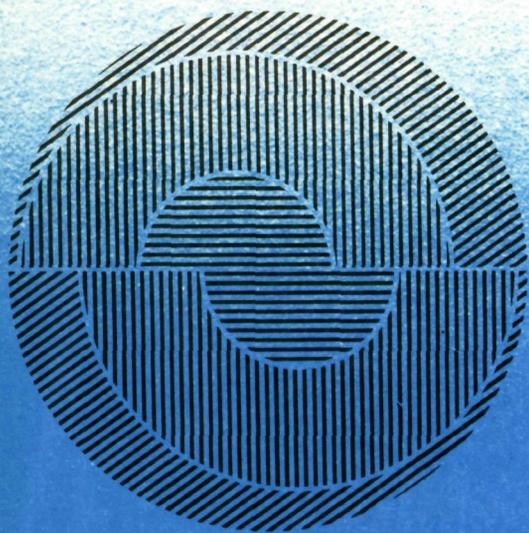


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1986

ANO 23 • NÚMERO 91

Metodologia constitucional

DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Da Consultoria-Geral da República

A idéia que não procura tornar-se palavra
é uma idéia inútil, e a palavra que não pro-
cura tornar-se ação é uma palavra inútil.

G. K. CHESTERTON

SUMÁRIO

- 1 — Introdução: A oportunidade do debate metodológico
- 2 — O Progresso das Ciências Sociais descritivas e o Direito
- 3 — Em busca da unidade metodológica: da instituição ao poder
- 4 — Apresentação do método cratológico
- 5 — Conclusões

1. Introdução: a oportunidade do debate metodológico

*O importante, muitas vezes, não
é descobrir o caminho certo, mas
abrir um caminho a mais.*

Num momento em que os desdobramentos políticos levam o Brasil às vésperas de sua sétima Constituição, é da maior importância renovar a percepção do constitucionalismo além do tradicional enfoque legal, ainda dominante nas Academias de Direito.

Os fenômenos sócio-políticos, que se pretende ordenar numa Carta, escapam à planície do tratamento positivo-formal e reclamam altos vãos em demanda dos anseios e aspirações da sociedade nacional e profundos mergulhos na intimidade dos mecanismos de poder que deverão ser estabelecidos para realizá-los.

Essas ampliações qualitativas do enfoque constitucional tradicionalista podem resultar de uma revisão metodológica que integre na

Ciência e Arte jurídicas os subsídios proporcionados pelos demais ramos das Ciências Sociais neste trepidante século vinte.

Uma incorporação seletiva desses variadíssimos aportes poderá fazer a diferença e, eventualmente, proporcionar a garantia de que a sétima Constituição brasileira não padecerá do irrealismo político que tanto nos dificultou e impediu uma autêntica e estável **vivência constitucional**.

A segurança da existência dessa autenticidade fundamental está na consistência política entre a letra da Constituição e a realidade social a que deve regular — nada mais que a **legitimidade** em seu aspecto primacial.

A herança juspositivista, que identificou durante tantas gerações a legalidade com a legitimidade, não ficou de todo varrida; a doutrina do **Rechtsstaat** teima em permanecer na formação do jurista brasileiro. Como conseqüência, o constitucionalismo nacional continua dedicando sua preferência ao problema da eficácia da norma — sua capacidade de produzir efeitos jurídicos — mais que à sua eficiência — a capacidade de produzir efeitos políticos.

Sacudir esse ressaibo juspositivista será um passo essencial para encetarmos a marcha em direção a uma Constituição para ser vivida e não, apenas, a uma Constituição para ser cumprida. A tarefa reclama uma abordagem além da legal: uma abordagem jurídica; um enfoque mais amplo que o setorial — um enfoque multidisciplinar e um questionamento pré-conteudístico — um questionamento metodológico.

É neste sentido que BURDEAU alertou que, como toda técnica, “o direito constitucional supõe uma tomada de posição inicial quanto aos elementos que ele aciona” (1) e defendeu a competência do jurista para realizar a necessária síntese, já que nada mais que o direito de uma sociedade nos ensina “sobre a natureza e os vícios do Poder que a rege” e, para isto, “é o jurista quem está melhor provido, pois que todos os problemas que a ciência política vai lhe propor, ele já teve ocasião de defrontar” (2).

Uma das lições mais ricas da moderna Ciência Política está no discurso do consenso e do dissenso. Se, nas sociedades institucionalmente estabilizadas, o **consenso** predomina e facilita a vida e a evolução constitucional, nas sociedades em mudança, o **dissenso** é a tônica e, por isto, suas características, em termos de poder incontido, de violência insopitável e de desordem institucional, devem ser tomadas

(1) GEORGES BURDEAU — “Traité de Science Politique”. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1966, 2.ª edição, Introdução, p. 8.

(2) BURDEAU — *op. cit.*, p. 6 (cf. A. MAST, “Aux frontières du droit constitutionnel et de la science politique”, **Res Publica**, 1959, pp. 17 e seguintes).

em consideração para que a ordem político-jurídica estabelecida seja como o junco: flexível mas inquebrável aos ventos das crises.

Não se adotarão, portanto, neste ensaio, posições filosóficas pre-determinadas sobre o **conteúdo** das instituições que devem receber assento constitucional; a **metodologia**, na medida em que ordena o pensamento para alcançar objetivos cognoscitivos, parte da vantagem de ser **wertfrei**, abstendo-se de esposar juízos de valor morais ou políticos; sua utilidade está na razão direta em que proporcione um **caminho** seguro e amplo, em que confluam todas as idéias construtoras, em que haja espaço para o encontro e o diálogo dos fins e dos valores e que não desborde nenhum campo da realidade sócio-política.

A metodologia, enfim, é libertadora e profundamente democrática, no tratamento desses temas tão impregnáveis de valores, sempre que for aberta e desinteressada.

E aqui está a razão deste ensaio e da escolha de seu tema. Estará justificada, na medida em que esta contribuição possa servir de alternativa a metodologias convencionais que, no bojo das próprias sistematizações, carregam intenções e alinhamentos doutrinários que se lhes permearam durante mais de dois séculos de constitucionalismo.

É preciso jamais perder de vista que não cabe ao jurista preencher o conteúdo valorativo das normas constitucionais; isto é prerrogativa do povo, através dos seus representantes, numa democracia. Compete-lhe, sim, dispô-las num sistema claro, harmônico e articulado que melhor sirva à realização de seus valores.

2. O progresso das Ciências Sociais descritivas e o Direito

Ciência não é mais que percepção.

PLATÃO

A sociedade e suas criações institucionais são objeto de estudo de uma cópia de disciplinas que as enfocam sob diversos ângulos e com diferentes métodos de abordagem. Essas disciplinas, a partir do século dezenove, continuaram a proliferar, a se esgalhar e a se recompor num ritmo crescente, ganhando, cada uma delas e o todo, em profundidade e complexidade.

O jurista, que se especializa no ramo normativo das Ciências Sociais, percebe o que se passa em torno, nos ramos descritivos, mas, a braços com o próprio desenvolvimento da Ciência do Direito, igualmente tão enriquecida, e premida pelas exigências da atualização profissional, nem sempre logra meditar sobre os novos aportes que

se lhe fluem constantemente da Antropologia, da Psicologia, da Economia e, principalmente, da Ciência Política.

A Ciência está sempre cambiando a visão do homem sobre o mundo e sobre si mesmo. As Ciências Naturais, em particular, notadamente após a civilização ocidental haver incorporado a pesquisa tecnológica à rotina de trabalho, mudam não só a visão do mundo como o próprio mundo; em consequência, o homem enfrenta renovados desafios à convivência social, a reclamar atualização conceptual e criatividade jurídica.

Por outro lado, as Ciências Sociais descritivas, que envolvem e interpenetram o Direito, também enriquecidas por modernos métodos de pesquisa e de análise, pouco a pouco vêm apresentando resultados que parecem superar sua tradicional deficiência no campo da experimentação e renovar sua importância no trato da problemática jurídica.

Como resultado, uma verdadeira explosão de conhecimentos abala antigas convicções e desvenda, em troca, sedutoras teorias, muitas delas capazes de lançar novas luzes na vetusta, respeitável, milenar Ciência do Direito, em especial no campo do Direito Público.

Já não se tem dúvidas quanto à existência de uma comunidade ou complexo de Ciências Sociais, em que as distintas disciplinas não apresentam compartimentação precisa. Ao contrário, embora cada uma delas apresente origens diferentes, enfoques específicos e ênfases características, cada vez mais a unidade ontológica do universo social fá-las convergir e interpenetrarem-se. Desta evolução epistemológica devemos extrair uma lição metodológica: a necessidade de ocupar os hiatos, explorar as lacunas interdisciplinares. E a solução está em bem aproveitar as metodologias disponíveis em cada uma delas e ensaiar teorias integrativas sobre a vida do homem em sociedade.

A Antropologia, da qual a Antropologia Social é um esgalhamento recente, adquiriu autonomia disciplinar durante o século dezenove. Costuma-se mencionar a obra do quacre e filantropo inglês PRITCHARD como um dos introdutores do método científico para o conhecimento das raças e das características morais de sua vida social⁽³⁾.

Embora desvencilhando-se laboriosamente da Etnologia, a Antropologia desenvolveu seu ramo social, cada vez com maior individualidade, a partir das obras de MORGAN⁽⁴⁾ e FRAZER⁽⁵⁾; com BOAS⁽⁶⁾ vêm à luz as interdependências estruturais e funcionais dos fatos

(3) JAMES COWLES PRITCHARD — *The Natural History of Man*, 1843.

(4) LEWIS HENRY MORGAN — *Ancient Society*, 1871.

(5) JAMES GEORGES FRAZER — *The Golden Bough*, 1890 — 1915.

(6) FRANZ BOAS — *The Mind of Primitive Man*, 1913.

sociais e, depois de uma série de extraordinários antropólogos, como RIVERS, HADDON, WESTERMARK, BENEDICT e HOBHOUSE, chega-se a uma teoria científica da cultura com MALINOWSKI (7).

Na Antropologia, no seu ramo social e, mais recentemente ainda, no seu sub-ramo político, vamos encontrar não tanto as respostas mas as indagações apropriadas a serem formuladas quando se examinam as mais simples expressões das relações interindividuais, tal como, caracteristicamente, ocorre no estudo das instituições e do poder na sociedade.

Os antropólogos sociais, nos últimos cinquenta anos, vêm procedendo a exames e oferecendo teorias a respeito da natureza das combinações políticas. Não lhes interessa o valor desse ou daquele sistema: interessam-lhes os princípios que regem as relações políticas de uma comunidade. “E no caso”, explica LIENHARDT, antropólogo social de Harvard, “as sociedades que cresceram e floresceram sem qualquer aparência de governo formal são pelo menos tão instrutivas quanto as monarquias, aristocracias, oligarquias e repúblicas mais conhecidas” (8).

Para demonstrar o extremo cuidado com que os antropólogos políticos atuais, como, por exemplo, MORTON FRIED, da Universidade de Colúmbia, tratam esses temas, que jazem na fímbria de Ciência Política, basta transcrever este parágrafo, bastante próximo do espírito deste ensaio: “Fui levado a escrever este livro” (**A Evolução da Sociedade Política — Um Ensaio de Antropologia Política**) “devido à minha ignorância de qualquer tentativa moderna de interligar as contribuições que têm sido feitas em várias subdisciplinas em uma teoria mais ou menos unificada da emergência da hierarquização, da estratificação social e do Estado” (9).

Passando à Psicologia, esta Ciência, depois de aventura freudiana no nebuloso reino da psicanálise e dos trabalhos da trindade maior de seus discípulos — ADLER, JUNG⁽¹⁰⁾ e STEKEL — teve em GRAHAM WALLAS⁽¹¹⁾ o grande pioneiro na investigação do desejo de poder na motivação humana. Sua obra mestra, **A Natureza Humana**

(7) BRONISLAW MALINOWSKI — *Scientific Theory of Culture and Other Essays*, obra póstuma publicada pela Universidade da Carolina do Norte em 1944.

(8) GODFREY LIENHARDT — *Antropologia Social*. Ed. Zahar, tradução publicada em 1973 (do original *Social Anthropology*, Oxford University Press, 1964), p. 61.

(9) MORTON H. FRIED — *A Evolução da Sociedade Política — Um Ensaio de Antropologia Política*. Ed. Zahar, 1976 (tradução de *The Evolution of Political Society — An Essay in Political Anthropology*, Random House, Inc., N. York, 1967), p. 11 — n/grifo).

(10) JUNG — Com seu estudo sobre os tipos psicológicos estimulou o estudo da tipologia política que vem assumindo cada vez maior expressão como uma possível chave da motivação humana para a participação política, condição essencial de uma democracia viva.

(11) GRAHAM WALLAS — *Human Nature in Politics*, 1908.

na Política, abre campo a ALLPORT, VERBA e MERRIAN e frutifica em LASSWELL, que, sob o método estritamente apropriado à pesquisa da atitude e do comportamento, abre novos caminhos para o entendimento de velhos fenômenos como o poder, a democracia, a liderança, os sistemas políticos e a personalidade política. LASSWELL, em sua mais conhecida obra, **Poder e Personalidade**, examina esses fenômenos e conclui que “o que há de comum em todas as relações de poder e de influência somente se realiza na política” (12). Por fim, não se hão de olvidar, nesta breve referência exemplificatória, as contribuições de equipe da chamada “Escola de Chicago”, que, aplicando a metodologia behaviorista, nos legou riquíssimas identificações de atitudes, comportamentos e tipos políticos.

A Sociologia, por fim, a partir de COMTE, irretorquivelmente seu fundador, GUMPLOWICZ, OPPENHEIMER e, até certo ponto, MARX. toca, cada vez mais, os campos da Política e do Direito. Possivelmente o marco da renovação está num tratado teórico de DURKHEIM publicado em 1894 — **As Regras do Método Social** (13) — inovando em matéria de metodologia sociológica e abrindo seu próprio caminho que, na sua última obra — **As Formas Elementares da Vida Religiosa** (14) —, permitiu-lhe examinar as difíceis relações de interação e de integração entre o individual e o coletivo. Sua tese principal — **Da Divisão do Trabalho Social** (15) — tem profundas implicações políticas e jurídicas, tendo influenciado, por isto, o jussociologista francês de DUGUIT e de HAURIOU (16).

Os novos ângulos abertos pela metodologia de DURKHEIM continuaram a provocar notáveis questionamentos nos campos jurídico e político; a conexão estava firmada — talvez a síntese disciplinar

(12) HAROLD DWIGHT LASSWELL — *Power and Personality*. The Norton Library, N.Y., 1948, p. 236 — (n/grifo).

(13) ÉMILE DURKHEIM — *Les Règles de la Méthode Sociologique*, 1894.

(14) ÉMILE DURKHEIM — *Les Formes Élémentaires de la Vie Religieuse*, 1912.

(15) ÉMILE DURKHEIM — *De la Division du Travail Social*, 1893.

(16) ÉMILE DURKHEIM é considerado o fundador da “Escola Sociológica” opondo-se a AUGUSTE COMTE, no próprio campo do positivismo científico, ao afirmar a especificidade do fato social e, por isto, da sociedade. Esta não seria, assim, um mero somatório de indivíduos, mas uma entidade nova, para alguns de seus discípulos, um novo ser. Em consequência, qualquer fenômeno humano, desde que relacionado à sociedade, só poderia ser estudado e interpretado sob o método sociológico, inclusive o político e o jurídico. Quanto aos juristas, LÉON DUGUIT (*Le Droit Constitutionnel et la Sociologie*, 1889) e MAURICE HAURIOU (*La Science Sociale Traditionnelle*, 1896) revelam sua preocupação sociológica, mas, embora adotando o sociologismo metódico, para marcar a ruptura com a Filosofia do Direito tradicional, nenhum dos dois compartilhou das teorias de DURKHEIM; é o que nos dá conta o depoimento de CHARLES EISENMANN em “Deux théoriciens du droit: DUGUIT et HAURIOU”, in *Revue Philosophique*, 1930, pp. 231 e seguintes. Na verdade, tiveram ambos posturas bem distintas e originais.

mais antiga das que até o momento recordou-se. Vale lembrar os nomes de CUIVILLIER, WEBER, WUNDT, MEAD, TALCOTT PARSONS, MERTON, GURVITCH, SOMBART, MANNHEIMER, INKELES e WRIGHT MILLS, numa lista que, seguramente, poderia ser várias vezes ampliada no mesmo nível científico. Um primeiro destaque, seja permitido, à contribuição de LÉVY-BRUHL⁽¹⁷⁾: “para o sociólogo, o direito é acima de tudo um fenômeno social”, definindo: “O direito é o conjunto das normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo momento **pelo grupo** a que pertencemos”⁽¹⁸⁾ e afirmando, enfim: “o direito emana do grupo social; as normas jurídicas exprimem a maneira como **esse grupo** entende as relações sociais”⁽¹⁹⁾.

Curioso é que, enquanto a interpenetração entre o Direito e a Sociologia preocupava autores, como os mencionados, outros — como o genial KELSEN⁽²⁰⁾ — se esforçavam, ao contrário, para “depurar” o Direito, apresentando-o como a “norma em si”, um “juízo hipotético” dotado de um comando coercitivamente imposto pelo poder do Estado. Mais curioso ainda que, considerando KELSEN o Direito como um **produto do Poder**, sem percebê-lo, voltava a atrelá-lo a um **fenômeno social!** como adiante se demonstrará à cabalidade.

Um segundo destaque, merece-o um alemão genial: MAX WEBER. Com sua pioneira investigação sobre a influência da mentalidade calvinista sobre o desenvolvimento do capitalismo, iniciou uma série de estudos sobre a influência da religião na sociedade⁽²¹⁾. Quatorze anos mais tarde, apresentou uma teoria sobre a racionalização progressiva das instituições que, de certa maneira, completa HAURIOU, numa perspectiva histórica, e reivindica, para isto, uma Sociologia axiologicamente neutra⁽²²⁾.

Finalmente, no seu **Sobre Sociologia e Política Social**, reunido postumamente em 1924, estende suas investigações à área da ciência política⁽²³⁾.

(17) HENRI LÉVY-BRUHL — *Aspects Sociologiques du Droit*, 1955.

(18) HENRI LÉVY-BRUHL — *Sociologia do Direito*, Ed. Difusão Européia do Livro, S. Paulo, 1964, p. 23.

(19) HENRI LÉVY-BRUHL — *op. cit.*, p. 42.

(20) HANS KELSEN — *Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 1920, e *Allgemeine Staatslehre*, 1925.

(21) MAX WEBER — *Die Protestantische Ethik und des Geist des Kapitalismus*, 1905.

(22) MAX WEBER — *Wissenschaft als Beruf*, 1919.

(23) MAX WEBER — *Soziologie und Sozialpolitik*, 1924. Também em certa medida, em sua outra obra póstuma — *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, no que toca à sociologia do prestígio e da liderança, “poder interior ou dominação carismática, como o viu, entre nós, PINTO FERREIRA (*Teoria Geral do Estado*, Ed. Konfino, Rio, 1957, 2.ª ed., Tomo I, p. 268, *in fine*). Tornar-se-á ao tema adiante.

É LÖEWENSTEIN, numa interessante monografia sobre as idéias políticas weberianas postas na perspectiva dos dias que correm⁽²⁴⁾, que nos chama a atenção para o fato de que WEBER era um jurista profissional, aliás o aluno favorito de MOMMSEN, e foi com esta base que empreendeu seus estudos de economia, como pós-graduação, e de Sociologia, que praticou devotadamente, como **scientia universalis**.

Especificamente, no que concerne a este ensaio, WEBER assume peculiar importância pela conceituação que deu ao **poder**, como habilidade de controlar o comportamento de outros, mesmo sem seu consentimento. Em termos de ação política, equivale a dizer que poder é a capacidade de participar efetivamente do processo de tomada de decisão.

Não menos valiosa é sua concepção da legitimidade do poder político, fundando-a na convicção popular de que ele é justamente exercido, respondendo à milenar indagação: por que os homens obedecem?

Quanto à Economia, após atingir sua maioridade com ADAM SMITH, muito antes das Ciências Sociais examinadas⁽²⁵⁾, desde logo se caracterizou como Economia **Política**. Sua rápida evolução se deve, também, à possibilidade de emprego de métodos matemáticos de análise e de síntese. A economia liberal, iniciada com SMITH, prosseguiu com MALTHUS, RICARDO, SAY, STUART MILL e BASTIAT (este na França) e, como é sabido, sua crítica fundamental foi feita por MARX, tudo ainda no século dezenove. Nos dias que correm, a ninguém ocorreria, sequer, destrinçar do Direito Econômico e da Política Econômica a Economia Política; notadamente depois das teorias das crises de FISCHER e KEYNES, das teorias do desenvolvimento de ROSTOW, MYRDAL e FURTADO e da teoria do estado da afluência de GALBRAITH.

Toca, finalmente, a vez de lançar uma vista de olhos sobre a Ciência Política. BURDEAU sintetizou muito bem a razão de o fazermos com maior detalhamento quando afirmou que “a regra jurídica é sempre expressão de uma política”⁽²⁶⁾.

Embora se remonte o estudo da Política aos gregos, costuma-se apontar MAQUIAVEL como o pai da Ciência Política. Mas seriam necessários, ainda, alguns séculos para desenvolver-se sua autonomia científica.

(24) KARL LÖEWENSTEIN — *Max Weber's Political Ideas in the Perspective of our Time*, The University of Massachusetts Press, 2.^a ed., 1972, p. 5.

(25) Foi em 1776 a publicação do *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, fundando o progresso econômico no tripé: trabalho, competição espontânea regida pelo interesse e total liberdade de iniciativa econômica sem intervenção do Estado.

(26) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, op cit, Tomo I, p. 36.

PRÉLOT preferiu ver, neste desenvolvimento, uma luta para desvencilhá-la primeiro da Economia; depois, da Sociologia e, por último, do Direito, apontando o papel decisivo da universidade norte-americana, através das denominadas cátedras de "Governo". Mas há dois pontos capitais a que se chama a atenção pela importância que têm para este ensaio: primeiro, que foi junto com o estudo do Direito Público, Constitucional e da Teoria de Estado que, no final do século dezenove, se firmaram as bases científicas da Política nos países mais adiantados da Europa e, segundo, que as cátedras de governo só produziram a vertente da escola empírica porque professores europeus emigraram para regê-las levando consigo essas bases, como FRIEDRICH, EINAUDI, GURIAN e FERRERO. O próprio PRÉLOT acaba reconhecendo essas duas circunstâncias⁽²⁷⁾.

Deve-se distinguir, assim, duas linhas da Ciência Política contemporânea, que se desenvolveram com métodos próprios e sem interações sistemáticas: a européia, que evoluiu do pensamento jurídico sobre o Estado, a instituição e o poder, e a norte-americana, que se diversificou na busca incessante de novos critérios de análise utilizando elementos da Sociologia e da Psicologia e, a partir delas, adotando o método empírico.

Embora se faça referência em separado a essas duas linhas para fins de clareza expositiva, o que nos aventuramos a sugerir é que, primeiro: há alguns pontos em comum que já produziram resultados que devem ser comparados e, segundo: que é útil ao publicista, mormente ao constitucionalista, rever certos conceitos e experimentar novos métodos a partir dessa compaginação.

Consciente das omissões, que sempre ocorrem quando se pretende relembrar nomes e obras, atente-se, inicialmente, para a linha européia.

Na Alemanha, BLUNTSCHLI, profundo conhecedor de BODIN, funda a Ciência do Estado⁽²⁸⁾, que, com o talento da notável tríade do positivismo jurídico tedesco — GERBER⁽²⁹⁾, LABAND⁽³⁰⁾ e JELLINEK⁽³¹⁾ —, se tornaria a Teoria Geral do Estado (a Allgemeine Staatslehre).

(27) MARCEL PRÉLOT — *La Science Politique*, Ed. Presses Universitaires de France, Capítulo II e Capítulo IV.

(28) JOHAN CASPAR BLUNTSCHLI — *Lehre von modernen Staat*, 1875 e 1876.

(29) CARL-FRIE VON GERBER — *Grundzüge des Staatsrechts*, 1880.

(30) PAUL LABAND — *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1876.

(31) GEORG JELLINEK — *Allgemeine Staatslehre*, 1900; primeira parte do conjunto que teria o título *Das Recht des Modernen Staats (O Direito dos Estados Modernos)*.

Dois outros destaques obrigatórios no desenvolvimento dos estudos do poder são os sociólogos OPPENHEIMER⁽³²⁾ e TIMASHEFF⁽³³⁾.

OPPENHEIMER aponta-nos as bases sócio-biológicas do poder, tal como VIERKAND e RUSSELL; embora o “instinto de dominação” não seja um elemento pacífico em Sociologia, a “teoria do interesse” veio demonstrar que é a necessidade conscientizada que faz aflorar o desejo de se obter o que se quer e, assim, talvez não o instinto, mas, sem dúvida, o impulso de dominação.

A TIMASHEFF se deve uma boa investigação sociológica do poder, chegando até a um bom conceito que se mostrou insuficiente precisamente porque ignorou a **institucionalização** do poder⁽³⁴⁾.

JELLINEK inova com seu método dos tipos; isolando os aspectos genéricos daqueles particulares, apresenta a definição de **tipos empíricos de fenômenos juspolíticos**, distinguindo-os dos **tipos ideais** que tinham sido propostos por WEBER, na mesma época, para emprego nas Ciências Sociais⁽³⁵⁾. O esforço weberiano, de pura lógica, foi retomado por KELSEN, que se concentrou na “depuração” do conceito de Direito⁽³⁶⁾ e de Estado⁽³⁷⁾.

No campo do Direito Constitucional, excelentes contribuições viriam ainda de SMEND e C. SCHMITT, influenciando nas gerações que se lhes seguiram.

Uma última menção, na Alemanha, deixamos para VIERKANDT⁽³⁸⁾, NAWIASKI⁽³⁹⁾ e HELLER⁽⁴⁰⁾. O primeiro, com sua visão sociológica do Estado, introduz uma tipologia do poder⁽⁴¹⁾ e o terceiro defendeu a identidade entre a Teoria Geral do Estado e a Ciência Política, procurando demonstrar a existência de raízes culturais que dispensam as construções abstratas. Foi esta tomada de posição que levou JUSTO LÓPEZ a observar, com rara acuidade, que com a obra de HELLER “se fecha o ciclo da teoria do Estado propriamente dita, e

(32) F. OPPENHEIMER — *System der Soziologie*, 1922, 1929 e *Machtverhältnis*, 1931.

(33) N. TIMASHEFF — *Le Droit, l'Éthique, le Pouvoir — Essai d'une Théorie Sociologique du Droit* — 1936.

(34) cf. PINTO FERREIRA, *op. cit.*, p. 266.

(35) MARIO JUSTO LOPEZ — *Manual de Derecho Político*, Kapeluz, Bs. Aires, 1973, p. 70.

(36) HANS KELSEN — *Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 1920.

(37) HANS KELSEN — *Allgemeines Staatslehre*, 1925.

(38) ALFRED VIERKANDT — *Sozialpsychologie*, 1931 e *Gesellschaftslehre*.

(39) HANS NAWIASKI — *Allgemeine Staatslehre*, 1945 a 1946.

(40) HERMANN HELLER — *Die Souveränität*, 1927.

(41) ALFRED VIERKANDT — *Gesellschaftslehre*, *op. cit.*, pp. 294-400. A tipologia foi adotada, posteriormente, por OPPENHEIMER (“Mächtverhältnis”).

que, a partir de então, esta última se impregna das características da Ciência Política e fica por ela absorvida” (42).

Na França, por tradição, a Ciência Política tem acompanhado os estudos do Direito Constitucional. Esta tradição teve origem na própria introdução dos estudos especializados e na criação da cadeira com esta denominação na Faculdade de Direito de Paris, em 1934, por iniciativa de GUIZOT, que convidou para regê-la o constitucionalista italiano PELLEGRINO ROSSI. E PAULINO JACQUES, comentando, chama a atenção para o fato de que BENJAMIN CONSTANT fora o pioneiro desses estudos (**Principe de Politique**, 1815, e **Cours de Politique Constitutionnelle**, 1820) mas “só com ROSSI surgiu a didática constitucional” (43).

Costuma-se, entretanto, atribuir a ESMEIN o início da linhagem constitucional francesa, com a publicação dos **Elementos** em 1895 (44), seguindo-se os dois gigantes: DUGUIT (45) e HAURIOU (46).

A produção francesa é surpreendentemente fértil e, aqui, ainda é mais difícil lembrar sem incorrer em grandes omissões. Por outro lado, a ciência política fica muito a dever a CARRÉ DE MALBERG (47), DE LA BIGNE DE VILLENEUVE (48), ao belga DABIN (49), a VEDEL (50), a BARTHÉLEMY e DUEZ (51), entre tantos outros.

E, para concluir a lista, a lembrança de um arguto teórico puro, MEYNAUD (52), de um vigoroso inovador metodológico, DUVERGER (53), e do maior tratadista da matéria, BURDEAU (54).

(42) MARIO JUSTO LÓPEZ — op cit., p. 71.

(43) **Curso de Direito Constitucional**, Ed. Forense, Rio, 1964, 4.ª edição, p. 21.

(44) ADHÉMAR ESMEIN — **Éléments de Droit Constitutionnel**, 1895.

(45) LÉON DUGUIT — **Traité de Droit Constitutionnel**, 1921-1925; os dois primeiros volumes são dedicados à Teoria Geral do Estado e à Ciência Política — **Leçons de Droit Public Général**, 1926. — Para WALINE, DUGUIT não praticou a ciência política senão inconscientemente e “esporadicamente” (apud PRELOT, ob. cit., p. 57).

(46) MAURICE HAURIOU — A bibliografia será mencionada na seção seguinte deste ensaio, ao estudar-se a contribuição do *doyen* de Toulouse.

(47) RAYMOND CARRÉ DE MALBERG — **Théorie Générale de l'État**, 1920 a 1922 (que PRÉLOT tem como um jurista puro — op. cit., *ibidem*).

(48) MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE — **Traité Général de l'État**, 1929 — **Principes de Sociologie Politique et de Sociologie Générale**.

(49) JEAN DABIN — **Doctrine Générale de l'État**, 1939.

(50) GEORGES VEDEL — **Introduction aux Études Politiques**, 1949.

(51) JOSEPH BARTHÉLEMY et PAUL DUEZ — **Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel**, 1926.

(52) JEAN MEYNAUD — **Introduction à la Science Politique**, 1959.

(53) MAURICE DUVERGER — **Méthode de Science Politique, e Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**, 1965.

(54) A menção é ao **Tratado de Ciência Política**, publicado entre 1949 e 1956, ao qual se farão repetidas remissões, que mais não fora, pelo método adotado ao centrar no fenômeno do poder o estudo integral do político.

Como se constata, de toda forma, tem razão PRÉLOT: “as Faculdades de Direito foram a verdadeira Escola de Ciência Política”⁽⁵⁵⁾ na França, irradiando-se para o resto do mundo graças à qualidade de seus mestres, de seus ensinamentos e da língua francesa.

Na Itália, embora pátria do “Diritto Costituzionale” como disciplina acadêmica, que produziu nomes como ORLANDO, SANTI-ROMANO⁽⁵⁶⁾ e BISCARETTI DI RUFFIA⁽⁵⁷⁾, a linha da “Dottrina dello Stato” tem em GROPALLI, DEL VECCHIO, BALLADORE PALLIERI e CROSA (que dedicou o primeiro volume de seu **Curso de Direito Constitucional** à “Teoria Geral do Estado Moderno”), significativos expoentes e, ainda na área jurídica, os mestres do “Diritto Pubblico”, como os ilustres RANELLETTI e ZANZUCCHI.

Sem conexão direta com o jurismo, na linha sociológica, estão PARETO⁽⁵⁸⁾, MOSCA⁽⁵⁹⁾, MICHELS⁽⁶⁰⁾, SARTORI⁽⁶¹⁾, PASERIN D'ENTRÈVES, e outros.

Com PARETO o estudo das elites alcança maturidade; com MICHELS, firma-se o estudo sociológico dos partidos políticos; com SARTORI, surge uma teoria integral da democracia e, a D'ENTRÈVES, deve-se a melhor investigação recente sobre a legitimidade.

Na Espanha, a formação jurídica básica também produz nomes de primeira grandeza, como POSADA, RUIZ DE CASTILLO, SANCHEZ-AGESTA, IZAGA, CONDE e VERDU, entre muitos outros. A orientação espanhola tem sido, tradicionalmente, de síntese, como é da índole do “Derecho Político”⁽⁶²⁾, no que acompanham “la madre patria” os autores da América Hispânica, conformando uma impres-

(55) MARCEL PRÉLOT, *op. cit.*, na tradução da Difusão Européia do Livro, S. Paulo, 1964, p. 56.

(56) EMILIO SANTI-ROMANO — *Curso de Diritto Costituzionale*, 1925 e 1926.

(57) PAULO BISCARETTI DI RUFFIA — *Lo Stato Democratico* 1946. Uma imensa contribuição, que ajuda a armar-se a tese deste ensaio, está na afirmação de que a concepção normativa do Direito não deve se opor, mas, antes, se complementar à concepção institucional, recorrendo à fonte de produção das normas.

(58) VILFREDO PARETO — *Trattato di Sociologia Generale*, 1916.

(59) GAETANO MOSCA — *Elementi di Scienza Politica*, 2.ª ed. 1923.

(60) ROBERTO MICHELS — *Corso di Scienza Politica*, 1927. Com relação aos partidos políticos; *La Soziologia del Partito Politico nella Democrazia Moderna — Tendenze Oligarchiche degli Aggregati Politici*, 1912.

(61) GIOVANNI SARTORI — *Teoria Democrática* — 1962.

(62) O *Curso de Derecho Politico*, de PABLO LUCAS VERDU, é um bom exemplo de exposição sistemática da matéria (ed. Tecnos, Madrid, 1976 — 2.ª ed. aumentada e revista).

sionante lista da qual destaca-se, por sua contribuição metodológica afinada a este ensaio, JUSTO LOPEZ ⁽⁶³⁾.

Em Portugal, o enfoque jurídico está presente com MARCELO CAETANO ⁽⁶⁴⁾ e, o filosófico, com CABRAL DE MONCADA ⁽⁶⁵⁾.

Em língua inglesa, prevalecem os autores da linha empírica, que serão referidos adiante, mas deve-se destacar, na Inglaterra, a extraordinária obra sobre o poder de BERTRAND RUSSEL ⁽⁶⁶⁾, a autoridade de LASKI ⁽⁶⁷⁾ e LINDSAY, e, nos Estados Unidos, WILLOUGHBY ⁽⁶⁸⁾ e MAC IVER ⁽⁶⁹⁾, o primeiro, um constitucionalista, e este último, o construtor de uma interessante ponte entre a Sociologia e a Ciência Política.

Por outro lado, a linha empírico-analítica, que a seguir se examinará sucintamente, praticada pelos **political scientists** norte-americanos e por seus seguidores, busca o conhecimento dos mesmos fenômenos a partir da observação experimental e da construção indutiva, intrinsecamente vinculada ao sucesso do behaviorismo e da psicologia, individual e de massa, interessados na chamada óptica do comportamento.

No rol, não menos extenso nem menos importante da abordagem empírica, destacam-se, entre outros, ELDERSFELD, JANOWITZ, BENTLEY, MERRIAN, DAHL, LASSWELL, LAZARSFELD, LIPSET, EASTON, EULAN, NEUSTADT, LIPPMANN.

Mas, como já se disse, a universidade norte-americana partiu da linha européia, na pesquisa de síntese com as contribuições às cadeiras de "Government" que a ela trouxeram ilustres imigrados

-
- (63) MARIO JUSTO LOPEZ — **Manual de Derecho Político**, Ed. Kapeluz, Buenos Aires, 1973. O autor nos dá a origem da expressão "Direito Político" como uma tradução "que, em épocas distintas, se fez de expressão francesa **Droit Politique** e da alemã **Staatsrecht**. Numa primeira etapa, a expressão começou a difundir-se em castelhano por motivo de circulação, em território espanhol, de uma tradução da famosa obra **O Contrato Social ou Princípio de Direito Político**, de Jean-Jacques Rousseau". A expressão se perdeu na França, mesmo depois de ter sido empregada por MONTESQUIEU no **Espírito das Leis**, levando os modernos tratadistas de Direito Constitucional a ampliar os títulos com a agregação de "Instituições Políticas" (cf. p. 79).
- (64) MARCELLO CAETANO — **Curso de Ciência Política e Direito Constitucional** (em 1972 com a 6.^a edição).
- (65) LUIS CABRAL DE MONCADA — **Universalismo e Individualismo na Concepção do Estado**, 1943, e **Filosofia do Direito e do Estado**, 1955.
- (66) BERTRAND RUSSELL — **Power, a New Social Analysis**, 1938.
- (67) HAROLD LASKI — **Authority in the Modern State**, 1919, **The State in Theory and Practice**, 1935.
- (68) W. W. WILLOUGHBY — **The Fundamental Concepts of Public Law**, 1931.
- (69) ROBERT M. MC IVER — **The Modern State, The Web of Government**, 1947.

e visitantes como FRIEDRICH⁽⁷⁰⁾, EINAUDI⁽⁷¹⁾, FERRERO⁽⁷²⁾ e GURIAN, que se frutificaram nas recentes aberturas sobre a teoria do poder que se deve a CATLIN⁽⁷³⁾, DEUTSCH⁽⁷⁴⁾, LÖEWENSTEIN⁽⁷⁵⁾ e MORGENTHAU⁽⁷⁶⁾.

Variaram, de linha para linha, de escola para escola, de época para época, de autor para autor, os enfoques de Ciência Política. Ora aproximando-a, ora extremando-a do Direito; ora reduzindo-a a disciplina acessória do Direito Público, como em BLUNTSCHLI⁽⁷⁷⁾ e em JELLINEK⁽⁷⁸⁾; ora ampliando-a para servir de base ao Direito Público, como em HAURIOU⁽⁷⁹⁾, MIRKINE-GUETZÉVITCH⁽⁸⁰⁾ e BURDEAU⁽⁸¹⁾; ora dissociando-a totalmente do jurismo, como propõe MAC IVER⁽⁸²⁾, o certo é que todos, decisiva e, por vezes, radicalmente, alteraram a visão do Direito Constitucional e contribuíram para sepultar o **formalismo jurídico**, essa manifestação patológica de isolacionismo científico, num movimento universal e sincrético cujos enriquecedores resultados apenas afloram.

A unidade básica das Ciências Sociais deveria partir, é certo, de algum ou alguns elementos fundamentais. Muitos foram propostos, alguns lograram adesões, outros não. Ainda assim, como na Química se partiu da substância para o elemento e do elemento para o átomo e, na Biologia, do corpo para o órgão, do órgão para o tecido e do tecido para a célula, pouco a pouco duas teorias definiram os **fenômenos básicos**, comuns a todos os seus ramos: a **instituição** e o **poder**.

A **teoria da instituição**, em HAURIOU, e a **teoria do poder**, em BURDEAU, encontraram seus grandes expositores e, completando-se,

-
- (70) CARL L. FRIEDRICH — *Constitutional Government and Democracy*, 1937.
(71) MARIO EINAUDI — *Le Origini Dottrinali e Storiche del Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi negli Stati Uniti d'America*, 1931.
(72) GUGLIELMO FERRERO — *The Principles of Power*, 1942.
(73) GEORGE E. GORDON CATLIN — *Systematic Politics — Elementa Politica et Sociologica*, 1962.
(74) KARL W. DEUTSCH — *Politics and Government*, 1970.
(75) KARL LÖEWENSTEIN — *Political Power and Governmental Process*, 1957.
(76) HANS MORGENTHAU — *Scientific Man v. Power Politics*, 1946 e *Politics among Nations*, 1948.
(77) JOHAN CASPAR BLUNTSCHLI — *Lehre von Modernen Staat*, 1856 e 1857.
(78) GEORG JELLINEK — *Allgemeine Staatslehre*, 1906.
(79) MAURICE HAURIOU — *Principes de Droit Public*, 1910.
(80) BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH — *Les Constitutions Européennes*, 1924, e *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, 1928.
(81) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, 1949 — 1956.
(82) ROBERT M. MAC IVER — *Society — An Introductory Analysis*, 1950.

tornaram-se essenciais, como se verá, para armar uma visão de síntese da sociedade e da totalidade de seus fenômenos. Coincidentemente, foram dois franceses e dois juristas⁽⁸³⁾.

Essa coincidência pode significar que BURDEAU tinha razão ao afirmar que o jurista tem mais condições de partir para a síntese em Ciências Sociais. Particularmente, no caso deste ensaio, o constitucionalista só teve a beneficiar-se com uma visão de conjunto e atualizada da Antropologia Política, da Sociologia Política, da Psicologia Política, da Economia Política e, mais particularmente, da Ciência Política.

Não por outra razão, em todos os países do mundo tem crescido a importância do ensino da Ciência Política nas Faculdades de Direito. Entre nós, MACHADO PAUPERIO já nos repetia isto, desde 1953, nas sucessivas edições de sua conhecida **Teoria Geral do Estado**⁽⁸⁴⁾.

Outra alternativa à tripartição de cadeiras — Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Ciência Política — seria unificá-las num currículo de dois anos sob a denominação abrangente de Direito Político⁽⁸⁵⁾.

Mas é chegada a hora de concentrar-se, este ensaio, nas duas teorias mencionadas que, como se disse, de certa forma se completam e nos oferecem uma excepcional base metodológica para o Direito Constitucional contemporâneo.

(83) MAURICE HAURIOU desenvolveu sua original teoria da instituição entre 1925 e 1930, tendo surgido, inicialmente, como um artigo "Théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)", publicado no **IV^e Cahier de la Nouvelle Journée**, 1925. GEORGES BURDEAU centrou a Política e o Direito no fenômeno do poder, tal como o expõe no seu **Traité de Science Politique**, surgido entre 1949 e 1956, um dos mais importantes do gênero e, seguramente, o de sistemática mais renovadora.

(84) Edição Forense, Rio, 1971, 6.^a edição, pp. 33 e 34.

(85) No Brasil, o Direito Político não é cultivado como uma unidade disciplinar; seu campo é coberto, em parte, pela Teoria Geral do Estado, pelo Direito Constitucional, pela Ciência Política e um pouco pela Sociologia, mas nas Faculdades de Direito só são ministradas as duas primeiras. Em consequência, os profissionais do jurismo, muitos dos quais se dedicarão a ramos do Direito Público, ficam privados de uma visão acadêmica, sistemática, formadora, dos fenômenos juspolíticos. Não por outra razão, a universidade francesa, identificando a lacuna, expandiu o campo do Direito Constitucional, que, como nós, havia recebido da doutrina italiana, para incluir fenômenos pré e extraconstitucionais sob a denominação composta de "Direito Constitucional e Instituições Políticas". Nas palavras do autorizadíssimo MAURICE DUVERGER, "Il signifie qu'on ne doit pas se tenir désormais à une analyse juridique des institutions politiques, mais qu'on doit insérer celle-ci dans une analyse plus complète et plus large, de nature sociologique: une analyse de science politique (**Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**, Presses Universitaires de France, Paris, 8.^a ed., 1965, Introdução, p. 7).

3. Em busca da unidade metodológica: da instituição ao poder

“De qualquer modo, há e permanecerá na Ciência um elemento platônico que não poderíamos afastar sem arruiná-la. Na diversidade infinita dos fenômenos singulares, a Ciência só pode procurar os invariantes.”

(MONOD) ⁽⁸⁶⁾

Nas Ciências Naturais, a metodologia consiste em identificar os fenômenos que não variam e buscar-lhes uma explicação: como são, como se derivam, como se interacionam, enfim, suas leis.

Se não existe, no arsenal do conhecimento, possibilidade de explicações satisfatórias, aproximamo-nos por tentativas, fazendo pesquisa pura, até que as alcancemos.

Assim foi, por exemplo, na Física, com as leis do movimento que antes das equações diferenciais não podiam ser suficientemente explicadas; assim, também, na Biologia, com as leis de reprodução celular, que antes da quebra do código genético só eram conhecidas rudimentarmente.

Nas Ciências Sociais, também há fenômenos que, seja qual for o ângulo em que os abordemos, antropológico, sociológico, econômico, psicológico, político ou jurídico, são invariantes.

A busca destes elementos também levou muitos séculos, mas sua explicação não está acabada, faz parte das vicissitudes inerentes ao trato das ciências do homem; mas a evolução teórica, embora sumariamente apresentada no item anterior, nos deixa antever os princípios de síntese de que necessitamos para reerguer a Ciência Política e a Ciência Jurídica sobre uma base metodológica una e coerente, capaz de ampliar e de aperfeiçoar a visão dos fenômenos sociais derivados que, todos, deveremos explicar, submeter a normas ou recriá-los em benefício do homem. Na linha do ensinamento aristotélico: saber (theorein) — fazer (prattein) — criar (poiein).

Para o **Constitucionalismo**, como ciência e **praxis**, esses elementos são a invariância básica — o átomo, a célula, o tijolo —, mantêm relação de continente e conteúdo e é sobre eles que devemos **fazer e criar**, como na lição de ARISTÓTELES, mas, desde logo, é preciso **saber**; conhecer a **instituição** e o **poder** como hoje se apresentam.

(86) JACQUES MONOD, *O Acaso e a Necessidade*, Ed. Vozes, Petrópolis, 1972 — 3.^a ed., p. 119.

A instituição

MAURICE HAURIOU, titular da Cadeira de Direito Administrativo da Universidade de Toulouse, escreveu numa época em que ainda eram hegemônicas as letras jurídicas alemães no Direito Público; em que o formalismo, representado na respeitável trindade GERBER — LABAND — JELLINEK, parecia indisputável e, em que no seu próprio país, apenas DUGUIT erguia a voz, com o seu sociologismo; mas, mesmo assim, criou um monumento científico que transcende escolas e lançou as bases para uma unidade metodológica conceptual comum a várias disciplinas sociais: a **teoria de instituição**.

Já em 1910, ao publicar os seus **Principes de Droit Public** ⁽⁸⁷⁾, HAURIOU inseria um capítulo sobre a instituição chamando a atenção para o fato de que não iria tratar de “instituições da técnica jurídica, mas aquelas que são diretamente os **elementos** da organização social”, explicando, ainda, que “Estas instituições podiam ser corpos ou coisas” ⁽⁸⁸⁾. Na mesma obra avançou que a instituição, sendo **ela própria** uma “figura jurídica”, porque é nela que a regra do direito toma vida, é também **matriz** de outras normas jurídicas destinadas a mantê-la ⁽⁸⁹⁾.

Já observava, então, que, sendo o Estado também uma instituição, a mais complexa de todas, ele é, ao mesmo tempo, uma “figura jurídica”, como as demais, e uma fonte de normas (nacionais) “pour le maintien des situations établies dans ce groupe” ⁽⁹⁰⁾.

Essas idéias tinham grande aproximação com as que estavam em voga, desenvolvidas no quadro de sociologia do final do século passado ⁽⁹¹⁾. Mas só no final dos anos vinte, HAURIOU consegue integrá-las numa teoria ampla, chegando ao seguinte conceito: “Uma instituição é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e permanece juridicamente num meio social” (ver obra citada na nota 83). Mas para que ela permaneça, se imponha e realize a idéia, **um poder emerge**, se organiza, e **passa a dirigir o grupo**.

(87) Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & du Journal du Palais.

(88) **Op. cit.**, p. 123 (n/tradução e grifo).

(89) **Op. cit.**, p. 135 (n/tradução).

(90) **Op. cit.**, p. 135. A citação val no original para não privar, mais uma vez, o leitor da prosa tersa e elegante do Decano de Toulouse. A expressão “nacionais” está apostada, embora entre parênteses, para indicar que o grupo social gerador da instituição estatal é a **nação** e é ela, também, a destinatária da “manutenção” coletiva de seu direito.

(91) A posição central da instituição na sociologia de então pode ser constatada em obras importantes da época, como em J. W. POWELL — “Sociology, or the science of institutions”, in **American Anthropology**, (899, pp. 475 e ss., ou no artigo de FAUCONNET et MAUSS, para o verbete “Sociologie” da **Grande Encyclopédie**.

Mas o **poder** apenas incidentalmente interessou a HAURIUO; como se verá, seria necessário mais um quarto de século para que ele viesse ocupar o centro da Ciência Política.

Como nas Ciências Naturais é o átomo ou a célula, nas Ciências Sociais, a **instituição** seria a unidade irreduzível das estruturas sociais. O homem se organiza para a vida em comum **institucionalmente**. Em mais um quarto de século, MALINOWSKI o diria quase da mesma forma, adotando a instituição como o centro da Antropologia, entendida como Ciência da Cultura⁽⁹²⁾ e identificando-a como “unidade legítima da análise cultural”⁽⁹³⁾.

HAURIUO viu no núcleo da instituição uma **idéia**: o princípio que lhe dá vida e em torno do qual solidarizam-se os indivíduos, organizam-se e executam funções. A idéia é um **interesse** capaz de atrair as vontades e orientar as atividades. A instituição é, assim, a um só tempo, um “centro de interesses”, um “centro de vontade” e “um centro de funções”⁽⁹⁴⁾.

Para a realização de suas funções no meio social, o poder atrativo e organizativo da instituição vai além da adesão dos indivíduos e afeta também meios materiais de toda ordem.

Pessoas e coisas tornam-se, destarte, **instrumentais** para que permaneça e se realize a idéia nuclear institucional, **transcendendo as vontades que a criaram** e a dotaram de poder: a instituição passa a ser um **ente complexo social**, como o enquadraria MORIN em sua revolucionária teoria do método⁽⁹⁵⁾.

GEORGES RENARD, discípulo e seguidor de HAURIUO, ocupou-se mais profundamente dos aspectos ontológicos da instituição e nela encontrou outra vantagem metodológica; ela resolvia a antinomia tradicional entre o individualismo e o sociologismo, situando-se como o ponto crítico em que a **vontade individual** se torna **vontade coletiva** ou, numa linguagem mais atual — em que o poder individual se volve poder grupal⁽⁹⁶⁾.

(92) “Eu desafiaria o leitor a mencionar qualquer objeto, atividade, símbolo ou tipo de organização que não pudesse ser colocado dentro de uma instituição ou de outra, embora alguns objetos pertençam a várias instituições, desempenhando papéis específicos em cada uma delas” — BRONISLAW MALINOWSKI — *Uma Teoria Científica da Cultura*, Ed. Zahar, 1975, 3.^a edição, p. 150. Esta obra é póstuma, os originais datam de 1941.

(93) MALINOWSKI, *op. cit.*, p. 149.

(94) *Principes de Droit Public* — J.-B. Sirey, Paris, 1910, p. 647.

(95) EDGARD MORIN — *O Método, I — A Natureza da Natureza*, trad. Publicação Europa-América, p. 139.

(96) GEORGES RENARD — *La Théorie de l'Institution*, Librairie du Recueil Sirey, 1930, 1.^o vol., p. 13.

Da lição de HAURIUO, até MALINOWSKI, pode-se afirmar que a sociedade é organizada por um complexo de miríades de instituições que cobrem todos os aspectos da convivência. Originariamente a instituição tem surgimento espontâneo, ditado pelo tácito consenso sobre a conveniência de sustentar-se uma idéia, repetir-se uma função, dar permanência a uma relação. Com a evolução, a sociedade passa a **especializar** algumas instituições em **produtoras** de novas formas institucionais; a partir daí o consenso, embora não perca sua importância, não mais se dá diretamente, em relação à instituição derivada. As **instituições derivadas** não necessitam mais que do consenso indireto, presumidamente insito na vontade criadora das **instituições originárias**.

Da mesma forma, para exercer a função de garantir que aquelas instituições não diretamente produzidas pelo consenso se imponham a todos, diferencia-se, também, outra categoria de instituições derivadas: as **instituições sancionatórias**.

Em suma, coexistem duas ordens de instituições: as naturais ou **originais**, criações espontâneas da convivência, oriundas do consenso tácito e direto, de lenta elaboração social, que respondem pelo desenvolvimento dos usos, dos costumes e das normas legais rudimentares, e as artificiais ou **derivadas**, criações impostas ao meio social, produto da vontade organizada da sociedade ou de parte dela, ou até mesmo de um indivíduo, que se valem da norma legal completa (preceito e sanção) para prevalecerem.

E, assim, chega-se ao Estado. RENARD avisou, a propósito, que não tentaria, em seu ensaio de ontologia jurídica, armar uma teoria do Estado; "Eu constato, simplesmente, o fato do Estado", disse, ao inseri-lo no rol das manifestações institucionais; "Se o Estado não é mais que uma "espécie" do gênero "instituição", a teoria do Estado pressupõe a teoria da instituição" (97).

Mas há outras instituições em Direito Público, acrescenta RENARD "... aliás o Estado não é senão um fenômeno secundário que se acopla a um fenômeno primário: a nação" (98). E o próprio Estado é o suporte de uma cópia de instituições outras, tenham ou não nele a sua origem.

É por esta razão que associações de todo gênero, sindicatos, empresas, organizações científicas, educacionais ou culturais, partidos políticos etc., todas essas instituições **não estatais**, embora não sendo geradas pelo poder do Estado, passam a existir e a atuar **no quadro** institucional do Estado. É por isto que o Direito Constitucional, adverte

(97) GEORGES RENARD, *op. cit.*, p. 152.

(98) GEORGES RENARD, *op. cit.*, *ibidem*.

RENARD, **deve** abranger todo este domínio institucional⁽⁹⁹⁾; o **Direito Constitucional** é, assim, mais amplo que um direito estatal⁽¹⁰⁰⁾.

O Estado não é apenas uma instituição central, mas uma instituição moldura. Embora não seja a única instituição importante para as considerações juspolíticas, pois o são, tanto ou mais, a **nação** e o **regime político**⁽¹⁰¹⁾ por ela escolhido, é a que mais releva para o Direito Constitucional por ser a **manifestação dominante** nas sociedades contemporâneas, a organização suprema de cada nação soberana do planeta e, historicamente, a solução mais eficiente de racionalização do poder, na sintética expressão de MIRKINE-GUETZÉVITCH⁽¹⁰²⁾.

Como instituição, que é, complexo de pessoas e de coisas, inclusive um espaço físico⁽¹⁰³⁾, organizado em torno da idéia fundamental de soberania⁽¹⁰⁴⁾, a instituição estatal é permanente e estável⁽¹⁰⁵⁾.

A contribuição de HAURIOU se constituiu, assim, na primeira grande renovação do Direito Público no século XX, a partir dos avanços da Sociologia, estabelecendo-se um denominador comum entre ambas e com a ciência política. Com efeito, a **instituição** tem sua origem espontânea na interação social e na iteração das respostas sociais e é, por isto, fundamentalmente um **fenômeno sociológico**.

A resposta **eficiente** do grupo a um desafio, seja do meio natural, seja do meio social, tende a ser imitada. A **lei da imitação** é objeto de profundos estudos da Sociologia⁽¹⁰⁶⁾; de início ela é instintiva, depois, consciente: surgem **padrões de resposta** que se incorporam ao acervo comportamental do grupo. A medida que esses padrões consolidam **hábitos**, mais generalizados, e, depois, impõem-se como **costumes**, são os embriões das **instituições** que vêm a ser seu pleno amadurecimento, passando a incorporar, além da idéia, o **poder** de se impor ao grupo.

Por outro lado, se o núcleo institucional é uma **idéia**, ele contém um **valor**; se este valor é instrumentalmente afirmado e imposto à

(99) GEORGES RENARD, *op. cit.*, p. 163.

(100) Sob a óptica do poder, como se verá adiante, esta assertiva fica ainda mais clara.

(101) GEORGES RENARD, *op. cit.*, p. 164.

(102) "Les nouvelles tendances du droit constitutionnel", in *Revue du Droit Public*, 1928.

(103) Não é o caso de deter-se aqui sobre a vexata quaestio de essencialidade do território ao Estado.

(104) Realizar seu próprio destino; na acepção clássica das duas projeções: insubmissão a qualquer outra ordem jurídica similar e supremacia interna de sua própria ordem jurídica.

(105) Daí a denominação, do latim *statu*.

(106) Leia-se, por exemplo, MICHELS — *Corso di Scienza Política, op. cit.*, p. 50.

sociedade, ele é gerador de preceitos e sanções, ou seja, de **normas**. Por isto, é um **fenômeno jurídico**.

Finalmente, a instituição, sendo capaz de gerar **poder**, de se impor e de produzir e de reproduzir novas instituições, aptas, por sua vez, a gerar, conservar, alterar, reduzir e eliminar poder, também é um **fenômeno político**.

Com este “denominador comum”, as relações interdisciplinares se tornam mais evidentes e cada ciência particular passa a se beneficiar, mais facilmente, dos avanços e dos instrumentos metodológicos das demais, num processo enriquecedor que se potencia e que as faz progredir, no sincretismo, muito além do que poderiam lográ-lo isoladamente.

O poder

Esse enriquecimento, com efeito, ensejou um segundo movimento de pesquisa comum. Descendo ao âmago da instituição, na busca da identificação de seu princípio ativo, chegou-se ao **poder**.

Embora o poder tenha a antigüidade do homem, seu estudo científico não se consolidou senão no final do século dezenove, a partir dos trabalhos de Sociologia Política de um quase obscuro professor da Universidade de Gratz: LUDWIG VON GUMLOWICZ⁽¹⁰⁷⁾. Seguiu-se, com sete anos de diferença, a obra específica de TARDE⁽¹⁰⁸⁾. Foram as contribuições pioneiras, no século passado, que terminavam um silêncio ocasionalmente rompido por MAQUIAVEL ou HOBBS possivelmente pelas conotações emocionais e religiosas que sugere o discurso do poder.

Neste século, ambas as linhas de pesquisa da Ciência Política enfrentaram o tema e com tal resultado que, em ambas, correntes dominantes consideraram o poder o próprio critério diferenciador do político.

MAX WEBER, possivelmente em sua obra mais importante⁽¹⁰⁹⁾, dedica-lhe um capítulo fascinante e, no mesmo ano, OPPENHEIMER⁽¹¹⁰⁾ trata-o a partir de suas bases sócio-biológicas⁽¹¹¹⁾, dando um

(107) LUDWIG VON GUMLOWICZ — *Die Sociologisch Staatsidee*, 1882.

(108) GABRIEL TARDE — *Les Transformations du Pouvoir*, 1899.

(109) MAX WEBER — *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922 — 2.^a ed. ampliada em 1925.

(110) FRANZ OPPENHEIMER — *System der Soziologie*, 1922 e, depois, *Machtverhältniss*, 1931 e, maduramente, em *Der Staat*, 1954.

(111) PINTO FERREIRA alude à colocação de OPPENHEIMER e VIERKANDT quanto ao processo social do poder mostrando que suas bases sócio-biológicas se manifestam nos instintos ou disposições naturais da autoconsciência e da subordinação (*Instinkte des Selbstgefuehls und Unterordnung*) — *Teoria Geral do Estado*, Konfino, Rio, 1957 — 2.^a ed., p. 263).

grande passo no sentido de sua compreensão integral, como fenômeno humano antes que fenômeno político ou social.

Seguiram-se VIERKANDT⁽¹¹²⁾ TIMASHEFF⁽¹¹³⁾ e MASPÉTIOL⁽¹¹⁴⁾. Com RUSSELL⁽¹¹⁵⁾, ganha seu grande expositor, com tintas filosóficas, e o grande público e, a partir dele, um tratamento regular na Ciência Política: FERRERO⁽¹¹⁶⁾, JOUVENEL⁽¹¹⁷⁾, POSE⁽¹¹⁸⁾, BURDEAU⁽¹¹⁹⁾, KAPLAN⁽¹²⁰⁾, LANGROD⁽¹²¹⁾, POLIN⁽¹²²⁾, LOEWENSTEIN⁽¹²³⁾ e ORGANSKI⁽¹²⁴⁾, entre outros.

No Brasil, embora o enfoque cratológico⁽¹²⁵⁾ tenha sido estudado e atraído juristas e cientistas políticos como DARCY AZAMBUJA, PAULO BONAVIDES, DALMO DALLARI, PINTO FERREIRA⁽¹²⁶⁾, AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, PONTES DE MIRANDA, MIGUEL REALE e JOSÉ AFFONSO DA SILVA, que lançam referências e armam considerações em seus diversos escritos, não há obra especialmente dedicada ao poder, possivelmente com exceção da monografia de JOSÉ EDUARDO FARIA — **Poder e Legitimidade**, que aponta a norma como uma “objetivação do poder” para destacar a “correlação fundamental existente entre **direito e poder**” e fundamentar toda uma inovadora teoria da legitimidade⁽¹²⁷⁾.

Se HAURIOU identificou o “átomo” das Ciências Sociais na **insti-tuição**, coube a BURDEAU, em sua obra, cindi-lo, para expor a energia que nela se contém, que lhe dá condições de atuar e, assim, move a sociedade: o **poder**.

No **sentido antropológico**, o poder se origina num **diferencial de capacidade**, sempre presente, dada a natural desigualdade entre cada

- (112) ALFRED VIERKANDT — *Sozialpsychologie*, 1931.
- (113) N. TIMASHEFF — *Le Droit, l'Éthique, le Pouvoir*, 1936.
- (114) ROLOND MASPÉTIOL — *L'État et son Pouvoir*, 1937.
- (115) BERTRAND RUSSELL — *Power — A New Social Analysis*, 1938.
- (116) GUGLIELMO FERRERO — *The Power*, 1942.
- (117) BERTRAND DE JOUVENEL — *Du Pouvoir*, 1945.
- (118) ALFRED POSE — *Philosophie du Pouvoir*, 1948.
- (119) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, 1949 a 1956 e *L'État*, 1970.
- (120) ALFRED KAPLAN — *Power and Society*, 1950.
- (121) GEORGES LANGROD — *Le Pouvoir*, 1956.
- (122) RAYMOND POLIN — *Le Pouvoir*, 1966.
- (123) KARL LOEWENSTEIN — *Political Power and Governmental Process*, 1963.
- (124) A. F. K. ORGANSKI — *World Politics*.
- (125) Neologismo, do grego Kratos, poder; tem sido utilizado por alguns autores.
- (126) Em sua *Teoria Geral do Estado*, op. cit., dedica todo um erudito capítulo ao “Problema do Poder”, pp. 257 a 276.
- (127) Editora Perspectiva, S. Paulo, 1978, especialmente pp. 41 a 45.

ser humano, que a vontade pode utilizar para produzir efeitos que não ocorreriam espontaneamente. Sua etiologia prende-se, assim, à *teoria das necessidades* ⁽¹²⁸⁾ e se *interpenetra com a Psicologia*, na *teoria das atitudes* ⁽¹²⁹⁾.

No **sentido sociológico**, o poder é o princípio motor da instituição, o acréscimo energético, o **quantum** que faz dos costumes uma instituição, tornando-o impositivo para organizar o meio social segundo uma idéia.

No **sentido político**, o poder é um elemento diferenciador que o caracteriza, o fundamento da relação comando-obediência, a energia que move os indivíduos e as instituições; uma vez diversificado como *poder estatal*, passa a ser a energia suprema que o Estado retira da sociedade nacional para empregar na consecução de seus fins ⁽¹³⁰⁾.

No **sentido jurídico**, finalmente, o poder é a sua própria energia criadora que contém, em si, a promessa de realização da idéia social que representa ⁽¹³¹⁾.

As teorias tradicionais viam no poder uma força **exterior** ao Direito, que lhe trazia "o concurso de sua autoridade". "Juridicamente", contesta-o BURDEAU, "seu caráter é outro: o poder é a própria regra; é a figura tangível da exigência da regra a ser garantida por um procedimento técnico, uma organização social apropriada ao gênero de relações que ela rege" ⁽¹³²⁾.

O grande mestre do Direito e da Ciência Política dedica nada menos que 6 páginas de seu *Tratado* à apresentação do poder como **fenômeno jurídico**, descrevendo "A capacidade criadora da idéia do direito", "o poder como agente de construção do futuro" e o "poder como energia da idéia", demonstrando que "a antinomia entre o direito e a força não é inelutável", que o "direito deve incluir a força em si", "o poder encarna a força do direito" e que "os membros do grupo estão associados ao poder na luta pelo direito" ⁽¹³³⁾.

(128) Cf. MALINOWSKI, *op. cit.*, pp. 160 a 163.

(129) Cf. JEAN MEYNAUD — *Les Attitudes Politiques*.

(130) Propositadamente ambivalente a expressão "seus fins" naquela frase, para ressaltar que, embora os fins do Estado devam ser os da nação, há muita interpenetração e, mesmo, dominação dos fins do próprio Estado.

(131) V. GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2.^a ed., 1966, Tomo I, p. 414. "Parce qu'il est représentation le droit est inséparable du Pouvoir qui porte en lui même, latente, la réalisation de l'idée".

(132) GEORGES BURDEAU, *op. cit.*, p. 415 (n/tradução).

(133) É toda a Seção I do Título II; as duas seções seguintes tratam do poder como fenômeno psicossociológico e como fenômeno histórico. "Interpenetradas", diz-nos BURDEAU, "estas três séries de fenômenos fazem do poder o resultado da mescla de leis permanentes e de fatos acidentais" — *op. cit.*, p. 403. Itens destacados acima pp. 261, 265, 266, 267 bis e 268 (n/tradução).

BURDEAU cria um monumento de síntese disciplinar, possivelmente o mais consistente de toda a Ciência Política, e não trepida em apontar, na Introdução de seu tratado, a sua "qualificação de jurista" como a razão de tê-lo feito, sobrepujando as preocupações e metodologias particularizantes dos que a abordam a reboque da História, da Economia Política, da Psicologia Social etc.

Melhor será que se lhe passe a palavra a respeito, abrindo aqui uma exceção ao propósito de não intercalar uma longa citação no texto deste ensaio, confiando que sua superior experiência e tranqüilo depoimento calem mais sobre os profissionais de Direito que o desdém de sobrançaria dos especialistas parciais, que julgam ter encontrado no método empírico, e apenas nele, ou numa determinada técnica de investigação, a chave da Ciência Política:

"Meu "jurismo" me tem sido tantas vezes criticado que eu não teria excusa se não tivesse feito meu exame de consciência. Que se creia, assim, que se a ele permaneço adicto não no é por obstinação; é porque estou convencido de que não há, para a Ciência Política, perigo mais grave que de não saber o que busca, de ser uma ciência para nada, como puderam qualificá-la certos críticos americanos. Jurista, eu sei o que ela busca. É o porquê e o como daquilo pelo que "se mantém" uma sociedade, isto é, as instituições e as regras onde se inscrevem, ao mesmo tempo, os suportes do poder político e os instrumentos de sua ação" (134).

No campo jurídico não é menos brilhante a repercussão da síntese de BURDEAU: depois de sua monumental obra científica já se torna difícil continuar a defender a compartimentalização de realidade jurídica entre a Teoria do Estado e o Direito Constitucional; refogem, a ambos, as técnicas de conhecimento e de integração de realidade institucional política para responder às cruciais indagações contidas no final do parágrafo acima transcrito (135).

O estudo integral do poder, todavia, não foi feito. Mesmo a relação de obras produzida, algumas das quais, mais importantes, se mencionou, não abarca todo o fenômeno e, menos ainda, lhe dão unidade sistemática como fenômeno multidisciplinar.

(134) GEORGES BURDEAU, *op. cit.*, p. 7, Avant-propos (n/tradução).

(135) O Professor AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, o príncipe dos constitucionalistas do País, em seu pequeno mas denso *Direito Constitucional — Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Forense, Rio, 1981, 2.^a edição, depois de expor a diferença entre Direito Constitucional e Direito Constitucional Geral (p. 5), aponta-o como "essencialmente" (*verbis*) um direito político (p. 10), increpando à mentalidade positivista a permanência de separação entre a Constituição jurídica e a sociedade (p. 7).

É de CATLIN uma importante observação que toca a fundo a este estudo (e aqui vai uma segunda citação longa):

“Talvez as duas ocorrências mais propícias ao desenvolvimento de uma Ciência Política formal nos últimos trinta anos tenham sido: a) a aceitação geral, novamente, da hipótese do poder, e b) a “politização” (como já dissemos) de grande parte do corpo social, ou seja, o tratamento das *atividades políticas funcionalmente*, e a redescoberta e estudo dessas atividades nos campos arbitrariamente postos de lado como o individual, religioso etc.”⁽¹³⁶⁾.

Mas o mesmo autor reconhece que o poder não é apenas um fenômeno político; não obstante ser tão importante para a Ciência Política, ele é, fundamentalmente, um fenômeno conatural ao homem: “O poder não é apenas relacional” mas “surge da personalidade do agente e de força de seus impulsos, irrelevantes ou anteriores ao cenário relacional imediato”⁽¹³⁷⁾.

Uma teoria geral do poder tem, assim, que começar com o indivíduo. Na verdade, é um capítulo a ser escrito na Teoria Geral da Cultura. Mas este ensaio não pode refugir à responsabilidade de precisar o conteúdo de um de seus temas centrais; afinal, **trata-se de desenvolver uma metodologia constitucional sobre o fenômeno do poder.**

O poder tem sua origem na pessoa. O fenômeno parte de um **diferencial biológico**, seja de força, seja de destreza, de rapidez, de acuidade dos sentidos, etc., que, apreendido pela consciência, respalda a vontade de alguém obter um resultado que espontaneamente não ocorreria, notadamente quanto ao comportamento de outrem.

Esta consciência **relacional** vai-se ampliando à medida que **novos diferenciais**, já de natureza **psicológica**, se vão acrescentando aos biológicos, como a experiência, a persuasão, o medo, o temor reverencial, o raciocínio, o conhecimento, o controle das forças sobrenaturais, etc.

Finalmente, a consciência relacional se expande a todo o contexto do grupo, dando origem aos **diferenciais sociológicos**, como a influência, a chefia, a liderança, e, ao cabo do processo, a **autoridade institucionalizada**.

O poder, a nível biológico, não necessita mais que uma reflexão **sobre si mesmo**: a capacidade do agente ativo (consciência individual). O poder a nível psicológico já requer uma reflexão **sobre o outro**: a

(136) *Tratado de Política*, Ed. Zahar, Rio, 1964, pp. 79 e 80.

(137) CATLIN, *op. cit.*, p. 106, *in fine*.

debilidade do agente passivo (consciência relacional) não é tão patente. O poder a nível sociológico demanda uma reflexão **sobre o grupo**: a capacidade de usar-se o interesse do próprio grupo (consciência social) para sobre ele se impor a vontade.

Em BURDEAU parte-se da última dessas três etapas; o **Poder**, que grafa com maiúscula para distingui-lo do verbo e de outras manifestações, é tratado a nível sociológico, pois para ele a **sociedade** se caracteriza, precisamente, por um **estado de consciência do coletivo**, inexistente nas formas primeiras de coexistência humana em agrupamentos instintivos ⁽¹³⁸⁾.

Embora o poder, em todas as suas manifestações, possa ser empregado independentemente de um suporte institucional, até mesmo contra ele, o que ocorre é que o progresso da convivência social depende precisamente da capacidade da sociedade de restringir o uso do poder às formas institucionais em tudo aquilo em que o interesse comum esteja em jogo. Em outras palavras, a institucionalização do poder é um fenômeno histórico irreversível na humanidade. Como consequência, o poder não institucionalizado torna-se cada vez mais coibido e o poder institucionalizado, cada vez mais organizado, para servir aos interesses do grupo.

Se a instituição é, como vimos, a **organização de uma idéia**, o poder resulta tanto da **força da idéia** quanto da **capacidade da organização**. Disto resulta que os componentes ou elementos do poder podem ser materiais ou imateriais. Uma idéia forte no grupo, de grande apelo e aptidão aglutinatória, pode prescindir de aparelho; por outro lado, uma idéia de menos retumbância e aceitação espontânea necessitará de que o poder se expresse complementarmente através de **meios organizados**.

Alçados esses conceitos ao nível do Estado-Nação e teremos a chave do relacionamento entre estes dois fenômenos políticos: a nação, como instituição, dispõe de um **poder** notadamente **imaterial**, intimamente associado à **idéia-força fundamental** (que contém a sobrevivência do grupo, sua soberania, sua afirmação material, cultural etc.), mas não dispõe de capacidade organizacional própria para agir, como um todo concertado, para realizá-la. Desenvolve, por isto, uma macro-instituição para fazê-lo — o Estado — dispondo-o de um **poder** necessariamente **material**, resultado de sua complexa organização e monopólio do uso da força, mas que demanda uma idéia a realizar. Se essa idéia **coincide** com os interesses e aspirações da nação, o poder estatal diz-se **legítimo**; caso contrário, de divórcio entre os fins da nação e os do Estado, haverá ilegitimidade na destinação ou no

(138) GEORGES BURDEAU, *op. cit.*, pp. 51 a 55. Essa diferenciação teve origem não com tanta precisão em TONNIES que distinguiu a *Gemeinschaft* (comunidade) da *Gessellschaft* (sociedade). Em BURDEAU a distinção é mais precisa, pois se baseia na **consciência do coletivo**.

emprego do poder do Estado. Entre a nação e o Estado devem existir, por isso, **instituições intermediárias** cuja missão não é outra que estabelecerem, em seu conjunto, os canais, um sistema, numa palavra: **um regime**, através do qual as idéias (e o respectivo poder) da nação fluam para a organização (e respectivo poder) do Estado — a este complexo institucional é que se denomina o **regime político**.

4. Apresentação do método cratológico

Constituição é a racionalização dos processos do poder.

C. J. FRIEDRICH

No Direito Constitucional as normas jurídicas são simplesmente reguladoras do manejo do poder de coerção estatal.

R. VON IHERING

A visão sincrética do fenômeno juspolítico do poder a uma vez enriquece e simplifica o tratamento metodológico constitucional.

Enriquece, na medida em que contribui **em profundidade** para a inteligência desse fenômeno em sua multidisciplinaridade multifacética, e **simplifica**, na medida em que reduz a apenas um o critério classificatório de todos os fenômenos juspolíticos que devem ser considerados no processo constitucional, substituindo, com vantagem, os tradicionais critérios alicerçados em “campos”, “assuntos”, “formas” ou “regimes”⁽¹³⁹⁾.

A sistematização, sem um referencial básico, fica difícil e caótica. Os constitucionalistas não chegaram a um acordo sobre a metodologia de estudo e de construção de sua disciplina; basta compulsar as obras sistemáticas de dois autores da matéria para se verificar que a diversidade de critérios prejudica não só a visão sistemática expositiva e, em consequência, o aprendizado e a pesquisa. E não se diga que na volubilidade metodológica residiria a “riqueza” da doutrina constitucionalista, pois entre as metodologias clássicas do Direito Civil (como a de LEIBNITZ, baseada no critério do **fato gerador** do direito; como a do **sujeito do direito**, adotada pelo VISCONDE DE SEABRA no seu

(139) Resulta daí que, sem unidade sistemática, sem um referencial central, expressões como “tipos de Estado”, “formas de Estado”, “regimes de Estado”, “tipos de governo”, “formas de governo”, “regimes de governo”, “sistemas políticos”, desarticulam-se e passam a significar conceitos ora superpostos, ora contraditórios.

Código Civil Português, e a do **objeto**) acabou prevalecendo, com quase geral aceitação, a do **objeto do direito**, atendendo aos caracteres preponderantes: a família, a propriedade, as obrigações de ordem econômica e as sucessões.

A mais prudente solução para os constitucionalistas tem sido seguir a articulação da própria Constituição de seu país; mas isto, entre outros inconvenientes, como o de cristalizar historicamente a abordagem científica, **acaba por prejudicar a consideração dos temas extraconstitucionais** de relevância constitucional, a que já se fez menção e aos quais se atribui, cada vez mais, um espaço nos estudos juspolíticos.

Tome-se, apenas à guisa de exemplo, o tema dos **Partidos Políticos**. Como em geral as Constituições não lhes dão tratamento, os constitucionalistas dedicam-lhe pouco estudo⁽¹⁴⁰⁾.

Quando, excepcionalmente, uma Constituição dedica espaço aos Partidos Políticos, sua inserção é, quase sempre, atópica e o seu tratamento insatisfatório, como decorrência do desacerto sistemático. Se, além dos Partidos Políticos, cogita-se dos **grupos de pressão**, as omissões são ainda mais graves. Tão ausentes das Constituições, mas tão presentes na realidade da vida parlamentar, os grupos de pressão representam um veio obrigatório a explorar para aqueles que consideram o pluralismo ativo como condição de consolidação democrática. É o que propõe KAISER, ao afirmar que um dos temas cruciais da agenda constitucional é a aceitação da existência de grupos de interesse e o reconhecimento de que eles desempenham funções indispensáveis⁽¹⁴¹⁾.

BURDEAU, como já referido, na Introdução de seu Tratado, teve o cuidado de enfatizar a necessidade de um enfoque diretor para realizar uma obra de síntese⁽¹⁴²⁾ e, uma vez que "a vida política por inteiro se articula em torno deste complexo de elementos materiais

(140) PAULO BONAVIDES, entre nós, dedica todo um item de seu consagrado *Ciência Política* a chamar a atenção do estudante — a quem destina a obra — sobre a omissão dos partidos políticos na literatura jurídica e política, mencionando, até mesmo, o silêncio de Mestres da estatura de LABAND, JELLINEK e KELSEN (Ed. 1967, pp. 289 e 290).

(141) *Die Repräsentation Organisierter Interessen*, Munique, 1956, p. 319.

(142) "Comme toute technique, en effet, le droit constitutionnel suppose une prise de position initiale quant aux éléments qu'il met en œuvre — *op. cit.*, p. 8.

e espirituais que é o poder político⁽¹⁴³⁾, “o eleva a critério de toda sua obra — é a idéia de um Estatuto do Poder”⁽¹⁴⁴⁾.

Não se trata, assim, de saber se um enfoque institucional cratológico, como o aqui apresentado, responde à necessidade de revitalizar satisfatoriamente a metodologia constitucional, mas se contribui para este fim. Invocando, ainda mais uma vez, a BURDEAU, agora para parafraseá-lo no fecho de sua Introdução, o ensaísta permite-se jactar de que não lhe move a preocupação de ser original, porque lastreia este trabalho nos bons autores; muito menos de haver encontrado um método perfeito, pois tal descoberta não na prodigalizou ainda a Filosofia, mas, sim, de ter aprendido com seus Mestres o valor da probidade intelectual; o importante, muitas vezes, não é descobrir o caminho certo, mas abrir um caminho a mais.

Ao escolher a energia institucional — o poder — como critério de sistematização, é preciso, todavia, devolver-lhe sua amplitude plena, multidisciplinar, bem maior que aquela com o que o trata BURDEAU; como se disse, sua preocupação é o **Poder político**, que grafa com “P” maiúsculo, isto é, aquela manifestação específica do poder destinada a produzir efeitos sobre a **direção da sociedade**; todavia as demais formas de poder que se entrelaçam no comércio social também podem desempenhar um papel protagônico, não obstante não se referirem **diretamente** à direção da sociedade. Tal é o caso, por exemplo, do poder econômico, muitas vezes desafiador e desequilibrador do próprio Estado; tal é o caso, ainda, do poder da imprensa, do poder militar (em alguns países), do poder dos sindicatos ou do poder dos grupos de pressão, entre outros exemplos de poder institucionalizado não político.

É preciso, também, não perder de vista que o **poder estatal** não exclui o **poder grupal** de outras instituições, nem, muito menos, o

(143) “C’est d’abord l’idée que la vie politique toute entière s’articule autour de ce complexe d’éléments matériels et spirituels qu’est le Pouvoir politique. Des hommes qui commandent, d’autres qui obéissent, tel est, dans sa nudité essentielle, le squelette irréductible de la vie politique” — *op. cit.*, p. 10.

(144) “Dans ce cadre j’attribue enfin une place capitale à l’idée d’un statut du Pouvoir. Depuis plus de deux mille ans que la pensée occidentale s’est attachée au problème politique, la nécessité du Pouvoir et sa légitimité n’ont jamais cessé d’être associés à la préoccupation d’empêcher qu’il devienne arbitraire. Les hommes ont toujours cherché une organisation gouvernementale telle que le Pouvoir, qui est la force, soit aussi le droit”... “Ainsi toute organisation politique, conçue comme un ménagement d’institutions et de règles destinées à permettre au Pouvoir sa tâche d’instrument de l’idée de droit, ne risque pas d’être utilisée au profit de l’arbitraire des gouvernants. Sans doute en fait, l’arbitraire n’est pas exclu — ce que la bonne volonté des juristes est impuissante à obtenir — mais du moins ne peut-il être légitimé. Et le fait qu’il soit aussi qualifié et dénoncé n’est pas dépourvu de portée pratique puisqu’il assure une assise juridique à ces sanctions ultimes qui sont la résistance à l’oppression et la révolution”. *Op. cit.*, p. 13.

poder individual, resguardado expressamente no rol das **liberdades** reconhecidas como sagrados atributos da pessoa humana. Todas as formas de poder coexistem, com maior ou menor amplitude de ação no seio do Estado, balizadas todas, e principalmente a estatal, pelo **estatuto do poder** adotado.

Decorre, do reconhecimento da existência deste **complexo de poderes** na moldura maior da instituição do Estado, que tanto o Estado **absolutamente totalitário** quanto o Estado **absolutamente liberal** são abstrações: o que tem existência histórica, na verdade, são Estados intermédios em que ora **prevalece a concentração de poder no Estado**, ora **prevalece a reserva de poderes dos indivíduos e dos grupos sociais**, qualificando-se-lhes conforme essa prevalência. Neste sentido, aproxima-se este ensaio da colocação de DUVERGER, que tampouco limita o poder à sua expressão puramente política⁽¹⁴⁵⁾.

Esta ampliação da concepção do poder às suas **reais** dimensões sociais (e por isso não é necessário grafá-lo com maiúscula, como o faz BURDEAU para configurar o **poder político**), esvazia, como já se pode ter notado, a antinomia entre **autoridade** e **liberdade**. Sendo, ambas, manifestações de poder, o problema não está em administrar seu fatídico enfrentamento mas em partilhar seus campos de ação e compor os conflitos de interesses subjacentes.

Ninguém dirá, assim, que, numa federação, o poder da União “enfrenta” o dos Estados-Membros, ou que o poder do Legislativo “enfrenta” o poder do Executivo ou que o poder de polícia “enfrenta” o poder de livre disposição da propriedade: há, em todos os exemplos, não um “enfrentamento”, mas uma **partilha**, demarcando, o instituto juspolítico da competência, os respectivos espaços. Com genial intuição já definira LABAND a soberania como a competência para ditar competências (Kompetenz von Kompetenz); uma Constituição, como o estatuto do poder, neste sentido, em **termos relacionais**, é um estatuto da partilha do poder ou, mais sinteticamente: o **estatuto da competência**.

O conflito de interesses, **erguido a nível institucional**, se resolve pela regra de competência: **quem pode o quê**. A persistência do desen-

(145) V. MAURICE DUVERGER — in *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires de France, Paris, 1965, 8.ª edição. Tome-se, por exemplo a seguinte passagem da obra: “Le phénomène du pouvoir se manifeste, on l'a dit, dans tous les groupements humains. Chacun d'eux constitue un cadre à l'intérieur duquel s'exerce un pouvoir: autorité du père dans la famille, du secrétaire dans un syndicat, du président dans une association, du maire dans la commune, du Pape dans l'église etc.”, e, um pouco adiante, “Parmi ces groupes, un présente à l'époque actuelle une importance toute particulière, l'État. Il constitue le cadre fondamental à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir. C'est par rapport à lui qu'il faut étudier les autres cadres du pouvoir” (p. 57).

tendimento já passa a ser um conflito de competência; alguma das partes ou ambas excederam seus lindes jurídicos e o estatuto do poder deve ter a regra para solucioná-lo empregando o poder máximo, **do Estado**, para fazê-lo; mesmo contrariando seus próprios interesses **secundários**, pois o interesse **primário** no Estado deve ser realizar os interesses nacionais que lhe são confiados.

Em suma, numa sociedade organizada politicamente, o poder do Estado não “enfrenta” o poder dos grupos secundários nem “enfrenta” o poder dos indivíduos (cobertos pelas liberdades, direitos e garantias que lhes são asseguradas) senão que há uma **partilha**, uma demarcação dos respectivos âmbitos de ação e os eventuais conflitos de interesses são compostos precisamente pela aplicação técnica da **regra de competência**.

O documento fundamental da partilha de poderes, que tem a seu cargo delimitar, basicamente, todos os campos de ação próprios às formas de poder existentes na sociedade, é a Constituição. Nela devem estar os lindes do poder do Estado, do poder da empresa, da universidade, do sindicato, da Igreja, etc., e, do poder mais importante de todos, o que se reserva e se reconhece aos indivíduos (fonte última de todas as formas de poder) para realizarem seu destino de pessoas livres no Estado. O estatuto das liberdades é, portanto, um estatuto do poder individual.

Esvazia-se, assim, a clássica e incômoda antinomia entre autoridade e liberdade que, como lembra ANDRÉ HAURIOU, tem em PRÉLOT e em MIRKINE-GUETZÉVITCH seus respectivos “chefs de file”. PRÉLOT, defendendo que o constitucionalismo é a **técnica da autoridade** — “a ciência das regras jurídicas segundo as quais se estabelece, se exerce e se transmite o poder político”⁽¹⁴⁶⁾. Por outro lado, MIRKINE-GUETZÉVITCH defendendo a **posição antípoda que vê no constitucionalismo uma técnica da liberdade**⁽¹⁴⁷⁾.

Ultrapassada a idéia bipolar do poder e assentada a noção da **multipolaridade cratológica** natural do Estado, essa constelação de manifestações de poder que convivem na sociedade nacional, não necessitamos mais que de um **princípio cratológico de ordem** para delimitar os respectivos campos de atuação; é a Constituição que o dita, para que reconheça o poder onde exista; **orienta-o**, se lhe parecer excessivo; **controle-o**, se ultrapassar os limites e o **absorva** no Estado. se for do interesse nacional que a ele deva servir.

(146) MARCEL PRÉLOT — *Introduction à l'Étude du Droit*. Ed. Librairie Rousseau, Paris, 1953, Tomo II, p. 74 (obra coletiva).

(147) BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH — *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*.

Não se trata, assim, a Constituição, de uma **técnica de autoridade**, nem de uma **técnica da liberdade**; ambas as expressões estão certas mas são insuficientes; trata-se de uma **técnica do poder**.

Esta afirmação fecha com a observação, já avançada, de que a Constituição, embora referida fundamentalmente ao **poder do Estado** — o “quadro fundamental no interior do qual se exerce o poder”⁽¹⁴⁸⁾ —, deve disciplinar **todos** os aspectos do fenômeno do poder e de sua organização na sociedade que, a juízo do legislador constitucional, interpretando os interesses nacionais, tenham relevância para a sobre-existência da sociedade nacional e conquista de seus objetos.

Se a Constituição é um estatuto onímoto do poder, é sobre este elemento metodológico que se deve sistematizá-la.

Sob esta nova abordagem metodológica, conceituações bastante precisas, embora de corte clássico, como, por exemplo a de VERDU — “Direito Constitucional é o ramo do Direito público interno que estuda as normas e instituições relativas à organização e exercício do poder do Estado e aos direitos e liberdades básicas do indivíduo e de seus grupos, numa estrutura social”⁽¹⁴⁹⁾ — com pequenas revisões, sem perda de conteúdo, poderiam levar a um conceito cratológico do Direito Constitucional, vale a pena o exercício:

Com efeito, como a **instituição** precede a **norma**, um conceito revisito começaria com a inversão: “Direito Constitucional é o ramo do Direito público interno que estuda as instituições e normas...”

Como a **organização** e o exercício do poder não esgotam todos os aspectos relevantes que uma Constituição deve reger, será necessário acrescentar os demais aspectos do fenômeno do poder: “... relativos à destinação, atribuição, emprego, distribuição, controle e detenção do poder do Estado...”

Como o poder que se disciplina não é **apenas** o do Estado, mas de todo o complexo cratológico de que ele é parte e moldura, acresça-se: “... dos indivíduos e de seus grupos...”

Finalmente, como a menção à estrutura está ínsita no conceito de sociedade que se organiza, mencione-se, apenas, “... numa sociedade”.

Com isto, ligeiramente modificado, o excelente conceito de VERDU se leria assim: “Direito Constitucional é o ramo do Direito público interno que estuda as instituições e normas relativas à destinação, atribuição, emprego, distribuição, controle e detenção do poder do Estado, dos indivíduos e de seus grupos numa sociedade”.

(148) MAURICE DUVERGER, nota 140 (n/tradução).

(149) PABLO LUCAS VERDU — *Curso de Derecho Político*, ed. Tecnos, Madrid, 1976, 2.^a ed., vol. II, p. 355 (n/tradução).

Mais sintético que isto, somente repetindo, na linha do ensinamento de FRIEDRICH ⁽¹⁵⁰⁾, que o **Direito Constitucional é o estudo da racionalização dos processos do poder.**

Se a **instituição** produz efeitos porque tem um **poder** a animá-la; se a **norma** é o próprio poder organizando a convivência segundo uma **idéia** de ordem contida na **instituição**; se o **Estado** é a mais abrangente das instituições criadas pelo homem; resulta claro que o **poder** é o critério ideal para armar-se uma sistemática constitucional.

O conceito de Direito Constitucional acima oferecido poderia, quicá, ser mais apropriado ao Direito Político, mas este ensaio vai manter a denominação tradicional entre nós, já que seu escopo é apresentar um **método de trabalho** e não propor uma denominação para o campo de estudos do Direito Constitucional e das instituições políticas. Como nos adverte o próprio VERDU, no prefácio que fez à tradução espanhola do **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques** de DUVERGER, não importa tanto a denominação que se empresta à disciplina; o que interessa é verificar se seu **conteúdo** é jurídico-dogmático ou se se pretende estudar “os dados básicos da sociedade política, intentando sistematizar um Direito Constitucional congruente com as atuais estruturas político-sociais” ⁽¹⁵¹⁾.

É, portanto, este **conteúdo** o objeto da proposta metodológica. E já é mais que suficiente para um ensaio meter-se a braços com esta empresa sem ter que abrir nova frente com problemas de nomenclatura e taxinomia. Direito Político ou Direito Constitucional Geral, que seja, o importante é que o **conteúdo juspolítico** esteja coberto: os fenômenos da **destinação**, da **atribuição**, do **emprego**, da **distribuição**, do **controle** e da **detenção** do poder no Estado, as leis que os regem e como se articulam.

O decano dos constitucionalistas brasileiros, AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, centra também seu conceito de Constituição no poder, como se pode ler em recente monografia que, por sua perfeita adequação a esta exposição, vale ser transcrita: “A Constituição corresponde nas sociedades humanas organizadas politicamente, ou seja, nos Estados, à necessidade de **ordenação do poder** em termos de estabilidade, quanto ao seu funcionamento, e de generalidade, quanto às suas relações com os indivíduos e grupos de vários tipos” ⁽¹⁵²⁾. O Mestre fala em **ordenação de poder** e este, claramente, não é só o atribuído ao Estado, pois adita a referência às relações com (os poderes dos) indivíduos e grupos sociais secundários.

(150) CARL J. FRIEDRICH — *Le Pouvoir* — Presses Universitaires de France, Paris, 1956.

(151) PABLO LUCAS VERDU, *op. cit.*, ed. Ariel, Barcelona, 1962, Prefácio.

(152) *Direito Constitucional — Teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil, Forense, Rio, 1981, 2.ª ed., pág. 76 (n/grifo).

São, portanto, seis categorias de fenômenos que contém a problemática juspolítica: destinação, atribuição, emprego, distribuição, controle e detenção. Antes de examiná-los, cumpre acrescentar algo mais sobre um fenômeno sociológico atinente ao poder: como se **concentra**.

Está-se, aqui, diante de uma **propriedade do poder**. Embora atributo da pessoa humana, que o gera originariamente, o poder tem uma **vocação gregária**: tende a se aglutinar e, no processo a se **concentrar**, seja em indivíduos, seja em instituições. É concentrado que passa a ter condições de alcançar níveis de energia necessários para promover atividades capazes de realizar as idéias sociais, aquelas que se voltam à satisfação de interesses coletivos.

Por este motivo é que BURDEAU distingue no poder dois elementos: a **idéia** e a **força** ⁽¹⁵³⁾. Entretanto, como já se alertou, este autor já parte da **expressão política** do poder, que é, por sua vez, uma forma diferenciada da expressão social, nas quais já se encontram esses dois elementos sedimentados e entronizados na instituição. Para que bem se compreenda o fenômeno da **concentração**, é necessário remontar à sua expressão mais simples — o **poder individual**.

A Antropologia Cultural fornece-nos a resposta.

Todo o ser vivo busca satisfazer a suas necessidades: os vegetais, pelo **tropismo** e os animais, pelo **instinto**. O homem, além do instinto, tem a guiar-lhe a **vontade**.

Por outro lado, as necessidades, que no plano vegetal e irracional se referem às exigências elementares da vida — **necessidades vitais** — no homem se derivam em múltiplas formas para cobrir as exigências, cada vez mais complexas e demandantes de sua vida cultural — são as necessidades culturais ou **necessidades derivadas**. Cultura é, pois, em expressão sintética, o **complexo das necessidades derivadas**.

No homem exsurge a **consciência** das necessidades — é o **interesse**. Dada a dimensão **psicológica** dos interesses, o ser humano está proclive a considerar e a erigir em interesses necessidades de todos os tipos: vitais e derivadas, reais ou imaginárias, materiais ou espirituais, racionais ou emocionais.

O **interesse**, por sua vez, pressupõe a **intenção de agir** para satisfazê-lo — é a **vontade**. Aqui se chega ao **querer**.

(153) GEORGES BURDEAU — *Traité*, vol. I, p. 406: "Le Pouvoir est une force au service d'une idée. C'est une force née de la conscience sociale, destinée à conduire le groupe dans la recherche du Bien commun et capable, le cas échéant, d'imposer aux membres l'attitude qu'elle commande. Cette définition nous donne les deux éléments du Pouvoir: une **force** et une **idée**" (n/grifo).

Mas nem todo interesse pode ser satisfeito. Para a sua satisfação não basta a vontade, é insuficiente o querer.

É preciso que o homem esteja dotado de algum tipo de aptidão, uma **diferenciação** que lhe atribua uma **vantagem**, seja ela de índole biológica, psicológica ou sociológica, capaz de **impor** sua vontade no meio físico ou no meio social. Aqui está o segundo elemento: a **capacidade**.

A vontade traz o **querer**; a capacidade integra o **poder**.

Pois bem, quando emerge a **consciência do grupo**, quando a comunidade natural, formada ao apelo dos instintos, passa a comunidade social⁽¹⁵⁴⁾, as necessidades também se qualificam. Além das necessidades individuais, começam a surgir as **necessidades do grupo** e, ainda, além dos interesses individuais, diferenciam-se os interesses grupais ou **interesses coletivos** — novas exigências da convivência a movimentar a conduta humana.

Para atender aos **interesses coletivos**, já não basta a vontade individual: é preciso que haja convergência de vontades, que o **grupo queira** satisfazê-los — uma **vontade grupal** — e lastreando-a, que o **grupo possa** satisfazê-los, convergindo e compondo a capacidade dos membros do grupo — uma **capacidade grupal**.

A integração da vontade grupal e da capacidade grupal gera o **poder grupal**. É o fenômeno da **sinergia social**, que, mais que um somatório, produz uma potenciação do poder de seus membros.

As miríades de diferenciações dos interesses coletivos, que as sociedades desenvolvem em sua cultura, responderão, destarte, pelas múltiplas diferenciações do poder grupal distribuídas em instituições que se “especializaram” no atendimento de algum ou de alguns tipos de interesses. Quanto mais complexa a cultura, mais interesses emergem e mais instituições desenvolve⁽¹⁵⁵⁾.

O princípio que rege essas aglutinações e diferenciações do poder grupal é a **eficiência**. Historicamente, as formas de poder ineficientes vão ficando no passado e as eficientes vão-se afirmando e se aperfeiçoando. O Estado se revelou como uma forma eficiente de concentração do poder grupal para atender às necessidades e interesses do grupo diferenciado como nação ou de grupos de nações; na verdade,

(154) Sociedade, no sentido de grupo consciente de si próprio, de suas necessidades, de seus interesses, de seu destino comum (cf. nota 138).

(155) Neste sentido antropológico, o Estado é uma instituição extremamente complexa, destinada à realização dos interesses derivados de organização e orientação de uma sociedade.

é quase unânime nele reconhecer-se um cume da evolução das instituições **políticas**.

O Estado, organizando a vida de um grupo altamente complexo como o é uma nação contemporânea, necessita de concentrar todas as formas de poder nela existentes que, consoante determinada concepção política diretora, considerem-se necessárias para realizar os interesses (fins) coletivos que o grupo lhe outorga ou que ele toma a si ⁽¹⁵⁶⁾.

Há, assim, uma **vis atractiva** no poder dentro da sociedade, que é seu "milieu". Quanto mais consciência coletiva, a percepção das necessidades e dos interesses comuns, maior o poder do grupo. A eficiência da ação grupal e sua imensa supremacia sobre a ação singular para solucionar problemas coletivos gera, inexoravelmente, formas de poder cada vez mais complexas. O Estado **tende** a absorvê-los, como uma esponja.

Ao se organizar o Estado, **ao se racionalizarem os processos do poder**, ao dotar-se, uma sociedade independente, de uma Constituição, o problema consiste em delimitar os âmbitos de atuação de todas as formas de poder nela existentes, principalmente aquelas que são **concentradas no próprio Estado**. É a esta **partilha** que se denomina de **atribuição de poder**. Mas antes de se decidir que poderes ficarão com o Estado e que poderes remanescerão com os grupos secundários e com os indivíduos, é necessário definir-se para que fazê-lo: quais os fins que devem caber a cada uma dessas expressões — é o que se denomina de **destinação** do poder.

Com a compreensão do fenômeno fundamental da **concentração do poder**, que tem natureza antropológico-sociológica, está-se, agora, em condições de abordar os fenômenos político-jurídicos que dele derivam, notadamente a concentração última de poderes de toda sorte que se realiza na instituição estatal.

Após uma breve resenha sobre estas seis categorias de fenômenos, discorrer-se-á separadamente sobre suas implicações metodológicas no contexto do Direito Constitucional Geral.

I — DESTINAÇÃO DO PODER

Responde à indagação: para que se concentra o poder? É o discurso dos fins do Estado, dos fins da sociedade e dos fins do homem na sociedade — é a definição da **teleologia do regime**.

(156) Quando o Estado define os fins, ele é autocrático. Quando a nação define os fins ao Estado, ele é democrático. Está-se falando de democracia quanto à **destinação** do poder, mas isto não esgota o conceito de democracia que **deve estar também** na atribuição, no emprego, no controle e na detenção do poder.

II — ATRIBUIÇÃO DO PODER

Responde à indagação: que poder se concentra no Estado? Em consequência, que poder se reconhece caber aos grupos e aos indivíduos para realizarem seus respectivos fins no quadro do Estado?

É o discurso da partilha do poder — a definição do **regime político**.

III — EMPREGO DO PODER

Responde à indagação: como atua o poder do Estado? É o discurso da competência funcional — a definição do **regime de governo**.

IV — DISTRIBUIÇÃO DO PODER

Responde à indagação: como se partilha o poder do Estado?

É o discurso da competência orgânica — a definição do **regime de Estado**.

V — CONTROLE DO PODER

Responde à indagação: como se controla o poder do Estado?

É o discurso das garantias — a definição do regime da legalidade.

VI — DETENÇÃO DO PODER

Responde à indagação: quem detém o poder do Estado e como a ele se tem acesso?

É o discurso da democracia representativa — a definição do **regime da legitimidade**.

Examine-se cada uma das categorias acima.

I — DESTINAÇÃO DO PODER

Toda sociedade que se organiza politicamente, submetendo os processos do poder a um estatuto que o racionalize e discipline, tem uma Constituição. Se ela é escrita ou não, explícita ou tácita, é mera questão de forma: a substância da Constituição é o que BURDEAU denomina apropriadamente de *l'aménagement du Pouvoir* ⁽¹⁵⁷⁾.

Cabe, então, a indagação retórica: para que se concentra o poder? Que resultados se espera obter ou, em outras palavras, que se espera lograr em termos de satisfação das necessidades e interesses de toda a sociedade, dos grupos secundários e dos indivíduos que a constituem?

Estamos no domínio da teleologia constitucional — o discurso dos fins.

A sociedade necessita, antes de mais nada, de uma clara concepção

(157) GEORGES BURDEAU — *Traité*, op. cit., p. 403.

sobre os **fins do homem** e, em consequência, o papel que devem desempenhar as instituições, especialmente o Estado, para que lhes sejam instrumentais. Os fins das instituições, de **quaisquer instituições**, não poderão ser antagônicos aos fins do homem ⁽¹⁵⁸⁾.

A destinação do poder necessita de matrizes filosóficas que espelhem os **valores** dominantes da cultura de uma sociedade, sem qualquer preocupação com a capacidade do poder do grupo de vir a realizá-los. É o querer puro que importa; mais que isto, é a aspiração do bom e do belo que pulsa em cada homem e se projeta, com maior ou menor intensidade, em suas instituições.

O Direito é permeado, totalmente informado, por esses valores; para o Direito Público eles são a própria condição de legitimidade do exercício do poder estatal. No Direito Constitucional esses valores estão especialmente contidos nos princípios e normas programáticas constitucionais.

Chamamos a esta alta definição de **teleologia do regime**: que tipo de sociedade se tem em vista. Além do seu sentido cívico-pedagógico há também um objetivo prático em sua explicitação: o estabelecimento de um **referencial** para a atribuição do poder. Como se verá adiante, ao afirmar para que se deve empregar o poder, a Constituição implicitamente orienta a quem deve caber a decisão de fazê-lo: se ao Estado, se aos grupos secundários ou se aos indivíduos — e em que medida deve, cada um, fazê-lo.

Apenas um exemplo para concretizar estas asserções. Se a norma constitucional valorativa estabelece como **princípio** a liberdade do homem, pode-se compreender como nele ínsito o corolário de liberdade de iniciativa. Coerente com este corolário, esta **destinação** escolhida será um referencial da atribuição do poder: ao partilhá-lo, a Constituição deverá, para ser consentânea, admitir a liberdade de iniciativa; a iniciativa estatal será, em consequência, a exceção, que demandará, se adotada, prévio e rigoroso balizamento para que o Estado não concorra deslealmente, com o poder que lhe é inerente, com a empresa privada.

A teleologia do regime, expressa nos princípios adotados, nos objetivos nacionais permanentes ou de que forma seja, é a definição inicial, absolutamente fundamental, da qual decorrerão as demais. Opções como **liberdade, democracia, primado do homem**, informam todas as demais: como será o Estado, como agirá, como será controlado e quem terá acesso ao poder.

(158) Atribui-se a ALBERT SCHWEITZER o seguinte pensamento: "humanidade consiste em jamais sacrificar um ser humano a um ideal".

Esta primeira definição de valor e fins, axiológica e teleológica, precede logicamente às demais e será conveniente que também as preceda sistematicamente no texto constitucional.

II — ATRIBUIÇÃO DO PODER

Segue-se a partilha do poder: o que se atribui ao Estado para prosseguir os fins estabelecidos, os fins cuja prossecução lhe foi confiada, mas, também, o que remanesce a nível dos grupos secundários para atender a seus próprios fins grupais e, principalmente, o que se reserva a nível dos indivíduos, para atender aos fins que somente cada homem poderá tomar a si realizar. A isto, a esta partilha, é que se denomina de **regime político** — o regime da partilha do poder.

Do ponto de vista do Estado que se constitucionaliza, ocorre uma **atribuição de poderes**. Se é o povo, parte dele, um homem ou Deus **quem atribui**, é uma afirmação que espelha a matriz filosófica que a informa, com repercussões sobre os regimes que contém.

A indagação retórica que se deve ter em mente é: que poder se concentra no Estado e que poder se reconhece caber aos indivíduos e aos diversos grupos que organiza na sociedade?

As definições constitucionais que respondem a essas indagações conformam, em seu conjunto, o regime político de um Estado, um conceito rico de definições importantes. Senão vejamos:

A primeira definição de um regime político refere-se à **dimensão juspolítica do Estado**; a opção entre o **liberalismo**, de um lado, e o **totalitarismo**, de outro. Ou se reservam mais poderes aos indivíduos — é o liberalismo — ou se atribuem mais poderes ao Estado — é o totalitarismo. Entre essas balizas, as Constituições adotam suas opções; embora categorizáveis amplamente nos dois modelos, não há regimes políticos idênticos. Para a mesma opção de teleologia do regime há um leque de alternativas de regimes políticos teoricamente conducentes à sua realização.

Existe um **continuum** juspolítico, em termos de poder, numa sociedade nacional. O que marca onde começa o poder do Estado e a partir de onde subsistem o dos grupos e dos indivíduos, não é um limite, mas uma fronteira; uma separação técnica por vezes esbatida, por vezes perigosamente imprecisa. A principal qualidade que se lhe deve assegurar é a permeabilidade; deve, de qualquer forma, permitir “trocas osmóticas” permanentes entre o **meio estatal** e o não estatal. Essas “trocas” são a saúde democrática do Estado; se elas escasseiam ou cessam, o Estado **se diferencia** da nação e passa a padecer das pato-

logias da legitimidade, como o são a oligarquia, a aristocracia, a autocracia e a tirania. As necessidades e interesses prevalentes deixam de ser os nacionais para serem aqueles que os grupos dominantes cometam ao Estado: diferenciam-se, para o poder estatal, **interesses estatais diversos dos interesses nacionais.**

Ocorrido este desvio, da patologia política exposta, o poder deixa de ser instrumento da nação para ser um fim em si mesmo para quem o empolga, com a coorte de deformações e conseqüências que tanto tem horrorizado os pensadores que se preocupam com os seus aspectos do mau uso e do abuso.

KIESSINGER, a respeito da concentração totalitária, faz uma curiosa observação de caráter histórico; distinguindo fenômenos políticos geralmente confundidos, como o totalitarismo e a autocracia, diz ele que nas recentes décadas o poder do Estado tem-se tornado tão astronomicamente desigual ao dos indivíduos e dos grupos intranacionais que não se tem notícia de regimes totalitários evoluírem para regimes liberais-democráticos, o que não ocorre, em contrapartida, com os regimes autocráticos, como no caso da Espanha, de Portugal, da Grécia, da Argentina e do Brasil ⁽¹⁵⁹⁾.

Outro problema da **concentração exagerada do poder** disponível da sociedade nacional na instituição do Estado reside na dificuldade de controlá-lo; quanto mais poder no Estado, mais difícil se torna criar mecanismos realmente efetivos de controle jurídico. A hipertrofia estatal, debilitando os indivíduos e as instituições secundárias, enfraquece-os para que se oponham eficientemente aos abusos.

Finalmente, o mais grave dos problemas da hiperatribuição de poderes ao Estado está na dificuldade de conter o processo de concentração: a **vis attractiva** do poder torna-se cada vez maior e maior, acabando por gerar uma massa crítica, uma sorte de gravidade que, ainda que se não o deseje, leva o Estado a ocupar um espaço cada vez maior no contexto nacional ⁽¹⁶⁰⁾.

Basicamente, enfim, para que a Constituição estabeleça um regime político, ela deve **partilhar o poder** definindo **três categorias funda-**

(159) HENRY KIESSINGER — *Morality and Foreign Policy — Symposium of President Carter's Stance* — Georgetown University, Washington, DC, 1977, p. 63.

(160) O Brasil tem experimentado esse tipo de concentração espontânea na proliferação de empresas estatais. Não obstante as condicionantes dos sistemas constitucionais de 1946 e 1967 (norma de atribuição), o processo de fato tem concentrado cada vez mais poder no Estado. Embora indesejado, embora gerador de inflação, embora prejudicial à livre empresa, nada, nem a mudança de regime, sopitou a concentração.

mentais: o poder do Estado — definição do regime de **poder estatal**; o poder dos grupos — definição do **regime associativo e de empresa**, e o poder dos indivíduos — o **regime das liberdades individuais**. Essas afirmações devem seguir-se, lógica e sistematicamente, à destinação do poder.

III — EMPREGO DO PODER

Uma vez definidos a teleologia do regime e o regime político, trata-se de estabelecer as **funções** que o Estado deverá desempenhar, detentor que é da mais expressiva concentração de poder na sociedade nacional: trata-se de definir o **regime de governo**.

A indagação retórica, no caso, é: como atua o poder do Estado?

A função de **governar** diferenciou-se historicamente; de início, passou-se a distinguir das ordens concretas e casuísticas aquelas que contivessem um preceito geral, abstrato, aplicável a toda uma categoria similar de fenômenos sociais: distinguiu-se a função administrativa da função normativa; numa segunda especialização, administrar a justiça se distinguiu da administração em geral, visando a tutela de especiais interesses axiologicamente supraordinados: a vida, a liberdade, a propriedade, a família etc.: caracterizou-se a função jurisdicional.

Esta tripartição de **funções básicas** não concluiu o processo; as diferenciações dessas funções seguem vários critérios: em razão da matéria, em razão da responsabilidade, em razão da abrangência etc., principalmente no âmbito da administração.

O trabalho constitucional consiste em alinhar os critérios usuais e, segundo eles, desdobrar as funções básicas em tantas funções específicas quantas sejam necessárias para configurar um quadro funcional capaz de responder, em termos de ação, à realização dos fins do Estado, já estabelecidos.

Distinta das três funções clássicas há ainda uma quarta, a **função de controle**. Sobre ela se discorrerá separadamente, uma vez que não é apenas uma atividade do Estado, mas uma função que, em diferentes graus e de diferentes formas, fica disseminada por toda a sociedade nacional com o objetivo maior do controle de legalidade. Esta função, portanto, decorre de uma especial partilha de poder que se estudará na teoria do controle.

Definidas as funções, resta articulá-las numa trama de relações, definindo as vinculações de coordenação e de subordinação. O todo configurará, então, o **regime de governo** adotado.

Das relações, poder-se-á identificar o **centro de gravidade** do poder político do Estado, que funções concentram maior ou mais amplo poder. A partir daí, identificar-se-ão os regimes presidencialistas, parlamentaristas, diretoriais e outros, nominados ou não, que representam soluções de repartição e de equilíbrio funcionais.

É preciso não confundir, todavia, o fenômeno da **repartição de funções**, que se funda basicamente nos princípios da especialização e da divisão de trabalho, com o fenômeno, adiante estudado, da **separação de poderes estatais** que consiste em agrupar funções em órgãos independentes entre si.

Mas há outras teorias a respeito de classificação de funções do Estado que por sua modernidade e valor merecem atenção, porque desvelam ângulos muito úteis à meditação metodológica.

DUVERGER, discorrendo sobre as funções do Estado, observa que, por mais importante que siga sendo a distinção tradicional, obviamente influenciada por distinta categoria de preocupações, outras são **efetivamente** praticadas no Estado contemporâneo.

Cita-nos, assim: **a)** a distinção entre **poder político e poder administrativo**, uma divisão vertical que identifica, de um lado, as decisões sobre princípios (e uso do poder regulamentar originário) — poder político — e, de outro, as decisões que aplicam os princípios aos casos singulares — poder administrativo ⁽¹⁶¹⁾; **b)** a distinção entre poder de decisão, de execução, de consulta e de controle — uma divisão material de funções que, o autor reconhece, não tem muito emprego em sede político-constitucional, sendo mais útil em Direito Administrativo ⁽¹⁶²⁾; e **c)** a distinção entre poder governamental e poder deliberativo. O poder governamental, que ultrapassa o conceito de poder executivo, caracterizar-se-ia pela liderança, como sugere VEDEL, cabendo-lhe a definição dos objetivos nacionais e o planejamento da ação do Estado. O poder deliberativo tem dois aspectos: é um poder de limi-

(161) MAURICE DUVERGER — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965 — 8.ª ed., p. 174. O autor chama a atenção que esta distinção está presente nas democracias antigas, como a base da repartição de poderes entre as assembleias do povo e as magistraturas e reapareceu na Constituição Soviética de 1936, que distinguiu o "poder de Estado" (Soviete Supremo) da "administração de Estado" (Presidium), e afirma que a diferenciação clássica entre Legislativo e Executivo está em evolução para estoura à medida que a atividade legislativa se reduz a estabelecer os princípios básicos e a orientação geral e, o governo, a agir (normativa e administrativamente) dentro deste quadro.

(162) MAURICE DUVERGER, *op. cit.*, p. 175.

tação (controle) e um poder de impulso, geralmente cometidos ambos aos parlamentos, segundo o autor ⁽¹⁶³⁾.

De qualquer forma uma sistemática constitucional segura, embora deva considerar este tópico — **competência funcional** — em estreita conexão com o seguinte — **competência orgânica**, não pode deixar de dar-lhe autonomia metodológica.

IV — DISTRIBUIÇÃO DO PODER

Estabelecidas as funções, é necessário correlacionar-se os órgãos competentes para exercê-las. Passamos à **competência orgânica** — a disposição do aparelhamento do Estado para desempenhar as múltiplas funções que lhe cabem.

Órgão, na definição do especialista APARICIO MENDEZ, é uma “porção funcional nominada e definida” ⁽¹⁶⁴⁾, indivíduos os corpos capazes de executar funções determinadas. Claro está que uma sistemática orgânica racional necessita de prévia definição de uma sistemática funcional.

A indagação retórica será: como se partilha o poder do Estado? Após o discurso de competência funcional — como age o Estado, segue-se o da competência funcional —, quem age. É a definição do **regime de Estado**.

Essa distribuição de funções entre órgãos se faz sob dois critérios usuais: o espacial e o funcional.

Sob o critério **espacial** o Estado tem dois regimes básicos: unitário (Estado simples) ou plural (Estado composto). O Estado composto, por sua vez, organiza-se em confederações, federações, uniões pessoais, uniões reais etc..

Sob o critério **funcional** o Estado pode ter órgãos polivalentes, com múltiplas funções, ou especializados.

A Constituição só deve se ocupar da orgânica superior do Estado, deixando que as leis administrativas definam os demais órgãos da Administração, as leis judiciárias definam os demais órgãos da Justiça, os **interna corporis** definam os órgãos secundários do Legislativo.

(163) MAURICE DUVERGER, *op. cit.*, pp. 176 a 178.

(164) APARICIO MENDEZ — *La Teoría del Órgano*, 1949, p. 19.

Ao separar as funções em órgãos, a Constituição deve definir, igualmente, as **relações** desses órgãos entre si; sob este critério, os órgãos podem ser independentes, autônomos e semi-autônomos e autárquicos.

Órgãos independentes são aqueles que detêm um complexo de funções, geralmente homogêneas, que podem desempenhar por si sós, sem **sujeição** a qualquer outro. Seu poder decorre diretamente da Constituição e sua articulação com os demais órgãos independentes é jurídico-política e deve, igualmente, estar prevista casuisticamente na Constituição.

Órgãos autônomos e semi-autônomos são aqueles que detêm um complexo de funções homogêneas e conexas que podem desempenhar com sujeição a outros que lhes são hierarquicamente supra-ordinados. Seu poder decorre da lei e sua articulação com os demais órgãos é jurídico-administrativa, não sendo necessário que estejam previstas na Constituição. Os órgãos autárquicos são aqueles que, desempenhando funções homogêneas e conexas, têm personalidade jurídica criada por lei.

Voltando aos critérios fundamentais, a **distribuição espacial** atende às exigências e características da geografia física, da geografia econômica e da geografia humana do país, de muito influenciando a experiência e tradição histórica do país; a **distribuição funcional** não só decorre dos princípios da especialidade e da divisão do trabalho como da necessidade de **dividir a soma de poderes do Estado** entre concentrações orgânicas que sejam independentes entre si. Sob este critério, surgem os clássicos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esta necessidade, como é sabido, foi percebida na evolução da política inglesa e consagrada no **Espírito das Leis** de MONTESQUIEU. A **separação de poderes**, como é denominada, teoricamente é uma separação de funções (embora se possa admitir, sem grande dificuldade, que o poder do Estado é **divisível**, tese que não tem geral aceitação).

A separação de poderes, contudo, tanto pode ser estudada sob aspecto meramente funcional — **o que produzem**, como sob aspecto orgânico — **como se estruturam para produzir**, como sob o aspecto de controle — **como atuam fiscalizando-se ou corrigindo-se reciprocamente (checks and balances)**.

A separação de funções em órgãos diferenciados, idéia que remonta a ARISTÓTELES ⁽¹⁶⁵⁾, foi mencionada por Sto. TOMAS, MARSÍLIO

(165) **Política**, Livro IV.

DE PÁDUA, MAQUIAVEL, BODIN e, de modo especial, LOCKE. A MONTESQUIEU coube introduzir o **conceito de controle** ⁽¹⁶⁶⁾. A Política, o Direito, a Humanidade, ficam-lhe devedores.

V — CONTROLE DO PODER

Estabelecidos os **fins** (teleologia do regime), os meios (regime político), as **funções** (regime de governo) e os órgãos (regime de Estado), temos o **Estado organizado**. Durante séculos foi este o Estado conhecido.

As teorias do **controle** e da **detenção**, que restam a examinar, respondem a uma sofisticação da técnica juspolítica, produto de laboriosa evolução para estabelecer e consolidar o primado da lei (legalidade) e *dos interesses nacionais (legitimidade)*.

O **controle do poder**, não obstante, já existe de longa data nas relações de Direito Privado: o Estado, além de dotado dos meios suficientes para garantir o império da legalidade nos conflitos de interesses privados, preservava **também o interesse coletivo** na manutenção da ordem pública. O passo mais difícil foi submeter-se, ele próprio, à lei — **patet legem quam fecisti**.

Essa submissão do Estado à lei, à **sua** lei, completou a evolução do **regime de legalidade**, surgindo uma técnica constitucional do controle do poder.

A indagação aqui é: como se controla o poder do Estado ou, na expressão de JOUVENEL, como se “doma” o Minotauro ou o fabuloso Leviatã, de HOBBS. E, no entanto, isto é possível; ainda que não se tenha conseguido realizar, na prática, este desiderato, tem sido menos *por defeito dos instrumentos que pelas normais deficiências da natureza humana e das diferentes culturas*.

Para que se estabeleça um **regime de legalidade** e se entronize um **Estado de direito**, é mister desenvolver instituições especializadas em garantir as regras estabelecidas quando da atribuição do poder e submeter o emprego excessivo do poder da lei à fiscalização e à correção.

Certos princípios devem ser explicitados a nível constitucional a fim de assegurar a prelazia do controle: a supremacia da lei sobre o

(166) “Le pouvoir arrête le pouvoir”: ao mesmo tempo técnica de controle de legalidade e controle de legitimidade.

governo e, no processo, o primado do **poder cristalizado na lei** sobre qualquer outra manifestação do poder do Estado ou fora dele, não importando mais que interesses possam estar em jogo.

O **regime da legalidade** ou regime de Estado de direito vai, assim, além da imposição da lei como regra de composição de conflitos entre interesses privados, à imposição da lei como regra de composição de **todos os tipos** de conflitos, ainda que o **Estado** seja parte.

A adoção deste regime, por sua complexidade técnica, exige a definição de certos princípios que definam o **primado do direito** e a adoção de certos instrumentos que estabeleçam as **garantias** de que o poder do Estado está contido e ficará contido pelo direito.

Ao estudar-se a partilha funcional, mencionou-se a **separação de poderes**; trata-se de uma técnica inafastável, uma conquista do espírito humano, **mais** que ao controle de legalidade, referente ao controle de legitimidade, pela possibilidade de **articular os três poderes** sob os mais diferentes critérios sem sacrifício de sua independência.

O Poder Legislativo tem funções de controle de legalidade e de legitimidade, o Poder Executivo tem funções **internas** de controle de legalidade e **externas** de controle de legitimidade e o Poder Judiciário tem funções externas de controle de legalidade.

O **dever** de sustentar a legalidade é um dever geral, mas o **dever constitucional** de fiscalização e de correção é um dever específico atribuído a agentes específicos. Daí a necessidade de armar-se um **sistema de controle** que **se desdobrará entre os três complexos orgânicos do poder estatal**.

Neste sistema, o controle jurisdicional (função), basicamente exercido pelo Poder Judiciário (órgão), é crucial, e a técnica constitucional deve facilitar e estimular seu emprego através de meios processuais especialíssimos denominados "remédios", caracterizados por sua objetividade e simplicidade formal.

Mas o controle jurídico de legalidade deve complementar-se com o **controle político de legitimidade**, de outra forma seria um mero esforço técnico para manter um sistema ilegítimo (quicá ilícito), eis porque deve acrescentar-se à sistemática proposta um último elemento: relativo ao sistema da detenção do poder.

VI — DETENÇÃO DO PODER

No capítulo da **destinação do poder** o tema é a **licitude**: nele se deve fazer uma opção que toca ao problema fundamental do Estado: **harmonizar**, no plano ético, os fins da pessoa humana com os fins da sociedade e os do próprio Estado.

No capítulo do **controle do poder** o tema é a **legalidade**: nele se deve estruturar um sistema jurídico de garantias que assegure a sujeição do agir do Estado à lei.

Aqui, no capítulo da **detenção do poder**, fecha-se o ciclo ético, o tema é a **legitimidade**: nele se deve manter a harmonia e a compatibilização entre a ação do Estado e os interesses e aspirações dos indivíduos.

Em outras palavras: a sintonia entre a ação dos governantes e as necessidades e interesses dos governados.

Busca-se resposta à indagação: quem detém o poder? E, é claro, como a ele se tem acesso?

Diz-se que este é o discurso da democracia representativa, posto que, no estado contemporâneo, a legitimidade está referida, mais que tudo, ao **acesso aberto** do povo ao governo.

É importante, porém, recordar que a legitimidade não se esgota no acesso e na detenção do poder por aqueles que **representem** a vontade da sociedade; a **"democracia representativa"** não basta nem para a **democracia** nem para a **legitimidade**: é necessário que a legitimidade se estenda e prossiga no **exercício do poder** (destinação e emprego).

Outro ponto importante está no **formalismo**: a legitimidade não decorre **necessariamente** da escolha eletiva. Sem dúvida, esta escolha confere uma legitimidade **originária**, mas ela deve se completar pela marcação correta de objetivos coletivos — legitimidade **teleológica** e pelo emprego consentâneo dos instrumentos funcionais — legitimidade **corrente**.

A própria legitimidade **originária** do detentor do poder pode variar conforme o consenso sobre a melhor investidura: numa sociedade, será a escolha eletiva, noutra, a sucessão dinástica, noutra ainda, o sorteio das magistraturas, ou o concurso público e, mesmo, a cooptação. Todos, e outros, podem ser considerados como meios legítimos de acesso ao poder; tudo depende do consenso que se estabeleça, na sociedade, sobre qual o melhor sistema.

Não obstante, forçoso é reconhecer-se que a representação política renovada por eleições periódicas tem se apresentado nas Constituições contemporâneas como a mais difundida técnica de instituição de um regime de legitimidade.

É comum repetir-se que monarquia e república são "formas de governo"; se considerarmos o governo **em si**, é claro que há variação

no sistema de **emprego do poder**, mas essas diferenças ocorrem porque a **detenção do poder** do Estado se dá a títulos diferentes; assim, antes de ser resultante de um critério de emprego de poder — **regime de governo** — a distinção decorre da origem do título, **trata-se do regime de legitimidade**.

A evolução do sistema representativo permite canalizar os interesses e aspirações dos povos, com a rotatividade dos governados, para as sedes de poder do Estado.

A democracia, **formalmente considerada**, confunde-se com a **técnica do acesso ao poder** do Estado; mas o acesso não se dá apenas de homens como de idéias (identificação de necessidades e interesses), daí a necessidade de contar-se com a intermediação dos **partidos políticos**.

O discurso da legitimidade se entrosa com o discurso das competências funcional e orgânica na medida em que a Constituição deva definir que funções e que órgãos devem ficar abertos ao acesso popular e de que modo (eleição, concurso, designação, etc.).

Nos governos parlamentares a exigência da escolha política se concentra no Poder Legislativo para o preenchimento das cadeiras do Parlamento. Nos governos presidencialistas, a importância está na escolha do chefe do Poder Executivo. Em ambos os regimes, a escolha dos membros do Poder Judiciário obedece a critérios de mérito ou de cooptação.

Na amplitude do acesso ao poder define-se a **abertura democrática** do Estado à nação. Quando o acesso é estreito, irregular ou se dá apenas a cargos de menor importância, estamos diante de um Estado de **estrutura de poder fechada** e a legitimidade é baixa e a estabilidade da detenção do poder vai depender da eficiência do aparelho coercitivo disponível pelos governantes. Quando o acesso é amplo, regular e se dá a todos os cargos de importância política, o quadro é de um Estado de **estrutura de poder aberta**: a legitimidade é alta e a estabilidade decorre da autoridade dos governantes.

É relembável a acatada teoria de BOBBIO, que vê na legitimidade um título para o exercício do poder resultante do poder que provém de muitos, na comunidade, que aderem à uma determinada idéia de norma ⁽¹⁸⁷⁾.

O discurso da democracia não se esgota no discurso da democracia representativa mas, indubitavelmente, com ele tem começo.

(187) NORBERTO BOBBIO — "Sur le principe de légitimité", in *Annales de Philosophie Politique*, v. 7, Paris, 1967, p. 50.

5. Conclusões

A palavra “modelo” não é, pois, sinônimo de “tipo ideal” ou arquétipo platônico, isto é, não significa uma idealização da ordem política perfeita, posta como alvo a ser atingido. Na moderna teoria da ciência, ao contrário, o conceito de “modelo” tem sentido metodológico e pragmático, variando de um para outro campo da realidade.

MIGUEL REALE (168)

As duas teorias, da instituição e do poder, como se viu, são facilmente unificadas; como conteúdo este e como continente aquela. Com este critério metodológico armou-se a proposta de sistema constitucional.

É hora de adiantar algumas conclusões: uma teórica e outra prática.

A **conclusão teórica** responde à compreensão unitária do universo juspolítico, superando-se uma cópia de dicotomias e contradições que persistem e resistem a explicações parciais. É o caso das dicotomias nação e Estado, força e direito, autoridade e liberdade, entre outras.

Sob este ponto de vista, é de se esperar que a visão unitária facilite o progresso científico pois, como se depreende da lição de JUVENEL, realiza-se “a construção de um edifício conceptual que sirva de suporte comum às diferentes pesquisas” (169).

A **conclusão de ordem prática** do efeito dessa unificação, que diz respeito ao objetivo imediato deste ensaio, responde à possibilidade metodológica de classificação, de sistematização, de organização didática e de criação científica. Sob este ponto de vista, o que se pretende é tentar um caminho para o progresso do constitucionalismo, de modo imediato, e, de modo mediato, das investigações juspolíticas, o que, segundo PRÉLOT, não parece disparatado nem ambicioso, pois “o

(168) MIGUEL REALE — *Da Revolução à Democracia* — Ed. Convívio, S. Paulo, 1977, 2.^a ed., pp. 109/110 (n/grifo).

(169) BERTRAND DE JOUVENEL — “Initiation à la théorie politique pure” — in *Revue Internationale d’Histoire Politique et Constitutionnelle*, Presses Universitaires de France, jan.-jul. 1957, p. 87.

tormento da unidade é, para qualquer ciência, o fermento do seu desenvolvimento" (170).

Não importa como consideremos a Constituição sob o ponto de vista de sua destinação política — ou como organização do poder do Estado, ao gosto juspositivista, ou como organização do poder no Estado, na percepção jus-sociológica — o centrá-la no fenômeno do poder pode servir de **guia metodológico neutro**, palatável a ambos os gostos.

É muito difícil, forçoso reconhecer-se, a neutralidade das Ciências Sociais, uma vez que o analista jurídico não pode manter-se isento. O esforço para "neutralizar" a metodologia pode mostrar-se compensador se se escolhe o **poder** como fundamento da estrutura sistemática constitucional. Diferentemente de outros fenômenos, que já trazem em seu bojo uma coloração ética, o poder é absolutamente **neutro**, sem vinculação filosófica e, muito menos, implicação ideológica: é um **instrumento da vontade** que pode servir, indistintamente, a qualquer propósito (ética de resultado) ou convir a qualquer ação (ética dos meios).

Posto que a **política** é o exercício da "alocação organizada de valores", como nos diz EASTON (171), ela é que deve impregnar axiologicamente o poder: orientá-lo na prossecução dos **fins** e estabelecer os **meios** para tanto. Ao **direito** incumbe zelar para que isto suceda.

Na confluência constitucional, político e jurista se encontram para dar ao poder do Estado sua feição positiva, construtiva, dignificadora.

Realmente, como instrumento, o poder pode ser a desgraça ou a glória: se um mal, perigoso, corruptor e execrável, contra o qual nos alertaram TÁCITO, PITT e LORD ACTON, ou um bem, o meio de alcançar o homem, em sociedade, a paz, a harmonia, o progresso e a felicidade.

Se, realmente, o poder servir a esses propósitos elevados, de acordo com a visão que os povos tenham sobre a paz, sobre o progresso e sobre a felicidade, ele é, sem dúvida, um instrumento da justiça, uma bênção de Deus (172).

Para isto, servem as Constituições, os modelos ideal-possível, os **estatutos do poder**.

(170) MARCEL PRÉLOT — *La Science Politique*, Presses Universitaires de France, Conclusão II, *in fine*.

(171) DAVID EASTON — *Uma Teoria de Análise Política* — Ed. Zahar, 1968, p. 45 (n/grifo).

(172) "A justiça exalta uma nação." — Provérbios, 14:34.