁶⁹Ao contrário dos *mores*, as instituições apresentam previsões para sua própria melhoria: Os *mores* “nunca contêm qualquer previsão para sua própria melhoria. Não são perguntas, mas respostas aos problemas da vida. Apresentam-se como finais e imutáveis, porque apresentam respostas que são oferecidas como “a verdade”.” (SUMNER, William Graham. op.cit., p.116).

⁵⁷⁰Na transformação de uma instituição, quando esta ocorra pelo intercâmbio dos sistemas interno e externo à mesma, e não pela ruptura de sua organização, “*a formula is developed by which some of his attributes are passed on to a successor*” (HUGHES, Everett Cherrington. op.cit., p.323).

⁵⁷¹“*Every institution is sensitiv to some order of current events*” (HUGHES, E.C. op.cit., p.344).

⁵⁷²Cf. LOURAU, René. op.cit., p.253.

⁵⁷³“*People may continue to ‘believe in’ an institution long after they have ceased to regard it their special duty to devote time and effort to it*” (HUGHES, Everett Cherrington. op.cit., p.327).

⁵⁷⁴Cf. HUGHES, Everett Cherrington. op.cit., p.343.

⁵⁷⁵Sócrates, no discurso que antecede a famosa imagem da caverna e das sombras, percebia a identificação que faz o ser humano entre o perene e o real: “Admite, portanto, que se dá o mesmo a respeito da alma. Quando ela fixa o olhar naquilo que a verdade e o ser iluminam, compreende-o, conhece-o e mostra que é dotada de inteligência; mas, quando olha para aquilo que está obscurecido, para o que nasce e morre, a sua vista fica embaçada, passa a ter apenas opiniões, indo cessar de uma a outra e parece desprovida de inteligência.” (PLATÃO. op.cit., p.220). Opiniões são julgamentos do

coerente, melhor consolida sua condição de *arena*, onde as influências organizacionais de cada embate darão conteúdo e sentido à estrutura institucional⁵⁷⁶. É nesse sentido que Burke fala em *corpos permanentes formados de partes transitórias*⁵⁷⁷, e Lourau, em um momento de *consenso mínimo*⁵⁷⁸, em que as partes compõem o todo, mas esse não é mero reflexo da soma matemática da vontade das partes. “*Lo que son expectativas para el ego son sanciones para el alter, y viceversa*”⁵⁷⁹.

A complexidade institucional

A atenção é chamada, neste ponto, para a *unidade na diversidade*. O que caracteriza a instituição é, menos o ajuntamento dos elementos que a compõem⁵⁸⁰, que podem ser físicos ou culturais, e mais as conexões, os nexos comuns de direção, ou, ao menos, de tendência de comportamento, o que lhe confere unidade capaz de *ação conjugada*⁵⁸¹ quanto ao *corpo de fins comuns* da

irreal, porque transitório. Conhecer é julgar sobre a realidade; sobre a essência das coisas, caracterizada por aquilo que é perene.

⁵⁷⁶“*Each institution is an arena in which some people seek what they most want, while for others it is merely a casual or an incidental thing*” (HUGHES, Everett Cherrington, op.cit., p.328).

⁵⁷⁷Revelando a permanência do todo, a despeito das reviravoltas operadas na história, salienta Burke: “graças às disposições de uma prodigiosa sabedoria que preside à misteriosa coesão das sociedades humanas, o conjunto, em dado momento, não é nem velho, nem jovem, nem entre as duas idades, mas se perpetua, constantemente imutável, em meio às decadências, quedas, renovações e progressos. Assim, pelo emprego de métodos da natureza na conduta do Estado, aquilo que melhoramos não é nunca completamente novo, e aquilo que conservamos não é nunca completamente velho.” (BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. 1790 (trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura. *Reflexões sobre a revolução em França*. 2ªed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p.69)).

⁵⁷⁸Cf.LOURAU, René. op.cit., p.194.

⁵⁷⁹PARSONS, Talcott. *The social system*. Nova York, The Free Press of Glencoe, 1959. (trad. José Jiménez Blanco e José Cazorla Pérez. *El sistema social*. Madrid, Revista de Occidente, 1966, p.58).

⁵⁸⁰“*Una institución tiene, pues, que ser distinguida claramente de una colectividad. Una colectividad es un sistema de roles específicos concretamente interactivos. Una institución, por otra parte, es un complejo de elementos pautados como expectativas de rol que puede aplicarse a un número indefinido de colectividades*” (PARSONS, Talcott. op.cit., p.57).

⁵⁸¹Cf.PIERSON, Donald. *Teoria e pesquisa em sociologia*. 7ªed., São Paulo, Edições Melhoramentos, 1962, p.70.

instituição, embora congregue elementos potencialmente em choque uns com os outros.

A lógica institucional funciona como um *utensílio conceitual*, que possibilita vários níveis de análise e promove a superação dos conflitos entre o *dinâmico* e o *estático*, a *liberdade* e o *determinismo*, a *desordem* e a *ordem*, o *individual* e o *coletivo*, enfim, entre o *instituidor* e o *instituído*⁵⁸². Reflete a tendência atual do conhecimento social em compreender o fenômeno cultural “como um processo complexo ao mesmo tempo de objetivação e subjetivação”⁵⁸³.

Valoriza-se, com a análise institucional, o *espaço público complexo*⁵⁸⁴, em que há a articulação de três dimensões metodológicas do domínio sociológico. O espaço público passa a ser um amálgama definido ao mesmo tempo, pelos *conflitos sociais* de Marx, pelos *sistemas sociais* de Durkheim, e pelas *orientações culturais da ação* de Weber⁵⁸⁵. É o momento de *convergência* dos pontos de vista sobre o funcionamento da sociedade⁵⁸⁶. Aquelas três dimensões apresentam, assim, três momentos de integração entre subjetividade e objetividade.

“O processo institucional é ao mesmo tempo uma realidade objetiva e subjetiva. A instituição pretende dar conta desses dois aspectos constitutivos da realidade social. Trata-se assim de apreender a sociedade em três momentos dialeticamente articulados: a *sociedade é produto humano*. A *sociedade é uma realidade objetiva*. O *homem é um produto social*.”⁵⁸⁷

⁵⁸²Cf FARIAS, José Fernando de Castro. *Espaço público e lógica institucional*. In: Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Direito da PUC - Rio, nº 7, julho/dezembro, 1995, p.41.

⁵⁸³FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.35.

⁵⁸⁴Quanto à denominada *hipótese de complexidade* de Castro Farias: cf.FARIAS, J.F.C.op.cit., pp.36/37.

⁵⁸⁵As três dimensões combinam-se no espaço público: “o consenso, que é a referência às orientações culturais comuns; o conflito, que opõe os adversários; o compromisso, que combina esse conflito com o respeito de um quadro social — em particular jurídico — que o limita.” (FARIAS, J.F.C.op.cit.,p.39).

⁵⁸⁶A lógica institucional é “como um ponto de convergência das diversas abordagens de compreensão da práxis social, onde o espaço público é encarado como um processo inacabado de socialização e a dicotomia entre o coletivo e o individual tende a desaparecer dando lugar a uma visão do todo social como um espaço complexo e imanente.” (FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.33). Discutir-se-á tal imanência quando da referência à historicidade.

⁵⁸⁷FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.42.

O institucional como sistema interativo subjetivo-objetivo

A reconciliação entre objetividade e subjetividade foi do intento hercúleo de Maurice Hauriou, cuja conhecida teoria da instituição tem, em primeiro plano de análise, o conflito entre indivíduo e Estado, mas transparece, como pano de fundo, a discussão mais profunda entre subjetivismo e objetivismo⁵⁸⁸. Sua contribuição foi a de pretender superar o dualismo objetivo-subjetivo⁵⁸⁹, o que faz opondo o forte objetivismo sociológico de Durkheim à participação decisiva do subjetivo. À *incorporação* do institucional no indivíduo segue-se a *personificação* ou *continuidade subjetiva* do indivíduo no institucional. Isto revela o intento de Hauriou em deter a tendência de seu tempo de prevalência do instituído às expensas do instituidor. Se não houvesse influência recíproca entre objetividade e subjetividade, ou ainda melhor, se não se atribuísse à subjetividade o ineditismo, o erro básico de tal construção estaria “*nel concepire la reazione come azione e la durata como criazione*”⁵⁹⁰. Tudo ao objetivo, ou tudo ao subjetivo, são absolutismos, com que o presente não mais transige. A sementeira de Hauriou rendeu frutos, que hoje respondem pelo nome de complementaridade. Encontrou-se um *novo equilíbrio conceitual* entre os momentos subjetivo e objetivo da realidade jurídica⁵⁹¹.

⁵⁸⁸Tal posição é confirmada por Alessandro Barata, na apresentação da edição italiana à obra de Hauriou: Cf. HAURIOU, Maurice. *Aux sources du droit: le Pouvoir, l'Ordre, et la Liberté*. Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933; *Leçons sur le mouvement social*. Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts Ancienne Maison, 1899. (trad. Widar Cesarini Sforza. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*. Milano, Giuffrè Editore, 1967, p.XI).

⁵⁸⁹Alessandro Barata salienta: “*Nella nozione di istituzione secondo Hauriou si celebrerebbe il superamento dell'individualismo soggettivistico e del sociologismo. L'istituzione rappresenterebbe la sintesi dell'elemento individuale e dell'elemento sociale, il risultato della loro dialettica fra libertà-spontaneità e organizzazione-società.*” (HAURIOU, Maurice. op.cit., pp.XIII/XIV).

⁵⁹⁰HAURIOU, Maurice. op.cit., p.11. Transcreve-se, ainda, o seguinte trecho: “*Gli elementi soggettivi sono le forze creatrici, sono l'azione; gli elementi oggettivi, la regola di diritto, l'ambiente sociale, l'ordine pubblico, non sono che elementi di reazione, di durata e di continuità: attribuire a questi ultimi la funzione dei primi significa mettere il tetto al posto delle fondamenta.*” (id.ibid).

⁵⁹¹Exaltando a contribuição de Hauriou, as palavras de Alessandro Baratta são esclarecedoras: “*Egli [Hauriou] porta in tal modo l'approfondimento filosofico della teoria dell'istituzione a risultati che*

O institucional significa aquela reconciliação entre o subjetivo e o objetivo em uma influência recíproca *interativa*⁵⁹². Há uma *comunhão* estabelecida, por um lado, pela *interiorização* da instituição no particular — indivíduo ou elemento que a compõe —, em que a coação⁵⁹³ institucional afigura-se *invisível, indiscernível e insuspeita*⁵⁹⁴. Mas a influência não se resume a um único sentido. A identidade alcançada entre o particular e a instituição faz associar o *destino individual* ao *destino institucional*, o que exige uma *projeção individual*⁵⁹⁵ em direção à instituição. De um lado, o indivíduo *introjeta* a regra institucional; de outro, *projeta* sua adesão, a fim de preencher a forma institucional⁵⁹⁶. A precisão da explanação de Häberle exige sua transcrição:

“Los ordenamientos objetivos se cristalizarían si no estuvieran enriquecidos por las fuerzas creativas individuales. Estas esferas de vida devienen «vida real» sólo a través de la actividad de individuos y de grupos libres. Por medio de esta actividad, tales esferas encuentran el momento necesario de actualización y les es comunicado «el plan vital». Los ordenamientos objetivos dependen de la individualidad creativa de los individuos y de su espontaneidad. Requieren de la obra de muchos. Merced a la garantía de los derechos fundamentales en su aspecto subjetivo, la fuerza creativa individual es, por así decirlo, reconducida a su “objeto”. Mediante los derechos fundamentales, entendidos como derechos públicos subjetivos, los individuos se insertan en el contexto de condiciones de vida objetivas, se sitúan y operan al interior, y por eso se les asigna el puesto desde el cual deben cumplir una tarea, una «vocación» («Beruf»). Es el individuo quien «llena de vida» los ordenamientos institucionales.

“La libertad individual exige, de otra parte, condiciones de vida institucionalmente garantizadas, y, por consiguiente, el aspecto institucional de los derechos fundamentales y también los conjuntos normativos que los

oggi ci appaiono ben più validi ed attuali di quelli cui era approdato il Renard, che si era posto lo stesso intento. Da questi risultati discende il ritrovamento di un nuovo equilibrio concettuale tra il momento soggettivo della volontà e il momento oggettivo dell'ordinamento, tra l'aspetto imperativo della norma e la base istituzionale e sociale dell'ordine giuridico, tra il significato individuale e il significato sociale del diritto” (HAURIOU, Maurice. op.cit., p.XXVI).

⁵⁹²Vide as referências anteriores feitas no texto pertinente a nota 561 (p.148), e a transcrição realizada na nota 565 (p.149).

⁵⁹³“O desejo originário e implícito canalizado e projetado na instituição faz com que o direito não seja uma simples coação, o direito torna-se um mecanismo muito mais complexo e sutil de controle social, os indivíduos são chamados a investir no direito, este é *introjetado* e *projetado* nos indivíduos como objeto de amor, como objeto de desejo. *O desejo tende a substituir a lei como prática de normalização*.” (FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.46).

⁵⁹⁴Cf.FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.44.

⁵⁹⁵“A “projeção” é o momento de personificação (*pessoa moral*), ou de “*continuidade subjetiva*”, segundo a terminologia de M.Hauriou. É pela projeção individual que a instituição obtém uma adesão livre a fim de não ser uma forma vazia e exterior ao indivíduo.” (FARIAS, J.F.C. op.cit., p.45).

⁵⁹⁶Cf.LOURAU, René. op.cit., p.57.

enriquecen. Estos dan a la libertad dirección y medida, garantía y seguridad, contenido y obligación. Sin conjuntos normativos la espontaneidad del individuo permanecería ineficaz, en un espacio vacío de Derecho. La libertad individual exige ordenamientos objetivos en los cuales pueda afirmarse y desarrollarse. Estos también la sostienen y caracterizan. Por esta vía, se justifica también la concepción del aspecto institucional de los derechos fundamentales como reforzamiento, y no como amenaza, del aspecto de derecho individual. El individuo entra en las formaciones de la realidad social como el matrimonio, la familia, la asociación y la profesión. Sólo en éstas él halla su plena realización, madurando su personalidad. Por parte suya, sin embargo, el individuo concurre al desarrollo de tales formaciones.”⁵⁹⁷

A instituição, enfim, não é puramente a idéia universal expressa pela unidade teleológica dos elementos que carrega em si. Tal definição mistificaria sua conformação concreta, como ser *situado e datado* oriundo das suas representações sociais específicas. Assim, quanto aos direitos fundamentais, o elemento institucional não se confundiria com o universal denominado direito fundamental, mas em sua conformação concreta produzida pelos componentes estruturais de sua vivência real. A superação da antinomia entre coletivo e individual⁵⁹⁸ não significa a absorção de um pelo outro, pois o particular pode se manifestar também pelo oposição ou rejeição à *introjeção* da instituição, e afirmar sua identidade *contra* o rumo do processo institucional prevalecente. O papel do institucional é mais do que simplesmente a construção de couraças protetoras dos direitos; ele se insere em um mundo contemporâneo de uma *nova positividade*⁵⁹⁹, cujos primeiros passos foram dados com as contribuições oriundas do Estado Social.

⁵⁹⁷HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe, Verlag C.F.Müller, 1962. [Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 21] (trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp.190/191).

⁵⁹⁸“A análise institucional abre uma brecha para a superação da antinomia entre o geral e o particular. Não há preeminência do coletivo, nem do indivíduo, a dialética substitui as antinomias.” (FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.45).

⁵⁹⁹“O espaço público contemporâneo engendra uma nova positividade jurídica. Não se trata somente de proibir, para estar em regra com o direito não é suficiente abster-se de fazer o que é proibido, é preciso ainda estar em conformidade com uma certa atitude, cumprir atos, gestos, ritos e procedimentos; é preciso uma conformação do sujeito a todo um processo de socialização que conduz o direito a inscrever-se mais profundamente no âmago da intimidade dos indivíduos. Há, nesse processo, uma rede de normas ao mesmo tempo densa e flexível para prever todas as eventualidades. A lógica da positividade jurídica é centrada sobre a consciência do indivíduo, no coração de sua individualidade, na sua maneira de perceber, de sentir, de agir, a fim de assegurar a adesão à obrigação jurídico-política.” (FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., pp.45/46).

O institucional é um *construindo* histórico; como processo institucional que é, pressupõe a historicidade⁶⁰⁰. A assimilação pela linguagem jurídica alemã do termo latino *institutio*, o foi no sentido de complementar o termo tedesco mais próximo — *Einrichtung* — de um sentido dinâmico, de construção, de edificação, de formação, de investidura, de elaboração, de montagem, enfim, de processo de organização (*Vorgang des Ordnung*)⁶⁰¹.

Tal historicidade, contudo, em si nada significa se não tiver uma fonte — primária, fundadora, inicial, criativa —, que somente pode estar situada fora daquela. Não se olvida que o espaço público é formado no decorrer de uma história partilhada pelo grupo, mas isto não é suficiente para comprovar a *geração espontânea* dos valores, que as ciências humanas tendem em absorver no plano da cultura. O institucional revela uma visão compreensiva do fenómeno social, porém não chancela com isso o papel totalizador por que clama o historicismo, e se isto implicar em um componente jusnaturalista à presente análise, tanto melhor para a coerência deste estudo, cujo intento primeiro, já foi dito, é de amenizar os percalços na procura da *unidade na diversidade*, percalços impostos por pontos de vista totalizadores, que tentam abarcar a infinita complexidade humana em fórmulas unilaterais; esboça-la inspirando-se em uma única faceta do fenómeno.

O institucional apenas simplifica a realidade em discussão pela limitação do universo relacional ao campo de sua atuação, e nesse ponto revela mais uma sua característica. O institucional tem o dom de situar os elementos que nele interferem em níveis determinados pela estrutura interna daquele. Ele atribui uma vestimenta — personalidade — própria a sua conformação interna e simplifica a realidade a ponto de permitir a tirada de conclusões, que em um universo aberto não seriam possíveis. A análise ocorre no contexto de um acervo de conhecimentos

⁶⁰⁰ Cf. FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.48.

⁶⁰¹ “Die juristische Verwendung des Terminus Institution für rechtliche Einrichtungen geht auf die römische Rechtssprache zurück. Während wir unter Einrichtung meist dinghaft eine Organisation verstehen, meint das lateinische institutio die Einrichtung ursprünglich im Sinne des Vorgangs der Einsetzung, Aufstellung oder Ordnung.” (HOFMANN, Hasso; HUBIG, Christoph; LIPP, Wolfgang. *Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*. Vol.III, 7^{ed.}, Viena-Basel-Freiburg, Verlag Herder, p.102). Tradução livre: O emprego do termo *institutio* para designar os institutos jurídicos remonta à linguagem jurídica romana. Enquanto nós entendemos o *Einrichtung* comumente preso à realidade

comuns. O papel de cada contribuição o é enquanto em relação com outros papéis do sistema, e somente enquanto tal é amordaçado por contornos regulares. Um abalo em um dos pontos do sistema produz a elasticidade maior ou menor daquelas limitações, permitindo o reajuste interno do conteúdo institucional. A inovação vem de fora, embora participe de sua lógica institucional de evolução. Fala-se das *forças emergentes*⁶⁰², como elementos criativos, que desestabilizam o sistema para que esse se acomode em outros contornos. O *fluxo* social fissa constantemente o *dique* institucional. Há uma tensão permanente entre as forças emergentes da dinâmica social e as formas instituídas; entre a criatividade e o imobilismo⁶⁰³. É isso que permite ao institucional acompanhar o seu tempo, e projetar-se para um futuro ainda não vislumbrado no momento de seu nascimento⁶⁰⁴. Eis o momento da maleabilidade necessária, que divide espaço com outro, de igual importância: o momento conservador. Até aqui se falou de antagonismos promovedores da mudança, mas quando o institucional coexiste em sintonia com as forças emergentes, estas o estruturam fortalecendo-o. Por isso dizer-se da pluralidade e diversidade como integrantes qualificadoras do conceito de instituição⁶⁰⁵. Permite-

instituída de uma organização, a *institutio* latina quer dizer a *Einrichtung* originalmente no sentido de processo de investidura ou instituição, de elaboração, de organização.

⁶⁰²Cf. FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.52.

⁶⁰³Eis um trecho esclarecedor sobre a postura que hoje se tem frente ao tema institucional: “Se, por um lado, tradicionalmente a instituição é centrada sobre o “*instituído*”, sobre a ordem, onde a instituição constitui uma entidade autônoma, uma cristalização específica e durável, cuja história e lógica de organização e de funcionamento podem ser traçadas e descritas, por outro lado, a *lógica institucional* se desenvolve a partir de uma nova perspectiva através dos trabalhos de Sartre e de Castoriadis. A instituição não é mais considerada como um dado construído, mas como um *processo* dialético resultante da tensão permanente entre as *forças emergentes* e as *formas instituídas*, entre o “*instituinte*” e o “*instituído*”, entre a *ordem* e a *desordem*.” (p.52); “O *espaço público* é atravessado por duas forças que vão em direções diferentes: as *forças emergentes/instituídas*, assediadas por atrações divergentes *centrifugas/centrípetas*, que ao mesmo tempo se opõem e se combinam para fazer existir uma realidade vivente, dinâmica, evolutiva.” (p.55) in FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit..

⁶⁰⁴“As instituições não são elementos estruturados estaticamente, elas têm uma força dinâmica e móvel, na medida em que há uma dialética entre as *forças emergentes* e as *formas instituídas*.” (FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.54).

⁶⁰⁵Transcreve-se, a seguir, uma interessante comparação: “A instituição não é um conjunto compacto e monolítico, ao contrário, ela se apresenta sob o signo da diversidade, da pluralidade, formado por elementos díspares, como moléculas de um organismo vivo.” (FARIAS, José Fernando de Castro. op.cit., p.53).

se a conciliação entre o coletivo e o individual em uma dinâmica interativa institucional⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶A seguinte passagem é esclarecedora: “O todo não sufoca os grupos, as individualidades, a heterogeneidade, os conflitos; as partes não se dissolvem no todo, elas permanecem enquanto elementos ativos constitutivos de uma interação com o todo. Nesse modo de encarar o espaço público, o homem é visto como consciente de si próprio e dos laços que o unem aos outros homens; ele se determina por um fim ao mesmo tempo coletivo e individual. A socialização e a individualização vão juntas. A noção de socialização não exclui a noção de identidade e vice-versa.” (FARIAS, J.F.C. op.cit., p.56).

Bibliografia para a 3.^a Parte

1. BRUNEL, Pierre (org.). **Dicionário de mitos literários**. trad. Carlos Sussekind; Jorge Laclette; Maria Thereza Rezende Costa; Vera Whately, Rio de Janeiro: Editora Universidade de Brasília e José Olympio Editora, 1997, pp.46-51; 307-314. (original: *Dictionnaire des mythes littéraires*. 1988).
2. CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.
3. FARIAS, José Fernando de Castro. **Espaço público e lógica institucional**. In: Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Direito da PUC - Rio de Janeiro: n° 7, julho/dezembro, 1995, pp.33-58.
4. FARIS, Ellsworth. *A natureza e significação dos "mores"*. In: Donald Pierson (org.). **Estudos de organização social**. Tomo II. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1949, pp.372-382. (Biblioteca de Ciências Sociais IX).
5. FICHTER, Joseph H.. **Sociologia**. trad. Hebe Guimarães Leme, São Paulo: Editora Herder, 1969, pp.296-319. (original: *Sociology*. Chicago: University of Chicago Press, 1958).
6. FIRTH, Raymond. *Organização social e estrutura social*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. 2^aed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.35-46.
7. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa, Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997. (original: *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe: Verlag C.F.Müller, 1962. Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 21).
8. HAURIOU, Maurice. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*. trad. Widar Cesarini Sforza, Milano: Giuffrè Editore, 1967. (original: *Aux sources du droit: le Pouvoir, l'Ordre, et la Liberté*. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1933; *Leçons sur le mouvement social*. Paris: Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts Ancienne Maison, 1899).
9. HENSEL, Albert. *Institution, Idee, Symbol*. Königsberg: Gräfe und Unzer, 1929. (Königsberger Universitätsreden VI).
10. HIRSCHMAN, Albert O.. **A retórica da intransigência: perversidade, futilidade e ameaça**. trad. Tomás Rosa Bueno, São Paulo: Companhia das Letras, 1992. (original: *The rhetoric of reaction: perversity, futility, jeopardy*).
11. HOFMANN, Hasso; HUBIG, Christoph; LIPP, Wolfgang. *Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*. Vol.III, 7^aed., Wien-Basel-Freiburg: Verlag Herder, pp.99-109.
12. HUGHES, Everett Cherrington. *Institutions*. In: Robert E. Park (coord). **An outline of the principles of sociology**. New York: Barnes & Noble Inc., 1939, pp.281-347.

13. KROEBER, A. L.. *O "Superorgânico"*. In: Donald Pierson (org.). **Estudos de organização social**. Tomo II. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1949, pp.231 à 281. (Biblioteca de Ciências Sociais IX).
14. LOURAU, René. **A análise institucional**. trad. Mariano Ferreira, Petrópolis: Editora Vozes, 1996. (original: *L'Analyse institutionnelle*).
15. NIMKOFF, Meyer F. & OGBURN, William. *Acomodação e assimilação*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.262-284.
16. NIMKOFF, Meyer F. & OGBURN, William. *Cooperação, competição e conflito*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.236-261.
17. MANNHEIM, Karl. *Isolamento social*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.153-160.
18. PARK, Robert. *O método de William Graham Sumner*. In: W.G.Sumner. **Folkways: estudo sociológico dos costumes**. Tomo I. Trad. Lavinia Costa Villela. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1950.
19. PARSONS, Talcott & SHILLS, Edward. A.. *A interação social*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.125-127.
20. PARSONS, Talcott. *O conceito de sistema social*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.47-55.
21. PARSONS, Talcott. *El sistema social*. trad. José Jiménez Blanco e José Cazorla Pérez, Madrid: Revista de Occidente, 1966. Biblioteca de Política y Sociología IV. (original: *The social system*. New York: The Free Press of Glencoe, 1959).
22. PIERSON, Donald. **Teoria e pesquisa em sociologia**. 7ªed., São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962.
23. PRIGOGINE, Ilya & STENGERS, Isabelle. **A nova aliança**. trad. Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira, 3ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. (original: *La nouvelle alliance; métamorphose de la science*. 1984).
24. RECASENS SICHES, Luis. *Lecciones de Sociologia*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1948.
25. RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de sociologia*. 3ªed., Cidade do México: Editorial Porrúa, 1968.
26. SÓFOCLES. *Antígona*. trad. Maria Helena da Rocha Pereira, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
27. SÓFOCLES. *Édipo rei*. trad. Mário da Gama Kury, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1967.
28. SUMNER, William Graham. **Folkways: estudo sociológico dos costumes**. trad. Lavinia Costa Villela, Tomos I e II, São Paulo: Livraria Martins Editora, 1950. (original: *Folkways*. New York: Ginn and Company, 1906).

4.^a PARTE - O INSTRUMENTO DOGMÁTICO DA TEORIA INSTITUCIONAL

“Das Wesen des Rechtes aber besteht in einem Ineinander von objektiven und subjektiven Prinzipien, die sich inhaltlich gegenseitig durchdringen”⁶⁰⁷, in Peter Häberle (1962): p. 73.

A teoria institucional firmou-se de modo inarredável na *parte dogmática* das constituições⁶⁰⁸, na qual os direitos fundamentais transparecem a maior receptividade para aplicação de suas contribuições teóricas e instrumentais⁶⁰⁹. É de um seu instrumento, que, a partir de agora, passa-se a tratar. Uma *figura dogmática*, como a chamou Stern⁶¹⁰, que satisfaz as questões sobre evolução valorativa de postulados básicos do sistema constitucional, tão bem incorporada pela teoria institucional, quando aplicada aos direitos fundamentais. Está a falar-se das chamadas *garantias institucionais*.

Terminologia

Christian Wolff (1679-1754), com sua obra de 1750, intitulada *“Institutiones juris naturae et gentium”*, aproxima, no final dos tempos modernos, à terminologia institucional, a concepção de um elemento dogmático disseminador de

⁶⁰⁷Tradução: a essência do direito consiste em uma concorrência de princípios objetivos e subjetivos que se interpenetram reciprocamente desde o ponto de vista do conteúdo.

⁶⁰⁸Quanto à natureza específica da parte dogmática das constituições, clamando por pautas axiológicas de interpretação de seus dispositivos, vide nota 168, p. 57, e parágrafo correspondente no corpo do texto.

⁶⁰⁹O aspecto objetivo-institucional *“debe ser utilizado sólo para los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son justamente el común denominador al cual se reducen particulares esferas de vida y determinados sectores del Derecho, con la consecuencia de que justamente aquí la esencia del Derecho y de la libertad deviene transparente al máximo.”* [HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe, Verlag C.F.Müller, 1962. Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 21. (trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 166)].

⁶¹⁰Cf. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: allgemeine Lehren der Grundrechte*. Vol.III, tomo I, Munique, C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, 1988, p. 755.

conteúdo jurídico. Esse grande pensador, em cuja escola filosófica formou-se Kant⁶¹¹, utilizou, porém, essa terminologia de forma vacilante, tanto que na terceira edição da obra citada, em 1754, substituiu *Institutiones* por *Grundsätze*⁶¹², que tem o sentido de *princípios* na tradução corrente do alemão. A referência a ele serve, pois, tão somente, para salientar um dos inúmeros momentos de atribuição crescente de significado a esse termo, que se confunde com o nascimento das objetivações do espírito humano.

O marco teórico reconhecido pela doutrina como o primeiro rebento da teoria institucional aplicada aos direitos fundamentais pertence inegavelmente a outro Wolff. Fala-se de Martin Wolff, em cujo trabalho de 1923, intitulado *Reichsverfassung und Eigentum*, tratou da propriedade garantida no art.153⁶¹³, *caput*, da constituição de Weimar e do direito sucessório do art.154⁶¹⁴, não somente como direito subjetivo concreto de um sujeito de direito específico, mas também *como instituto jurídico (als Rechtsinstitut)* objetivamente delimitado⁶¹⁵, a que chamou de *garantia do instituto (Institutsgarantie)*. Trouxe, pois, para o conceito, a acepção de instrumento de objetivação de conteúdos jurídicos. A dificuldade maior está em determinar a expressão que melhor reflete as teorias em cujo ventre tomou forma.

Adentra-se o campo fértil da terminologia alemã utilizada para designar a especial proteção dada aos direitos fundamentais por contribuições oriundas das teorias institucionais. O próprio tribunal constitucional alemão emprega uma variedade de termos para exprimir dita proteção:

⁶¹¹Cf.COPP, David. *Kant's predecessors*. UC Davis Philosophy Department. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www-philosophy.ucdavis.edu/kant/wolff.htm>.

⁶¹²Cf. HOFMANN, Hasso; HUBIG, Christoph; LIPP, Wolfgang. *Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*. Vol.III, 7ª ed., Wien-Basel-Freiburg, Verlag Herder, p. 103.

⁶¹³Art.153 Abschnitt 1 WRV: "*Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen*". (FRANZ, Günther (org.). *Staatsverfassungen*. 2ª ed., Munique, R.Oldenbourg, 1964, p. 220). Tradução: a propriedade é garantida pela constituição. Seu conteúdo e seus limites resultam da lei.

⁶¹⁴Art.154 WRV: "*Das Erbrecht wird nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes gewährleistet. [§] Der Anteil des Staates am Erbgut bestimmt sich nach den Gesetzen*" (id.ibid.). Tradução: o direitos sucessório é garantido conforme o direito civil. [§] A quota do estado na herança é determinada pela lei.

⁶¹⁵Cf.STERN, Klaus. op.cit., p. 756.

“O tribunal constitucional alemão, que empregava inicialmente ainda o conceito de “garantia da instituição” [*Einrichtungsgarantie*], fala, mais recentemente, de “garantias do instituto” [*Institutsgarantien*], “garantias institucionais” [*institutionelle Garantien*], ou ainda, simplesmente, “garantias” [*Garantien*].”⁶¹⁶

Há preferência pelo termo derivado do latim *institutio* devido à assimilação da comentada dimensão transformadora do sistema, que ele exprime⁶¹⁷. A adaptação da terminologia alemã ao objeto que pretende refletir ainda denota sua importância na tentativa do conceito tornar-se autônomo de seus sinônimos carregados de dubiedades. A adoção, enfim, dos conceitos de *garantia do instituto* e *garantia institucional* expressa a importância a eles atribuída pela doutrina no sentido de precisá-los ao ponto de somarem dois novos verbetes ao jargão jurídico-constitucional⁶¹⁸. Mais tarde falar-se-á da distinção doutrinária de ambos.

Apresentação das garantias institucionais

Com a conceituação das garantias institucionais, acerca-se o tema central deste estudo no tocante à forma de evolução do direito configurado nas mencionadas *construções institucionais*, cuja delimitação esteve por conta de uma

⁶¹⁶STERN, Klaus. op.cit., p. 755. Tradução livre do original: “Das Bundesverfassungsgericht, das anfänglich noch den Begriff „Einrichtungsgarantie“ verwendet hat, spricht in neuerer Zeit von „Institutsgarantie“, „institutionellen Garantien (Gewährleistungen)“, oder bloß noch von „Garantien“.”

⁶¹⁷Vide, a esse respeito, nota 601, p. 156.

⁶¹⁸A atribuição de sentido aos termos *Institutsgarantien* e *institutionelle Garantien* revela nitidamente a tentativa de isentá-los da vulgarização dos seus conceitos próximos. Vê-se isto mediante a definição que Aschl dá de garantias: “*verfassungsrechtliche Gewährleistungen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Einrichtungen*” (trad.: garantias constitucionais de institutos de direito privado e público). As garantias institucionais acrescem tais elementos — *Gewährleistung* e *Einrichtung* — da ambiência institucional de conformação objetiva e transformação controlada; de uma visão que não se compadece das visões jurídicas unilaterais: “*mit gutem Grund (...) gegen bloßen positivistischen Gesetzesdogmatismus, gegen die individualistische Rückführung des Rechtserzeugungsprozesses auf den vernunftrechtlichen Vertragsgedanken wie gegen die damit historisch-kontingent verknüpfte Vertragsgedanken wie gegen die damit Rechtsordnung im ganzen jederzeit zur beliebigen Disposition einer zentralen gesetzgebenden Willensmacht steht*” (HOFMANN, Hasso [et alii]. op.cit., p. 103).

*teoria de implicação objetiva dos conteúdos do sistema jurídico*⁶¹⁹. É um componente *harmonicamente* diretivo do sistema, transparecendo *valores de efetivo poder diretivo, conteúdos de influência sensível*, que pretende amenizar a perplexidade causada pelas questões fundamentais expostas na primeira parte deste estudo e colocadas da seguinte forma: como o ordenamento jurídico pode sobreviver completo, único e coerente frente a uma realidade social dinâmica?; qual o papel da experiência jurídica na determinação e evolução do sistema?. O *novo institucionalismo* responde a tais questões, e salienta ter, o pensamento jurídico europeu, associado ao conceito de ordenamento jurídico, o de dinamismo e vitalidade, de um lado dirigido pelas normas, mas que acima de tudo, as dirige. As garantias institucionais são o momento dogmático da razão institucional, onde se problematiza a tensão entre conservação e inovação, entre ordem e desordem; as tendências reacionário-revolucionária, instituído-instituidora, objetivo-subjetiva.

Até agora se viu como o conceito institucional corporificou a sua *perpetuação no tempo* como algo cuja existência ameniza e sofre a influência das contingências de momento. Para alcançar a função primeira da garantia institucional de *proteção de um núcleo essencial*, foi anteriormente imprescindível enquadrá-la em seus mecanismos de evolução, pois do contrário estaria puramente transferindo-se o conceito de *núcleo intangível* para outro de ainda menor pertinência significativa, e, também, porque a forma da evolução de um ser reflete a sua própria existência. Não se teria determinado no que efetivamente a garantia institucional se expressa, já que a explicação de sua objetivação nunca poderia estar centrada somente em um dado momento de pretensão conteúdo totalizador. A teoria das garantias institucionais pressupõe uma interação subjetivo-objetiva dos direitos fundamentais. Faces subjetivas e objetivas, que se *relacionam mutuamente*.

“O objetivo maior da compreensão institucional dos direitos fundamentais é de tornar claro, que tais direitos possuem não somente um lado jurídico-individual-subjetivo, como também um lado jurídico-objetivo, que se relacionam mutuamente”⁶²⁰

⁶¹⁹Vide textos pertinentes às notas 34 e 35, página 18.

⁶²⁰TILCH, Horst (org.). *Münchener Rechts-Lexikon*. Band 2, Munique, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, p. 490. Tradução livre do original: “Das Hauptanliegen institutionellen Grundrechtsverständnisses ist es, deutlich zu machen, daß die Grundrechte nicht nur eine subjektive

“As dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais estão em uma “relação incidível” no sentido de complementação e fortalecimento recíprocos, que têm sua “raiz” na acepção jurídico-subjetiva; deste “núcleo efetivo”, a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais não se pode distanciar, e precipitar-se “na autonomização de uma estrutura de normas objetivas, na qual é relegado para segundo plano o significado primitivo e duradouro dos direitos fundamentais.”⁶²¹

Os momentos subjetivos e objetivos dos direitos fundamentais estão em uma *relação incidível de complementação e fortalecimento recíproco* (*unaufhebbare Zusammenhang iS gegenseitiger Ergänzung und Verstärkung*), logo, descabe perquirir da prioridade de um sobre o outro; simplesmente não podem ser considerados em separado; são interdependentes no seu conceito e complementares entre si⁶²²; seria como falar da face sem cogitar do verso, e sabe-se que um somente existe enquanto antítese do outro⁶²³.

A conceituação das garantias institucionais foi uma tentativa em dotar de maior coerência⁶²⁴ a conformação objetiva dos direitos fundamentais, que

individualrechtliche, sondern auch eine objektivrechtliche Seite besitzen, die aufeinander bezogen sind.”

⁶²¹TILCH, Horst. op.cit., p. 287. Tradução livre do original: “Die subjektive und objektive Seite der Grundrechte stehen in einem „unaufhebbaren Zusammenhang“ iS gegenseitiger Ergänzung und Verstärkung, wobei ihre „Wurzel“ in der subjektiv-rechtlichen Bedeutung haben; von diesem „eigentlichen Kern“ läßt sich auch die objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte nicht lösen und „zu einem Gefüge objektiver Normen verselbständigen, in dem der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte zurücktritt“ (BVerfGE 50, 290/337 = NJW 1979, 702; BverwGE 55, 72/75 = NJW 1981, 271) ”.

⁶²²“O institucionalismo é uma tentativa de superar o confronto entre o objetivismo e o subjetivismo” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito: a formação do decisionismo institucionalista schmittiano entre os anos 1920 e 1940*. Dissertação de Mestrado em Filosofia. Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo. Orientador: José Arthur Giannotti. 1993, pp. 101/102).

⁶²³Isto não afasta, no entanto, a possibilidade da afirmação, fundada em análise histórica, de que a raiz dos direitos esteja no seu momento subjetivo, pois é daí que vem, com o constitucionalismo, a força de sua concretização e delimitação de seu cerne (*eigentliche Kern*). Procura-se, assim, afastar o perigo da *instrumentalização do ser* conforme, de forma magnífica, Miguel Reale a define: vide nota 201, p. 65.

⁶²⁴Klaus Stern afirma a importância das garantias institucionais no esclarecimento das dimensões objetivas dos direitos fundamentais: “Eine derart weitgehende Unsicherheit [insegurança quanto ao papel do conteúdo jurídico-objetivo frente ao caráter jurídico-subjetivo das definições de direitos fundamentais] besteht jedoch nicht gegenüber jener ihrer Art nach ebenfalls objektiv-rechtlichen Rechtsfigur, deren geglückte „Entdeckung“ schon in der Weimarer Grundrechtsdiskussion erfolgte: den Einrichtungs-garantien, wie der von F.Klein geprägte Oberbegriff für institutionelle und (Rechts-) Institutsgarantien lautet.” (STERN, Klaus. op.cit., p. 754). Tradução: Entretanto, uma tão vasta incerteza não sobrevive frente aquela sua espécie [objetiva dos direitos fundamentais]; uma

a determinação de núcleos intangíveis demanda⁶²⁵, cumprindo, com isso, a mencionada função de *estrutura ou universo de limitação*, possível na medida em que incorpora direção e sentido aptos a dar *racionalidade* às mudanças de conteúdo⁶²⁶ por uma *assimilação histórica de práticas institucionais*⁶²⁷. Elas garantem os direitos fundamentais pela *ordenação e dotação* das esferas individuais como elementos de organização objetiva do ente estatal⁶²⁸. Tal *objetivação de técnicas de determinação do conteúdo* jurídico dá o instrumental para identificação do valor essencial de cada instituto⁶²⁹. O clamor histórico por *valores institucionalmente objetivados*⁶³⁰ deu à teoria das garantias institucionais a incumbência de organizar a objetividade em sínteses de uma *consciência jurídica geral*⁶³¹ para precisão de núcleos essenciais.

A teoria das garantias institucionais foi a constatação de que os direitos fundamentais assumiam a forma tanto de *direitos subjetivos* como de *garantias objetivas dos institutos* jurídicos⁶³², destinadas a guarnecê-los com *especial proteção*, limitando mesmo a atuação do próprio *legislador*⁶³³.

figura de direito igualmente jurídico-objetiva, cuja “descoberta” bem-sucedida dá-se já na discussão acerca dos direitos fundamentais em Weimar: as *garantias institucionais* [*Einrichtungsgarantien*], na dicção de F.Klein, como garantias do instituto [*Institutsgarantien*] e garantias institucionais [*institutionelle Garantien*].

⁶²⁵Com respeito à ligação existente entre a pesquisa de uma *essência necessária* dos direitos e a teoria institucional, vide nota 159 (p.56) e parágrafo correspondente.

⁶²⁶Vide, a respeito, as últimas considerações do capítulo intitulado “O pluralismo na teoria de Santi Romano e seus reflexos no pensamento jurídico”.

⁶²⁷Retomam-se as argumentações de Jan Schapp expostas na nota 192 (p.63), juntamente com o corpo do parágrafo a que se refere.

⁶²⁸TILCH, Horst. op. cit., p. 490.

⁶²⁹Remete-se às conclusões do capítulo intitulado “Natureza aberta da interpretação constitucional e em especial dos direitos fundamentais”.

⁶³⁰Considerações pertinentes a esta questão foram explanadas quando da referência à *democracia substancial*, no capítulo intitulado “A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento anti-representativo de Schmitt”.

⁶³¹Sobre o papel da *consciência jurídica geral*, vide nota 184, p. 60, e parágrafo seguinte no corpo do texto a que se refere.

⁶³²“*Es gibt nicht nur Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte, sondern objektive Gewährleistungen von Einrichtungen, sogenannt Einrichtungsgarantien*” (ASCHL, Albert (org.). *Staats- und verfassungsrechtliches Lexikon*. 6ª ed., Walhalla und Praetoria Verlag, s/a, p. 153). Tradução: Há direitos fundamentais não somente como direitos públicos subjetivos, mas também como garantias objetivas dos institutos, chamadas *Einrichtungsgarantien*”. Ainda, as palavras de Anabitarte esclarecem: “*los derechos fundamentales tienen un aspecto subjetivo y un aspecto o lado objetivo o institucional. Los derechos fundamentales han dejado de ser en el Estado social*

“A idéia de *Institute* ou *Institutionen* considerada como especial proteção e consolidação constitucional (particularmente também valendo contra o legislador), era, portanto, utilizada no início no direito privado e público. Ela se mostrou, como *F.Klein* formulara em 1934, como “reconhecimento do sentido e conteúdo material”, que sobrevive ao tempo.”⁶³⁴

Servem, então, como *diretriz e impulso* às funções estatais de poder, emancipando-as de uma necessária pretensão subjetiva anterior para adotar uma *razão de atuação positiva estatal* espelhada na objetivação, de que o direito fundamental foi alvo.

“Os direitos fundamentais ganham crescente importância como “diretriz e impulso” para a legislação, a administração e a jurisdição. Independentemente de consistir numa pretensão subjetiva de um cidadão isolado, a razão de uma atuação positiva do Estado é vista neste lado jurídico-objetivo dos direitos fundamentais, nas condições de conservação do direito fundamental da liberdade ou para o alcance da mesma, a fim de que, com isso, a liberdade torne-se mesmo realidade.”⁶³⁵

únicamente derechos públicos subjetivos individuales. El status negativus o libertatis y positivus o civitatis de Jellinek están profundamente entremezclados en el moderno Estado social. Además, los valores (libertad e igualdad) que sustentan los derechos fundamentales son valores (objetivos, principios) superiores de todo el ordenamiento jurídico (art.1.1. CE), por ello, los derechos fundamentales son derechos subjetivos y principios (instituciones, valores objetivos)” (ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid, Editorial CIVITAS, 1994, p. 54).

⁶³³ ASCHL, Albert. *ibid*.

⁶³⁴ STERN, Klaus. *op.cit.*, p. 756. Tradução livre do original: “*Die Idee, Institute oder Institutionen als besonders verfassungsrechtlich verankert und (insbesondere auch mit Wirkung gegenüber dem Gesetzgeber) geschützt zu betrachten, war also von Anfang an privatrechtlich und öffentlich-rechtlich verwertet worden. Sie erwies sich, wie F.Klein 1934 formulierte, als „Erkenntnis des den Grundrechten ‘der Reichsverfassung immanenten Sinn- und Wertgehalts‘, die die Zeit überdauerte.”*

⁶³⁵ TILCH, Horst. *op.cit.*, p. 287: 2ª coluna. Tradução livre do original: “*Zunehmende Bedeutung gewinnen die Grundrechte als „Richtlinien und Impulse“ für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtssprechung Unabhängig davon, ob ein subjektiver Anspruch des einzelnen Bürgers besteht, wird in dieser objektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte die Begründung einer positiven Verpflichtung des Staates gesehen, die Voraussetzungen grundrechtlicher Freiheit zu erhalten oder auch zu schaffen, um damit gleiche Freiheit Wirklichkeit werden zu lassen.”*

Críticas ao institucionalismo e sua pertinência às garantias institucionais

Tal emancipação, contudo, não implica o enfraquecimento dos direitos subjetivos, como vem disseminado na doutrina, porquanto a perfeita configuração dos institutos jurídicos como entes objetivamente determinados amplia o leque de defesas dos direitos fundamentais⁶³⁶. Nesse sentido, mencionou-se, linhas atrás, a interação subjetivo-objetiva que rege a teoria das garantias institucionais. Não se deve, porém, afastar da consideração das garantias institucionais, a ambiência crítica, que permeou o institucionalismo em geral, para que ela sirva de guia excludente de caminhos a trilhar.

A crítica central às teorias institucionais está na identificação da tendência sociológica de confusão dos momentos fático e normativo⁶³⁷. Quanto a isso, procurou-se demonstrar, no curso deste estudo, as diversas contribuições da teoria institucional, sob seus não menos múltiplos aspectos, absorvendo suas teses perenes e afastando seus excessos.

As garantias institucionais são estruturas dogmáticas, puramente normativas, abertas à ingerência fática tida por idônea a direcioná-las e sempre presente para influenciá-las, mas dentro de uma concepção de *implicações recíprocas* (*wechselseitige Implikationen*)⁶³⁸ e controladas pelo sistema jurídico institucional estatal. Ela associa o positivismo jurídico a um positivismo

⁶³⁶“(....) allerdings können diese verfassungsrechtliche verankerten Institute für den Einzelnen zugleich subjektive Rechte (mit Grundrechtsrang) begründen.” (CREIFELDS, Carl. *Rechtswörterbuch*. 12ª ed., Munique, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, p. 614). Tradução: Entretanto, estes institutos consolidados no direito constitucional podem fundar, ao mesmo tempo, direitos subjetivos erigindo-os a direitos fundamentais para o indivíduo.

⁶³⁷“Dies Zeigt das Kernproblem aller juristischen Theorien der Institutionen, nämlich das Verhältnis von faktischen und normative Momenten sowie Status und Stellenwert der (...) Ordnungsidee” (HOFMANN, Hasso. op.cit., p. 104). Tradução: isto revela o problema central de todas as teorias jurídicas institucionais, a saber a relação entre os momentos fático e normativo bem como a situação e posição valorativa da idéia de sistema.

⁶³⁸Hofmann deduz de Santi Romano dita *implicação recíproca*: “Institution erscheint so als Ausdruck der „wechselseitigen Implikation“ von Rechtsnorm und sozialer Organisation.” (HOFMANN, Hasso. *ibid.*). Tradução: a instituição manifesta-se como uma expressão de implicação recíproca entre norma jurídica e organização social.

sociológico, mas não submete um ao outro. Apenas esclarece suas influências recíprocas e, com isso, delimita-lhes o poder. Não se pode negar, todavia, que ela é uma teoria protetora dos conteúdos materiais da constituição.

O curioso, entretanto, é que na visão de outros críticos, o fenômeno que ocorre é justamente o inverso. Assim, Albert Aschl salienta o perigo do isolamento institucional, que carrega consigo a tendência à *imobilização de conteúdo*.

“Theodor Schramm refere-se ainda ao perigo psicológico profetizado, a saber o estabelecimento de um sistema de garantias institucionais de tal complexidade, “que afinal pode guiar seguramente para uma imobilidade do sistema dos direitos fundamentais no sentido de tornar-se, de forma inadmissível, inibido o desenvolvimento futuro dos direitos subjetivos e restritos os seus âmbitos de aplicação”.⁶³⁹

Reflete a preocupação dos constitucionalistas em relação à expansão excessiva da doutrina das garantias institucionais, e à possibilidade de esmagamento dos direitos subjetivos pela inevitável absorção de que esses seriam alvo. As garantias institucionais, a pretexto de protegê-los, os imobilizariam em tópicos objetivos. As contribuições até agora extraídas das teorias institucionais afastam tais ilações pela coerência de seus postulados.

Antecipam-se, mais uma vez, conclusões, apontando para o fato evidente de que não é a teoria das garantias institucionais a promover a dissolução da normatividade na facticidade, ou mesmo, *o seu oposto*, a imobilização daquela a despeito da evolução da sociedade. Foram, os extremismos dos tempos, os responsáveis por abrirem as feridas da teoria material da constituição da primeira metade deste século, e o fizeram, em parte, devido à ausência de aprofundamento e interesse por uma teoria que soube conjugar a normatividade jurídica necessária e a transformação dos tempos. O componente institucional do *decisionismo jurídico schmittiano* foi, aliás, o contrapeso de conteúdo jurídico à *decisão política*

⁶³⁹ ASCHL, Albert. op.cit., pp. 153/154. Tradução livre do original: “Theodor Schramm geht dann noch auf die vorhersehbare psychologische Gefahr, nämlich der Aufstellung eines weitverzweigten Systems von Einrichtungsgarantien, „welches schließlich zu einer gewissen Immobilität und Verfestigung des Grundrechtssystems in dem Sinne führen kann, daß eine Weiterentwicklung gehemmt und der Anwendungsbereich der subjektiv-öffentlichen Rechte unzulässig eingeschränkt wird”.”

soberana do Führer. Adentra-se esse tópico a seguir. Antes, contudo, cabe finalizar o presente raciocínio com a assertiva de ser elementar que, se a teoria institucional é acusada, por um lado, de promover a imobilidade do sistema jurídico e, por outro, de dissolver-lhe a segurança, está a falar-se de coisas distintas. A teoria das garantias institucionais ora proposta tem bases sérias exaustivamente explanadas até o presente momento, e fornece absoluta coerência com o ideal de atualização normativa dotada de segurança jurídica. O decisionismo de Schmitt ilustrará o papel ideológico decisivo que é indevidamente atribuído às teorias institucionais.

O decisionismo de Carl Schmitt

O excesso mais palpável da inclinação sociológica das teorias institucionais é marcado pela sua origem comum. Historicamente, elas dividiram adeptos com a corrente defensora da teoria material da constituição⁶⁴⁰.

Conquanto a teoria material da constituição tenha se convertido na *hermenêutica do Estado Social*⁶⁴¹, essa teoria provocou diversas distorções doutrinárias, que dominaram a primeira metade deste século XX com a feição de seus excessos. Dentre elas é destacado o *decisionismo schmittiano*, com especial relevância para o presente estudo graças à influência que seu teorizador exerceu na teoria das garantias institucionais, como também pelo crescente interesse que tal autor desperta na doutrina constitucional contemporânea, mormente na Itália, França, Espanha⁶⁴², Alemanha e Estados Unidos⁶⁴³.

⁶⁴⁰Sobre a escola de Zurique e seus principais expoentes, conferir: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, pp. 87/88.

⁶⁴¹Cf. BONAVIDES, Paulo. *op.cit.*, p. 431.

⁶⁴²Cf. CASERTA, Marco. *Il diritto tra decisione ed ordine: brevi note su I tre tipi di pensiero giuridico di Carl Schmitt*. In: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Giuffrè editore, Serie IV, n.º LXXIII, vol. III, julho/setembro, 1996, p. 527; ANABITARTE, Alfredo Gallego. *op.cit.*

⁶⁴³Mark Lilla informa: "*In the decade since his death Schmitt has become the most intensely discussed political thinker in Germany. Hardly a month passes without a book about him [Schmitt] or a new edition of his writings appearing there. (...) Since Schmitt's political past is now widely known, this intense interest in him — which, to judge by the number of new translations and studies in English, is spreading — deserves examination.*" (LILLA, Mark. *The enemy of liberalism*. In: *New York Review of Books*. Vol.44, issue 8, 15 de maio de 1997, p. 39: 3ªcoluna).

Carl Schmitt inaugurou o ramo constitucional do direito alemão como matéria autônoma, com *estrutura sistemática e metodologia próprias*, destacada da Teoria Geral do Estado e do Direito Político de então⁶⁴⁴ na sua obra mais conhecida: Teoria da Constituição (*Verfassungslehre*) de 1928. Para Schmitt, a constituição não podia ser confundida com as *leis constitucionais*. Em seu *sentido absoluto*, constituição seria a *concreta maneira de ser* de uma unidade política⁶⁴⁵, adquirindo também o significado de um *princípio ativo do porvir dinâmico da unidade* de um povo⁶⁴⁶. A constituição deveria ser encarada na sua aceção *existencial* do poder de decisão da unidade política, e não, como se dá com o conceito formal de constituição, no sentido de conjunto normativo maior, pois isto traria *relativismo* ao seu conteúdo, pulverizando-a em leis constitucionais⁶⁴⁷ e denegando sua *objetividade*⁶⁴⁸. O decisionismo de Schmitt significa, pelo contrário, encarar a constituição como *decisão política fundamental*, por intermédio do *titular do poder constituinte*, que por natureza, encarnaria a *unidade nacional*.

⁶⁴⁴“Es necesario, empero, afanarse además por erigir también una Teoría de la Constitución y considerar el terreno de la Teoría de la Constitución como rama especial de la Teoría del Derecho público.” [SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre* 1928 (trad. Francisco Ayala. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 21)].

⁶⁴⁵Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 30.

⁶⁴⁶Dos diversos conceitos de constituição apresentados por Schmitt na *teoria da constituição*, este gozou de especial atenção. A constituição é, neste sentido, “*el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política — «integrarse», según la expresión de Rudolf Smend. [§] Este concepto de constitución se contraponen a los anteriores conceptos, que hablan de un status (con el sentido de una unidad estática). Aunque en la idea de Aristóteles se da también el elemento dinámico, la rigurosa separación de lo estático y lo dinámico tiene algo de artificiosa y violenta. En todo caso, este concepto «dinámico» de Constitución queda en la esfera del ser (evolutivo) y del existir; la Constitución no se convierte todavía (...) en una simple regla o norma, bajo la cual subsumir. La Constitución es el principio activo de un proceso dinámico de energías, un elemento del devenir, pero no, ciertamente, un procedimiento regulado de prescripciones e imputaciones «normativas»*” (SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 31/32).

⁶⁴⁷“*Aquel pretendido concepto formal ha llevado tan sólo a relativizar el concepto de Constitución, es decir, a hacer de la Constitución, entendida como unidad cerrada, una multitud de prescripciones legales externamente caracterizadas, que se designan como «leyes constitucionales»*.”(p.41). “*El primitivo sentido de la garantía de una Constitución se pierde cuando la Constitución como un todo se relativiza en una pluralidad de distintas leyes constitucionales*”(p.43) in SCHMITT, Carl. op.cit..

⁶⁴⁸Para Schmitt, ao “*relativizar la Constitución en ley constitucional y hacer formal la ley constitucional, se renuncia por completo a la significación objetiva de Constitución*.” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 43).

“La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma.”⁶⁴⁹

A identificação em Schmitt de núcleos de proteção qualificada

Esse divórcio entre *constituição* e *lei constitucional* levou Schmitt à identificação de matérias constitucionais, cuja supressão encontrava-se fora do alcance do legislador ordinário, mas antes de tudo, da *revisão constitucional*. Haveria de se imaginar a essência da constituição acima das leis constitucionais, meros reflexos seus. As mutações constitucionais teriam um limite apoiado na *identidade e continuidade da constituição*⁶⁵⁰.

Bastaria, em seguida, delimitar o que é essencialmente constitucional para que se declare, por outras palavras, os *núcleos essenciais*, se bem que de forma ainda não muito elaborada. O próprio Schmitt identifica alguns desses núcleos: o procedimento dificultado de modificação da constituição inscrito no art.76 da constituição de Weimar⁶⁵¹; o sufrágio universal⁶⁵²; a federação⁶⁵³; a

⁶⁴⁹SCHMITT, Carl. op.cit., p. 47.

⁶⁵⁰Assim, escreve Schmitt: “*Los límites de la facultad de reformar la Constitución resultan del bien entendido concepto de reforma constitucional. Una facultad de «reformar la Constitución», atribuida por una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc.; pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional; algo así como reformar el art.76, C.a. [da constituição de Weimar], siguiendo el procedimiento del propio art.76 para que las reformas de las leyes constitucionales puedan tener lugar por acuerdo de simple mayoría del Reichstag. Reforma constitucional no es, pues, destrucción de la Constitución.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 119).

⁶⁵¹O procedimento especial de revisão constitucional qualificado pelo *quorum* de votação, a semelhança de hoje, era adotado na constituição de Weimar em seu art.76: “*Art.76. Die Verfassung kann im Wege der Gesetzgebung geändert werden. Jedoch kommen Beschlüsse des Reichstages auf Abänderung der Verfassung nur zustande, wenn zwei Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl anwesend sind und wenigstens zwei Drittel der Anwesenden zustimmen. Auch Beschlüsse des Reichsrats auf Abänderung der Verfassung bedürfen einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen. Soll auf Volksbegehren durch Volksentscheid eine Verfassungsänderung beschlossen werden, so ist die Zustimmung der Mehrheit der Stimmberechtigten erforderlich (...).*”.

república⁶⁵⁴. Qualquer medida revisionista que alterasse ditas cláusulas *existenciais* da constituição extrapolaria de sua competência, *alterando* a constituição ao invés de *revisá-la*⁶⁵⁵.

Tal postura de Schmitt combina com a sua posição contrária à *democracia procedimental*. Clama por um conteúdo *substancial*, por natureza *insuprimível*⁶⁵⁶, que já era incidentalmente encontrado nas constituições mais avançadas da época⁶⁵⁷ e que no direito brasileiro vêm-se consolidadas sob a terminologia doutrinária de *cláusulas pétreas*. Elas corporificam o que Schmitt chamava de *limites objetivos da faculdade de reforma da constituição*⁶⁵⁸. Ocorre, contudo, que Schmitt não se esforçou o bastante em salientar o papel de contenção de excessos de ditos núcleos, muito embora conferisse claramente amplo espectro⁶⁵⁹ ao art.48 da constituição de Weimar⁶⁶⁰, o qual pactuava essencialmente com a supressão dos direitos fundamentais, que não eram enquadrados por Schmitt dentre os princípios *existenciais* da unidade política⁶⁶¹. A falha de sua teoria reside, todavia, principalmente em situar a *delimitação* de tais núcleos na pura e simples *decisão política*. O *elemento de pura decisão* de Schmitt é alheio ao conteúdo da

⁶⁵²Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 120.

⁶⁵³Cf.id.ibid.

⁶⁵⁴Cf.id.ibid.

⁶⁵⁵“*las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del Poder constituyente del pueblo alemán y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de Constitución; no a una revisión constitucional.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 120).

⁶⁵⁶Schmitt atenta, especificamente, para a possibilidade da democracia negar-se a si própria, dando o exemplo de então da constituição Suíça. Conferir, a respeito: SCHMITT, Carl. op.cit., p. 121.

⁶⁵⁷Cf.id.ibid., em que Schmitt salienta proibições constitucionais de alteração posterior de certos dispositivos específicos (art.2.º da constituição francesa de 1884), ou mesmo, da formulação mais aberta de vedação da discussão a respeito do *espírito* ou dos *princípios* constitucionais básicos (§112 da constituição da noruega de 1814).

⁶⁵⁸Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 122.

⁶⁵⁹Kelsen critica pesadamente tal *interpretação mais que extensiva* dada por Schmitt ao art.48 da constituição de Weimar. Tal posição schmittiana teria, segundo Kelsen, a única função de elevar o presidente do Reich à condição de *senhor soberano do Estado*. Cf.KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. In: *Die Justiz*. Cadernos 11-12, Tomo VI, pp. 576-628 (trad. Carmelo Geraci. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*. In: KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano, Giuffrè Editore, 1981, pp. 237/238.

⁶⁶⁰Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 126.

⁶⁶¹Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 124.

norma⁶⁶². Acaba por fazer aquilo que sempre criticara: torna relativo o conteúdo jurídico ao extremo⁶⁶³.

Apesar destas dificuldades teóricas do autor, ele acaba por fornecer a diferença de grau das teorias que o precederam na seguinte colocação: a questão não está em que há intangibilidade da constituição, mas em que consiste efetivamente o material constitucional. Retoma-se esse tema na abordagem dos núcleos essenciais.

O extremismo do decisionismo schmittiano

Schmitt inova em seu *decisionismo* por sua tentativa fracassada de conjugar momentos *existenciais* de determinação do jurídico com momentos *normativos* norteadores do real. O *momento decisionista* representa a abertura da relação entre o direito e a política⁶⁶⁴. Eis um traço importante de sua teoria, que o precipita no dilema de salvar o *existencial* sem, com isso, dissolver o *jurídico*. Seu formalismo jurídico, entretanto, sucumbe frente à desvalorização da constituição como instrumento normativo, o que substitui a precisa hierarquia kelseniana por uma sujeição da normatividade à realidade *existencial* do poder. Sua nota diferencial, pois, estava na distinção que implementara entre *constituição* e *lei constitucional*⁶⁶⁵. Cometeu o erro que unifica os extremos da teoria material da

⁶⁶²Schmitt argumenta: “*en toda decisión (...) existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma. Yo he propuesto para dicho elemento la denominación de «decisionismo»*” [SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin-München, Verlag Duncker Humblot. (trad. Manuel Sanchez Sarto. *La defensa de la constitución*. Madrid, Editorial TECNOS, 1983, p. 90)].

⁶⁶³Vide nota 668, p. 175.

⁶⁶⁴“*La comprensione della funzione che l'istanza decisionista riveste, rappresenta il passaggio col quale si chiude la riflessione eminentemente giuridica e si apre quella sull'analisi del rapporto tra diritto e politica e dunque sull'interrogativo sul 'politico' schmittiano. Il momento decisionista viene interpretato da Schmitt proprio nel ruolo di mediazione con gli altri due nel difficile rapporto del diritto con la politica*” (CASERTA, Marco. op.cit., p. 532).

⁶⁶⁵Transcreve-se trecho esclarecedor: “As Leis Constitucionais, qualificando-se apenas pelo formalismo ou rigidez que lhes dificulta a mudança ou rebaixadas na hierarquia axiológica perante os valores existenciais (esses valores compõem a soma ou essência da Constituição), lembram, de qualquer modo, o aspecto *jurídico* e *formal*, que Schmitt não elimina inteiramente de sua teoria material da Constituição, ao contrário, aliás, do que fez Kelsen com os elementos materiais do

constituição no seu ódio desenfreado ao formalismo: a referência a valores sem a necessária atenção ao imperativo de preservação da juridicidade do sistema, o que resultou, inexoravelmente, no *subjetivismo do critério ideológico absoluto*⁶⁶⁶. O *decisionismo puro* de Schmitt seguiu a polarização, que em um primeiro momento dominou a teoria material da constituição, precipitando-a no extremo oposto ao positivismo de então⁶⁶⁷. Ambas, teoria formal e material, serviram, enfim, ao mesmo amo: esvaziaram de conteúdo a constituição⁶⁶⁸. Nesse sentido, não se pode confundir a teoria material da constituição com a *democracia substancial*, pois essa última traz o *valor* para dentro do direito, mas não o amordaça lá, e sim, serve de mediador dotado de inércia diretiva própria a atenuar o ímpeto das influências recíprocas entre o interior e exterior do sistema jurídico. A *democracia substancial* foi o aprendizado de que não se pode fixar o conteúdo exclusivamente em um dos lados — *existencial* ou *normativo* — da questão. O existencial cai no subjetivismo do momento da Escola de Zurique; o normativo, no método axiomático-dedutivo de conteúdos jurídicos da Escola de Viena. A teoria material da constituição serviu para salientar o engano do positivismo axiomático-dedutivo de afastar qualquer ingerência material no jurídico⁶⁶⁹, mas o fez, ratificando o distanciamento entre a constituição formal e a real de Lassale. Um propõe deduzir do conteúdo material, o

Direito, quando conduziu o formalismo às suas últimas conseqüências. [§] A diferença, porém, que vai de um a outro em questão de coerência com a sua respectiva teoria é tão-somente de grau, sendo essa coerência maior em Kelsen e menor em Schmitt. [§] De qualquer modo, ambos valem como dois pólos opostos, como duas extremidades doutrinárias, sendo assim as duas orientações que mais se distanciam mutuamente na compreensão do conceito de Constituição: Kelsen com a teoria normativa, Schmitt, com a teoria material; Kelsen sustentando, conforme observa Wimmer, que “algo vale, quando vale e porque vale” (“*Etwas gilt, wenn es gilt und weil es gilt*”) e Schmitt, com seu sentido de existencialidade, professando que “algo vale, quando existe e porque existe” (“*Etwas gilt, wenn es ist und weil es ist*”).” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 86).

⁶⁶⁶Houve a “politização absorvente da Constituição, com a baixa dos níveis de eficácia normativa e uma conseqüente queda da segurança jurídica.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 117).

⁶⁶⁷A seguinte consideração de Bonavides dá o enfecho da questão com chave de ouro: “ao invés de a norma se apartar da realidade, é a realidade, que a pretexto de evitar esvaziamento de conteúdo, se aparta da norma.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 152).

⁶⁶⁸Tal raciocínio é ratificado por Bonavides: “Caminhando por vias opostas, Kelsen com a norma, Schmitt com o decisionismo, ambos se reencontram no resultado final: a dissolução da Constituição como fundamento axiológico de um Estado de Direito, de acordo com a pauta dos valores liberais.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 154).

⁶⁶⁹“*l'uno [o normativismo] (...) ha erroneamente ritenuto di poter neutralizzare e rimuovere il 'politico'.*” (CASERTA, Marco. op.cit., p. 532).

formal; outro, do formal, o conteúdo material. Serviram para debilitar os grilhões de contenção material da constituição, e permitiram com isso que o sangue do descontrolo jorrasse no mundo.

A contenção material do decisionismo schmittiano

Schmitt revelou o apego a uma *visão puramente ideológica e política* da constituição⁶⁷⁰, cujo efeito imediato foi o de corroer suas bases jurídicas⁶⁷¹. É nesse sentido, e não no intento de atribuição de conteúdos jurídicos intangíveis ao legislador ordinário, o que precipita o pensamento de Schmitt no mal do excesso das teorias materiais da constituição. Ao contrário, o elemento de objetivação de conteúdo jurídico instrumentalizado pela teoria das garantias institucionais foi o que deu freios ao descontrolado universo existencial schmittiano, e que culminou por opô-lo, tardiamente, ao Estado totalizador nazi-fascista⁶⁷².

Foi a assimilação do institucionalismo, que deu conteúdo jurídico delimitador do momento político descontrolado e carismático da década de 30 na Alemanha, e que aumentaria as desconfianças quanto à sinceridade da adesão de Schmitt ao partido nacional-socialista.

⁶⁷⁰A seguinte definição de Schmitt sintetiza sua posição: “*un concepto como «Constitución» no puede ser disuelto en normas y normatividades. La unidad política de un pueblo tiene en la Constitución su forma concreta de existencia.*” [SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 1928 (trad. Francisco Ayala. *Teoría de la constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 134)]. O critério material adotado por Schmitt para determinação da constituição — o momento de reconhecimento da unidade homogênea do povo — justificava-se tanto quanto se podia justificar qualquer critério racial ou de estirpe: cf. CASERTA, Marco. *op.cit.*, p. 539. Schmitt padece do mal da opção pela igualização forçada unitarista, a que a teoria institucional como um todo repugna.

⁶⁷¹Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 82.

⁶⁷²Vide parágrafo correspondente à nota 689, p. 179.

A inclinação conservadora de Schmitt, clamando por homogeneidade⁶⁷³ para afastar o perigo da ausência de decisão, culminou por precipitá-lo no autoritarismo⁶⁷⁴, mas não implica, de per si, a sua adesão expressa ao ideal nazista⁶⁷⁵. Vendo o perigo intrínseco à *democracia procedimental* de então em permitir sua própria destruição⁶⁷⁶, Schmitt visualiza um poder central forte e efetivamente diretivo, que não se compadecesse da discussão política. Ele acreditava poder estabelecer as bases de um *Estado alemão autoritário tradicional*⁶⁷⁷. É certo que seu comportamento durante os anos de 1933 a 1936 revelava muito mais um *oportunismo político*⁶⁷⁸, que o transparecer da crença na *pureza biológica germânica*⁶⁷⁹. O *Kronjurist* do *III Reich* pensava fazer de sua

⁶⁷³Sobre o ideal de homogeneidade perseguido por Carl Schmitt, vide capítulo intitulado “A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento anti-representativo de Schmitt”.

⁶⁷⁴Schmitt tem por desiderato “a manutenção da ordem. Ele fundamenta-se na política sem direito para combater a ausência do direito.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 184).

⁶⁷⁵Transcreve-se o trecho pertinente de Ronaldo Porto: “a exemplo do que ocorreu com outros intelectuais alemães, [Schmitt] menosprezou o poder dos nazistas em 1930. A posição de Schmitt em 1932, assim como a do político de quem era conselheiro, General Schleicher, era contrária à ascensão nazista e a crise política. Schmitt não confiava em Adolf Hitler e tampouco em seu movimento político e duvidava de seus projetos e habilidades para realizar as reformas necessárias para evitar a crise e recuperar a capacidade de governo. Já em seu texto *Legalidade e Legitimidade*, de 1932, Schmitt alertava para os perigos da destruição da Constituição de Weimar através de meios legais. A sua advertência referia-se aos receios de que grupos radicais como os nazistas e comunistas chegassem ao poder e alterassem o sistema político-institucional.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 26).

⁶⁷⁶Tal constatação também está em Kelsen. Vide nota 400, p. 112 e texto correspondente.

⁶⁷⁷Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 27.

⁶⁷⁸É importante destacar que durante todo o período de filiação ao partido nacional-socialista Schmitt precisou dar provas de sua adesão ideológica ao nazismo, porquanto havia uma eterna e justificável desconfiança entre estes sobre a real “nazificação” do *Kronjurist* do *III Reich*. Schmitt nunca foi “nazificado” e é certo que os seus textos anti-semitas e panfletários, do período de 1933 até 1936, representam mais o oportunismo político de um intelectual que se seduzia pelas falsas avaliações sobre seu poder de influência num Estado Total cujos fundamentos auxiliara a elaborar.” (MACEDO Júnior. Ronaldo Porto. op.cit., p. 30).

⁶⁷⁹Assim o confirma a seguinte passagem: “*Tutto il romanticismo della teoria delle razze si basa sua speculazioni di questo tipo, cioè soprattutto morfologiche, e chi ama definirsi realpolitico fa pasare le differenze di razza definendole esatte da un punto di vista scientifico mentre in realtà si riferisce soltanto ad interpretazioni morali*” [SCHMITT, Carl. *Theodor Däublers ‘Nordlichts’. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die aktualitat des Werkes*. Berlin, Duncker & Humblot, 1916 (trad. Valeria Bazzicalupo. *Aurora boreale. Tre studi sugli elementi, lo spirito e l’attualita dell’opera di Theodor Daubler*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 55)]. Tradução: todo o romantismo da teoria das raças funda-se em especulações deste tipo, isto é, principalmente morfológicas, e quem prefere definir-se de *realpolitico* faz com que a diferença de raças seja vista de um ponto de vista científico, embora, em realidade, a diferença esteja somente nas interpretações morais. Contra, salientando a expressa posição anti-semita de Schmitt: cf. LILLA, Mark. op.cit., pp. 43/44.

teoria das ordens concretas (*konkretes Ordnungsdenken*) a base de uma *nova ordem social* de equilíbrio unificador das decisões políticas⁶⁸⁰. Assimilou, entretanto, apenas parcialmente a teoria institucional, e na sua acepção mais sociológica, de realidades jurídicas plurais, acreditando ser possível conciliá-la com conceitos monísticos, que são por natureza a ela antagônicos⁶⁸¹. O *equilíbrio político pluralista* da democracia moderna é rechaçado por Schmitt⁶⁸².

Comprometeu-se a tal ponto com o *partido*, que se viu amarrado no desenvolvimento de suas teorias⁶⁸³. A despeito do seu envolvimento, persistiu em manter suas concepções básicas de um *realismo cético*⁶⁸⁴, alegando posteriormente que tentava utilizar sua influência para *modificar e reorientar as ambições do Führer*⁶⁸⁵.

⁶⁸⁰“Para Schmitt (...) após a ascensão de Hitler ao poder e após ter este tomado as decisões políticas fundamentais, haveria espaço para que as burocracias e o exército ocupassem o seu real papel, sem a interferência do partido, segundo uma concepção tradicional de ditadura. A teoria das ordens concretas (família, igreja, exército e burocracia estatal) seria a base para a nova ordem social.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 31).

⁶⁸¹Schmitt aproximou-se, por demais, das considerações de Maurice Hauriou e Santi Romano de personificação da instituição. Assim, transborda a discussão do plano jurídico ao puramente sociológico e dá somente a este a justificação do *limite normativo* que se persegue. Sua teoria das garantias institucionais foi conformada com base no pensamento de *ordem concreta*, o que deu azas a todo tipo de críticas. A respeito, conferir: CASERTA, Marco. op.cit., p. 529.

⁶⁸²“(....) o decisionismo jurídico imbrica-se intimamente, no interior do pensamento schmittiano, com uma concepção de Estado forte, de uma democracia-ditatorial de tipo totalitário, fundada na igualdade (igualdade de estirpe), de modo a manter a unidade e hierarquia de poderes políticos e do próprio direito no âmbito da sociedade. Na concepção política schmittiana não há mais lugar para um equilíbrio pluralista.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 90).

⁶⁸³Salienta Ronaldo Porto: “(....) o envolvimento de Schmitt com o nazismo foi se aprofundando e cada novo passo tornava o caminho de volta cada vez mais difícil.”(p.33). “O oportunismo de Schmitt chegou a um ponto em que sua posição não era aceita como autêntica nem para os nazistas nem para os anti-nazistas. Não obstante, seus críticos de pós guerra, salvo algumas lúcidas exceções como Hannah Arendt, não se preocuparam em salientar tais contradições oportunistas do pensamento schmittiano.”(pp.35/36). “Em seu julgamento em Nuremberg, Schmitt procederá uma auto-crítica afirmando sentir-se prisioneiro de suas próprias idéias no período do terror nazista. Num texto de auto-crítica, *Ex Captivitate Salus*, o “Kronjurist” dirá que durante o período do terror sentiu-se como Benito Cereno, personagem do romance de Melville, prisioneiro em sua própria embarcação e tendo que dissimular ainda ser o comandante.”(p.85) in MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit..

⁶⁸⁴“*La visión de Schmitt constituye una suerte de realismo escéptico acerca de lo que el hombre es, acerca de lo que puede conseguir, aun cuando su intención sea otra bien diferente, porque aparece sometido a un curso fatal, a una necesidad, en la que se ve inmerso, de la que no puede escapar*” (MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo. *Carl Schmitt y la crítica al parlamentarismo*. In: PAVÓN, Dalmacio Negro (org.). *Estudios sobre Carl Schmitt*. Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996, p. 317).

⁶⁸⁵Cf.LILLA, Mark. op.cit., p. 38. “*Schmitt no se resigna a un papel de simple espectador y descende al terreno de la lucha, llevado quizá por el mismo signo fatal, por la misma necesidad*

“Schmitt’s reputation as Hitler’s ‘crown jurist’ put him high on the list of suspects to be interrogated by the Allied forces occupying Berlin. He was arrested by the Russians, released, arrested again by the Americans, spent eighteen months in an internment camp, and was finally sent to Nuremberg for questioning. To his Russian interrogator he arrogantly announced, «I drank the Nazi bacillus but was not infected». In language reminiscent of Heidegger’s self-justifications, Schmitt tried to persuade his American interrogator at Nuremberg that he had felt superior to Hitler and had tried to impose his own interpretation of National Socialism. As for the Holocaust, he reminded his questioner that «Christianity also ended in the murder of millions of people»”⁶⁸⁶

A sua postura doutrinária chegou a incomodar a tal ponto o regime nazi-fascista, que, em relatório da S.S.⁶⁸⁷, deram-lhe duas alternativas: a emigração ou o campo de concentração⁶⁸⁸. Em 1936 obteve trégua dos ataques do partido “ao preço de seu silêncio absoluto sobre temas relacionados à política interna”⁶⁸⁹, o que resultou na sua *saída de cena definitiva* a partir daquele ano⁶⁹⁰. As conclusões de Ronaldo Porto Macedo Júnior falam por si:

Schmitt “não foi o grande teórico do ‘decisionismo *ad hoc*’ nazista, muito embora tenha aderido formalmente ao Nacional-Socialismo em 1933. O seu pensamento político não pode, tampouco, ser identificado com os resultados atingidos pela barbárie nazista, especialmente durante o período de guerra. Conforme já salientado, a adesão de Schmitt ao Nacional-Socialismo deveu-se mais ao oportunismo, à crença de que poderia influenciar os rumos do novo movimento em direção ao ‘estado total’ que se formava e à identidade formal do decisionismo institucionalista com este movimento, do que à afinidade intelectual com os conteúdos nazistas, como por exemplo o racismo biológico. Conforme visto, Schmitt sempre viu com desconfiança o ocasionalismo hitleriano fundado no carisma e no entusiasmo. Schmitt superestimou sua própria capacidade de influenciar na formação da teoria do estado total fascista.”⁶⁹¹

que dirige y guía al poder, incluido también él en unas fuerzas superiores a su propia voluntad que arrastraron a Alemania y a Europa, demostrando la virtualidad del Enemigo” (MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo. op.cit., p. 321).

⁶⁸⁶LILLA, Mark. *ibid.*

⁶⁸⁷O núcleo do aparelho policial nazista era formado pelos “escalões de proteção” (*Schutz-Staffeln - S.S.*), uma organização paramilitar para a guarda pessoal do *Führer*.

⁶⁸⁸Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 37.

⁶⁸⁹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 38.

⁶⁹⁰Cf. CASERTA, Marco. op.cit., p. 528.

⁶⁹¹MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., pp. 182/183.

A influência do institucionalismo no decisionismo schmittiano

O elemento institucional, que Schmitt introduzira em sua teoria agora *decisionista mitigada*⁶⁹², servia como restrição do leque de *decisões políticas*, e, portanto, amordaçava o poder absoluto do *Führer*. Era o contraste entre o *pluralismo institucionalista* do Schmitt dos anos 30 e o *monismo decisionista*⁶⁹³ daquele mesmo autor nos anos 20⁶⁹⁴. “O institucionalismo schmittiano será uma tentativa de determinar os critérios de formação de conteúdos na esfera política e jurídica a partir da dinâmica social”⁶⁹⁵.

As *conformações supra pessoais* do institucionalismo fornecem a fonte de conteúdo jurídico dinâmico por que clamava a teoria decisionista de Schmitt⁶⁹⁶. O vazio de que nasce a decisão fundadora do seu sistema decisionista é preenchido por conteúdos jurídicos no *jogo institucional*⁶⁹⁷.

Todavia, a parte decisionista, que caracteriza o pensamento schmittiano, é frágil na medida em que pressupõe um inicial vazio institucional utópico na realidade social. Seria preciso imaginar um *nada social*, para enquadrar

⁶⁹²O decisionismo mitigado assim o era porque deixava de ser fundante para ter fundamentos sociais das ordens concretas e políticas, na organização dos Estados e instituições. Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 62.

⁶⁹³Explicando os traços fundamentais do decisionismo, conferir: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., pp. 40-99.

⁶⁹⁴Este é o tópico central da exaustiva pesquisa implementada por Ronaldo Porto Macedo Júnior pela comprovação de que o *decisionismo puro* schmittiano sofreu profunda transformação mediante a influência do pensamento jurídico institucionalista, nomeadamente de Maurice Hauriou e Santi Romano. Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito: a formação do decisionismo institucionalista schmittiano entre os anos 1920 e 1940**. Dissertação de Mestrado em Filosofia. Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo. Orientador: José Arthur Giannotti. 1993, p. 7.

⁶⁹⁵MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 63.

⁶⁹⁶“O normativismo puro pensa através de normas impessoais. O decisionista estabelece o justo através de uma decisão pessoal. O pensamento institucionalista se articula em instituições e conformações supra pessoais.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 149).

⁶⁹⁷“O decisionismo institucionalista schmittiano consiste nesse sistema de imbricação e dependência, que combina o elemento ocasional da decisão originária (da soberania ou da instituição) com a dinâmica de criação de valores e conteúdos do jogo institucional.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 170).

a decisão soberana de Schmitt e dotá-la de pólo emanante de conteúdos jurídicos. A análise do mundo jurídico, entretanto, não condiz com tamanha abstração e se precipita inevitavelmente no pressuposto da evolução gradual de complexidade da ordem estabelecida, avizinhandose da fonte estatal de qualificação jurídica exclusiva.

O ensinamento tirado desta união infeliz entre o monismo decisionista e o pluralismo institucionalista na teoria de Schmitt está na identificação da dinâmica institucional como necessária à perpetuação dos conteúdos jurídicos de uma ordem estabelecida. Schmitt encontra as fontes de conteúdo normativo no institucionalismo. Há um momento de dinâmica jurídica que reflete a postura pluralista de Schmitt identificada pela conformação institucional de conteúdos normativos; e um outro momento, de estática jurídica, como delimitação do modo de expressão da dinâmica jurídica, no monismo schmittiano, dando à decisão soberana o fundamento de validade do jurídico⁶⁹⁸. O institucionalismo serviu para introduzir a preocupação do conteúdo jurídico no decisionismo puro⁶⁹⁹, cujas decisões até então eram desprovidas de elementos materiais que as direcionassem⁷⁰⁰. O institucionalismo dá o *fundamento* da decisão política⁷⁰¹. Ao direito, passa a interessar precipuamente sua *matéria social*⁷⁰², pois a ela é dada a função de atualização do conteúdo jurídico por intermédio do eterno esforço interpretativo das proposições positivadas⁷⁰³. O institucionalismo não

⁶⁹⁸Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 175.

⁶⁹⁹Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 177.

⁷⁰⁰“Para Schmitt, o único elemento que pode manter a unidade do direito e do Estado é a decisão ocasionalista, irracional por definição. (...) Para Schmitt, a decisão que funda a normalidade e a própria instituição nascem de um nada. Nascem de uma decisão política que surge de um nada normativo.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 148).

⁷⁰¹Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 159.

⁷⁰²“O institucionalismo introduz uma mudança importante na abordagem do fenômeno jurídico. O Direito na perspectiva institucionalista deixa de ser estudado independentemente da sua ‘matéria social’. É como se a ‘forma jurídica’ esgotasse a regra de direito em sua essência, para usar o linguajar tomista de Delos e Renard. Desse modo, o direito deixa de ser entendido como mera realidade formal e passa a ser o que ele de fato é, vale dizer, uma forma social, um comportamento social que segundo motivos e processos peculiares assume uma forma jurídica positiva.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 124).

revela, dessa forma, o sentido total do jurídico abstratamente considerado por entender tal intento infrutífero, mas se arroga a função diretiva das interpretações pontuais do sistema⁷⁰⁴. Significa a valorização do intérprete do direito, mas não de seu voluntarismo, pois o institucionalismo o prende ao conteúdo delimitado, tanto pela positivação do jurídico no texto constitucional, quanto pela objetivação institucional dos conteúdos historicamente extraídos de uma interpenetração entre o dado e o construído, sempre bitolado por sua ambiência institucional⁷⁰⁵.

Identificada a importância do institucionalismo para a transformação do *decisionismo schmittiano*, parte-se agora para o entendimento das garantias institucionais na primeira obra tida por sistematizadora do assunto.

Garantias institucionais segundo Carl Schmitt

A nova abordagem dada por Schmitt ao tema das garantias institucionais é tida por marco teórico, que abriu as portas para o aprofundamento do interesse e do estudo de ditas figuras dogmáticas.

“A idéia das garantias institucionais experimenta, contudo, verdadeira ruptura, primeiramente, quando C.Schmitt as ressaltou em 1928 no seu “*Verfassungslehre*” e as aprofundou e aprimorou em obras posteriores.”⁷⁰⁶

As garantias institucionais de Schmitt, entretanto, estão intimamente vinculadas ao pensamento do autor quanto a temas correlatos, e no

⁷⁰³A esse respeito: “a questão da fundamentação do Direito não é mais a de determinar ‘a priori’ aquilo que deve ser o direito na sociedade, mas sim analisar como a experiência jurídica concreta e positivamente praticada vai constituindo parâmetros para a ‘demarcação’ do jurídico e do não jurídico.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 125).

⁷⁰⁴Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 127.

⁷⁰⁵Por isso dizer-se que “para esta concepção jurídica [do institucionalismo] o direito positivo justo é a expressão da ordem social equilibrada e balanceada.” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op.cit., p. 123).

⁷⁰⁶STERN, Klaus. op.cit., p. 756. Tradução livre do original: “*Den eigentlichen Durchbruch erlebte die Idee der Einrichtungsgarantien jedoch erst, als C.Schmitt sie 1928 in seiner „Verfassungslehre“ herausstellte und in weiteren Schriften immer mehr vertiefte und verfeinerte.*”

que diz respeito também à posição filosófica por ele adotada frente à natureza dos direitos fundamentais.

Para Schmitt, os direitos fundamentais por excelência seriam, dentro da concepção liberal ainda reinante na época, aqueles direitos reconhecidamente *anteriores e superiores* ao Estado⁷⁰⁷. Não se visualizavam, pois, *bens jurídicos públicos*, porém, *esferas de proteção da liberdade*, as quais resultaram inexoravelmente em *direitos de defesa* próprios do Estado Liberal⁷⁰⁸. Esses não chamavam a atenção para sua *conformação constitucional*, pois suas expressões legais eram tidas somente como *restrições* ao seu conteúdo inatacável e externo àquelas.

A força dos direitos fundamentais clássicos deveria ser tirada diretamente da natureza do indivíduo isolado, mas a complexidade alcançada pelo fenômeno social precipitou a transformação desta concepção individualista dos direitos fundamentais em direção à objetivação própria do Estado Social. Os chamados direitos de prestação positiva estatais foram essenciais a tal transformação, muito embora a mudança de concepção operada nos direitos fundamentais pudesse ser justificada ainda, quando da delimitação essencial do *status positivus*, na assertiva de que *todo direito a prestação alheia é limitado*⁷⁰⁹. Eles, antes, revelaram, os sintomas da razão de objetivação dos direitos, mas não a razão em si. Essa pode ser identificada no fato do Estado Social evidenciar uma *“crescente intensidad de la vinculación social del individuo”*⁷¹⁰ o que permitiu a conformação objetiva dos direitos, porquanto promoveu sua *relatividade*, condicionando-os positivamente⁷¹¹. Tal relatividade, contudo, não denota incerteza, mas tão somente o reconhecimento de que o equilíbrio é alcançado nas concretizações dos direitos⁷¹². Foi a perda desse caráter absoluto dos direitos de

⁷⁰⁷Denomina-os direitos fundamentais em sentido próprio: cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 170.

⁷⁰⁸Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 169.

⁷⁰⁹Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 174.

⁷¹⁰SCHMITT, Carl. op.cit., p. 173.

⁷¹¹Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 174.

⁷¹²Häberle enfatiza a injustificada preocupação de relativização (no sentido pejorativo do termo) dos direitos em virtude da compreensão objetiva dos mesmos. Cf. HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe, Verlag C.F.Müller, 1962

liberdade⁷¹³, com o advento do Estado Social⁷¹⁴, que possibilitou a Schmitt determinar a natureza específica das garantias institucionais, e situá-las definitivamente dentre os temas de direito constitucional. Sua peculiaridade está em que elas são por natureza *limitadas*, e devem sua *existência* ao Estado⁷¹⁵. Nascem como conformações jurídicas objetivamente assimiladas no ordenamento. Seriam, portanto, capazes de remeter todo seu conteúdo a sua própria objetivação.

Entretanto, se a essa objetivação forem dadas as características incorporadas no presente estudo, que não compadece do mal dos extremos de relegar todo conteúdo agora para a objetividade, isto significará então o seu entendimento como dinâmica institucional de condensação de conteúdos jurídicos mediante uma dialética de influências recíprocas entre a objetividade e a subjetividade. Conformando e sendo conformadas, as garantias institucionais permitem a delimitação dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais dentro de uma concepção objetiva de determinação de tais direitos, pois a instituição estabelece uma relação própria, que funciona como pólo atrativo. Transparece uma idéia diretriz à qual se ligam as decisões. É um laço social dentro do ambiente jurídico, e, nessa condição, ata os seus membros; interliga os direitos⁷¹⁶.

[Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 21] (trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 108).

⁷¹³Para a diferença de Schmitt entre direitos fundamentais absolutos e relativos: cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 171.

⁷¹⁴É interessante notar, que a análise de Schmitt da passagem do Estado Liberal para o social faz-se sob um duplo enfoque: jurídico (ao falar das transformações dos preceitos constitucionais) e sociológico (ao falar das forças sociais efetivamente emergentes daquela época): “*Cuando un grupo social logra que se dejen, sea por prescripciones expresas de la ley constitucional, sea por tolerancia tácita de la práctica, tales posibilidades de lucha [entre associações], ha desaparecido el supuesto fundamental del Estado liberal de Derecho, y entonces «Libertad» ya no significa la posibilidad de actuación, ilimitada en principio, del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 171).

⁷¹⁵“*La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 175).

⁷¹⁶Os *membros do grupo* social de que fala Vicente Ráo ao resumir a doutrina institucionalista de Hauriou, e cuja adaptação ao institucionalismo da teoria das garantias institucionais os substituiu por *direitos*, “*não se ligam um a um como as partes de um contrato; ligam-se a uma idéia diretriz, à mesma idéia diretriz. Eis o que confere ao lado social o seu caráter objetivo.*” (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol.I, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 200).

Assim ocorre, por exemplo, com a consideração da família. Essa não detém, em sentido autêntico originário, direito fundamental a nada, porém é protegida como instituição, e suas garantias — matrimônio, pátrio-poder — são objetivações dirigidas a proteção de seu núcleo essencial. As *comunidades naturais* e as conscientemente *organizadas*, tais como respectivamente a família e o município, são protegidas não por direitos a elas inerentes, mas por fronteiras estabelecidas por disposições constitucionais próprias à delimitação de seus *núcleos essenciais*⁷¹⁷, ou ainda, sob outro enfoque, que escapa à crítica dos inimigos do direito natural: elas são protegidas exatamente na medida em que lhes foram objetivamente dados seus contornos jurídicos⁷¹⁸. São expressões do *status especial* de que fala Schmitt⁷¹⁹ dentro da *comunidade maior estatal*⁷²⁰.

Schmitt inova nas concepções de sua época na atribuição de conteúdo jurídico infenso à modificação pelo legislador também às instituições jurídicas, por princípio originalmente conformadas por determinações objetivas. As instituições encontradas na constituição, que não fossem reflexos dos direitos fundamentais clássicos de justificação jusnaturalista, tinham sua *existência* à mercê do legislador, pois careciam de valores tidos por *anteriores e superiores* ao Estado; eram criadas e deviam sua existência tão somente a ele. A introdução e delimitação das garantias institucionais também vincula o legislador porque transparece instituições, que não são *vazias de conteúdo*⁷²¹. A objetividade de tais garantias

⁷¹⁷Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 177.

⁷¹⁸ Isso não retira a diferença essencial entre elas e os direitos fundamentais clássicos, enquanto não tocados pela relativização oriunda do Estado Social. A diferença reside em que, enquanto aquelas garantias são a medida do conteúdo jurídico objetivado, os direitos fundamentais clássicos estão restringidos somente na medida de sua objetivação. Há uma amplitude de liberdade conceitual bem maior nos direitos fundamentais clássicos, que a objetivação crescente do direito debilita. Fica aqui a lembrança de que a consideração das garantias institucionais não afastou neste estudo por completo o caráter ideal de remissão a um direito natural — apontado para o norte da dignidade humana —, que sirva como guia paralelo na conduta integrativa do conteúdo jurídico institucional.

⁷¹⁹ Schmitt dá um exemplo de um *status especial*: “*El funcionario tiene, como tal, un status especial, con todas las consecuencias de tal concepto, que no se agota en una serie de obligaciones particulares; tiene el deber de fidelidad, de obediencia en el servicio, de secreto profesional, de una vida honesta, incluso fuera del ejercicio del cargo. Este status especial es muy distinto de la condición general de «Hombre»*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 184).

⁷²⁰ “*El Estado moderno es una unidad política cerrada y, por su esencia, el Status, es decir, un status total, que relativiza en su seno todos los otros status.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 178).

⁷²¹ Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 183.

exige o comprometimento do legislador⁷²². Não se trata mais somente de *liberdades públicas* protegidas frente à administração pelo juízo concreto de casos subjetivos, porém os direitos fundamentais hoje são protegidos frente ao legislador cabendo à ponderação constitucional exercer o controle de ingerências indevidas⁷²³, o que leva ao entendimento atual de que a *vinculação do legislador* pertence à essência mesma da categoria dos direitos fundamentais⁷²⁴.

É bem verdade que Schmitt trata das garantias institucionais sem abandonar a concepção jusnaturalista dos direitos fundamentais clássicos promovendo à discriminação entre esses e as situações institucionais conformadas pelas garantias de mesmo nome. O momento histórico foi propício a tal distinção precisa⁷²⁵. As garantias institucionais eram fundadas por Schmitt, em contraposição aos *verdadeiros* direitos fundamentais, sobre *razões históricas concretas*⁷²⁶. Nesse

⁷²²Remetendo-se à Constituição italiana, Cervati faz transparecer o *compromisso* institucional, que se encontra por detrás da vinculação do legislador a conteúdos jurídicos fundamentais. Segundo ele, a atual constituição italiana “*no alude solamente a la iniciativa judicial de los titulares de situaciones jurídicas subjetivas, sino que supone un compromiso de todos los órganos de los poderes públicos para que los principios fundamentales del ordenamiento republicano sean funcionalmente efectivos*” (CERVATI, Angel Antonio. In: PINA, Antonio Lopez [et alii]. op.cit., p. 51).

⁷²³Este momento de transição da concepção subjetiva dos direitos para a objetiva tem na França uma melhor precisão na divisão de competências lá existente entre os juizes do contencioso administrativo e o juiz constitucional (*Conselho Constitucional*). Isso se deve em grande parte à mentalidade francesa de resistência ao controle constitucional de que fala Favoreu: “*Para nosotros, la libertad estaba protegida precisamente por el Legislador. Era inconcebible que hubiera que protegerse de él (como veremos mañana)*.” (FAVOREU, Loui. In: PINA, Antonio Lopez [et alii]. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid, Editorial CIVITAS, 1991, p. 43).

⁷²⁴Referindo-se à *identidade* dos direitos fundamentais, ensina Villalon: “*La garantía específica del Derecho fundamental es, sin embargo, la vinculación efectiva del Legislador. La capacidad de vincular al Legislador es lo que hace de un derecho un derecho fundamental*.” (VILLALON, Pedro Cruz. In: PINA, Antonio Lopez [et alii]. op.cit., p. 127).

⁷²⁵As considerações de Schmitt sobre as garantias institucionais como *inferiores* aos direitos fundamentais clássicos encontram-se obviamente inseridas na concepção sobrevivente do Estado Liberal de sua época. Transcreve-se o trecho pertinente para que não restem dúvidas quanto a sua posição: “*Se explica que R.Thoma pueda distinguir derechos fundamentales «con fuerza constitucional» o, más exacto, con fuerza de ley constitucional, de los que tienen simple «fuerza de ley», porque se extiende de modo inadmisibile el concepto de derechos fundamentales a las más diversas garantías de la ley constitucional, pudiendo así mezclar y confundir con los derechos fundamentales, sobre todo, garantías institucionales*.” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 183). Esta sua distinção, em meio à concepção dos direitos fundamentais anteriores e superiores ao Estado, forçou a corrosão da segurança jurídica expressa nas garantias institucionais, porém, ela o foi por demanda necessária desta concepção, que fazia das garantias institucionais, *direitos em princípio limitados*: cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 184.

⁷²⁶“*Tales garantías legal-constitucionales se explican por razones históricas concretas, por la aprensión de ciertos peligros que se temen a causa de ciertas experiencias. Sólo de manera mediata*

ponto, sua teoria converge para o que foi dito até agora. As garantias institucionais não transparecem delimitações prévias pretensamente totalizadoras de seus conteúdos; não esgotam seu sentido em um dado momento histórico; não petrificam, de forma imutável, todas as facetas de sua existência enquanto garantias gerais, em cujo seio encontrar-se-iam respostas mediante mera subsunção dos fatos que lhes dizem respeito⁷²⁷.

O choque entre a sua teoria das garantias institucionais e o até aqui exposto evidencia-se, pois, no aspecto filosófico-metodológico de sua concepção jurídica. Pode-se classificar seu conceito de direitos fundamentais como integrante da chamada por Alexy *teoria externa*, em que o *direito em si* é dissociado da sua *restrição*.

*“El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas — el derecho y sus restricciones — entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el derecho en sí, que no está restringido, y, segundo, lo queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el derecho restringido. Estas es la teoría que suele ser llamada — por lo general, con intención crítica — “teoría externa” (...). Por ello, según la teoría externa, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. La relación es creada sólo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos.”*⁷²⁸

Schmitt não assimila, aos direitos fundamentais, como um todo, o postulado da *conformação objetiva original*, e com isso aniquila a segurança jurídica juntamente com a consideração jusnaturalista dos direitos fundamentais clássicos. Mas ao fazê-lo, abre o flanco das instituições não protegidas por eles para os ataques certos dos inimigos da democracia procedimental. Sua primazia aos

sirven al principio de los derechos fundamentales, sin ser ellas mismas derechos fundamentales.” (id. *ibid.*).

⁷²⁷Eis a distinção dada por Schmitt, que peca por debilitar a segurança jurídica proporcionada pelas garantias institucionais: *“Una «reserva de lei», es decir, una regulación fijada de antemano, mensurable, general y controlable, tiene sentido sólo para auténticos derechos fundamentales, pero no frente a tales garantías institucionales.”* (SCHMITT, Carl. *op.cit.*, pp. 183/184).

⁷²⁸ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp-Verlag, 1986. (trad. Ernesto Garzón Valdés. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 268).

direitos fundamentais clássicos em face das garantias institucionais nascentes relegou-as ao relativismo que tanto criticara. O presente estudo, contudo, adota a *teoria interna* de Alexy, em que a noção do direito fundamental somente pode ser alcançada, como prescreve a teoria institucional, tendo por essencial o conteúdo *delimitado* originalmente pelo plexo normativo a sua volta. O termo *restrição do direito* perde seu sentido na medida em que o conceito de direito fundamental não mais prescinde da delimitação de suas fronteiras, já que está inserido em um contexto institucional.

Na teoria interna “no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite [e aqui não se pode deixar de ver a influência de Häberle]. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de “límites” en lugar de “restricciones”, se habla de “restricciones inmanentes”.⁷²⁹

A riqueza da exposição de Schmitt traz, entretanto, mesmo nos equívocos, considerações pertinentes, que foram hoje assimiladas pela doutrina em geral. Diferenciando as garantias institucionais dos direitos fundamentais, o autor consolidou a precisa compreensão delas como *meios de defesa* dos direitos⁷³⁰. Não se confundem com eles, embora os permeiem e delimitem⁷³¹. Isto não implica que as garantias institucionais não possam expressar direitos subjetivos, conquanto elas não dependam de uma via jurídica aberta à proteção de pretensões individuais⁷³².

⁷²⁹ALEXY, Robert. op.cit., p. 269.

⁷³⁰Salientando o equívoco doutrinário comum nos enciclopedistas em confundir direito e garantia constitucional: cf. BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 440.

⁷³¹Etmologicamente, a garantia é explicada “pela sua derivação de *garant*, do alemão *gewahren-gewahr-leistung*, cujo significado, acrescenta eles, é o de *sicherstellung*, ou seja, de uma posição que afirma a segurança e põe cobro a incerteza e à fragilidade. [§] Existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p. 439).

⁷³²“Hay, pues, garantías institucionales con derechos subjetivos y sin ellos; también la protección jurídica y la posibilidad de hacer valer pretensiones está conformada de modo muy vario; pero a la esencia de la garantía institucional no le corresponde ni un derecho subjetivo, ni el mantenimiento de una vía jurídica” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 177).

Análise da obra *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*

O estudo da obra de Schmitt intitulada *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* é imprescindível para o tema das garantias institucionais. Nela é abordada a relação do tratamento dado na constituição de Weimar entre as partes de estruturação estatal e enunciação dos direitos fundamentais. Schmitt propõe solucionar a *difícil questão*⁷³³ do papel que os direitos fundamentais devem desempenhar na teoria constitucional, e o faz promovendo um aprofundamento da teoria das garantias institucionais. Revela o dilema, por meio do qual os direitos fundamentais de liberdade, ou passavam a ser considerados como *mero programa (bloßes Programm)* e outras expressões pejorativas, tais como *proclamações bem intencionadas (gutgemeinte Proklamationen)*, *aforismos políticos (politische Aphorisme)*, *desejos irrealizáveis (fromme Wünsche)*, *monólogos do legislador constituinte (Monologe des Verfassungsgesetzgebers)*, ou deveriam estar sob proteção jurídica infraconstitucional⁷³⁴.

Schmitt admite a peculiaridade científico-jurídica de análise, que a parte dogmática das constituições exige⁷³⁵, e o faz, salientando as consequências de degradação normativa, que os direitos fundamentais sofreriam, caso a sua proteção fosse remetida para o âmbito infraconstitucional⁷³⁶. A discussão, que

⁷³³Cf. SCHMITT, Carl. *Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung*. 1931. In: _____. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin, Duncker & Humblot, 1958, p. 140.

⁷³⁴Cf. id. ibid.

⁷³⁵“Die rechtswissenschaftliche Behandlung dieses Grundrechtsteils steht infolgedessen vor neuen, sehr aktuellen, aber auch sehr komplizierten Aufgaben, die mit den Formeln und Kategorien des Vorkriegsstaatsrechts nicht einmal zu fassen, geschweige denn zu lösen sind” (id. ibid). Tradução: O tratamento científico-jurídico da parte relativa aos direitos fundamentais encontra-se em consequência diante de tarefas novas, muito atuais, mas também muito complexas, que nem ao menos se prendem às formas e categorias do direito estatal anterior à guerra, quanto menos pois são aptas a resolvê-las.

⁷³⁶“sie sind dann nur Umschreibungen des allgemeinen Grundrechts auf Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, richten sich nicht an den Gesetzgeber, sondern an die gesetzanwendenden Behörden in Verwaltung und Justiz, berühren den Vorrang des (einfachen) Gesetzes in keiner Weise und sind infolgedessen, weil es nur auf diese positiven Gesetze ankommt, nach dem bekannten Ausdruck von

então se travava, estava na identificação de uma especificidade tal nas prescrições constitucionais dos direitos fundamentais, que desviavam a atenção do direito em si para as vicissitudes concretas de sua aplicação⁷³⁷. Anschütz ainda se prendia ao conceito procedimental das garantias dos direitos fundamentais, debilitando sua força constitucional por entendê-los não dirigidos ao legislador⁷³⁸. A dificuldade em enquadrá-los nas conformações normativas privatistas esvaziaram a declaração de direitos da constituição de Weimar. Denegridos, os direitos fundamentais perderam doutrinariamente qualquer sentido de parâmetro de atuação legislativa⁷³⁹. A grande especificação de direitos feita pela constituição de Weimar contribuiu ainda mais para o aflorar de críticas, que diziam estarem trazendo para dentro da constituição dispositivos próprios de leis ordinárias⁷⁴⁰.

Foram, precisamente, tais dispositivos de *detalhamento* dos direitos fundamentais⁷⁴¹ em suas aplicações mais concretas, os que solucionaram

Richard Thoma „leerlaufend“ (SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 140/141). Tradução: eles são então somente transcrições dos direitos básicos em geral de legalidade da administração, não se dirigindo ao legislador, mas a aplicação de lei pela autoridade administrativa e judiciária, não afetam de modo algum a lei (ordinária) e são, conseqüentemente, “esvaziados” [*leerlaufend*] segundo a conhecida expressão de Richard Thoma, pois aparecem tão somente como lei positiva.

⁷³⁷“*Der positive Jurist hatte es grundsätzlich nur mit den einfachen Gesetzen zu tun, die den Vorbehalt des Gesetzes ausfüllen, z.B. den Bestimmungen der Strafprozeßordnung über Verhaftung, nicht aber mit dem Grund- und Freiheitsrecht, der Gewährleistung der persönlichen Freiheit selbst.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 141). Tradução: O legislador positivo referiu-se em princípio somente a lei ordinária, que preenche a reserva de lei, por exemplo, a fixação do procedimento processual penal quanto a detenção, e não se referiu ao direito fundamental e de liberdade, a garantia da liberdade individual mesma.

⁷³⁸Schmitt remete-se ao expoente da doutrina constitucional alemã da época — Anschütz — afirmando, que o direito fundamental da igualdade “*nicht einmal einen Anhaltspunkt für den rechtsstaatlichen Begriff des Gesetzes als einer generellen Regelung gebe, also nicht einmal Ausnahmegesetze im engsten und größten Sinne des Wortes verbiete.*” (id. ibid). Tradução: nem ao menos daria um parâmetro para o conceito jurídico estatal de lei como uma regra geral, também nem ao menos proibiria regras de exceção no sentido mais estrito e vulgar da palavra.

⁷³⁹R. Thoma, citado por Schmitt, tem uma frase significativa: “*Von den Art. 114, 115 und 118 ist ja allerdings zu sagen, daß sie ohnehin nicht viel ausrichten.*” (NIPPERDEY. *Grundrechtskommentar I*. p. 33 *apud* SCHMITT, Carl. op.cit., p. 141). Tradução: consente-se em dizer dos art. 114, 115 e 118, que eles por si [em si] não transmitem muito.

⁷⁴⁰“*H.Preuß klagt darüber, daß durch „plötzliches Herausgreifen von Spezialbestimmungen“ so viele Dinge in den zweiten Hauptteil der Reichsverfassung hineinkamen, daß „die Konsequenzen ziemlich unübersehbar“ sind*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 142). Tradução: H.Preuß lamenta, que por meio da “súbita escolha de dispositivos especiais”, tantas coisas foram trazidas para dentro da segunda parte da constituição alemã, que “as conseqüências são bastante imprevisíveis”.

⁷⁴¹Tais dispositivos são a conformação positiva das garantias institucionais.

em parte a eterna questão da força normativa das declarações constitucionais de direitos, elevados que foram à posição de eminência no direito positivo estatal.

“Uma consequência especialmente importante, mas ainda não sabida ou prevista no verão de 1919, parece estar na realização de um “paradoxo” acontecimento: estes “dispositivos especiais subitamente trazidos de fora” obtêm a força completa de normas constitucionais, não limitadas por nenhuma reserva de lei ordinária, modificáveis somente segundo o art.76 e, segundo o termo conhecido e largamente aceito de R.Thoma, com ampla “força de lei constitucional” [*verfassungsgesetzeskräftig*], eles foram envolvidos, assim, de proteção mais poderosa e alcançaram a significação mais elevada que o direito positivo conhece.”⁷⁴²

Schmitt valoriza, pois, as especificações dos direitos fundamentais como especiais proteções às suas conformações particulares; permanece o direito fundamental na sua acepção liberal clássica e surgem as garantias institucionais com o encargo de delimitá-lo na vivência constitucional. Aquelas especificações tendem a revelar, contudo, a inferiorização dos direitos fundamentais clássicos como tais⁷⁴³, mas isto é visto por Schmitt como uma consequência de difícil constatação⁷⁴⁴. Abordou-se o tema em capítulo próprio deste estudo⁷⁴⁵.

Dentre as salvaguardas jurídicas da constituição de Weimar, que não se confundiam mais com os direitos fundamentais clássicos, nem com os elementos estruturais do Estado, Schmitt identificou as garantias institucionais⁷⁴⁶,

⁷⁴²SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 142/143. Tradução livre do original: “Eine besonders wichtige, im Sommer 1919 allerdings noch nicht bewusste oder vorausgesehene Konsequenz scheint darin zu liegen, daß ein „paradoxes“ Ergebnis eintritt: diese „plötzlich herausgegriffenen Spezialbestimmungen“ erhalten die ganze Kraft verfassungsgesetzlicher Normen, sind durch keinerlei Vorbehalte eines einfachen Gesetzes eingeschränkt, nur nach Art.76 abänderbar und, nach dem bekannten, wohl allgemein übernommenen Ausdruck von R.Thoma, voll „verfassungsgesetzeskräftig“; sie sind demnach mit der stärksten Sicherung umgeben und zur höchsten Bedeutung gesteigert, die das positivistische Staatsrecht kennt”.

⁷⁴³O exemplo fornecido pelo autor diz respeito ao enfraquecimento dos direitos de liberdade individual, inviolabilidade de domicílio e liberdade de manifestação de pensamento frente ao direito do funcionário público à informação sobre sua “folha de serviços” (*Personalakten*).

⁷⁴⁴Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 143.

⁷⁴⁵Vide capítulo intitulado “Críticas ao institucionalismo e sua pertinência às garantias institucionais” p. 168.

⁷⁴⁶“Zwischen den Grundrechten überlieferter, d.h. bürgerlich-rechtsstaatlicher Art und den verfassungsgesetzlichen Selbstbestimmungen liegen aber noch andere Arten verfassungsrechtlicher Sicherungen. Von ihnen interessieren hier die institutionellen und die Institutsgarantien.” (id.ibid.). Tradução: Em meio aos tradicionais direitos fundamentais, isto é, de tipo jurídico-estatal-burguês, e

diferenciando-as em *garantias institucionais (institutionelle Garantien)* e *garantias do instituto (Institutsgarantien)*.

“Schmitt introduziu os conceitos respectivamente de *garantia institucional* para instituições de direito público e *garantia do instituto* para as instituições de direito privado, a fim de assegurar na constituição de Weimar os já abordados complexos normativos [*Normenkomplexe*] como propriedade, sucessão, funcionalismo público e autonomia municipal, mantendo seus núcleos essenciais [*Kernbestand*] fora do alcance do legislador.”⁷⁴⁷

“O pensamento predominante, compartilhado também por mim, viu nas garantias institucionais a defesa de instituições de direito público, e nas garantias do instituto a proteção de institutos de direito privado.”⁷⁴⁸

As garantias institucionais como um todo, de direito público e privado, foram sendo progressivamente admitidas no pós-primeira-guerra e divisadas das clássicas *garantias constitucionais* pela sua peculiaridade de tratamento⁷⁴⁹. Afiguram-se como *garantias constitucionais de direito objetivo de conteúdo material*. Foi a contribuição de sistematização visualizada por Schmitt quanto à introdução de dita diferenciação, o que o motivou a empreendê-la.

“Eu apresentei, na minha *Teoria da Constituição* (1928, p.117), o conceito de garantias institucionais sem contudo distinguir na essência, de forma suficientemente nítida, as garantias de direito público de índole institucional das garantias de institutos de direito privado. Nesse meio tempo, uma série de autores seguiram tais pontos de vista, que guiam a semelhantes garantias especiais e contribuem para trazer ordem

os dispositivos legais próprios da constituição [de Weimar], ainda situam-se também outros tipos de salvaguardas constitucionais. Destas, aqui interessam as garantias institucionais e do instituto [*institutionelle und die Institutsgarantien*].

⁷⁴⁷HOFMANN, Hasso [et alii]. op.cit., p. 104. Tradução livre do original: “Schmitt führte den Begriff der institutionellen Garantie für öffentlich-rechtliche beziehungsweise der Institutsgarantie für privatrechtliche Einrichtungen ein, um gewisse in der Weimarer Reichsverfassung angesprochene Normenkomplexe wie Eigentum, Erbrecht, Berufsbeamtentum und kommunale Selbstverwaltung in ihrem Kernbestand dem Zugriff des Gesetzgebers zu entziehen.”

⁷⁴⁸KLEIN, Friedrich & MANGOLDT, Hermann von. *Das Bonner Grundgesetz*. Band I, 2ª ed., Berlin e Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen, 1966, p. 83. Tradução livre do original: “Die überwiegende, auch von mir vertretene (...) Meinung sah in den institutionellen Garantien die Gewährleistung öffentlich-rechtliche, in den (Rechts-) Institutsgarantien die Gewährleistung privatrechtlicher (Rechts-) Einrichtungen.”

⁷⁴⁹“Diese der Vorkriegsjurisprudenz unbekanntem oder jedenfalls nicht geläufigen Arten verfassungsrechtlicher Gewährleistungen sind allmählich erkannt und anerkannt worden” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 143). Tradução: Estas garantias constitucionais, desconhecidas pela jurisprudência anterior a guerra, ou de qualquer modo espécies pouco familiares, foram sendo progressivamente distinguidas (divisadas, identificadas) e admitidas (reconhecidas, aceitas).

e possibilidade de distinção no confuso amontoado da segunda parte [dos direitos fundamentais] da constituição do Reich.”⁷⁵⁰

Schmitt introduz, então, de forma mais clara, a divisão entre as *garantias institucionais* de direito público e as *garantias de institutos* de direito privado⁷⁵¹. Para tanto, promove a uma retrospectiva detalhada da bibliografia, que até então referia-se apenas pontualmente a tais garantias, como G. Anschütz, Giese, Poetzsch-Heffter, Richard Thoma, Fr. Glum, K. Loewenstein, G. Lassar, A. Hensel, e mesmo Stier-Somlo⁷⁵², que já atentavam, por exemplo, para as garantias institucionais da *autonomia municipal* (Anschütz e Giese) e da *autonomia administrativa* (art.127 da constituição de Weimar, com Poetzsch-Heffter, Glum e Hensel). Em ditos autores, pode-se visualizar a preocupação original da teoria das garantias institucionais na identificação de conteúdos jurídicos infensos à ingerência do legislador ordinário, expressa no compasso de referência constante a termos como: o *mínimo inviolável* (*unantastbares Minimum*) de Poetzsch-Heffter; o

⁷⁵⁰SCHMITT, Carl. *ibid.* Tradução livro do original: “*Ich habe den Begriff der institutionellen Garantien in meiner Verfassungslehre (1928, S.117) aufgestellt, ohne jedoch die wesentlich öffentlich-rechtlichen Gewährleistungen institutioneller Art von den privatrechtlichen Institutgarantien deutlich genug zu trennen. Inzwischen hat sich eine Reihe von Autoren den Gesichtspunkten angeschlossen, die zur Annahme solcher besonders gearteten Garantien führen und in das verwirrende Vielerlei des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung einige Ordnung und Unterscheidungsmöglichkeit hineinbringen.*”

⁷⁵¹Cf.SCHMITT, Carl. *op.cit.*, pp. 143 e ss.

⁷⁵²Este último — Stier-Somlo —, embora criticasse a terminologia de *garantias institucionais*, teceu considerações bem próximas delas: “*In der Sache kommt auch er, (...) dem Gedanken einer solchen Garantie sehr nahe, und es ist berechtigt, wenn F.Nadolski (...) auf eine andere Äußerung Stier-Somlos (...) hinweist, wo gesagt wird, daß es neben den individualistischen und den sozialen Grundrechten noch eine Reihe von Verfassungsgesetzen gibt, die dem Schutz einer Einrichtung dienen, und daß der Begriff der Grundrechte ins Grenzenlose und ins Unbestimmte ausgeweitet würde, wenn man aus allen diesen Sätzen „Grundrechte“ ableiten wollte.*” (SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p. 145). Tradução: ele [Stier-Somlo] chega ao âmago da questão a despeito de sua outra polêmica contra o conceito de garantia institucional [*institutionelle Garantie*] (...), mesmo assim muito próximo da idéia de uma tal garantia, e é legítimo quando F.Nadolski (...) chama a atenção para uma outra declaração de Stier-Somlo (...), onde teria dito, que há ainda, ao lado dos direitos fundamentais individuais e sociais, uma série de leis constitucionais, que servem à proteção de um instituto [*Einrichtung*] e que alargariam ilimitadamente e indefinidamente o conceito de direitos fundamentais, se se quisesse deduzir de todas estas regras “direitos fundamentais”. Para um resumo do pensamento de Stier-Somlo no que diz respeito às garantias institucionais, vide: ABEL, Gunther. *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*. Berlin, Duncker & Humblot, 1964, pp. 34/35. Contrariamente a Stier-Somlo, a posição de Hamel é no sentido de considerar as garantias institucionais do ponto de vista da natureza de instituto dos direitos fundamentais (cf.ABEL, Gunther. *op.cit.*, p. 36), posição aliás compartilhada por Häberle na sua obra *Wesensgehaltgarantien des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*.

acervo histórico (historische Bestand) de Fr.Glum; a *revogação existencial da instituição mesma (existenzielle Aufhebung der Institution selbst)* de K.Loewenstein; a *essência do instituto (das Wesen des Instituts)* também de Fr.Glum; a *salvaguarda institucional (institutionelle Sicherung)* de A.Hensel; e o *conjunto de seus traços essenciais integrativos* de F.Giese.⁷⁵³

Tais contribuições doutrinárias foram assimiladas pela jurisprudência do então Tribunal Supremo alemão (*Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*) em finais da década de 20⁷⁵⁴. A essência das garantias institucionais e do instituto está em permitir a *limitação* dos institutos jurídicos protegidos, mas não sua *supressão* enquanto tais, mediante a *vinculação do legislador*⁷⁵⁵. As observações de Anschütz sobre a insipiência das garantias institucionais para tal fim de proteção da essência dos institutos jurídicos referidos em cede constitucional, porque seria despicienda a proteção de algo que *nenhum legislador jamais pensaria em suprimir*, abre os olhos da história para a função limitante de abusos, que foi menosprezada no período imediatamente anterior ao regime nazi-fascista alemão. A teoria das garantias institucionais, esquecida que foi naquele período, poderia ter auxiliado na contenção do avanço extremista de meados deste século, e, portanto, serve a qualquer época como lembrança latente dos limites jurídicos exigidos pela *vontade de constituição* de Hesse.

Quanto aos argumentos de Anschütz contrários à confirmação da posição doutrinária das garantias institucionais como essenciais à delimitação da atuação do legislador ordinário para supressão das instituições a que se referem, Schmitt afirma-se como ferrenho defensor daquelas garantias, derrubando tais

⁷⁵³Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 144.

⁷⁵⁴Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 145, em que Schmitt transcreve julgado daquela Corte, que atenta para a proteção dirigida ao legislador ordinário em não permitir que a restrição da autonomia municipal signifique seu *esvaziamento de sentido*.

⁷⁵⁵“*Die Bindung des Gesetzgeber, die Art.127 herbeiführt, besteht darin, daß der Gesetzgeber die „Einrichtung der Selbstverwaltung als solche“ beschränken, aber „nicht beseitigen“ darf. Das ist typisch eine institutionelle Garantie.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 146). Tradução: A vinculação do legislador, que o art.127 [da constituição de Weimar] traz, consiste em que o legislador pode limitar “a instituição da autonomia administrativa como tal”, mas “não, suprimi-la”. Esta é tipicamente uma garantia institucional.

argumentos um a um⁷⁵⁶, e ainda vai além, especificando três exemplos concretos de intromissões indevidas, que afetariam a substância da autonomia municipal:

“Não há dúvida de que a transferência da administração de todo negócio municipal para uma *Podestà* estatal contradiz nosso conceito de autonomia municipal; que a supressão do direito dos municípios de gerir seus próprios recursos sob a supervisão estatal (não direção), no nosso entendimento afeta a substância da autonomia municipal; que uma lei, que anexe, a troco de nada, todos os municípios com menos de 10000 ou mesmo de 100000 habitantes a metrópole mais próxima, destruiria nosso conceito tradicional de município e com isso também a autonomia municipal.”⁷⁵⁷

Há uma margem possível de limitação da instituição sem que essa perca suas características essenciais.⁷⁵⁸

Abre-se um parêntese para a seguinte consideração: à *existência histórica* das instituições de Glum, acrescenta-se aqui a qualidade de *dinâmica*, e é nesse sentido preservada pelas garantias institucionais e do instituto. O dinâmico contudo não deve encobrir a totalidade do sistema. O desenvolvimento do conteúdo — valor — é *histórico*, porém não se sujeita integralmente a uma *dinâmica* evolutiva tornada operacional pela idéia da *natureza aberta da interpretação constitucional*⁷⁵⁹. O desenvolvimento do conteúdo de um direito fundamental é

⁷⁵⁶Dessa forma, Schmitt utiliza explanação impecável e convincente para dissecar as contradições dos ataques de Anschütz à utilidade das garantias institucionais e do instituto. O primeiro argumento de Anschütz da *ampla liberdade do legislador* é rebatido na página 146; as páginas 147 e 148 são dedicadas a contra-argumentar crítica de Anschütz quanto a *impossibilidade de delimitação da fronteira entre a limitação da instituição e sua supressão*; e, finalmente, nas páginas 148 e 149, Schmitt despeja ironia na afirmação de Anschütz, de que *nenhum legislador cogitou ou cogitará de suprimir uma instituição constitucional*. Cf. SCHMITT, Carl. op.cit.

⁷⁵⁷SCHMITT, Carl. op.cit., p. 147. Tradução livre do original: “*Es ist keine Frage, daß die Uebertragung der Leitung aller kommunalen Geschäfte an einen staatlichen Podestà unserm Begriff von Selbstverwaltung widerspricht; daß die Beseitigung des Rechts der Gemeinden, ihr eigenes Vermögen unter staatlicher Aufsicht (nicht Leitung) zu verwalten, für unsere Auffassung die Substanz der Selbstverwaltung angreift, daß ein Gesetz, welches alle Gemeinden mit unter 10000 oder gar 100000 Einwohnern ohne weiteres der nächsten Großstadt eingemeindet, unseren überlieferten Begriff von Gemeinde und damit auch die gemeindliche Selbstverwaltung zerstören würde*”.

⁷⁵⁸“*R.Thoma spricht (Nipperdey, I, S.21, 38) davon, daß die gesetzlichen Beschränkungen der Selbstverwaltung nicht so weit gehen dürfen, das Institut der Selbstverwaltung zu vernichten*.” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 144). Tradução: R.Thoma fala (Nipperdey, I, p. 21, 38) sobre isso, que os limites legais da autonomia [administrativa] não devem ir muito longe, a ponto de aniquilar o instituto da autonomia administrativa.

⁷⁵⁹Defendendo a conveniência de manter-se aberto o debate entre uma diversidade de intérpretes: cf. CERVATI, Angel Antonio. In: PINA, Antonio Lopez. op.cit., p. 73. Ainda, o seu clássico

histórico, porém não é arbitrário; curva-se inexoravelmente ao valor da *dignidade humana*⁷⁶⁰, ao *parâmetro do aspecto individual*⁷⁶¹.

As garantias institucionais firmaram sua posição na jurisprudência constitucional alemã. Persistiram a despeito de sua instrumentalização pela atribuição de direitos a sujeitos de direito público. Há garantias institucionais sem sujeitos de direito para incorporá-las⁷⁶². Além disso, as garantias institucionais caracterizam-se por uma tal objetivação, que dispensa a presença de um sujeito de direito para garantir-lhes a existência. Sua relação com os direitos subjetivos próximos não é nunca de exclusão ou alternativa de vigência⁷⁶³, mas numa visão que prioriza o momento objetivo das instituições, Schmitt estabelece tal convivência mediante a inferiorização dos direitos subjetivos frente às garantias institucionais⁷⁶⁴.

Eis aqui um ponto de relevo. Schmitt valoriza por demais o aspecto objetivo das garantias institucionais — expressão de sua paixão pelo

defensor: cf. HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*. Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1962 [Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 21] (trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 253 e ss.).

⁷⁶⁰“*El intérprete de los derechos fundamentales tiene que comprender en su contexto histórico el significado del texto, sin olvidar que la garantía constitucional de los derechos está directamente relacionada con la dignidad humana*” (CERVATI, Angel Antonio. In: PINA, Antonio Lopez. op.cit., p. 54).

⁷⁶¹“*el aspecto institucional de los derechos fundamentales (...) está parametrado por el aspecto individual*.” (HÄBERLE, Peter. op.cit., p. 78).

⁷⁶²“*Doch gehört es keineswegs zu den Erfordernissen einer institutionellen Garantie, daß ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt besteht; es gibt institutionelle Garantien ohne ein solches Rechtssubjekt*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 149). Tradução: pelo contrário, não pertence de forma alguma aos requisitos de uma garantia institucional, que exista um sujeito de direito público; há garantias institucionais sem um tal sujeito.

⁷⁶³“*Es ist eine besonders in der Erörterung des Art. 129 Abs. 1 S. 3 [Berufsbeamtentum] häufig auftretende, aber unrichtige Denkweise, institutionelle Garantie oder subjektives Recht alternativ einander entgegenzustellen. Beides kann miteinander verbunden sein*” (SCHMITT, Carl. ibid.). Tradução: é particularmente no estudo do art. 129 parágrafo 1 frase 3 que frequentemente aparece, mas com abordagem metodológica incorreta, garantia institucional ou direito subjetivo como alternativas mutuamente excludentes. Ambas podem estar [reciprocamente] ligadas.

⁷⁶⁴“*doch muß für die Auslegung im Auge behalten werden, daß die Gewährung subjektiver Rechte der Gewährleistung der Institution untergeordnet ist und ihr zu dienen hat, daß also der institutionelle Gesichtspunkt und nicht das individualistisch-egoistische Interesse des subjektiv Berechtigten entscheidet*.” (SCHMITT, Carl. ibid.). Tradução: deve-se mesmo observar para a interpretação, que a garantia do direito subjetivo é inferior à garantia da instituição, e ela tem servido para que assim, o ponto de vista institucional, e não o interesse individual egoístico do titular, decida.

homogêneo e o nacional —, esquecendo-se dos âmbitos de proteção privada do indivíduo, o que acaba, em última análise, por desprover suas garantias institucionais de *limites*, passando a arrogarem-se conteúdos arbitrários.

“El hecho de que los problemas de la garantía del contenido esencial sean quizás más fácilmente solucionables dentro del marco de una teoría objetiva que dentro del marco de una teoría subjetiva no es razón suficiente para arrojar por la borda la teoría subjetiva. El carácter de los derechos fundamentales como derechos individuales habla en favor de un mantenimiento da la teoría subjetiva, por lo menos, al lado de la objetiva.”⁷⁶⁵

As garantias institucionais de direito público, Schmitt as identifica em diversos dispositivos da constituição de Weimar, como⁷⁶⁶: a *autonomia administrativa municipal* (*gemeinde Selbstverwaltung*) do art.127; a *garantia do funcionalismo público* (*Berufsbeamtentum*) dos arts.128, 129 e 130; a *liberdade de ensino* (*wissenschaftliche Lehrfreiheit*) do art.142; a *independência do juiz* (*Unabhängigkeit der Richter*) do art.102 e seguintes; a *proibição de tribunais de exceção* (*Verbot der Ausnahmegerichte*) do art.105 e outros, que não são mais aceitos hoje, como por exemplo, a *garantia das comunidades religiosas como pessoas jurídicas de direito público*.

O *Kronjurist* ainda valoriza a importância de certas garantias institucionais, enumerando os autores que lhes dedicaram específica atenção, conquanto com compreensíveis vacilações terminológicas. Assim, a garantia institucional do funcionalismo público (*Berufsbeamtentum*) encontrou defensores como⁷⁶⁷ F.Giese, G.Lassar, H.Gerber, W.Schröder⁷⁶⁸, E.Friesenhahn e K.Loewenstein. A liberdade de ensino científico, por sua vez, demonstra como a garantia institucional deve estar devidamente precisada no texto constitucional. Embora houvesse autores que quisessem derivar da autonomia administrativa a garantia institucional da liberdade de ensino científico, Schmitt fixa a necessidade de não se alargar o sentido da garantia institucional a ponto de confundi-la com

⁷⁶⁵ALEXY, Robert. op.cit., p. 288.

⁷⁶⁶Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 149/150.

⁷⁶⁷Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 150/151.

⁷⁶⁸Schröder segue a tendência de Schmitt em sobrevalorizar a dimensão objetiva das garantias institucionais. Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 151.

princípios genéricos e abstratos, e o faz, apoiando R.Smend e K.Rothenbücher ao divisarem no art.142 da constituição de Weimar aquela garantia da liberdade de ensino⁷⁶⁹.

A lista de garantias institucionais dada por Loewenstein serve de pretexto para a distinção sistemática de Schmitt entre as garantias institucionais e as garantias do instituto.

“K.Loewenstein enumera na citada p.289 outras garantias institucionais: art.119 (casamento); 139 (descanso de domingo); 153 (propriedade); 154 (direito sucessório); 161 (segurança jurídica); 125 (voto secreto). Disso entretanto, casamento, propriedade e sucessão não são nenhuma instituição de direito público, mas institutos jurídicos de direito privado, de modo que não se trata, nos artigos em questão, de uma garantia institucional, porém de uma garantia do instituto.”⁷⁷⁰

Algumas considerações sobre as garantias institucionais do descanso de domingo (*Sonntagsruhe*) e do voto secreto (*Wahlgeheimnis*) são tecidas por Schmitt, que não são de interesse para o presente estudo, a não ser na constatação de exclusão do voto secreto como garantia institucional, o que serve para demonstrar, que Schmitt deixou-se influenciar pela sua aversão ao ideal representativo⁷⁷¹. O voto secreto seguramente é uma garantia institucional, pois conforma essencialmente a instituição da representação democrática: preenche e delimita o conteúdo da forma jurídica estrutural, do plexo normativo contido na constituição, expresso na representação democrática.

Em seguida, Schmitt passa a precisar o sentido das garantias institucionais e do instituto. A fim de evitar o esvaziamento de significado destas garantias, o autor pondera sobre a necessidade de restrição de seu âmbito de aplicação, e encontra, na essência da constituição, a justificação da existência de

⁷⁶⁹Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 152

⁷⁷⁰SCHMITT, Carl. ibid. Tradução livre do original: “K.Loewenstein zählt a.a.O. S.289 noch weitere institutionelle Garantien auf: Art.119 (Ehe); 139 (Sonntagsruhe); 153 (Eigentum); 154 (Erbrecht); 161 (Versicherungswesen); 125 (Wahlgeheimnis). Davon aber sind Ehe, Eigentum und Erbrecht keine öffentlich-rechtlichen Institutionen, sondern Rechtsinstitute des Privatrechts, so daß es sich in den betreffenden Artikeln nicht um eine institutionelle, sondern um eine Institutsgarantie handelt”.

⁷⁷¹“Das Wahlgeheimnis ist ein Konnex zum demokratischen Wahlrecht des art.22, keine Einrichtung im Sinne einer Organisation oder Anstalt des öffentlichen Rechts” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 153). Tradução: o voto secreto está em conexão com o direito de voto democrático do art.22, nenhuma instituição no sentido de uma organização ou instituição (*Anstalt*) de direito público.

tais figuras dogmáticas. Assim, explica que a garantia constitucional, da qual a garantia institucional e do instituto é uma espécie, deve dizer respeito à constituição enquanto tal. A garantia constitucional somente merece tal denominação enquanto a agressão ao seu objeto representar concomitantemente uma ofensiva contra a constituição em si⁷⁷².

A problemática é então transferida para o terreno de delimitação das características tidas por essenciais à constituição, e a teoria liberal contribuiu com isto sensivelmente, identificando os elementos de organização estatal, sufrágio, representação, divisão de poderes, e, como finalidade última deles, a preservação dos direitos fundamentais. Surgiram em razão da necessidade de *especial proteção* decorrente da importância historicamente atribuída a *certos direitos e interesses*⁷⁷³.

Em um terceiro momento, Schmitt fala do conceito de garantias institucionais e do instituto e de seu significado, para identificar a essência intocável delas não em si mesmas mas nos seus objetos⁷⁷⁴. Elas são, pois, sempre *complementares* e *conexas* a uma determinada instituição⁷⁷⁵. Neste ponto, Schmitt introduz suas considerações centrais sobre a separação entre as garantias institucionais e as do instituto pela referência ao componente institucional próprio

⁷⁷²“Von einer Verfassungsgarantie kann man richtigerweise nur sprechen, wenn die Verfassung sich mit der Garantie, die sie gibt, identifiziert und eine Verletzung der Garantie ohne weiteres eine Verletzung „der Verfassung selbst“ bedeutet, wenn ein Angriff auf das gewährleistete Objekt ein Angriff auf die Verfassung selbst ist.” (SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 153/154). Tradução: pode-se falar acertadamente de uma *garantia constitucional* apenas quando a constituição se identifica com a garantia que ela dá e uma violação da garantia significa sem dificuldade uma violação “da constituição mesma”, quando uma agressão ao objeto garantido é uma agressão à constituição mesma.

⁷⁷³“Eine zweite Art der Garantie liegt dann vor, wenn die erschwerte Abänderbarkeit verfassungsgesetzlicher Bestimmungen benutzt wird, um bestimmte Interessen oder Rechte, die man aus irgendwelchen Gründen für schützenswert hält, mit Hilfe der erschwerten Abänderbarkeit eines Verfassungsgesetzes vor dem einfachen Gesetzgeber in Sicherheit zu bringen und seinem Zugriff zu entziehen” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 154). Tradução: um segundo aspecto da garantia está então, quando é utilizada uma modificação dificultada de dispositivos constitucionais, para que certos interesses ou direitos, que são por alguma razão dignos de proteção, tragam segurança e os retirem do alcance do legislador ordinário, com ajuda da modificação legislativa dificultada própria das leis constitucionais.

⁷⁷⁴“liegt in ihr auch eine Garantie eines bestehenden Zustandes und einer vorhandenen Rechtslage und enthält sie immer Elemente der Garantie eines Status quo.” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 155). Tradução: nela [na garantia institucional] localiza-se também uma garantia de uma situação existente e de uma situação jurídica existente e ela contém sempre elementos de garantia do Status quo.

⁷⁷⁵“Wo sich sonst eine Status-quo-Garantie findet, handelt es sich meistens um konnexe oder komplementäre Garantien, die zu institutionellen Garantien hinzutreten.” (SCHMITT, Carl. ibid.).

dos institutos de direito privado aptos a transparecerem uma garantia do instituto. Utiliza, para tanto, o exemplo dos *bens clericais* (*Kirchengüter*) do art.138 da constituição de Weimar, que, devido a separação efetivada entre Estado e Igreja, no *caput* daquele artigo, e da especial proteção atribuída à propriedade das comunidades religiosas, destacou do clássico instituto de direito privado da propriedade um *instituto jurídico de índole específica*⁷⁷⁶. Tal índole também é identificada por Schmitt na regulamentação da propriedade das entidades autárquicas⁷⁷⁷.

Eis a distinção fundamental. Tais garantias do instituto são *destacadas*, porquanto, *objetivadas*, deslocam seu centro de gravidade, enquanto núcleos históricos de significado concreto, para dentro do ordenamento jurídico, embora mantenham sua origem, enquanto totalidades conceituais, nos clássicos institutos de direito privado.

Justamente por se especificarem frente aos direitos individuais clássicos do *status negativus*, as garantias institucionais dão um colorido novo às salvaguardas constitucionais de certos *status*, utilizando-se a terminologia de Schmitt. Aqueles direitos deixam de ser considerados como pretensões individuais de titulares pontualmente isolados, no que não haveria como deixar de ver um privilégio constitucional⁷⁷⁸, e passam a integrar a proteção objetiva de institutos cristalizados em plexos normativos constitucionais. A especificidade de tratamento

Tradução: onde comumente encontra-se uma garantia do *status quo*, trata-se em geral de garantias conexas ou complementares, que aparecem como garantias institucionais.

⁷⁷⁶Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 156.

⁷⁷⁷“Das Kirchengut als „eigene Angelegenheit“ der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaft hat in dieser Hinsicht eine gewisse Analogie mit dem eigenen Gemeindevermögen der kommunalen Selbstverwaltungskörper, welches durch die institutionelle Garantie des Art.127 in Verbindung mit Art.153, Abs.2, S.4, garantiert werden soll.” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 156). Tradução: A propriedade da igreja, como “assunto próprio” da sociedade religiosa de direito público, guarda, neste aspecto, uma certa analogia com o bem comunal próprio de entidade autárquica, que deve ser garantido através da garantia institucional do art.127 combinado com o art.153, parágrafo 2, frase 4.

⁷⁷⁸“Ohne den engsten Zusammenhang und Rahmen einer institutionellen Garantie wäre jede verfassungsrechtliche Garantie vermögensrechtlicher Ansprüche oder gar eines vermögensrechtlichen Status quo ein, wenigstens in einer demokratischen Republik, aufreizendes Privileg” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 159). Tradução: sem a estreita relação e moldura de uma garantia institucional, cada garantia constitucional [*verfassungsrechtlichen Garantie*] seria uma pretensão patrimonial ou até um *Status quo* patrimonial, que, ao menos numa república democrática, afigura-se privilégio irritante.

justifica-se, portanto, enquanto represente o interesse público de proteção institucional, e nunca o interesse de momento de uma determinada maioria parlamentar⁷⁷⁹.

A garantia institucional adquire, assim, uma função conformadora dos direitos fundamentais, na medida em que transparece o *contexto* e, com isso, as *fronteiras* objetivas em que ditos direitos são envolvidos em determinado momento histórico. A compreensão das garantias institucionais expressa a preocupação de traduzir, em um momento de coerência normativa mais ampla, dispositivos constitucionais especificadores de direitos, cujo sentido seria de outra forma interpretado meramente como privilégios individuais pontualmente transparecidos na constituição. Entende-se, pelo contrário, que “*jede verfassungsgesetzliche Gewährleistung von subjektiven Rechten Einzelner nur im Rahmen und in den Grenzen einer institutionellen Garantie gedacht werden kann*”⁷⁸⁰.

Em uma quarta parte de seu ensaio, Schmitt trata da propriedade enquanto instituto jurídico⁷⁸¹, e utiliza, para tanto, uma gama de renomados autores, que dedicaram espaço em suas obras para qualificá-la como tal. Assim, presentes os nomes de Martin Wolff, H.Triepel, Anschütz, Giese, Poetzsch-Heffter, Schelcher e W.Hofacker.

Neste ponto, o autor revela o sentido da teoria das garantias institucionais aplicada aos direitos fundamentais de liberdade, em sua assimilação no contexto social: há uma vinculação dupla da declaração constitucional de um direito fundamental, protegendo o instituto enquanto tal — o seu aspecto objetivo —, e salvaguardando suas manifestações concretas por intermédio de pretensões de

⁷⁷⁹Referindo-se à garantia do funcionalismo público, Schmitt salienta: “*Sie [Status-quo-Garantie] erklärt nämlich die jeweilig erreichte günstigste Höhe der vermögensrechtlichen Ansprüche und besoldungsgesetzlichen Bezüge eines Beamten für verfassungsgesetzlich garantiert.*” (SCHMITT, Carl. *ibid*). Tradução: ela [a garantia do *status quo*] esclarece a particularmente vantajosa posição alcançada pelas pretensões patrimoniais e pelos rendimentos legais de um funcionário público como constitucionalmente garantida.

⁷⁸⁰SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p. 160. Tradução: cada garantia constitucional de direitos subjetivos do indivíduo somente pode ser pensada nos termos [no contexto, na moldura] e nos limites de uma garantia institucional.

⁷⁸¹Cf. SCHMITT, Carl. *op.cit.*, pp. 160 e ss.

sujeitos isolados — o seu aspecto subjetivo⁷⁸². Houve já quem percebesse a existência tão somente do momento objetivo dos direitos fundamentais pela sua consideração unilateral, mediante o desprezo de sua face subjetiva⁷⁸³, porém as explanações até aqui exaradas apontam o erro de tal atitude na pretensa superação de uma antinomia inexistente. Aspectos subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais conjugam-se para formar o *quadro integral* da constituição⁷⁸⁴.

*“No es casual que Duguit y su escuela de pensamiento, que habian colocado la idea de la función social del Derecho en el centro de su teoría jurídica, sean contrarias, de otra parte a la teoría de los derechos subjetivos. (...) Una concepción “funcional” de los derechos fundamentales no puede desarrollarse en menoscabo de su significado de tutela del individuo. Los derechos fundamentales no están garantizados sólo para alcanzar un «resultado global» (Gesamterfolg), sino que también están garantizados en determinados sectores de la vida para permitir el pleno desarrollo de la personalidad individual. Muy fácilmente una acentuación unilateral de la función social de los derechos fundamentales podría degradar al individuo al rol de “funcionario” o “destinatario”, o bien reducir el ejercicio individual de los derechos fundamentales a un hacer organicista. [§] El concepto de función social, si hace por otra parte, que los derechos fundamentales lleguen a colocarse en un sistema de correlaciones, el que no sería posible con una interpretación exclusivamente centrada sobre el perfil del derecho individual. Son correlativos al conjunto de la sociedad y se hallan insertos en contextos supraindividuales ”*⁷⁸⁵

Em seguida, Schmitt passa a enumerar as questões básicas, que giram essencialmente em torno da eterna luta entre a contribuição objetiva do Estado Social e a persistência subjetiva do conteúdo jurídico imanente do ser.

“O instituto jurídico “propriedade” deve ter por conteúdo uma vontade de poder [*Herrschaftsbelieben*] subjetiva ou uma propriedade

⁷⁸²Eis a passagem de H.Triepel, citada por Schmitt, sobre o duplo significado da proteção constitucional *objetiva* e *subjetiva*: “*Das Eigentum ist unverletzlich. Mit diesem lapidaren Satze ist gesagt, daß die Verfassung sowohl das Privateigentum als Rechtsinstitut, wie die bestehenden und neu entstehenden konkreten Privatrechte jedes einzelnen Rechtssubjekts’ unter ihren Schutz stellen und vor Eingriffen der Staatsgewalt sichern wollte.*” (TRIEPEL, H. *Rechtsgutachten über Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*. 1924, p. 25 *apud* SCHMITT, Carl. op.cit., p. 160). Tradução: a propriedade é inviolável. Com essa frase lapidar é dito, que a constituição coloca sobre sua proteção tanto a propriedade privada como instituto jurídico [*Rechtsinstitut*], como os ‘existentes e recém formados direitos privados concretos de cada sujeito de direitos isolado’, e que a constituição a quiz proteger das intervenções [*ingerência - Eingriffen*] do poder estatal.

⁷⁸³Tal é a posição de W.Hofacker: cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 161.

⁷⁸⁴Cf.HÄBERLE, Peter. op.cit., p. 164.

⁷⁸⁵HÄBERLE, Peter. op.cit., pp. 62/63.

“socialmente comprometida”? (...) Talvez seja certo dizer, que a “vinculação social” não tem nada que ver com o instituto jurídico da propriedade mesma, porque o compreensão social da propriedade dirige-se justamente *contra* a propriedade (assim Otto Kirchheimer, *Die Grenzen der Enteignung*, 1930, p.38) ⁷⁸⁶

É bem verdade que a própria questão posta por Schmitt inviabiliza a resposta, carregando consigo o pressuposto de que o conceito de direito fundamental enquanto direito ilimitado do indivíduo opõe-se a sua faceta objetiva, naturalmente restritiva daquele direito. A forma de questionar aniquila, por princípio, a única resposta viável, e que consiste, como já referido expressa e tacitamente durante diversas passagens do presente estudo ⁷⁸⁷, na consideração de que a conformação objetiva do direito existe para garanti-lo na sua plenitude, enquanto elemento histórico-cultural. O direito fundamental passa, então, a ser definido pela sua existência real, e não mais em sua idealização, que fez, como se viu, debilitar a expressão de ditos direitos de liberdade ao pretender reais suas conformações utópicas. Quer-se enfim dizer: os direitos fundamentais incorporam uma nova feição ao seu conceito, que os enriqueceu em sentido, por aproximá-los do real. Nisto, as garantias institucionais persistem incólumes a sua crítica-mor de contradição intrínseca entre o pressuposto de infinitude original do direito e sua restrição objetiva. Sua resposta está na natureza das coisas, e como tal, apresenta-se clara e sucinta. O direito existe enquanto momento cultural; projeta-se e introjeta-se enquanto realidade subjetiva; preserva-se enquanto corpo institucionalmente objetivado.

Foi, contudo, a controvérsia conceitual entre o direito fundamental em sua acepção liberal clássica e o pertinente instituto objetivamente protegido, o que fez salientar o sentido de limitação da própria atividade legislativa. O instituto, assim considerado, delimitando objetivamente os contornos do direito

⁷⁸⁶SCHMITT, Carl. op.cit., p. 161. Tradução livre do original: “*Soll das Rechtsinstitut „Eigentum“ ein individualistisches Herrschaftsbelieben oder ein „sozialgebundenes“ Eigentum zum Inhalt haben? (...) Es ist vielleicht richtig, zu sagen, daß die „soziale Gebundenheit“ mit dem Rechtsinstitut des Eigentums selbst nichts zu tun habe, weil die soziale Eigentumsauffassung sich eben gegen das Eigentum richte (so Otto Kirchheimer, Die Grenze der Enteignung, 1930, S.38).*”

⁷⁸⁷Vide, a respeito, todo o capítulo intitulado “O institucional como sistema interativo subjetivo-objetivo” (pp.153 e seguintes), e a discussão sobre o surgimento da democracia substancial no capítulo intitulado “A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento anti-representativo de Schmitt” (pp.103 e seguintes).

fundamental, por um lado o reduz a uma proposição objetiva, mas por outro materializa sua existência positiva, e fornece “*das Maß des Schutzes gegen den Gesetzgeber*”⁷⁸⁸.

A análise implementada por Schmitt das teorias a respeito do art.153 da constituição de Weimar⁷⁸⁹ demonstra a perplexidade jurídica, que se acometia sobre o instituto da propriedade⁷⁹⁰, e que, em decorrência, apontava para uma compreensão mais objetiva da conformação dos direitos fundamentais.

A tendência, então visualizada na doutrina alemã, de interpretação alargada do art.153 relativo ao direito de propriedade, corroborada com a nomenclatura utilizada em diversas constituições suíças da época, revelava a dilatação do conceito de propriedade para abarcar todos os direitos patrimoniais privados⁷⁹¹, e, com isso, generalizava por demais os conceitos das garantias constitucionais dos direitos fundamentais, impedindo sua aplicação como limitação do legislador ordinário⁷⁹². Tal conceituação exageradamente dilatada obscurecia o instituto por fazê-lo perder-se em determinações imprecisas⁷⁹³. Aqui, Schmitt revela mais um ponto importante de estudo das garantias institucionais, e que diz respeito ao seu contexto, ou, em outras palavras, a sua delimitação por força da precisão dos institutos jurídicos próximos. Elas existem enquanto encarnações de institutos determinados pelo plexo de relações que os cercam.

“O instituto jurídico da propriedade (...) existe como instituto jurídico em contraste com outros institutos jurídicos patrimoniais. Ele

⁷⁸⁸SCHMITT, Carl. op.cit., p. 161. Tradução: a medida da proteção contra o legislador.

⁷⁸⁹O art.153 da constituição de Weimar trata da propriedade. “*Art.153. Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen*”

⁷⁹⁰Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., pp. 162-165.

⁷⁹¹Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 162.

⁷⁹²“*In der Tat umfaßt die traditionelle Gewährleistung von Freiheit und Eigentum, liberty und property, die ganze private Vermögenssphäre des Einzelnen, wobei jedoch der „Vorbehalt des (einfachen) Gesetzes“ offen bleibt*” (SCHMITT, Carl. ibid.). Tradução: de fato, a garantia tradicional da liberdade e da propriedade, *liberty* e *property*, abarca a esfera patrimonial privada completa do indivíduo, onde contudo permanece aberta a “reserva de lei (ordinária)”.

⁷⁹³“*Jedenfalls hat ein so erweiterter Eigentumsbegriff nichts mehr mit einem Rechtsinstitut „Eigentum“ zu tun*.” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 163). Tradução: em todo caso, um conceito de propriedade assim expandido não tem nada mais que ver com um instituto jurídico “propriedade”.

vem a ser, aliás, somente através deste contraste, um instituto jurídico individualizado.”⁷⁹⁴

A garantia do instituto, desta forma, somente se apresenta enquanto precisada por um contraste institucional; um contraste com outros institutos, e daí o plexo normativo⁷⁹⁵. No clássico exemplo do instituto da propriedade, esse vem precisado em grande parte pela ampliação do instituto da expropriação.

“somente nesta reconhecida fronteira [do instituto jurídico da desapropriação] ela [a desapropriação] pode ser compreendida como uma “confirmação e especificação” da garantia da propriedade.”⁷⁹⁶

O aspecto funcional da desapropriação está, pois, muito mais na determinação do núcleo essencial da propriedade, e menos na evidência do próprio conceito de expropriação⁷⁹⁷, e como tal não se pode expandir a ponto de ofuscar o próprio conceito que pretende delimitar⁷⁹⁸. Schmitt remete a Martin Wolff, a explicação do referido contraste institucional. Esse delimita a garantia do instituto da propriedade ao quadro infraconstitucional de determinação dos institutos de direito privado, mas tal postura, subverte a ordem da hierarquia constitucional e promove a retirada da dita proteção especial por via transversa: relegando seu conteúdo à decisão legislativa ordinária. Por isso que a garantia institucional é

⁷⁹⁴SCHMITT, Carl. *ibid.* Tradução livre do original: “*Das Rechtsinstitut Eigentum (...) steht als Rechtsinstitut im Gegensatz zu anderen vermögensrechtlichen Instituten. Es wird überhaupt nur durch diesen Gegensatz ein individualisierbares Rechtsinstitut.*”

⁷⁹⁵“*Entre cada uno de los bienes (de carácter) constitucionales subsisten relaciones de reciproco condicionamiento.*” [HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe, Verlag C.F.Müller, 1962. *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen* 21. (trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann, César Landa. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 64)]. A seguinte frase revela-se, também, esclarecedora: “*toda limitación a los derechos fundamentales tiene también carácter de elaboración de los derechos fundamentales.*” (HÄBERLE, Peter. *op.cit.*, p. 78).

⁷⁹⁶SCHMITT, Carl. *ibid.* Tradução livre do original: “*nur in dieser [Enteignungsrechtsinstitut] klar erkennbaren Begrenzung kann sie als eine „Bestätigung und Spezifikation“ der Eigentumsgarantie aufgefaßt werden.*”

⁷⁹⁷Cf. SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p. 164.

⁷⁹⁸“*El legislador debe cuidar de no transformar, con sus intervenciones, el “caso normal” em una excepción.*” (HÄBERLE, Peter. *op.cit.*, p. 211). Ali, Häberle elenca requisitos essenciais à sobrevivência dos direitos fundamentais enquanto institutos.

dirigida ao legislador, e tem por função primeira *limitar-lhe o poder*⁷⁹⁹. Desempenha dita função por estar referida a um *plexo normativo* revelador de *conteúdo jurídico*⁸⁰⁰. Deve-se a tal objetivação de conteúdo jurídico, a passagem do *Estado de legalidade* para o *Estado de justiça*⁸⁰¹, em que a criação legislativa abandona sua posição soberana, que era isenta de grilhões materiais das maiorias parlamentares, e passa a permitir freios materiais de natureza constitucional. Tal tema remete à posição atual do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entendendo a ordem constitucional como *orientada a valores*, e não como *neutra de valor*⁸⁰².

O excesso de Schmitt apresenta-se patente nesse ponto, pois transfere, pura e simplesmente, a determinação do conteúdo jurídico dos institutos fundamentais, das mãos do legislador para as do juiz⁸⁰³. Desconhecendo as contribuições mais amadurecidas do institucionalismo no plano da interpretação constitucional, o entendimento de Schmitt sobre as limitações constitucionais dirigidas ao legislador serviu tão somente para debilitar a força normativa da constituição e transferir o arbítrio à atividade jurisdicional. Exatamente por isso ter-

⁷⁹⁹“*Die Garantie eines Rechtsinstituts richtet sich im Allgemeinen vor allem gegen den Gesetzgeber und schränkt dessen Befugnisse ein.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 164). Tradução: a garantia de um instituto jurídico dirige-se em geral sobretudo contra o legislador e limita sua competência.

⁸⁰⁰“*eine solche Garantie [Garantie eines Rechtsinstituts] ist gleichzeitig die Garantie eines inhaltlich bestimmten Normenkomplexes.*” (SCHMITT, Carl. ibid.). Tradução: uma tal garantia [garantia de um instituto jurídico] é ao mesmo tempo a garantia de um determinado conjunto [plexo] normativo de natureza contenedora.

⁸⁰¹“*Der Staat, der bis jetzt ein Gesetzgebungstaat war und wohl auch von der Weimarer Verfassung als solcher gedacht und gewollt ist, verwandelt sich in einen Justizstaat.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 165). Tradução: o Estado, que até agora foi um *Estado de legalidade*, e é pensado e querido também como tal na constituição de Weimar, transforma-se em um *Justizstaat*.

⁸⁰²Salienta Ulrich Haltern: “*The Bunderverfassungsgericht approached the Basic Law's system of fundamental rights with an antipositivistic attitude that was part of the renaissance of natural law after the end of the national-socialist era. Therefore, the Court referred to the fundamental of the Basic Law — such as rule of law, social state, and human rights — as values (and later as principles). Understanding the constitutional order as value-oriented (and not as value-neutral), the Bundesverfassungsgericht viewed the protection of individual freedom and human dignity as the ultimate goals of the law.*” (ULRICH, R. Haltern. *High time for a check-up: progressivism, populism, and constitutional review in Germany*. Cambridge, Harvard Law School, 1996, p. 12. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL:<http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/96/9605ind.html>).

⁸⁰³“*Entscheidet nun statt des Gesetzgebers der Richter darüber, ob eine Ungerechtigkeit vorliegt oder nicht.*” (SCHMITT, Carl. ibid.). Tradução: agora decide sobre isso o juiz, no lugar do legislador, se há ou não uma injustiça.

se dedicado inicialmente, no presente estudo, à precisão metodológico-filosófica do entendimento do direito e de sua expressão, pois do contrário recair-se-ia no ponto de partida da teoria da garantia institucional, de subordinação do conteúdo jurídico de um determinado instituto ao *principio geral de justiça*. Não se quer dizer que tal princípio deva ser ignorado, mas que a contribuição da teoria das garantias institucionais para a dogmática jurídica está em possibilitar especificações dentro daquele conceito amplo; especificações historicamente dirigidas, mas materialmente limitadas. Eis o *problema mais difícil* da interpretação constitucional: a evolução dos valores da constituição⁸⁰⁴.

Aqueles ditos *freios de natureza constitucional*, que são os próprios núcleos essenciais, devem ser visualizados nas manifestações *típicas* de cada *instituto jurídico*; no contexto normativo de delimitação dos contornos de um dado instituto; naquele *plexo normativo*, de cuja existência depende a persistência da identidade do instituto enquanto tal; enfim, nas relações institucionais norteadoras do conteúdo de uma proposição jurídica básica, mediante a abordagem mais abrangente do conceito de direito fundamental frente às conformações de institutos jurídicos próximos, que o rodeiam e lhe estabelecem seus limites. Daí se poder dizer que o sentido da garantia institucional não depende unicamente da presença *imediate* do instituto a proteger, mas de suas manifestações possíveis⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴Transcreve-se uma passagem significativa de Kirchhof: “No sólo tiene la constitución que asumir los cambios asociados a la actualidad, sino asimismo la evolución en los valores. Este es el problema más difícil. Por supuesto que cualquier evolución discrecional en los valores no tiene necesariamente que provocar una mutación constitucional. En principio la constitución no sólo cambia merced a reformas constitucionales. Pero lo cierto es que tenemos determinadas normas constitucionales que ordenan expresamente que su apertura material sea enriquecida por la valoración de Estado y Sociedad; es decir, que el contenido de la constitución progresa con la evolución de los valores.” (KIRCHHOF, Paul. In: PINA, Antonio Lopez [et alii]. op.cit., p. 255).

⁸⁰⁵“Der Grund, aus dem der Gedanke der Institutsgarantie etwas Einleuchtendes hat und ohne weiteres angenommen wurde, dürfte darin liegen, daß man in jeder Garantie der überlieferten Grundrechte, auch wenn nicht Rechtsinstitute im präzisen Sinne garantiert sind, noch eine Garantie der überlieferten typischen Art und Weise einer Normierung finden kann.” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 166). Tradução: a razão, pela qual a idéia da garantia do instituto tem algo convincente e facilmente promove sua adoção, deveria repousar no fato de que em cada garantia dos direitos fundamentais tradicionais, mesmo que os institutos jurídicos não sejam, em sentido preciso, garantidos, possa-se ainda encontrar uma garantia da espécie e modalidade tradicionalmente típicas de uma normatização.

Schmitt nega a objetivação dos direitos de liberdade em si mesmos⁸⁰⁶, mas o faz, determinando com precisão o momento objetivo de tais direitos, não como expressões daquele, mas como a exteriorização de um seu antagonístico: a sua restrição. A concepção de Schmitt quanto aos direitos de liberdade é tipicamente jusnaturalista, pois transfere ditos direitos para um âmbito anterior e superior ao Estado, e deixa suas objetivações como meras ingerências estatais em seara a ele alheia. Com isso, o autor atenta somente para o momento *restritivo* das garantias institucionais, que então podiam ser entendidas unicamente como a *medida de interferência estatal na liberdade*⁸⁰⁷. Não visualizou aquilo que a crescente objetivação dos direitos vinha comprovar: a existência da dimensão de criação de significado pela própria interação jurídico-institucional entre o conceito positivamente expresso em determinado momento histórico e sua transformação pelo eterno esforço interpretativo, que a ele se segue. Transferiu todo o significado nuclear de um direito fundamental para o seu momento jusnatural, e deixou de considerar como criação o seu desenrolar histórico-interpretativo. O faz, contudo, tendo em mente a concepção *jurídico-estatal burguesa* ainda predominante à época⁸⁰⁸. Schmitt adapta, portanto, sua teoria das garantias institucionais, ao ideal de pré-configuração absoluta dos direitos fundamentais. Exatamente aqui sua teoria esbarra na crítica de abertura excessiva, em não consolidar o conteúdo objetivo de ditos direitos nas suas transformações interpretativas. A despeito disso, estas passavam a vir, mas, dessa forma, sem o compromisso de comprovação das correspondentes mudanças de seus conteúdos objetivos. Schmitt continua sua contribuição, acenando com um exemplo, que evidencia a limitação da atuação

⁸⁰⁶Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p. 166.

⁸⁰⁷“*Er [Art.114 WRV] hat vielmehr den Sinn, das traditionelle typische und übliche Maß der Eingriffe in die Freiheit zu garantieren.*” (SCHMITT, Carl. ibid.). Tradução: ele [o artigo 114 da constituição de Weimar referente à liberdade pessoal] tem muito mais o sentido de garantir a medida tipicamente tradicional e comum das ingerências na liberdade.

⁸⁰⁸“*solange ein gewisses bürgerlich-rechtsstaatliches Bewußtsein noch vorhanden ist, kann man doch erkennen, wann der Gesetzgeber das ihm durch den Gesetzesvorbehalt konzedierte Maximum überschritten hat.*” (SCHMITT, Carl. ibid.). Tradução: enquanto uma percepção jurídico-estatal-burguesa determinada ainda é disponível, pode-se identificar quando o legislador excedeu através da reserva de lei o máximo a ele concedido.

legislativa frente a certos aspectos do direito fundamental da liberdade de ir e vir⁸⁰⁹. Salienta-se, entretanto, que a visão de Schmitt em congelar todo conteúdo material dos direitos de liberdade em uma *pretensão de totalidade* jusnaturalista obscurece, somente nesse autor, a contribuição das garantias institucionais de *especificação* de seus conteúdos jurídicos, e é a dita especificação que se debita uma sua melhor defesa no caso concreto. O conceito de Schmitt, ao contrário, separa das garantias institucionais, o conceito em si de direito fundamental, pois esses passam a ser irreduzíveis às molduras normativas estatais, já que anteriores e perfeitamente acabados como direitos naturais ao ser humano. Suas expressões legais somente existiriam enquanto evidências negativas da presença de seu conceito totalizador.

O tema é abordado em diversas passagens do presente estudo⁸¹⁰, conquanto a proposição de exclusão de ditos direitos do campo das garantias institucionais tenha ficado pendente. Esclarece-se, pois, com a breve consideração de que a condensação objetiva dos clássicos direitos da liberdade em plexos normativos relacionais não permite falar hoje em direitos de liberdade na acepção do Estado Liberal. Pelo contrário, os novos conceitos agregaram-se justamente às contribuições liberais para erguê-las a patamares mais elaborados de entendimento jurídico. Isso diz respeito nitidamente ao modo de se encarar o direito fundamental; à opção filosófico-metodológica de sua compreensão.

A razão do fenômeno de extensão das garantias constitucionais referentes aos direitos fundamentais foi bem visualizada por Schmitt⁸¹¹. É a

⁸⁰⁹“Wenn eine Spezialbestimmung wie die Vorführung eines Verhafteten spätestens am darauffolgenden Tage (vgl. Art.114, Abs.2) als verfassungsgesetzliche Normierung eingeführt wird, so ist das nur ein Ausdruck dafür, daß der Vorbehalt des Gesetzes gegenüber Freiheitsrechten nicht grenzenlos sein soll.” (SCHMITT, Carl. *ibid.*). Tradução: se uma disposição especial, como a exibição de um preso o mais tardar no dia seguinte a sua prisão (cf.art.114, parágrafo 2), for introduzida como uma normatização constitucional, isso é somente um sinal de que a reserva de lei não deve ser ilimitada frente aos direitos de liberdade.

⁸¹⁰Vide, a respeito, capítulos intitulados: “Natureza aberta da interpretação constitucional e em especial dos direitos fundamentais”, páginas 55 e seguintes; “Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos”, páginas 98 e seguintes. Ainda, conferir página 96 iniciando em “Detecta-se, pois, ...”.

⁸¹¹“sobald dieses Vertrauen [auf den Gesetzgeber] aufhört, erscheinen neue Garantien, die nicht unmittelbar die Freiheit selbst, sondern Schutznormen und -einrichtungen zur Verteidigung und Umgehung der Freiheit gewährleisten sollen.” (SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p. 169). Tradução: logo que esta confiança [no legislador] cessa, aparecem novas garantias, que não são imediatamente a

constante oposição entre a objetividade e a subjetividade, que desde a consolidação do Estado nacional, segundo uma visão maniqueísta, comprime o subjetivo, mas, que, do ponto de vista evolutivo-institucional, acomoda-se e ocupa o espaço reservado à objetividade para garantir melhor o momento subjetivo das proposições constitucionais fundamentais.

Com a referência aos direitos de liberdade, Schmitt desenvolve seu raciocínio, afirmando a proteção somente *indireta* de tais direitos por institutos jurídicos⁸¹², o que nada mais reflete senão a dimensão objetiva de tais direitos. Quando salienta que as garantias do instituto não estão voltadas para a *liberdade em si*, o faz segundo o ponto de vista dos direitos como puras emanções subjetivas de defesa em face do Estado. A questão, que surge, pois, é puramente terminológica de aceitação de um conceito mais abrangente, que transpareça as duas faces do fenômeno jurídico: momentos subjetivo e objetivo do direito fundamental. Dessa forma, tais considerações não retiram em nada a utilidade do texto de Schmitt, especialmente na identificação e precisão de conceitos, ou até mesmo, na afirmação da íntima relação ou interdependência entre as garantias de institutos jurídicos básicos⁸¹³.

A adoção desta postura liberal revelou em Schmitt, aliás, a compatibilidade do instrumento dogmático com o entendimento subjetivista dos

liberdade, mas antes devem garantir *normas de proteção e institutos de proteção* para defesa e contorno [no sentido de manobra de contorno] da liberdade.

⁸¹²“Das Grundrecht der Freiheit, d.h. der staatsfreien Sphäre, wird mit Rechstinstituten, typischen Normierungen und sogar mit staatlichen Institutionen umgeben, deren Garantie etwas anderes bedeutet als die Garantie der Freiheit selbst.” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 167). Tradução: o direito fundamental da liberdade, ou seja, a esfera livre do Estado, é rodeado por instituições jurídicas, normações típicas e até mesmo por instituições estatais, cuja garantia tem significado algo diverso da garantia da liberdade em si.

⁸¹³Esta relação tem o exemplo em Schmitt dos institutos da liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de imprensa: “Es ist dabei charakteristisch, daß die Freiheit der Meinungsäußerung, ein politisch besonders wichtiges Freiheitsrecht des bürgerlichen Rechtsstaates, mit der Garantie der „Freiheit“ eines bestimmten technischen Mittels der Meinungsäußerung, der Druckerpresse, verbunden sind” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 169). Tradução: “é característico aí, que a liberdade de manifestação do pensamento, um direito político de liberdade de especial importância do Estado de direito burguês, está ligado, juntamente com a garantia da “liberdade”, a um determinado meio técnico de manifestação do pensamento, a imprensa tipográfica”. A liberdade de manifestação de pensamento é um instituto porque cristalizado também por outras garantias, por exemplo, de delimitação de manifestações públicas em razão do poder de polícia: cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p. 170.

direitos fundamentais. A mudança somente se opera na consideração do conceito nuclear do instituto jurídico protegido, qual seja, liberdade, propriedade, sucessão, casamento, família, ou mesmo, a autonomia municipal, como direitos anteriores ao Estado numa acepção liberal, ou, por outro lado, como objetivações do espírito humano, no conceito institucional herdeiro do Estado Social, objetivações estas com fundo subjetivo mais ou menos forte de acordo com sua natureza originária de direito público ou privado. Sob um olhar eminentemente objetivo, as garantias são salvaguardas *imediatas* do instituto protegido, porque ele mesmo é tido por cristalização jurídica reveladora de seu sentido original; sob outro olhar agora subjetivo, ocorre apenas o afastamento do direito enquanto tal das garantias que a ele se referem de forma *conexa* ou *complementar*⁸¹⁴.

A teoria das garantias institucionais de Schmitt serviu mesmo para justificar as transformações pontuais de suas manifestações positivas mediante o distanciamento entre direito fundamental enquanto tal e as garantias a ele *conexas* e *complementares*⁸¹⁵, promovendo o fortalecimento destas *imagens de detalhamento* dos direitos fundamentais⁸¹⁶, e justificando sua natureza de *garantia* por protegerem não a si mesmas, mas a existência de seu objeto: a instituição a que se referem.

“Segundo K.Loewenstein, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderungen* 1931, p.289 e ss., é impossível um rompimento ou transgressão das garantias institucionais por lei constitucional, mas sim a revogação “existencial” da instituição mesma, que é exatamente o que as garantias institucionais devem impedir.”⁸¹⁷

⁸¹⁴“*Es entspricht dem Geist einer liberalen rechtsstaatlichen Verfassung, institutionelle Garantien nur als Konnex- und Komplementärgarantien zu einer allgemeinen Freiheit gelten zu lassen.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p. 171). Tradução: corresponde ao espírito de uma constituição liberal aceitar as garantias institucionais somente enquanto garantias conexas e complementares de uma liberdade geral.

⁸¹⁵“*Dieses Beispiel zeigt aber gleichzeitig, daß die institutionellen Garantien sich verselbständigen und einem eigenen Entwicklungsgesetz folgen*” (SCHMITT, Carl. ibid.). Tradução: este exemplo revela contudo ao mesmo tempo, que as garantias institucionais emancipam-se e seguem um desenvolvimento legal próprio.

⁸¹⁶“*jene Institutionen gegenüber dem Staate und den staatlichen Organisationen immer selbständiger, immer besser „gesichert“ werden.*” (SCHMITT, Carl. ibid.). Tradução: aquelas instituições tornam-se sempre mais independentes e melhor “garantidas” frente ao Estado e às organizações estatais.

⁸¹⁷SCHMITT, Carl. op.cit., p. 144. Tradução livre do original: “*Nach K.Loewenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderungen 1931, S.289ff., ist eine Durchbrechung oder*

As anteriormente citadas *totalidades conceituais* dos direitos fundamentais, que Schmitt utiliza para divisar das garantias institucionais os institutos em si, podem ser vistas, sob a óptica objetiva contemporânea, como a *norma objetiva de princípio*, de que fala Böckenförde⁸¹⁸; como *decisão axiológico-vinculante* de toda esfera normativa. As garantias institucionais afiguram-se-iam, desse ponto de vista, em uma maior densidade de tal objetividade, servindo para afastar o perigo, sempre constante nas considerações dos autores que tratam do tema, da *autonomia do conteúdo objetivo* dos direitos fundamentais⁸¹⁹. Nos clássicos direitos de liberdade, há que se atentar para a chamada *liberdade objetiva*, que se arroga a natureza originalmente aberta daqueles direitos, e a transparece como *pauta geral*⁸²⁰, afastando, com isso, a tendência de sujeição pura e simples desses direitos clássicos ao mesmo tratamento doutrinário fornecido aos direitos conformados objetivamente a partir do Estado Social. Tais pautas gerais são mais que proteções de institutos determinados; são expressões de sua infinitude original. Elas apenas introduzem, portanto, a consideração de abertura inicial dos direitos

Überschreitung institutioneller Garantien durch Verfassungsgesetz unmöglich, wohl aber die „existenzielle“ Aufhebung der Institution selbst, die aber gerade durch die institutionelle Garantie verhindert werden soll”.

⁸¹⁸Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 109 e ss.

⁸¹⁹Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op.cit., p. 123. Anota-se, ainda, a diferenciação feita pela corte constitucional espanhola entre direitos fundamentais e garantias institucionais, o que torna mais possível aquela criticada autonomização do conteúdo objetivo. Assim, Villalon, citando um caso daquele tribunal a respeito da autonomia universitária, demonstra o empenho do Tribunal Constitucional espanhol em desqualificar a autonomia universitária como garantia institucional, aproximando-a da sua concepção restrita de direitos fundamentais por ser evidente a sua vinculação à *liberdade acadêmica*. Cf. VILLALON, Pedro Cruz. In: PINA, Antonio Lopez. op.cit., p. 131. A teoria ora exposta, absorvendo a contribuição institucional, não permite tal antítese, que somente pode levar ao desgaste de ambos os lados: objetivo e subjetivo. A garantia institucional é justamente o momento de conciliação dos aspectos objetivo e subjetivo, e, conquanto não se confunda com o direito fundamental que garante, conforma-lhe sua essência e fornece os contornos por meio dos quais ele se apresenta na objetividade jurídica.

⁸²⁰Böckenförde explica a transposição dos direitos clássicos de liberdade para dentro da moldura objetiva institucional: “*Es evidente la proximidad a la concepción institucional de los derechos fundamentales que ve a la libertad de derecho fundamental como una institución objetiva. La libertad se generaliza pasando de ser una libertad subjetiva para los individuos a una libertad «objetiva» que aparece como pauta general.*” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op.cit., p. 122).

fundamentais expressa nos seus *limites imanentes (immanenter Schranken)*⁸²¹, para se poder compreender a delimitação objetiva assimilada pelas garantias institucionais, sem os excessos das concepções objetivas humilhantes do ser humano. Esse componente jusnatural dos direitos fundamentais é bem definido por Recasens Siches, em seu livro *Iusnaturalismos actuales comparados*, onde conclui dizendo que o papel do direito natural é o de influenciar *decisivamente* a conformação das relações sociais e do direito, mas que, sob um ponto de vista formal, não é o direito em si, como o quis Schmitt. O direito natural, continua Recasens Siches, é a *projeção da perfeição*, que influi no agir humano, mas que, por isso mesmo, deve ser encarado mediante sua função de valor a se atingir. É um componente de extrema relevância, que revela valores transcendentos, todavia, não participa da natureza do *produto final*⁸²². Tais valores corporificam os *argumentos de princípio* de Dworkin. São um componente que, ao lado do *acervo institucional*, direcionam a decisão jurisdicional.

A teoria de Schmitt torna-se incoerente em não permitir a configuração da teoria das garantias institucionais como parâmetro superior do ordenamento jurídico frente a um dado instituto. Tal omissão, nas considerações do autor, precipitou-lhe na incoerência de encarar como conteúdo objetivo de um direito fundamental, não o direito em si, cuja essência encontrar-se-ia em um momento político de expressão da homogeneidade nacional, mas a sua mera restrição legal. O parâmetro de limitação da essência de uma instituição jurídica básica foi dissociado da sua própria existência substancial, e com isso Schmitt impossibilitou a determinação objetiva do *núcleo essencial*⁸²³.

A consideração das especificações dos direitos fundamentais como expressões de sua própria essência é *premissa necessária* para a

⁸²¹Tratando do *significado suplementar (zusätzlich Bedeutung)* do art.2, I da Lei Fundamental de Bonn: cf. MAUNZ, Theodor & DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. 2ª ed., Munique e Berlin, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1963, pp. 55 à 63.

⁸²²Cf. RECASENS SICHES, Luis *Iusnaturalismos actuales comparados*. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid, Seccion de Publicaciones e Intercambio de la Universidade de Madrid, 1970, pp. 28-33.

⁸²³Para uma abordagem detalhada do conceito de núcleo essencial, vide: HÄBERLE, Peter. op.cit., pp. 108 à 127.

determinação dos conteúdos objetivos dos direitos fundamentais⁸²⁴, e, ali identificando o sentido cristalizado de um instituto, permite-se opô-lo à própria decisão política. A restrição do poder do legislador frente a tais limitações intrínsecas do próprio ordenamento jurídico foi rechaçada na república de Weimar, pois as expressões pontuais dos direitos fundamentais eram tidas por *proposições programáticas*⁸²⁵. A aplicação direta desses direitos somente pôde ser justificada mediante a aceitação de seu conteúdo objetivo. Assim, na Lei Fundamental de Bonn de 1949, introduziu-se o art.1º, parágrafo 3º, que determina sejam os direitos fundamentais auto-aplicáveis⁸²⁶. A Lei Fundamental de Bonn ainda deixou expressa a determinação em se deixar *intacta a substância dos direitos fundamentais*⁸²⁷, isto é, a proteção especial⁸²⁸ dada, no art.19⁸²⁹, ao seu *conteúdo essencial* (*Wesensgehalt*). A preocupação dos alemães com a proteção objetiva da essência dos direitos fundamentais os fez declarar expressamente a intangibilidade dos *núcleos essenciais*, entretanto a ausência de tal referência não é obstáculo a consideração séria do tema em sistemas jurídicos que não detenham um dispositivo explícito a respeito⁸³⁰. A presença, na constituição alemã, de uma proteção especial

⁸²⁴“con la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales irradiándose en todos los ámbitos del Derecho, tales derechos dejan de ser principios y garantías en la relación Estado-ciudadano para transformarse en principios superiores del Ordenamiento jurídico en su conjunto. Este es el punto decisivo y la premisa necesaria para el contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales.” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op.cit., p. 128).

⁸²⁵Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op.cit., p. 97.

⁸²⁶“Art.1 (...) (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”. No mesmo sentido, o art.5.º, §1.º da Constituição brasileira de 1988: “Art.5.º (...) §1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

⁸²⁷Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op.cit., p. 102.

⁸²⁸O tema do conteúdo essencial dos dispositivos jurídicos está intimamente ligado ao conceito de garantia institucional como *especial proteção constitucional a certas instituições*, com o fim de resguardá-las de uma supressão por via legislativa. Cf. SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre...*, p. 175.

⁸²⁹“Art.19 (...) (2) In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.”

⁸³⁰Defende-se aqui, portanto, a plena pertinência da discussão dos conteúdos essenciais no sistema jurídico brasileiro. A Constituição da Itália sequer fala de direitos “fundamentais”; não lhes confere tutela diferenciada e muito menos uma disposição que imponha respeito aos seus *núcleos essenciais*, como o art.19 2.1 da Lei Fundamental de Bonn e o art.53, parte 1ª da Constituição espanhola. No entanto, está em voga a discussão sobre os conteúdos essenciais dos direitos fundamentais. Alessandro Pace salienta: “el reconocimiento constitucional de un derecho dado «absorve», por así decirlo la tutela del contenido esencial del mismo.” (PACE, Alessandro. In. PINA, Antonio Lopez [et alii]. op.cit., p. 76). Se assim o é em dito sistema, com muito mais razão o tema deve ter acolhida no Brasil, em que há definição expressa dos direitos fundamentais e de sua especial proteção do

aos direitos fundamentais do art.79⁸³¹ da Lei Fundamental de Bonn é entendida como suficiente à cogitação dos núcleos essenciais. Tal dispositivo encontra seu correspondente na inclusão dos direitos fundamentais, pela Constituição Brasileira de 1988, entre as chamadas *cláusulas pétreas*⁸³².

art.60, §4.º, IV da Constituição de 1988, o que impõe naturalmente a cogitação do núcleo que sofre tal proteção. Como se não bastasse, há o entendimento dos próprios alemães de que o seu art.19 2.1 da Lei Fundamental de Bonn tem significado meramente *retórico*. Está-se a falar do entendimento do hoje considerado o maior discípulo de Konrad Hesse. Peter Häberle ensina com a autoridade de quem escreveu um livro amplamente divulgado sobre as *Wesensgehaltgarantien* do art.19 da Lei Fundamental de Bonn: “*La cláusula de contenido esencial no protege nada que no estuviera ya garantizado a partir de una visión global de los derechos fundamentales (...) Potencialmente debe la idea de contenido esencial — escrita o no — permanecer en la retaguardia del Estado constitucional: para supuestos límites en que aparezcan nuevos peligros para lo esencial de los derechos fundamentales; en que se atente contra la cultura de los derechos fundamentales o cuando se corra el riesgo de perder planteamientos arduamente elaborados por la dogmática o la pretórica jurídico-fundamental de la jurisprudencia constitucional. Es entonces llegado el momento de desempolvar la cláusula de contenido esencial como freno y barrera contra una conducta de los poderes públicos vulneradora o atentadora de los derechos fundamentales*” (HÄBERLE, Peter. In: PINA, Antonio Lopez [et alii]. op.cit., pp. 122/123). Finalmente, o próprio Häberle, após enorme gama de considerações a respeito da teoria institucional aplicada aos direitos fundamentais, salienta: “*En conclusión, es de tener presente que todas las perspectivas, que producen una garantía de los derechos fundamentales contra el legislador, han sido desprendidas sin referencia a la cláusula de la garantía del contenido esencial del artículo 19º, inciso 2), GG. Obviamente se ha hablado a menudo de la “esencia” de los derechos fundamentales o del Derecho, pero ello es una cuestión que puede ser válidamente afrontada independientemente del artículo 19º, inciso 2), GG; la solución de la cuestión en cuanto a «las verdades nacidas de la esencia del Derecho» es, en realidad, tarea fundamental de la ciencia jurídica, como ya Gierke ha enseñado.*” [HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe, Verlag C.F.Müller, 1962. *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen* 21. (trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 214)]. Para Häberle, o art.19 da Lei Fundamental de Bonn tem caráter meramente *declaratório*: cf.HÄBERLE, Peter. op.cit., p. 126.

⁸³¹“*Art.79 (3) Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig*”. Tradução: emendas a esta lei fundamental referentes a divisão da federação em Länder, a participação em princípio dos Länder na legislação, ou os princípios básicos constantes dos artigos 1 e 20, são inadmissíveis.

⁸³²“*Art.60. (...) §4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais.*”

Bibliografia para a 4.^a Parte

1. ABEL, Gunther. *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964. (Schriften zum Öffentlichen Recht XV).
2. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. (original: *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp-Verlag, 1986).
3. ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: analisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Editorial CIVITAS, 1994.
4. ASCHL, Albert (org.). *Staats- und verfassungsrechtliches Lexikon*. 6^aed., Walhalla und Praetoria Verlag, s/a, pp.153/154; 191; 232-244; 680-682.
5. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp.95-138.
6. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4^aed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, pp.75-119; 147-171; 200-227; 356-471.(Capítulos 3, 5, 7, 12, 13 e 14).
7. CASERTA, Marco. *Il diritto tra decisione ed ordine: brevi note su I tre tipi di pensiero giuridico di Carl Schmitt*. In: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Fundada por Giorgio Del Vecchio. Giuffrè editore, Vol.III, Serie IV, n.º LXXIII, julho/setembro, 1996, pp.527-545.
8. CREIFELDS, Carl. *Rechtswörterbuch*. 12^aed., Munique: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, pp.453-455; 539-543; 614/615; 1080/1081; 1432/1433.
9. FRANZ, Günther (org.). *Staatsverfassungen*. 2^aed., Munique: R.Oldenbourg, 1964, pp.191-225.
10. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa, Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997. (original: *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe: Verlag C.F.Müller, 1962. Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 21).
11. HOFMANN, Hasso; HUBIG, Christoph; LIPP, Wolfgang. *Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*. Vol.III, 7^aed., Wien-Basel-Freiburg: Verlag Herder, pp.99-109.
12. KLEIN, Friedrich & MANGOLDT, Hermann von. *Das Bonner Grundgesetz*. Band I, 2^aed., Berlin e Frankfurt a.M.: Verlag Franz Vahlen, 1966, pp.69-90.
13. LILLA, Mark. *The enemy of liberalism*. In: *New York Review of Books*. Vol.44, issue 8, 15 de maio de 1997, pp.38-44.
14. MAUNZ, Theodor & DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. 2^aed., Munique e Berlin: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1963.
15. MÜNCH, Ingo von; KUNIG, Philip [et alii]. *Grundgesetz-Kommentar*. Vol.I, 4^aed., Munique: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.
16. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito: a formação do decisionismo institucionalista schmittiano entre os*

- anos 1920 e 1940. Dissertação de Mestrado em Filosofia. Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo. Orientador: José Arthur Giannotti. 1993.
17. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo. *Carl Schmitt y la crítica al parlamentarismo*. In: PAVÓN, Dalmacio Negro (org.). *Estudios sobre Carl Schmitt*. Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1996, pp.311-331.
 18. PINA, Antonio Lopez [et alii]. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Editorial CIVITAS, 1991, pp.43-47(Favoreu); 51-75 (Cervati); 76-98 (Pace); 99-124 (Häberle); 125-137(Villalon); 245-259 (Kirchhof).
 19. RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol.I, 4ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
 20. RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid: Seccion de Publicaciones e Intercambio de la Universidad de Madrid, 1970, pp.28-33.
 21. SCHMITT, Carl. *Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung*. 1931. In:_____. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1958, pp.140-173.
 22. SCHMITT, Carl. *Aurora boreale. Tre studi sugli elementi, lo spirito e l'attualità dell'opera di Theodor Däubler*. trad. Valeria Bazzicalupo, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. *Diritto e cultura* 12. (original: *Theodor Däublers 'Nordlicht'. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die aktualität des Werkes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1916).
 23. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. trad. Francisco Ayala, Madrid: Alianza Editorial, 1992. (original: *Verfassungslehre*. 1928).
 24. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: allgemeine Lehren der Grundrechte*. Vol. III, Tomo I, Munique: C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, 1988.
 25. TILCH, Horst (org.). *Münchener Rechts-Lexikon*. Vol.II, Munique: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, pp.490/491; 285-293.
 26. ULRICH, R. Haltern. *High time for a check-up: progressivism, populism, and constitutional review in Germany*. Cambridge, Harvard Law School, 1996. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/96/9605ind.html>.

CONCLUSÃO

“Los hombres respecto de la sociedad, no somos como sillares de piedra colocados unos junto a otros. No somos meros componentes, sino que somos además los motores vivientes e activos de la sociedad. Los modos colectivos, entanto que tales, como formas objetivadas de vida, como cristalizaciones, son en sí mismo estériles. Pero esos modos colectivos, entanto que revividos por los hombres, los cuales los modifican y les van imprimiendo nuevos matices y cambios, reciben el calor de las existencias humanas vivientes.”, in Recasens Siches (1968): p.158

Há uma diferença entre *formas instituídas* e *instituições*. As formas instituídas são o componente conservador da instituição, mas não refletem sua totalidade, pois a instituição tem presente também as *forças emergentes*⁸³³. As garantias institucionais e do instituto protegem, pois, a instituição como um todo, e sua abordagem multifacetada não poderia permitir outra conclusão. Dessa forma, pertence a um momento posterior, não essencial para a explanação de sua teoria geral, o estudo das formas instituídas de cada direito fundamental e de sua sintonia com as forças emergentes e limites imanentes, que as plasmam continuamente: abrem-se, então, dois momentos de estudo quanto a cada direito fundamental, que a teoria das garantias institucionais tenta reunir de forma coerente.

Pode adiantar-se, no entanto, conclusão sobre quais direitos estariam sujeitos à aplicação da teoria das garantias institucionais. O componente institucional do direito implica no grau de objetivação de que foi alvo. A análise de dois exemplos extremos do rol de direitos fundamentais — direito a vida e direito a propriedade — elucida melhor tal gradação. A diferença que se procura é de grau; não de essência. Todo direito, em princípio, é passível de objetivação: pode ser conformado no ordenamento jurídico. Mas tal conformação implica no relativismo de sua expressão, e aí é que importa a análise de cada qual para se determinar seu grau de institucionalização. O direito a vida tem sua conformação essencial não excepcionável objetivamente, ao menos no Brasil, onde não se admite a pena de

⁸³³Vide, a respeito, nota 603, p. 157 e texto pertinente.

morte⁸³⁴. De qualquer forma, o direito a vida é evidentemente um direito cujo aspecto totalizador subjetivo — sua conformação isenta dos limites institucionais — ofusca quase por completo o seu aspecto de relatividade objetiva. Sua expressão alheia às delimitações objetivas abarca praticamente, hoje, a totalidade de seu conteúdo. Pelo contrário, o direito a propriedade perdeu, em sua evolução conceitual, grande espaço como direito absoluto, para ser delimitado⁸³⁵ por dispositivos que iluminam seu conteúdo mediante o seu situar no âmbito estrutural da instituição jurídica. Eis aqui uma explanação de aspectos práticos das conformações atuais dos direitos, mas que carecem de aprofundamento em ampla pesquisa de campo para firmar a autoridade e admitir a responsabilidade de dita diferenciação. Em princípio, entretanto, afirma-se, conscientemente, que a teoria institucional aplica-se potencialmente a todos os direitos, na medida em que esses transpareçam historicamente seu componente objetivo de conformação sistemático-jurídica⁸³⁶. Tanto mais delimitados em plexos normativos, tanto mais transparentes seus componentes institucionais, tanto mais pertinentes as aplicações da teoria das garantias institucionais.

As garantias institucionais e do instituto expressam não só o componente conservador, mas encerram, em sua filiação ao novo institucionalismo, sua abertura ao componente inovador, pois têm presente a unicidade do fenômeno.

Refletem uma dupla função: elas objetivam conteúdos jurídicos, enquanto referência *dinâmica*⁸³⁷ de evolução do sistema, e com isso agem como elemento instituidor; por outro lado, elas preservam um conteúdo já assimilado e objetivamente cristalizado, e com isso atuam como elemento instituído

⁸³⁴Há a permissão do aborto em certos casos, mas é bem verdade que a discussão aqui se refere muito mais ao momento de início da vida, que propriamente a transigência com a retirada da mesma.

⁸³⁵Quanto a utilização dos termos *restrição* e *delimitação*: vide transcrição referente às notas 728, p. 187 e 729, p. 188.

⁸³⁶Outros termos poderiam ser aqui colocados no lugar de *sistemático-jurídica*: estrutural; externa; em meio a um plexo normativo; sob um contraste institucional.

⁸³⁷O direito fundamental é também processo, e não só *status*. Tal processo promove à atualização das *projeções de valores (Wertvorstellungen)*. Cf. HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*. Karlsruhe, Verlag C.F.Müller, 1962. [Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 21] (trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 194).

(*eingerichtet*). O essencial em seu conceito está justamente em não transigir com o aparente antagonismo dos dois momentos, e, com isso, pretende promover-lhes uma coexistência pacífica. A teoria institucional transmite a constatação de que os momentos *instituidor/instituído* não podem prescindir um do outro. A existência de cada qual depende de sua abertura periódica à ingerência de seu antagônico. Se a função da constituição é a de dar estabilidade às instituições, mas se tal estabilidade não resulta estática, ela deve ser reconhecida em seu dinamismo⁸³⁸. Tal reconhecimento somente pode ser creditado ao respeito à correnteza que se estabelece na evolução dos institutos jurídicos. Respeitado esse curso, premia-se a estabilidade e confere-se à constituição força diretiva.

Não se trata de restringir a subjetividade através da objetividade, nem de se fazer o contrário, mas elucidar que a aproximação destas duas faces do fenômeno jurídico não compadece necessariamente a limitação recíproca dos momentos objetivos e subjetivos, e, sim, mediante sua conciliação, potencializa-lhes as respectivas manifestações concretas. A crítica que poderia permanecer está em se a atribuição de conteúdo à dinâmica institucional traria seu *relativismo*, e a resposta reside no fato de que é a *realidade da complexidade de interpretação jurídica*, que promove tal relativismo. A teoria institucional pelo contrário, compreendendo tal realidade, lança os olhos ao positivismo institucional e valoriza a cristalização histórica de parâmetros valorativos⁸³⁹. Somente lhes fixando as bases

⁸³⁸Vide, a respeito, capítulo intitulado “Natureza aberta da interpretação constitucional e em especial dos direitos fundamentais”, p. 55.

⁸³⁹Eis um trecho magnífico de Sacha Calmon a esse respeito: “Esta dicotomia entre *justiça e direito* é tão avelhantada quanto a humanidade. A lei, também o sabemos, é antes de tudo *veículo de qualquer conteúdo*, da justiça e da injustiça, da igualdade e da desigualdade. Nem por isso e até por isso devemos cuidar de insuflar no *direito-sistema os valores pelos quais a vida vale a pena ser vivida: liberdade, igualdade, justiça e segurança*. Se o direito “*é dever-ser*”, como diz Lourival Vilanova, “*é dever-ser de algo*”. Esta, precisamente a questão. Estamos mais preocupados com *o que deve ser* do que propriamente com o *dever-ser*, que é meramente instrumental, neutro de valor. Quanta amargura em ver *Enno Becker* recomendando dever ser o Direito Tributário alemão a expressão jurídica do nacional-socialismo de Hitler. É disso que se trata. Se a *lei* aceita qualquer conteúdo, bastando o domínio da *máquina do estado*, devemos fazer *política* para que o *direito* seja justo. E devemos deslocar a *legitimidade do sistema jurídico* do plano formal e político para o plano axiológico e *dentre as várias axiologias*, admitir como legítima, *apenas*, a que prestigie os valores da *liberdade, da igualdade, do pluralismo, da solidariedade e da democracia*. (...) O Direito enquanto *ordem positiva* reflete, tem refletido, o que lhe vai pela base. Ele é a prova acabada da nossa imperfeição. Instrumento de disciplinação das coletividades, através da *planificação prévia* dos comportamentos desejáveis tanto tem servido a Agostinho e sua *Civitas Dei* quanto a Hitler e o seu *Reich* de mil anos,

é possível destacar as garantias institucionais de sua consideração como meros sinônimos de núcleos essenciais, e, torná-las então úteis à compreensão do fenômeno jurídico-constitucional. Ela serve para dotar de racionalidade e previsibilidade a referida *teoria interna* de Alexy⁸⁴⁰ frente à evolução dos núcleos essenciais. Por isso, salienta-se que a teoria ora explanada acerca da dinâmica institucional de atualização do conteúdo jurídico não se resume à chamada por Häberle *teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, em que “*lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídico-fundamental*”⁸⁴¹; ela se aproxima da *teoria relativa*, em que se prioriza a “*indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales*”⁸⁴².

Eis o que muda no modo de se encarar os núcleos essenciais: o núcleo essencial é aquele sem o qual se descaracteriza o instituto jurídico, mas a discussão jurídica polêmica — os *hard cases* — situa-se em sua periferia, onde há dúvida quanto a sua extensão frente a outros direitos. A zona cinzenta é que é delimitada pela teoria institucional. O núcleo é, por natureza, intangível; não é passível de cogitação por ela, já que é uma teoria que se aplica ao espaço mutável da sua extensão. Há, portanto, um campo do conhecimento jurídico relativo aos direitos fundamentais, sobre o que a teoria institucional abre mão de opinar. Isso não quer dizer que ela seja inútil à salvaguarda daquele núcleo, pois ele é protegido de forma reflexa, à medida em que aquela teoria amortece, em um momento logicamente anterior, o avanço dos conteúdos próprios aos direitos entre si antagônicos.

As garantias institucionais⁸⁴³ comportam, ainda, uma dupla função, por um lado, *atualizadora e materializadora de conteúdo*, em virtude da

com igual eficácia.” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à constituição de 1988: sistema tributário*. 6ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1994, pp. 91 à 93).

⁸⁴⁰Vide, a respeito, nota 729, página 188.

⁸⁴¹HÄBERLE, Peter. In: PINA, Antonio Lopez [*et alii*]. op.cit., p. 120.

⁸⁴²HÄBERLE, Peter. *ibid*.

⁸⁴³O termo *garantia institucional* é aqui utilizado, como em diversas passagens, para designar tanto as garantias institucionais referentes a instituições de direito público, quanto as garantias de institutos de direito privado.

bagagem teórica de que foi fruto, e por outro lado, uma função *protetora da essência dos direitos fundamentais*, como decorrência lógica de sua assimilação de conteúdo jurídico. O institucional é *equilíbrio e interação*, e, por isso, as garantias institucionais não podem ser simplesmente, como também não podem deixar de ser proteção às formas instituídas. Para preservarem o instituído, têm de dosar sua manutenção e sua transformação de forma ponderada. Aqui uma consequência prática da teoria institucional: em casos de mudança de regimes jurídicos que afetem situações consolidadas no tempo, a teoria institucional exige a concomitante presença das *regras de transição* como requisito interno ao ordenamento jurídico para que ele não sofra de um déficit de normatividade. A transformação normativa deve ser *institucional*, ou seja, deve sopesar os pólos instituidor e instituído. Nestas considerações práticas⁸⁴⁴, a inexistência de regras de transição implicaria menosprezar o instituído pelo instituidor, e o momento da segurança jurídica⁸⁴⁵ restaria debilitado; sofreria de desprestígio frente ao momento revolucionário, e iria de encontro ao ideal do direito, que Savigny expõe como um sistema *seguro contra as usurpações da arbitrariedade*. A arbitrariedade, para a teoria institucional, responde pelo nome de *mudança abrupta*.

A supressão das formas instituídas por outras em sintonia com seu tempo é inevitável, mas a teoria institucional proclama a consciência disso para

⁸⁴⁴A título exemplificativo, podem ser enumerados certos casos, em que a transformação da situação jurídica exige uma análise institucional. É o caso, por exemplo, de uma viúva, que recebeu durante anos seguidos uma pensão com base em lei posteriormente declarada inconstitucional. Não seria crível, que ela fosse obrigada a devolver os valores atualizados até então recebidos. Os atos já praticados são salvaguardados pela segurança jurídica *stricto sensu*, mas é relegada à teoria institucional a função de orientar a disciplina do modo de extinção da pensão desde há muito recebida. Outro exemplo é o de um servidor público que fora nomeado para cargo criado por lei e que muito tempo depois é declarada inconstitucional. Não condiz com a razão anularem-se os atos por ele praticados, muito menos obrigá-lo a devolução dos valores recebidos pelo desempenho de sua função. Tais situações são tratadas pela existente teoria do funcionário de fato e novamente pela segurança jurídica *stricto sensu*. Resta à teoria institucional orientar a disciplina de extinção efetiva do cargo e determinação do destino de seu ocupante, o que somente pode ser feito dando-se ao mesmo tempo razoável à assimilação da transformação operada em sua situação jurídica.

⁸⁴⁵A segurança jurídica, na sua dimensão mais abrangente, é aqui apresentada como o *efeito delimitador na evolução jurídica*. Em âmbito mais restrito do conceito de segurança jurídica, a sua aplicação prática pode ser bem visualizada na chamada convalidação do ato nulo, quando este estiver qualificado pela boa-fé e lapso razoável de tempo. O tratamento esmiuçado do tema encontra-se em artigo doutrinário de nossa autoria intitulado: Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n.134, abril/junho, 1997, pp. 59-73.

dotar tal transformação de maior humanidade e precisão científica⁸⁴⁶. A aplicação da teoria institucional à questão dos direitos adquiridos deve, pois, ser feita com cuidado. Antes de tudo, há de se esclarecer que a abordagem dos direitos adquiridos difere essencialmente da abordagem institucional. A teoria institucional vê o sistema como algo mutável, enquanto o direito adquirido é a própria encarnação da imutabilidade. A teoria institucional aplica-se, assim, ao tratamento da modificação operada, e aí é que se afasta do direito adquirido, por se referir justamente aos casos não alcançados por ele: por tratar do *modus* de transformação de uma situação jurídica afetada, por exemplo, pela mudança de regime jurídico⁸⁴⁷. Isto já foi salientado nas consequências da segurança jurídica como um todo sob a óptica institucional: a necessidade de regras de transição. Significa a segurança jurídica como superação das contingências de momento. Nesse ponto, a teoria institucional funciona como freio de contenção dos efeitos modificadores do processo legislativo⁸⁴⁸, que trata o direito como variável. Ela ameniza os riscos do poder, temperando-o com a totalidade de sentido do ordenamento jurídico e de seus valores transcendentais, e protegendo o indivíduo de decisões imprevistas e tardias⁸⁴⁹. Encarna a proteção da boa-fé e da confiança (*Vertrauensschutz*)⁸⁵⁰ dos

⁸⁴⁶ Assim, Luhmann esclarece o direito como *ordem auto-substitutiva*: “*El derecho es un orden auto-sustitutivo, el derecho solamente puede ser sustituido por derecho, y de ahí resultan problemas de conexión y de inserción que han de ser informados por la dogmática*” [LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1974 (trad. Ignacio de Otto Pardo. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 36)].

⁸⁴⁷ Um exemplo atual e específico de mudança de regime jurídico qualificada por declaração de inconstitucionalidade superveniente está na declaração de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei 8.112/90, que exigia lei complementar para a implementação da mudança de regime jurídico dos servidores do Banco Central do Brasil de celetista para estatutário (ADIn 449-2-DF, agosto/96, relator Min. Carlos Mário Velloso). A teoria institucional exige a entrada dos servidores atingidos em um regime de exceção, até que, paulatinamente, sem transformações violentas, suas situações jurídicas sejam reaproximadas do regime comum. A opção pela aplicação do direito adquirido significaria perpetuar a diferença de regime no seio daquela autarquia, e a opção pela sua não-aplicação significaria desestruturar de forma abrupta o padrão de vida dos atingidos. A teoria institucional aplica-se à transição mesma entre regimes jurídicos.

⁸⁴⁸ Poder-se-ia introduzir aqui quaisquer modificações operadas mediante transformações de jurisprudência cristalizada no tempo.

⁸⁴⁹ Uma decisão é tida por tardia “quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade.” (REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1980, p. 71).

particulares na possibilidade de o Estado proporcionar-lhes um ambiente de estabilidade; no interesse público em se proteger a boa-fé e a confiança (*Treu und Glaube*) dos administrados⁸⁵¹.

Não são as instituições que entram em decadência, mas sim a sua *percepção*. Cabe ao raciocínio jurídico acompanhar a mudança institucional operada naquelas. Aí a importância maior das garantias institucionais, que segundo Bonavides *revalorizam os direitos da liberdade*, dantes concebidos em oposição irreduzível entre o indivíduo e o Estado, proclamando a transição de uma concepção de subjetividade para uma concepção de objetividade, com respeito aos princípios e valores da ordem jurídica estabelecida. Häberle faz referência a *construções dogmáticas* que hoje surgem para tentar solucionar a questão da *relação constitucional* entre a legislação e os direitos fundamentais mediante a percepção do *sistema objetivo de valores* e da *dupla natureza jurídico-subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais*, essa última própria dos ensinamentos de Konrad Hesse⁸⁵².

A garantia institucional é o momento dogmático de razão institucional, que corporifica, dá densidade, cristaliza, enfim, institucionaliza em si o plexo normativo de relações em torno a um determinado instituto ou instituição jurídica, adquirindo, com isso *conteúdo significativo* apto a direcionar a interpretação constitucional. A garantia institucional promove, portanto, as duas

⁸⁵⁰ Tratamento exemplar do tema da boa-fé e confiança para solução do antagonismo em concreto entre segurança jurídica e legalidade administrativa está em: SILVA, Almiro do Couto e. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. In: *Revista de Direito Público*, vol. 84, out/dez, 1987, pp. 46-63.

⁸⁵¹ Análise jurisprudencial sobre tal proteção no Supremo Tribunal Federal do Brasil em artigo de nossa autoria intitulado: *Segurança jurídica stricto sensu e legalidade dos atos administrativos*. In: *Revista de Informação Legislativa*, vol. 134, ano 34, abril/junho, 1997, p. 65 e notas: pp. 72/73.

⁸⁵² Cf. HÄBERLE, Peter. In: PINA, Antonio Lopez. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid, Editora CIVITAS, 1991, pp. 99-124: especialmente p. 102. Ainda, o renomado professor de Augsburg e discípulo de Hesse salienta a dupla dimensão dos direitos fundamentais: cf. HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe, Verlag C.F.Müller, 1962 [Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen 21] (trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 164).

funções da dogmática jurídica visualizadas por Aulis Aarnio no *esclarecimento dos conteúdos de uma norma jurídica* e em sua *sistematização*⁸⁵³.

São instrumentos dogmáticos formados pela cristalização de um plexo normativo por influxos permanentes, direcionais e direcionados, em uma relação bipolar dialética⁸⁵⁴, oriundos tanto de um positivismo jurídico, com a assimilação da objetividade, cuja atenção foi dada no Estado Social, e cuja implementação material o foi na Democracia Substancial, como de um positivismo sociológico, de elaboração jurisprudencial, conquanto sem menosprezar a influência valorativa limitativa de natureza jusnaturalista. É resultado do esforço de determinação de nortes interpretativos aptos a imprimirem segurança e maleabilidade ao sistema jurídico nas conseqüências determinadoras de rumo dos direitos fundamentais. Incorporam, portanto, uma dupla contribuição institucional, tanto no sentido de autopreservação, pelo acompanhamento das transformações efetivas do sistema jurídico, quanto pela encarnação em si do sentido próprio de cada instituição, proibindo-lhe a supressão de seu núcleo essencial. Exercem funções protetoras da essência da instituição, mas também, e com não menos importância, função diretiva como pólo atrativo das transformações assimiladas. Presente, pois, a função de proteção do núcleo essencial e preservação da integridade de uma cristalização normativa, e ainda, outra função polarizadora e dinâmica; conservadora e transformadora; diretiva e dirigida de conformação dos próprios direitos. O grau atual de sofisticação dos institutos jurídicos clama por um seu correspondente no campo dogmático. Conquanto esteja presente que a imperfeição das instituições acaba sendo suplantada pelo que Tocqueville chamou de seu *espírito e princípios gerais*⁸⁵⁵, o desconhecimento do seu funcionamento provoca um atraso não justificado na consecução de seus fins. Possuindo-se o *conhecimento*, no sentido de *sistematização, classificação e organização*, de que

⁸⁵³Cf. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 51.

⁸⁵⁴Sobre a *complementaridade* ou *polaridade*, que orienta a evolução histórica: cf. REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo, Editora Saraiva, 1963, pp. 220 e ss.

⁸⁵⁵Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *L'ancien régime et la révolution*. 1ª ed. de 1856 (trad. Yvonne Jean. *O antigo regime e a revolução*. 4ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 210.

fala Pierson⁸⁵⁶, do fenômeno institucional do direito, capacita-se o intérprete em modificar-lhe sua natureza, permitindo, enfim, o *controle* da manifestação da cultura tida por síntese objetiva do comportamento jurídico. Intentou-se, portanto, esclarecer a teoria sem a qual “as coisas e conhecimentos tornam-se desconexos e fugidios”⁸⁵⁷, e integrá-la com a aplicação da teoria institucional⁸⁵⁸. O entendimento desta teoria está em perfeita sintonia com o conceito de dogmática de Luhmann⁸⁵⁹, que deixa de ter seu aspecto distintivo na simples fixação do *dogma*, e passa a expressar-se justamente na delimitação de uma margem de controle da variabilidade do direito pela *limitação da arbitrariedade de suas variações*⁸⁶⁰.

A teoria institucional absorve os momentos instituído — acervo institucional delimitador do próprio conteúdo unitário do direito fundamental, e mesmo, no caso específico dos clássicos direitos de liberdade, os limites imanentes da citada⁸⁶¹ *pauta geral* como *liberdade objetiva*, — e instituidor — as forças emergentes, o ineditismo da liberdade, o subjetivismo —, e o faz, assumindo o papel de instrumento dogmático central para a compreensão desta relação envolta pela teoria institucional⁸⁶².

⁸⁵⁶Cf. PIERSON, Donald. *Teoria e pesquisa em sociologia*. 7ª ed., São Paulo, Edições Melhoramentos, 1962, pp. 47/48.

⁸⁵⁷PIERSON, Donald. op.cit., p. 49.

⁸⁵⁸“*las teorías institucionales fueron un capítulo del pensamiento pluralista entre las dos guerras, compartiendo un esquema conciliativo y organizativo de la conflictividad social, y representaron frecuentemente la tentativa de armonizar elementos de la tradición liberal con el reconocimiento de una realidad social organizada*” [RIDOLA, Paolo. In: HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe, Verlag C.F.Müller, 1962. *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen* 21. (trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 28/29)].

⁸⁵⁹“*La dogmática jurídica define dentro del marco de esta función [función transversal de control de consistencia con vistas a las decisiones de otros casos] las condiciones de lo jurídicamente posible, en concreto las posibilidades de la construcción jurídica de casos jurídicos. (...) Así, la dogmática jurídica constituye el plano más elevado y más abstracto de las posibles determinaciones de sentido del derecho dentro del propio sistema jurídico*” (LUHMANN, Niklas. op.cit., p. 34).

⁸⁶⁰Cf. LUHMANN, Niklas. op.cit., p. 32.

⁸⁶¹Vide, a respeito, nota 820, p. 212.

⁸⁶²A importância da teoria das garantias institucionais tem em Bonavides sua expressão, embora reconhecendo as insuficiências e vacilações doutrinárias do seu conceito: “uma das maiores novidades constitucionais do século XX é o reconhecimento das garantias institucionais, tão importantes para a compreensão dos fundamentos do Estado Social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado Liberal.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 450).

Procurou-se abordar o tema das garantias institucionais pelos seus aspectos essenciais, dos quais emana a maior problemática de sua aceitação. Fez-se isso acreditando que a compreensão de fundo é fundamental para qualquer passo a ser dado em direção a aplicações práticas do plano dogmático; acreditando que a bagagem teórica trazida soluciona, ou ao menos, deixa honestamente claros os pressupostos de seu entendimento. Um maior aprofundamento em cada garantia institucional e do instituto dependeria de estudos específicos histórico-positivo-jurisprudenciais de como se comportam no direito brasileiro cada uma das garantias incorporadoras das características institucionais. Enumerá-las *a priori* seria um passo precipitado e irresponsável. O sentido do estudo foi, ademais, o de fornecer subsídios e preencher o vazio teórico⁸⁶³ da abordagem do tema no Brasil. É um primeiro passo, que tenta dar sentido sistemático⁸⁶⁴ à introdução de tais garantias como instrumentos dogmáticos jurídicos, e portanto exibidores de uma contribuição à precisão conceitual no campo dos institutos jurídicos constitucionalmente protegidos.

Sejam, as garantias institucionais, entendidas como forma de remissão ao direito natural ou norte indicativo da chamada por Recasens Siches *projeção da divindade*, sejam entendidas meramente como instrumentos de objetivação de conteúdos jurídicos historicamente conciliados com valores fundamentais⁸⁶⁵, as críticas somente podem recair na adequação, ou imperfeição do mecanismo sistematizador de ditos conteúdos. Se as garantias institucionais forem

⁸⁶³ Assim, salienta Bonavides: “A garantia institucional tem sido mais descrita, analisada e particularizada como um instituto de direito público, materialmente variável segundo a natureza da instituição protegida, vinculada sobretudo a uma determinada Constituição ou a um determinado regime político de organização do Estado do que em rigor definida ou vazada na solidez de um conceito” (BONAVIDES, Paulo. *ibid.*).

⁸⁶⁴ Em Schmitt pode-se visualizar a importância da sistematização do tema das garantias institucionais para impedir a supervalorização do momento objetivo em detrimento do subjetivo: “*Diese [die Schutznormen und -einrichtungen zur Verteidigung der Freiheit] werden dann, solange kein klares Bewußtsein der verfassungstheoretischen Probleme vorliegt, unsystematisch verankert und werden schließlich kräftiger und heiliger als die fundamentalen Freiheitsrechte selbst.*” (SCHMITT, Carl. *Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung*. 1931. In: _____, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin, Duncker & Humblot, 1958, p. 169). Tradução: tais normas e instituições de proteção assistematicamente *ancoradas* para defesa da liberdade, enquanto não houver uma clara percepção do problema teórico constitucional, tornam-se mais fortes e sagradas que o próprio direito fundamental da liberdade.

entendidas como elo entre a positividade e o direito natural, antes melhor. Se, contudo, forem compreendidas como um momento de atribuição de conteúdo jurídico, isso é o mínimo que elas devem expressar, mas já suficiente para sua existência. A teoria das garantias institucionais tem o intento de valorizar o material jurídico, sem menosprezar a forma, mas deixa claro que o aspecto formal não pode ser o túmulo, onde se congelam relações sociais, mas a base de apoio a uma evolução, pois como disse Recasens Siches, a “*transformação do homem não é um mero acidente, mas revela precisamente sua substância*”⁸⁶⁶. Não se pode, entretanto, dizer que a teoria das garantias institucionais torna-se, com isso, um livro aberto a qualquer escrita. Sua contribuição está em racionalizar a objetividade jurídica e o modo de se encarar o direito deve sê-lo na medida em que permita a sistematização do conteúdo jurídico sem a deformação da transposição de conceitos, quando o puro entendimento diverso quanto à metodologia trazer consigo o germe contaminador da própria posição sistemática atribuída ao instrumento dogmático da teoria institucional. O que não se pode admitir quanto à opção metodológica é o que fez Schmitt, quando, ao encarar os direitos fundamentais como de essência anterior e superior ao Estado, o fez, relegando às garantias institucionais uma função negativa frente àqueles. Isso desestabiliza o pilar central da teoria institucional, que está na conciliação dos momentos objetivo e subjetivo, e nunca na sua restrição recíproca⁸⁶⁷.

Alcançou-se, com isso, a *função dogmático-jurídica*⁸⁶⁸ de produção de parâmetros de expansão e contração dos direitos fundamentais; a *função teórico-estatal* de vinculação da política soberana a garantias materiais; e

⁸⁶⁵ Quanto ao valor fundamental da dignidade humana, vide nota 760, p. 196.

⁸⁶⁶ O homem persegue um bem que é o fim de sua operação, a atualização da forma de seu próprio ser; ele procura dirigir-se a sua perfeição ontológica; tende, sem descanso, a um fim supremo e único, que, servindo de ponto de referência a todos os seus outros fins singulares, outorgue valor e sentido a toda sua biografia. Cf. RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid, Sección de Publicaciones e Intercambio de la Universidad de Madrid, 1970, p. 43.

⁸⁶⁷ Vide, a respeito, nota 806, página 208, e parágrafo correspondente do texto.

⁸⁶⁸ Para o detalhamento das *funções dogmático-jurídica, teórico-estatal e teórico-constitucional*, conferir: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 126, 127-129, 129-131.

a *função teórico-constitucional*, mediante a *aproximação e coordenação da construção do direito pela legislação e jurisdição constitucional*⁸⁶⁹.

Não se pretendeu, contudo, relegar à teoria das garantias institucionais a solução para o ideal humano de justiça, pois comumente *o bom difere do necessário*⁸⁷⁰, e, portanto, ela deve ser também inserida em uma ponderação efetiva de argumentos justificadores de sua aplicação, pois pode estar fundada unicamente em contingências de momento e reiterada por uma lógica utilitária em desprestígio do justo. Por isso, a teoria das garantias institucionais revela sua virtude mais sensível na cristalização dos conteúdos internos aos direitos fundamentais sem transigir, muito pelo contrário, valorizando, outros *índices de constitucionalização* das essências dos direitos, tais como a *fundamentação*, a *razoabilidade*, a *não-arbitrariedade*, a *proporcionalidade*⁸⁷¹ ...

⁸⁶⁹Böckenförde traduz bem este último momento: “*La primera [legislación] deja de ser creación jurídica originaria y se vé degradada a la concretización, la última [jurisdicción] deja de ser aplicación interpretativa del Derecho para ser elevada a la condición de concretización jurídico-creativa (...). De este modo se nivela la diferencia cualitativa anterior entre legislación y jurisdicción. Ambos — legislador y TCF — ejercen, de manera concurrente, construcción de Derecho en forma de concretización. En esta relación de concurrencia el legislador tiene la preferencia, pero el Tribunal Constitucional tiene la supremacía.*” — grifos nossos. (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op.cit., pp. 129/130).

⁸⁷⁰Cf. PLATÃO. *A república*. trad. Enrico Corvisieri. São Paulo, Editora Nova Cultural, 1997, p. 202.

⁸⁷¹Paolo Ridola, introduzindo obra de Häberle, assim expressa a preocupação deste autor: “*Todo ello debería tener, y en parte ha tenido, según Häberle, importantes repercusiones sobre el reclamo al Gemeinwohl [bem comum] como límite de los derechos fundamentales en la jurisprudência constitucional. De un lado, en efecto, él no es más un topos jurisprudencial libre, sino estrechamente vinculado a la Constitución. A este propósito, el autor, aun reconociendo las resistencias que ha encontrado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán una concepción así, de estrecha del bien común, advierte sin embargo que, sobre todo en el campo de los derechos fundamentales, el reclamo a criterios como la motivación, la razonabilidad, la no arbitrariedad, y sobre todo la proporcionalidad [Verhältnismäßigkeitsprinzip], cuyos requisitos são: que a restrição tenha sido operada para fins legítimos; por meios constitucionais válidos; que tais meios sejam apropriados (geeignet) aos fins desejados; que a restrição seja necessária (erforderlich) ao fim visado, ou seja, que haja uma mínima restrição possível ao valor constitucional; e que haja uma relação adequada (angemessen) entre a limitação do direito fundamental e os benefícios que dela advenham], pueden configurarse como otros tantos índices de la constitucionalización del Gemeinwohl, o mejor, de una interpretación del mismo “interna” a la esencia de los derechos fundamentales.*” (RIDOLA, Paolo. op.cit., p. 25).

Bibliografia final

1. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
2. ABEL, Gunther. *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungs-garantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964. (Schriften zum Öffentlichen Recht XV).
3. ALEMBERT (D'Alembert), Jean Le Rond d'. *Ensaio sobre os elementos de filosofia*. trad. Beatriz Sidou e Denise Bottmann. Campinas: Editora Universidade Estadual de Campinas, 1994. (original: *Essai sur les éléments de philosophie*).
4. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. (original: *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp-Verlag, 1986).
5. ANABITARTE, Alfredo Gallego. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: analisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Editorial CIVITAS, 1994.
6. ARISTÓTELES. *Política*. trad. Mário da Gama Kury, 3ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pp.121-160.
7. _____. *Ética a Nicômacos*. trad. e org. de Mário da Gama Kury, 3ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.
8. ASCHL, Albert (org.). *Staats- und verfassungsrechtliches Lexikon*. 6ªed., Walhalla und Praetoria Verlag, s/a, pp.153/154; 191; 232-244; 680-682.
9. BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. vol. I, 2ªed., Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), 1949.
10. _____. *Studi di Teoria Generale del Diritto. Diritto naturale e diritto positivo - diritto soggettivo e credito*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.
11. BARINCOU, Edmond (org.). *Maquiavel por ele mesmo*. trad. Alberto de Los Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. (original: *Maquiavel par lui-même*. Éditions du Seuil, 1957).
12. BATE, Walter J.. *Selected Writings of Edmund Burke*. New York: The Modern Library, 1960.
13. BOBBIO, Norberto [et alli]. *Dicionário de Política*. trad. João Ferreira (coord.), vol. I, 4ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. (original: *Dizionario di Politica*. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese (UTET), 1983.
14. _____. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2ªed., Milano: Edizioni di Comunità, 1972.
15. _____. *As ideologias e o poder em crise*. trad. João Ferreira. 3ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, pp.15-33. (original: *Le ideologie e il potere in crisi*. Florença: Casa Editrice Le Monnier, 1982).
16. _____. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra, trad. Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Editora Ícone, 1995.

17. _____. **Teoria do ordenamento jurídico.** trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 7ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. (original: *Teoria dell'ordinamento giuridico.* Editore G. Giappichelli, 1982).
18. BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Livraria Almedina, 1994. (original: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*. Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1951).
19. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
20. BODENHEIMER, Edgar. **Teoria del derecho.** trad. Vicente Herrero, México: Fondo de Cultura Economica, 1963.
21. BODIN, Jean. **Los seis libros de la republica.** trad. Pedro Bravo. Madrid: Aguilar ediciones, 1973, pp.46-73. (original: *Les six livres de la république.* 1576).
22. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 6ªed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
23. _____. **Curso de Direito Constitucional.** 4.ªed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993.
24. BORK, Robert H. *The Original Understanding.* In: Brison, Susan J. & Sinnott-Armstrong, Walter. **Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation.** Boulder: Westview Press Inc., 1993, pp.48-67.
25. BRUNEL, Pierre (org.). **Dicionário de mitos literários.** trad. Carlos Sussekind; Jorge Laclette; Maria Thereza Rezende Costa; Vera Whately, Rio de Janeiro: Editora Universidade de Brasília e José Olympio Editora, 1997, pp.46-51; 307-314. (original: *Dictionnaire des mythes littéraires.* 1988).
26. BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução em França.** trad. Renato de Assumpção Faria; Denis Fontes de Souza Pinto; Carmen Lidia Richter Ribeiro Moura, 2.ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. (original: *Reflections on the Revolution in France.* 1790).
27. _____. **Selected Works. Reflections on the Revolution in France.** New York: The Modern Library, 1960.
28. _____. **The Growth of Philosophie Radicalism.** London: 1928.
29. CANETTI, Elias. **Massa e poder.** trad. Sérgio Tellaroli, São Paulo: Companhia das Letras, 1995. (original: *Masse und Macht.* Hamburg, Claassen Verlag, 1960).
30. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil.** trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castilo e Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Union Tipografica Editorial Hispano Americana (UTEHA Argentina), 1944, pp.11-21.
31. _____. **Teoria geral do direito.** trad. Rodriguez Queiró e Artur Anselmo de Castro, São Paulo: Editora Saraiva, 1942.
32. CARRIO, Genaro R.. **Principios jurídicos y positivismo jurídico.** Buenos-Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
33. CARTER, Lief H. **Derecho constitucional contemporaneo. La Suprema Corte y el Arte de la Política.** trad. Carlos Alberto Pazos, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985. Colección Libros Esenciales de Derecho traducidos al español L.E.D.. (original: *Contemporary constitutional lawmaking.* Washington: Pergamon Press PLC, 1985).

34. CASERTA, Marco. *Il diritto tra decisione ed ordine: brevi note su I tre tipi di pensiero giuridico di Carl Schmitt*. In: **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Fundada por Giorgio Del Vecchio. Giuffrè editore, *Serie IV*, n.º LXXIII, vol. III, julho/setembro, 1996, pp.527-545.
35. CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
36. CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.
37. COELHO, Inocêncio Mártires. *A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes*. In: **Revista de Informação Legislativa**, n.134, ano 34, abril/junho, 1997, pp.99-106.
38. _____. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
39. CONDORCET, Jean-Antoine Nicolas de Caritat, Marquês. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura, Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1993. (original: *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*).
40. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma**. trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, 12ªed., 3ªreimp., São Paulo: Hemus Editora Ltda., 1996. (original: *La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 1864).
41. CREIFELDS, Carl. *Rechtswörterbuch*. 12ªed., Munique: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, pp. 453-455; 539-543; 614/615; 1080/1081; 1432/1433.
42. DEL VECCHIO, Giorgio. **Evoluzione ed involuzione nel diritto**. 3ªed., Roma: Tumminelli Editrice *Studium Urbis*, 1945.
43. _____. **Lições de Filosofia do Direito**. trad. António José Brandão, vol.II, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959.
44. DOBB, Maurice. **Studies in the development of capitalism**. 7ªed. (1ªed. de 1947), New York: International Publishers, 1978, pp.255-319.
45. DUGUIT, León. **La transformación del Estado**. trad. Adolfo Posada, Madrid: José Blass y Cia., s/ano.
46. DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. trad. Marta Guastavino, 2ªed., Barcelona: Editorial Ariel, 1989. (original: *Taking Rights seriously*. Londres: Gerald Duckworth & Co.Ltd., 1977).
47. EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. trad. René Ernani Gertz e revisão de Vamireh Chacon, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. (original: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlim: Duncker & Humblot, 1967).
48. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
49. FARIAS, José Fernando de Castro. **Espaço público e lógica institucional**. In: **Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Direito da PUC - Rio**, nº 7, julho/dezembro, 1995, pp.33-58.

50. FARIS, Ellsworth. *A natureza e significação dos "mores"*. In: Donald Pierson (org.). **Estudos de organização social**. Tomo II. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1949, pp.372-382. (Biblioteca de Ciências Sociais IX).
51. FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Vol.I (único), Roma: Athenaeum, 1921.
52. FICHTER, Joseph H.. **Sociologia**. trad. it de Hebe Guimarães Leme. São Paulo: Editora Herder, 1969, pp.296-319. (original: *Sociology*. Chicago: University of Chicago Press, 1958).
53. FIRTH, Raymond. *Organização social e estrutura social*. In: CARDOSO, F.H.; IANNI, Octávio. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965, pp.35-46.
54. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Editora Vozes, 1997. Coleção Pensamento Humano XVI. (original: *Wahrheit und Methode*. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1986).
55. GALLEGO, Elio A.. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid: Editorial Dykinson, 1996.
56. GIERKE, Otto Friedrich von. *Teorias Políticas de la Edad Media*. trad. Julio Irazusta, Buenos Aires: Editorial Huemul, 1963.
57. GÜNTHER, Franz (org). *Staatsverfassungen*. 2ªed., Munique: R.Oldenbourg, 1964, pp.191-225.
58. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. trad. Carlos Ramos; Jürgen Saligmann; César Landa. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997. (original: *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz*. Karlsruhe: Verlag C.F.Müller, 1962. Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen XXI).
59. HAMMOND, J.L. & Barbara. *The rise of modern industry*. 9ªed. (1ªed. de 1925), London: Methuen & Co. Ltda., 1966, pp.210-232.
60. HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. trad. A. Ribeiro Mendes, 2ªed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. (original: *The concept of Law*. 2ªed., Oxford: Oxford University Press, 1994).
61. HAURIOU, Maurice. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*. trad. Widar Cesarini Sforza, Milano: Giuffrè Editore, 1967.
62. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. trad. Norberto de Paula Lima, São Paulo: Ícone Editora, 1997.
63. HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. trad. Sylvio & Therezinha M. Deutsch, São Paulo: Nova Cultural, 1996. (original: *The worldly philosophers*).
64. HENSEL, Albert. *Institution, Idee, Symbol*. Königsberg: Gräfe und Unzer Verlag, 1929.
65. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. (original: *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J.C.B Mohr).
66. _____. *La interpretacion constitucional*. In: _____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp.33-57.

67. HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. trad. Antônio Correia, 8ªed., Coimbra: Arménio Amado Editora, 1987. (original: *Erkenntnistheorie*. Bonn: Ferd. Dümmlers Verlag, 1926).
68. HIRSCHMAN, Albert O.. **A retórica da intransigência: perversidade, futilidade e ameaça**. trad. Tomás Rosa Bueno, São Paulo: Companhia das Letras, 1992. (original: *The rhetoric of reaction: perversity, futility, jeopardy*).
69. HOFMANN, Hasso; HUBIG, Christoph; LIPP, Wolfgang. **Staatslexikon: Recht, Wirtschaft, Gesellschaft**. Vol.III, 7ªed., Wien-Basel-Freiburg: Verlag Herder, pp.99-109.
70. HUGHES, Everett Cherrington. *Institutions*. In: Robert E. Park (coord). **An outline of the principles of sociology**. New York, Barnes & Noble Inc., 1939, pp.281-347.
71. IHERING, Rudolf von. **El fin en el derecho**. trad. Leonardo Rodríguez, Madrid: B.Rodriguez Serra Editor, s/ano. (original: *Zweck im Recht*).
72. KELSEN, Hans. **Essencia y valor de la democracia**. trad. Rafael Luengo Tapia e Luis Legay y Lacambra, Barcelona: Editorial Labor S.A., 1934. (original: *Demokratie*. 1926).
73. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. trad. Luís Carlos Borges, Brasília: Editora Universidade de Brasília e Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990. (original: *General Theory of Law and State*. Russel and Russel Inc., 1961).
74. _____. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*. trad. Carmelo Geraci. In: KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè Editore, 1981, pp.229-291. (original: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. In: *Die Justiz*. Cadernos 11-12, Tomo VI, pp.576-628).
75. KIMMINICH, Otto. **Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes**. In: **Revista de Direito Público**, vol. 92, outubro/dezembro, 1989, pp.17-33.
76. KING, Loren A.. **Why be liberal? Carl Schmitt's challenge to liberal politics**. Cambridge: Massachusetts Institute Tecnology (MIT): doutorado em Ciência Política, 1997. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://web.mit.edu/lking/www/writing/limits-abs.html>.
77. KLEIN, Friedrich & MANGOLDT, Hermann von. **Das Bonner Grundgesetz**. Band I, 2ªed., Berlin e Frankfurt a.M.: Verlag Franz Vahlen, 1966, pp.69-90.
78. KNIGHT, Frank Hyneman. **Inteligência e ação democrática**. trad. Francisco J. Beralli, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989. (original: *Intelligence and democratic action*. University of Virginia, 1960).
79. KROEBER, A. L.. **O "Superorgânico"**. In: Donald Pierson (org.). **Estudos de organização social**. Tomo II. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1949, pp.231 à 281. (Biblioteca de Ciências Sociais IX).
80. LACAMBRA, Luis Legaz y Lacambra. **Derecho y libertad**. Buenos Aires: Valerio Abeledo - Editor, 1952.
81. LAJUGIE, Joseph. **As doutrinas econômicas**. trad. J. Guinsburg, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959. (original: *Les doctrines économiques*. Paris: Presses Universitaires de France).

- 82.LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. trad. José Lamago, 2ªed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. (original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5ªed., Berlin: Springer-Verlag, 1983).
- 83.LASKI, Harold. **El liberalismo europeo**. trad. Victoriano Miguélez, 12ªed., Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1992. (original: *The rise of european liberalism*. 1936).
- 84.LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. trad. it de Walter Stöner, 2ªed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. (original: *Ueber die Verfassung*).
- 85.LEVI, Alessandro. **Teoria Generale del Diritto**. Padova: Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950.
- 86.LILLA, Mark. *The enemy of liberalism*. In: *New York Review of Books*. Vol.44, issue 8, 15 de maio de 1997, pp.38-44. [ProQuest Periodical Abstracts 03260206]
- 87.LOURAU, René. **A análise institucional**. trad. Mariano Ferreira, Petrópolis: Editora Vozes, 1996. (original: *L'Analyse insitutionnelle*).
- 88.LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. trad. Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, pp.146-159. (original: *Legitimation durch Verfahren*. Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1969).
- 89._____. **Sistema Jurídico y Dogmatica Jurídica**. trad. Ignacio de Otto Pardo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. (original: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1974).
- 90.MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito: a formação do decisionismo institucionalista schmittiano entre os anos 1920 e 1940**. Dissertação de Mestrado em Filosofia. Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo. Orientador: José Arthur Giannotti. 1993.
- 91.MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe e dez cartas**. trad. Sérgio Bath, 2ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. (original: *De Principatibus*. 1515).
- 92._____. **A arte da guerra**. trad. Sérgio Bath, 3ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. (original: *Dell'arte della guerra*. 1519-1520).
- 93._____. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. trad. Sérgio Bath, 3ªed., Brasília: Universidade de Brasília, 1994. (original: *Discorsi sopra la prima deca di Tito Lívio*. 1513-1517).
- 94.MANNHEIM, Karl. *Isolamento social*. In: Fernando Henrique Cardoso & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.153-160.
- 95.MAUNZ, Theodor & DÜRIG, Günter. **Grundgesetz Kommentar**. 2ªed., Munique e Berlin: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1963.
- 96.MÜNCH, Ingo von; KUNIG, Philip [et alii]. **Grundgesetz-Kommentar**. Vol.I, 4ªed., Munique: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.
- 97.NIMKOFF, Meyer F. & OGBURN, William. *Acomodação e assimilação*. In: CARDOSO, F.H.; IANNI, Octávio. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.262-284.

98. _____. *Cooperação, competição e conflito*. In: CARDOSO, F.H.; IANNI, Octávio. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.236-261.
- 99.PARK, Robert. *O método de William Graham Sumner*. In: W.G.Sumner. **Folkways: estudo sociológico dos costumes**. Tomo I. Tradução de Lavinia Costa Villela. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1950.
- 100.PARSONS, Talcott & SHILLS, Edward. A. *A interação social*. In: Fernando Henrique Cardozo & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.125-127.
101. _____. *O conceito de sistema social*. In: Fernando Henrique Cardozo & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. 2ªed., São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.47-55.
102. _____. *El sistema social*. trad. José Jiménez Blanco e José Cazorla Pérez, Madrid: Revista de Occidente, 1966. Biblioteca de Política y Sociología IV. (original: *The social system*. Nova York: The Free Press of Glencoe, 1959).
- 103.PAVÓN, Dalmacio Negro (org). *Estudios sobre Carl Schmitt*. Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1996. (Colección VEINTIUNO).
- 104.PINA, Antonio Lopez [et alii]. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Editorial CIVITAS, 1991.
- 105.PLATÃO. *A república*. trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.
106. _____. [et alii]. *Sócrates*. trad. Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- 107.PIERSON, Donald. **Teoria e pesquisa em sociologia**. 7ªed., São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962.
- 108.POINCARÉ, Henri. *A Ciência e a Hipótese*. trad. Maria Auxiliadora Kneipp, 2ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. (original: *La Science et l'Hypothèse*).
- 109.PORTO, Walter Costa (coord.). **Declarações de direitos: apontamentos de Benedetto Croce, E.H.Carr e Raymond Aron**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988.
- 110.POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. trad. Jose Puig Brutau, Barcelona: Ediciones ARIEL, 1950. (original: *Interpretations of Legal History*, 1946).
- 111.PRIGOGINE, Ilya & STENGERS, Isabelle. **A nova aliança**. trad. Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira, 3ªed., Brasília: Universidade de Brasília, 1997. (original: *La nouvelle alliance; métamorphose de la science*. 1984).
- 112.RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. Cabral de Moncada, vol. I, 4ªed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1961.
- 113.RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Vol.I, 4ªed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- 114.REALE, Miguel. **Fundamentos do direito. Contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva**. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940.
115. _____. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Editora Saraiva, 1968.
116. _____. **Pluralismo e liberdade**. São Paulo: Editora Saraiva, 1963.

117. _____. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.
118. RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid em dezembro de 1969, Madrid: Seccion de Publicaciones e Intercambio de la Universidade de Madrid, 1970.
119. _____. *Lecciones de Sociologia*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1948.
120. _____. *Tratado general de sociologia*. 3ªed., Cidade do México: Editorial Porrúa, 1968.
121. ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1947.
122. _____. *El ordenamiento juridico*. trad. Sebastián Martin-Retortillo & Lorenzo Martin-Retortillo, Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1963. (original: *L'ordinamento giuridico*).
123. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. trad. Adolfo Posada, Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946.
124. SCHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. trad. Ernildo Stein, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985. (original: *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983).
125. SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. trad. Manuel Sanchez Sarto, Madrid: Editorial TECNOS, 1983. (original: *Der Hüter der Verfassung*. Berlin-Munich: Verlag Duncker Humblot).
126. _____. *Sobre el parlamentarismo*. trad. Thies Nelsson e Rosa Grueso, 2ªed., Madrid: Editorial TECNOS, 1996. (original: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. (1ªed. de 1923), Berlin-München: Verlag Duncker & Humblot, 1979).
127. _____. *Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung*. 1931. In: _____. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1958, pp.140-173.
128. _____. *Aurora boreale. Tre studi sugli elementi, lo spirito e l'attualità dell'opera di Theodor Däubler*. trad. Valeria Bazzicalupo, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. *Diritto e cultura* 12. (original: *Theodor Däublers 'Nordlicht'. Drei Studien über die Elemente, den Geist und die aktualität des Werkes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1916).
129. _____. *Tierra y mar: consideraciones sobre la historia universal*. trad. Rafael Fernandez-Quintanilla. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1952.
130. _____. *Teoría de la Constitución*. trad. Francisco Ayala, Madrid: Alianza Editorial, 1992. (original: *Verfassungslehre*. 1928).
131. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa. Que é o Terceiro Estado?**. trad. Norma Azeredo, 3ªed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. (original: *Qu'est-ce que le Tiers État?*. 1ªed de 1789).
132. SILVA, Almiro do Couto e. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. In: *Revista de Direito Público*, vol. 84, out/dez, 1987, pp.46-63.

133. SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. trad. Luiz João Baraúna, vols.I-II, São Paulo: Nova Cultural, 1996. (original: *An inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*).
134. SÓFOCLES. *Antígona*. trad. Maria Helena da Rocha Pereira, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
135. _____. *Édipo rei*. trad. Mário da Gama Kury, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1967.
136. SPÍNOLA, Francisco Elias de Tejada. *Introducción al estudio de la ontología jurídica*. Madrid: Gráficas Ibarra, 1942.
137. STANLIS, Peter J.. *Edmund Burke and the Natural Law*. New York: Vail-Ballou Press, 1958.
138. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: allgemeine Lehren der Grundrechte*. Vol.III, tomo I, Munique: C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, 1988.
139. SUMNER, William Graham. *Folkways: estudo sociológico dos costumes*. trad. Lavínia Costa Villela, Tomos I e II, São Paulo: Livraria Martins Editora, 1950. (original: *Folkways*. New York: Ginn and Company, 1906).
140. TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. (original: *Recht als autopoietisches System*. 1989).
141. THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. 2ªed., Stuttgart: Scientia Verlag AALEN, 1964. (1ªed., Weimar: Hermann Böhlau, 1878).
142. TILCH, Horst (org.). *Münchener Rechts-Lexikon*. Band 2, Munique: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, pp.490/491; 285-293.
143. TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. trad. Yvonne Jean, 4ªed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. (original: *L'ancien regime et la revolution*. 1ªed. de 1856).
144. TOYNBEE, Arnold. *The industrial revolution*. Boston: The Beacon Press, 1960.
145. TRIBE, Keith. *Genealogies of Capitalism*. New Jersey: Humanities Press, 1981.
146. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Editora Universidade de Brasília e Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
147. ULRICH, R. Haltern. *High time for a check-up: progressivism, populism, and constitutional review in Germany*. Cambridge: Harvard Law School, 1996. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/96/9605ind.html>.
148. VILLANOVA, Lourival. *Teoria da norma fundamental*. In: Cavalcanti Filho, Teófilo (org.). *Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp.1 à 52.
149. VILLEY, Michel. *Filosofia do direito. Definições e fins do direito*. trad. Alcides Franco Bueno Torres, São Paulo: Editora Atlas, 1977. (original: *Philosophie du Droit*. France, Jurisprudence generale dalloz Michel Villey, 1974).

150. WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. trad. M.Irene de Q.F. Szmrecsányi e Tamás J.M.K.Szmrecsányi, São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1967. (original: *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*. vol. I, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr, 1947).
151. WECHSLER, Herbert. *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*. In: _____. *Principles, Politics, and Fundamental Law - Selected Essays*. Cambridge: Harvard University Press, 1961.
152. WHITE, Leslie. *Os símbolos e o comportamento humano*. In: Fernando Henrique Cardozo & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pp.180-192.
153. WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1989.