

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JORGE JOSÉ PEREIRA OLIVEIRA

**BREVE ANÁLISE POLÍTICA DO DIREITO:  
A AMPLA LEGALIDADE COMO JUSTIFICAÇÃO ESPECIALIZADA DE ATO DE  
PODER**

CURITIBA

2009

**JORGE JOSÉ PEREIRA OLIVEIRA**

**BREVE ANÁLISE POLÍTICA DO DIREITO:  
A AMPLA LEGALIDADE COMO JUSTIFICAÇÃO ESPECIALIZADA DE ATO DE  
PODER**

Monografia apresentada à  
Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Paraná,  
como exigência parcial para a  
obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. Fabrício Ricardo  
Tomio.

CURITIBA

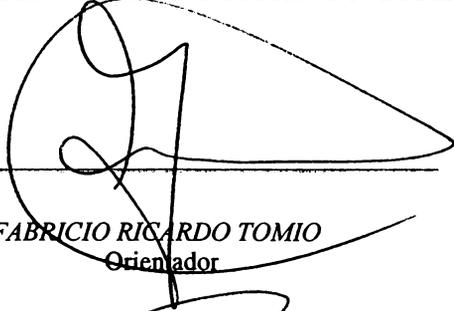
2009

## TERMO DE APROVAÇÃO

JORGE JOSE PEREIRA OLIVEIRA

### **BREVE ANÁLISE POLÍTICA DO DIREITO: A AMPLA LEGALIDADE COMO JUSTIFICAÇÃO ESPECIALIZADA DE ATO DE PODER**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



---

FABRICIO RICARDO TOMIO  
Orientador



---

ENEIDA DESIREE SALGADO  
Primeiro Membro



---

CESAR ANTONIO SERBENA  
Segundo Membro

À todos os Mestres da minha vida,  
inclusive à brisa serena das minhas  
noites enluaradas e às tempestades  
que me levaram a realinhar a rota.

## RESUMO

Ao ser abordado o direito na perspectiva de um sistema de normas incorre-se no risco de compreendê-lo parcialmente, vez que um estudo do fenômeno jurídico explicado estritamente por uma teoria sistêmica redundaria em se ater demasiado nos aspectos discursivos do direito. O objetivo deste trabalho foi abordar o direito a partir de uma análise política, visualizando seus principais elementos constitutivos e caracterizadores, de tal modo a recolocá-lo em seu lugar natural de compreensão, enquanto fenômeno social: o espaço do poder político. De início, foram trazidas considerações sobre algumas nuances do direito, quando este é visto a partir de uma instrumentalidade discursiva. Já aí foi alertado para a inconveniência de se analisar o objeto com foco na linguagem utilizada para referir-se a ele, ou seja, questionou-se a eficácia da abordagem que se faz do direito a partir do cotejo entre a teoria da instituição, de um lado, e a relação jurídica, de outro, com o discurso do sistema normativo. Segue-se para um segundo momento da análise, onde se buscou extrair da teoria da norma jurídica os elementos que informam o direito como fenômeno político, focando a hipótese de incidência normativa como a parte informadora do acervo valorativo a ele afeto, e o conseqüente normativo como indicativo do ato de poder juridicizado. Ficou demonstrada, igualmente, a irrelevância da classificação entre norma regra e norma princípio para uma teoria política do direito. Adentrou-se, em seguida, no núcleo da pesquisa: demonstrou-se que direito é ato de poder político, legitimado conforme um contexto valorativo específico. Por derradeiro, abordou-se três planos de legitimação do direito, enfatizando os ambientes políticos da *Dignidade da Pessoa Humana*, *do poder público* e *da Ampla Legalidade* como elementos culturais institucionalizados historicamente a caracterizarem adequadamente o fenômeno jurídico.

**Palavras-chave:** Direito. Poder Político. Sistema de Normas. Ato. Legitimação. Dignidade Humana. Poder Público. Ampla Legalidade.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	6
2. DISCURSO E DIREITO: O RISCO DE SE CONFUDIR O SER COM A LINGUAGEM QUE O INFORMA. ....	8
2.1. ALGUMAS NUANCES DO DIREITO QUANDO VISTO A PARTIR DE SUA INSTRUMENTALIDADE DISCURSIVA. ....	8
2.1.1. <b>A relação entre validade, eficácia e justiça do poder político com o discurso que o informa.</b> .....	15
2.2 SISTEMAS FÍSICOS X SISTEMAS SOCIAS: SIMILITUDES E DIFERENÇAS EM SUAS QUANTIFICAÇÕES.....	20
3. O SISTEMA NORMATIVO E A NARRATIVA SOBRE O DIREITO.....	25
3.1- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA NORMA JURÍDICA .....	28
3.1.1- <b>A hipótese de incidência normativa: Um indicativo do conteúdo valorativo do poder chamado direito.</b> .....	31
3.1.2- <b>O conseqüente normativo: Um indicativo do conteúdo fático do poder chamado direito.</b> .....	37
3.1.3- <b>Alguns critérios distintivos entre norma regra e norma princípio. Qual sua relevância para compreender o direito enquanto poder político?</b> .....	38
3.1.4- <b>Considerações finais sobre o tópico</b> .....	45
4. O DIREITO COMO FENÔMENO POLÍTICO.....	48
4.1- O AMBIENTE VALORATIVO QUE JURIDICIZA FATOS POLÍTICOS: A <i>AMPLA LEGALIDADE</i> E O DIREITO .....	53
4.1.1 – <b>A Dignidade da Pessoa Humana.</b> .....	55
4.1.2 – <b>A <i>Potestas Publica</i> e a <i>Res Publica</i></b> .....	59
4.1.3. <b><i>A inafastabilidade da Justiça, a previsibilidade, a igualdade formal e a segurança jurídica. O mais alto grau de institucionalização do poder político....</i></b>	62
4.1.4- <b>Considerações finais a respeito da Ampla Legalidade.</b> .....	68
CONCLUSÕES .....	72
REFERÊNCIAS .....	75

## 1. INTRODUÇÃO

A Ciência Jurídica tem sérias dificuldades quando busca explicar o direito como sendo um sistema de normas de conduta. Primeiro porque, seja qual for o sistema utilizado para evidenciar a realidade social, jamais o conjunto dos seus elementos darão conta de dizer todos os detalhes que a ela abarca, até porque o comportamento social é extremamente complexo e multifacetado, donde se infere que qualquer sistema, por mais sofisticada que seja sua elaboração, estará condenado inevitavelmente à incompletude. Daí, a recorrência constante a subterfúgios vários para dar solução às situações lacunosas pertinentes internamente ao sistema, por vezes, resulta em instabilidade e insegurança. Em segundo lugar, os sistemas normativos, por decorrência lógica, pecam no que concerne à coerência, visto que o fundamento de validade dos comandos de seus dispositivos individualizados jamais tem um ponto final donde emanaria toda força hierarquizada de vinculação. Exemplo emblemático disso é o recurso ao artifício de se pressupor uma “norma hipotética fundamental”, para que o sistema explique-se coerentemente enquanto tal.

Pois bem, abordar o direito a partir da noção de tê-lo segundo um sistema jurídico leva-nos inevitavelmente a não conseguir resolver questões contingentes, muitas vezes relevantes, visto que nos depararemos aqui e ali com o problema da incompletude e da incoerência.

Neste trabalho propomos uma análise política do fenômeno jurídico, uma vez **que** direito e o poder político guardam estreita relação. Para tal, utilizamos não um **método** descritivo, de uma abordagem histórica do direito, para fundamentar nossas conclusões. Ao contrário, partimos da idéia de buscar elementos inerentes ao direito, suficientes para especificá-lo ontologicamente como tal. E aí, pensamos num sujeito de direito de muito hobbesiano e quase nada aristotélico: Um homem que, naturalmente, **busca** sobrepujar o outro; um ser dado ao eterno conflito, por ser consciente de sua **finitude** no mundo.

Começamos por investigar a linguagem que discorre sobre o direito e, ao longo **de** nossa investigação, alertamos para a impropriedade de se analisar o **ser** a partir do **meio** com que se diz dele. Neste sentido, já num primeiro momento, apontamos para

alguns equívocos quando da associação que comumente se faz entre a norma jurídica e a teoria institucionalista, de um lado, e, de outro, a norma jurídica e a relação jurídica. Ainda nesse primeiro momento, voltados para os aspectos discursivos do direito, refletimos sobre a validade, eficácia e justiça do poder político.

Em seguida, estudamos a relação entre os elementos do *arquétipo* normativo, construído pela teoria da norma jurídica, e o poder político, este enquanto ato valorado socialmente. Já aí, começamos por demonstrar que o direito é espécie de poder político.

Num terceiro e último momento, abordamos os principais elementos caracterizadores do direito, que como tais, explicam-no segundo uma perspectiva política: concluímos nossa análise defendendo a pertinência de três planos de valoração do ato de poder, ontologicamente dados, que o eleva à categoria de poder político juridicizado.

## 2. DISCURSO E DIREITO: O RISCO DE SE CONFUDIR O SER COM A LINGUAGEM QUE O INFORMA

Um problema muito instigante é o de se saber exatamente o que venha a ser o direito. De tal modo é relevante essa questão que, uma vez mal explicada, quaisquer outras investigações que se deseje empreender no campo da Ciência do Direito restará inevitavelmente, no melhor dos resultados, parcialmente compreendida. Mas há de se admitir, de imediato, que a trajetória intelectual empreendida na busca de dizer o que é o direito ocorre sob um descortinar de saberes que, simultaneamente e com o mesmo nível de complexidade, vem a indicar o que, coerentemente, não é o direito. Atentos a isto, procuraremos neste tópico analisar alguns aspectos discursivos do direito, tradicionalmente os mais focados pela doutrina, e que, sem sombra de dúvidas, são fontes dos maiores equívocos cometidos pelos estudiosos dessa matéria.

### 2.1. ALGUMAS NUANCES DO DIREITO QUANDO VISTO A PARTIR DE SUA INSTRUMENTALIDADE DISCURSIVA

A concepção segundo a qual o fenômeno jurídico surge da interpretação coerente de um discurso especializado encaixa-se adequadamente com a noção de direito enquanto sistema de normas vinculadoras. Neste sentido, sim, é tentadora a **acepção** segundo a qual *quando um conjunto de normas jurídicas abstratas (um sistema normativo) é levado a ser concretizado a partir de um processo interpretativo, e, portanto, aplicado coercitivamente a um caso juridicamente valorado no mundo fenomênico, aí estará fazendo realizar o direito*. Seguindo esta concepção, estaríamos, inevitavelmente, deslocando a exigência de buscar um fundamento ontológico caracterizador do direito enquanto ser em si, para o âmbito da mera instrumentalidade **que** narra o direito, ou seja, estaríamos debruçados sobre o espaço da linguagem que **criamos** para expressar satisfatoriamente o fenômeno jurídico. Entretanto, a tentação **de** se prender a uma compreensão do direito a partir de sua *instrumentalidade discursiva*, tem muitas nuances.

Santi Romano coloca o fenômeno jurídico fundado no trinômio sociedade-ordem-organização, quando defende a tese segundo a qual o direito existe quando há uma ordem social organizada, ou seja, quando há uma instituição<sup>1</sup>. Tal consideração fundamenta o fenômeno jurídico em bases do pluralismo jurídico, quando advoga que, ao contrário do monismo jurídico que considera direito apenas o direito estatal, o direito estará presente inclusive em uma associação de delinqüentes, desde que esta esteja institucionalizada<sup>2</sup>.

Norberto Bobbio, analisando o pensamento de Santi Romano, afirma que a teoria da instituição teve o grande mérito de destacar a concepção de que o direito é um conjunto ordenado de normas, visto que uma instituição não pode ser criada sem uma produção de regras<sup>3</sup>.

Mas, atentos a não confundir o ser com o meio com que se diz sobre dele, ousamos substituir o trinômio sociedade-ordem-organização, da doutrina institucionalista, pelo trinômio sociedade-poder político-cultura. Assim, questionamos: há ordem (ou conjunto ordenado de normas) sem o poder? Que é organização, se não ações adequadamente legitimadas desse poder (legitimação esta, configurada num *desdobrar* histórico-cultural, ainda que instrumentalizada discursivamente)?

Ademais, o poder político emerge naturalmente e simultaneamente de um grupo social, ou seja, poder e relação andam de mãos dadas, embora aquele não deva ser confundido com esta. Assim, o poder político nasce inevitavelmente da sociedade. Desse modo, concordamos inteiramente com a máxima *onde há sociedade há o poder*.

E é por demais marcante o poder enquanto um ser em si, que ao pensarmos ilustrativamente a possibilidade de um homem completamente isolado de outro, como uma ilha, em tais circunstâncias já se faria presente, em certa medida, o poder. Claro que estaríamos diante, tão-somente, do que podemos atribuir como um *poder de fato*. Neste caso hipotético, no máximo veríamos aflorar das iniciativas desse indivíduo, na sua interação com o mundo, apenas elementos instintivos, decorrentes da sua busca inevitável por autopreservação, como ocorreria, por exemplo, com o ato persistente de

---

<sup>1</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 29.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 37.

perseguir uma lebre com o intuito de saciar uma carência alimentar. Parece-nos sensato, portanto, concluir que o homem solitário estaria exercendo, a partir desse exemplo, no máximo uma relação de *poder de fato* sobre a lebre, ao abatê-la em tais circunstâncias, sem a necessidade premente de se valer de qualquer discurso para atingir seu fim. Assim sendo, igualmente poderíamos concluir que a lebre estaria exercendo uma relação de *poder de fato* sobre seu predador se, numa segunda hipótese, conseguisse escapar da perseguição empreendida pelo homem, na busca tão-somente de autopreservação. Desse modo, é razoável concluir que nas interações naturais instintivas entre os seres meramente biológicos já se faz presente *resquícios de poder (poder de fato)*, impulsionados pela necessidade premente de autopreservação, imposta a todos pela natureza. Assim sendo, o poder já se mostra como um fenômeno natural entre os indivíduos meramente biológicos, ligado visceralmente ao instinto de sobrevivência.

Por outro lado, quando o homem sai da realidade de indivíduo estritamente biológica, tal como descrevemos acima, para o instante mesmo em que estabelece relacionamentos com seu semelhante, momento em que seus impulsos instintivos conduzem-no, apenas, à satisfação das suas carências mais primitivas, suas ações ficam sob olhares valorativos de outro homem. Neste momento o poder, antes mero fenômeno natural, começa a tomar ares de poder pré-político. Ou seja, é na ocasião em que o primeiro homem encontra outro homem, no primeiro vestígio de sociedade humana, portanto, que surge automaticamente o homem como ser cultural, portador de um discurso<sup>4</sup>. Só aí o homem se vê homem, e simultaneamente o poder, antes mero *poder de fato*, começa sua trajetória evolutiva para o poder político. A partir desse

---

<sup>4</sup> Convém registrar a advertência de Marcelo Campos e Bernardo Costa: “Quanto ao *discurso*, tem-se em vista, segundo Zarka, que o homem ‘não é simplesmente um ser que fala, mas também, e sobretudo, um ser que se torna o que é pelo discurso’ (ZARKA: 1999, p. 287). A condição humana sofre profundas mudanças em função do discurso, seja na existência individual, seja nas relações entre os homens.” GALUPPO, Marcelo Campos; MARANHÃO, Bernardo Costa Maranhão. *Desejo, Discurso e Autorização na Filosofia Política de Hobbes*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/bernardo\\_costa\\_couto\\_maranhao.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/bernardo_costa_couto_maranhao.pdf)>. Acesso em: 02/11/2009.

momento é como se homem-sociedade-poder político-cultura tomasse a feição de um mesmo ser ontológico.

O trinômio *sociedade-poder político-cultura*, em contraponto a “sociedade-ordem-organização”, portanto, é de tudo conveniente, porque são os atos de poder político, poder este indissociável do homem enquanto sujeito de relações sociais, que modificam ou conservam um *status* social, uma realidade pré-existente. E mais, todo poder político só o é num contexto cultural de relações (processo este que abarca, criando e recriando, todo instrumental discursivo), pois só aí estarão garantidas a validade e eficácia de seus atos: Toda ação ou omissão de um sujeito de relações sociais está sempre marcada pelo olhar valorativo de cada um dos demais indivíduos, em maior ou menor grau. Dito de outro modo, colado ao ato de poder político surge, inevitavelmente, a necessidade visceral de legitimá-lo, de fazê-lo aceito pelo conjunto dos atores sócias, de tal modo que ato de poder político e legitimação (esta enquanto elemento valorativo) não se separam. A legitimação, sem dúvida, é o elemento característico que diferencia o poder político do poder pré-político ou do *poder de fato* (este sem qualquer conteúdo valorativo).

Desse modo, ato e valor (legitimação) são os elementos constitutivos do poder (exceto o *poder de fato*, que se basta enquanto um ato modificador da realidade natural). Assim, se o discurso tenha estreita relação com o direito, isto só se dá de forma indireta, na medida em que aquele instrumentaliza a legitimação deste.

Enfatizemos, então: O poder político é constituído por dois elementos, ontologicamente falando: um fático (o *quantum* coercitivo, hábil de modificação ou conservação, ínsito à experiência do homem enquanto *ser de potência*; o *imperium* à disposição do agente de poder, elemento donde efetivamente emana toda mudança ou manutenção do *status quo* anterior) e outro valorativo (seu aspecto cultural, presente apenas na experiência do homem enquanto ser de relações sociais, enquanto *ser de discurso*)<sup>5</sup>. A relação do poder com o discurso, portanto, é meramente instrumental:

---

<sup>5</sup> Os termos *ser de discurso* e *ser de potência* aparecem cunhados com o mesmo sentido no artigo *Desejo, Discurso e Autorização na Filosofia Política de Hobbes*, quando seus autores citam ZARKA.

surge como meio disponível aos atores sociais, para que estes veiculem entre si o sentido que lhes convém do conteúdo valorativo do poder circunstancialmente dado; surge enquanto instrumento hábil a proclamar o sentido previamente “filtrado” do conteúdo valorativo do seu ato de poder, com o fim de legitimá-lo. Assim sendo, a legitimação não se confunde com o discurso do agente do poder: Este pode ser mais ou menos sofisticado, mas pouco garante se o ato de poder resultará mais ou menos conflitivo. A intensidade do conflito decorre da medida do quanto o ato de poder é ou não um ato legítimo.

É, portanto, no âmbito da legitimação do poder político que este se torna *poder político jurídico*, de tal forma que o direito pode ser identificado como um tipo específico do poder político. Direito é, em essência, poder político lapidado com um específico grau de legitimação. Direito é espécie do gênero poder político (cuja legitimação é instrumentalizada por meio de discursos *qualificados*). Dizendo de outra forma, o fenômeno jurídico nasce, enquanto processo cultural, no contexto de relações sociais marcadas por disputas e exercícios de poder político. O direito brota, portanto, concomitantemente com o nascimento de qualquer grupo social, que, por sua vez, está marcado pela inevitabilidade cotidiana do exercício e da disputa do poder político, exatamente quando este se faz legitimar, o que ocorre necessariamente por um processo histórico-cultural. Desse modo, o ato de poder político traz colado em si, a partir dos reveses sociais, sua face valorativa que é sua legitimação. Assim, a máxima *onde há sociedade há direito* equivale a afirmar *onde há sociedade há o poder político*, visto que ambas as assertivas estabelecem entre si uma relação de continência, ou seja, a primeira está dentro da segunda. Isso ocorre porque o direito é apenas uma faceta do poder político, que se concretiza dialeticamente no contexto de toda e qualquer sociedade e a partir de uma complexa dinâmica histórico-cultural de legitimação.

O enfoque mais comumente observado sobre o contexto discursivo do direito é o de ver a relação jurídica absorvida pela norma jurídica. Assim, Norberto Bobbio ressalta a ligação entre direito e relação, nos seguintes termos:

A relação jurídica é caracterizada não pela matéria que constitui seu objeto, mas pelo modo como os sujeitos se comportam uns em face do outro. E se exprime também desta maneira: o que caracteriza a relação jurídica não é seu conteúdo, mas a forma. E isto significa: não se pode determinar se uma relação é jurídica com base nos interesses em jogo; pode-se determiná-la apenas com base no fato de ser ou não regulada por uma norma jurídica. O problema da caracterização do direito não reside sobre o plano da relação; se encontra somente sobre o plano das normas que regulam a relação. Em outras palavras: dado um vínculo de interdependência entre relação jurídica e norma jurídica, nós não diríamos que uma norma é jurídica porque regula uma relação jurídica, mas sim que uma relação é jurídica porque é regulada por uma norma jurídica. (...) Relação jurídica é aquela que, qualquer que seja seu conteúdo, é tomada em consideração por uma norma jurídica, é subsumida por um ordenamento jurídico, é qualificada por uma ou mais normas pertencentes a um ordenamento jurídico.<sup>6</sup>

Ainda que pese a magistral lucidez de Bobbio, discordamos de sua análise quando atribui ao plano das normas que regulam a relação o lugar onde reside o problema da caracterização do direito. Por óbvio que não há relação naturalmente jurídica, porque, (nisto concordamos) o *problema da caracterização do direito não reside no plano da relação*. Mas o direito não é norma; ele pode até ser informado por uma linguagem normativa. O direito é ato de transformação ou conservação da realidade social, mas imiscuído de um conteúdo valorativo hábil a justificá-lo como tal. Neste sentido, direito é poder político (ato + valor), e, assim sendo, só ocorre num contexto de relações. Jamais se pode falar em poder político ou em direito sem que se

---

<sup>6</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria...Op. cit.*, P. 43.

dê numa relação entre sujeitos<sup>7</sup>, de tal modo que não havendo relação, não há que se falar em direito.

Ainda assim, não há que confundir a relação com o direito em si. O que caracteriza o direito como tal é o conteúdo valorativo justificador do ato de poder insito à relação. Diríamos, então, que a relação é jurídica, não por ser regulada por uma norma jurídica, com ensina Bobbio, mas porque todo conteúdo valorativo justificador da relação de poder goza de certas especificidades que a juridiciza<sup>8</sup>. Portanto, a relação jurídica não é outra coisa que uma relação de mando-obediência (relação de poder), e é do grau de legitimação dessa relação que se mede sua juridicidade. Só é relação jurídica se for relação de poder, e, ao mesmo tempo, toda relação de poder se torna relação jurídica na medida de sua legitimidade, em função da especificidade de sua legitimação.

Não é razoável, portanto, ver o fenômeno jurídico como mero fenômeno normativo. Vê-lo sob tal horizonte é confundir o edifício com sua planta. É como dizer que o fenômeno jurídico é um mero fenômeno lingüístico, visto que a teoria normativa não deixa de ser uma teoria semântica, o que jamais deve ser confundida com o direito. Uma relação jurídica é, ao contrário, uma relação de poder político, isso porque uma norma, tão-somente, pode jamais causar qualquer mudança na realidade social, pode jamais gozar de qualquer eficácia ao longo de sua existência, como que um projeto nunca levado à execução, enquanto que uma relação de poder só o é porque, de algum modo, impacta a vida dos indivíduos.

Daí, a afirmativa de que *o direito nasce da interpretação de um sistema de normas a um caso concreto* nos parecer iluminar apenas uma parte do fenômeno jurídico. Isto porque, tal defesa, em última análise, está a afirmar que *o direito é uma linguagem interpretada*. Linguagem e interpretação, de *per si*, são fenômenos culturais. Entretanto, como já colocamos anteriormente, o que modifica ou conserva o mundo social é sempre um ato de exercício ou de disputa de poder.

---

<sup>7</sup> Remetemos o leitor ao tópico 3.1.2, onde abordamos a relação vista à luz do arquétipo da norma, **construído** pela teoria da norma jurídica.

<sup>8</sup> **Tratamos** desta questão mais detidamente no capítulo 4 deste trabalho, e para ele remetemos o leitor.

Concluimos, portanto, nos seguintes termos: *onde há sociedade há o poder buscando justificar-se, diuturnamente exercitado e disputado*. Por outro lado, tal legitimação vem a ocorrer num processo cultural, civilizatório, que, em função de suas especificidades, transmuta o poder político no direito, como uma das suas múltiplas formas de impor transformação ou conservação da realidade social.

### **2.1.1. A relação entre validade, eficácia e justiça do poder político com o discurso que o informa**

Já antecipamos que o poder político se juridiciza a partir de um específico processo de legitimação, e se faz presente na inter-relação dos atores sociais. Mas, quais os elementos que fundamentam esse específico processo de legitimação? Falaremos das noções de poder político válido, eficaz e justo.

Bobbio, debruçado sobre o fenômeno jurídico, apresenta três critérios de valoração das regras jurídicas: justiça, validade e eficácia. Assim, para esse autor, perguntar se uma norma é justa é inquirir o quanto ela está em correspondência com os “valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico”<sup>9</sup>, é aferir o contraste entre o que a norma deve ser e o que efetivamente é, entre o seu real e o ideal.

Aqui, enfatizemos, estamos buscando construir uma noção de direito que não se confunde com o sistema normativo. E ao observar a relação entre os dois, o que nos parece mais autorizado é ver o ordenamento como uma linguagem que coloca o poder político numa feição técnica, de elaboração tão precisa que tal discurso busca não apresentar contradições. Então, a partir da coerência e da não contradição discursiva entre os símbolos e o ordenamento é que faz a argumentação convincente, induz os sujeitos do discurso a estabelecerem concordância. Entretanto a narrativa em si é distinta do ser narrado, como a fotografia é distinta do objeto fotografado, embora o modo como se articula o discurso cria *sensações* a respeito do real<sup>10</sup>. Assim sendo, a

---

<sup>9</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria...Op. cit.*, p. 46.

<sup>10</sup> Marcelo Campos e Bernardo Costa analisando o papel do discurso em Hobbes, como meio de dissimulação e manipulação, discorrem nos seguintes termos: “(...) Além dessa contradição devida aos

coerência argumentativa do sistema normativo em si não é garantia que, automaticamente, o poder político se imponha legitimamente e se torne jurídico. Desse modo, sendo o ordenamento uma linguagem, um meio operativo do poder, a norma só pode ser vista como um elemento dessa linguagem, donde levaríamos a atribuí-la relações estritamente sintáticas e semânticas com o ordenamento. Vendo assim, seria possível dizer, apenas, se a norma é válida ou não em relação ao ordenamento, como se diz de uma palavra se é ou não adequadamente grafada segundo o vocabulário da língua a que corresponda. Nesse sentido concordamos com Bobbio quando discorre sobre o problema da validade de uma norma em relação ao ordenamento, mas numa validade meramente de não contradição técnica<sup>11</sup>.

Assim, não nos parece razoável ver a norma, numa relação valorativa com um dado ordenamento, informar toda a *verdade* de um fenômeno jurídico verificável empiricamente, porque a noção de *Justiça* é construída mais em função do quão o poder político juridicizado é adequadamente justificado numa dada *ordem social*. O fenômeno jurídico se exprime mais em função do nível de acatamento da coletividade perante a convivência com os comandos emanados do poder e a correspondente conformação em obedecê-los detidamente. Justiça está mais para o estado de aceitação, de justificação, do poder político interveniente em uma coletividade dada, assimilado individualmente numa perspectiva de, no conjunto, tornar-se unânime. E isso, por óbvio, só ocorre se o poder se fazer crê, a partir de seus instrumentos de controle culturalmente validados, instrumentos estes em tudo coerentes com o patrimônio axiológico da sociedade (o discurso é apenas um dentre outros). Desse modo, as ações e pretensões do agente de poder (todas formatadas em relações de mando-obediência), para que não sejam frustradas, devem, em tudo, ser coerentes com

---

abusos da linguagem, há uma outra, que resulta da equivocidade que marca o discurso, que pode se manifestar em diversas formas acidentais de mal-entendido e ambigüidade, mas que pode também ser usada deliberadamente para iludir e enganar, através 'daquela arte das palavras mediante a qual alguns homens são capazes de apresentar aos outros o que é bom sob a aparência do mal, e o que é mal sob a aparência do bem; ou então aumentando ou diminuindo a importância visível do bem ou do mal, semeando o descontentamento entre os homens e perturbando a seu bel-prazer a paz em que os outros vivem' (*Leviatã*, cap. XVII, p. 95, trad. p. 143)". GALUPPO, Marcelo Campos e MARANHÃO, Bernardo Costa Maranhão. *Desejo, Discurso e Autorização...*, Op. Cit.

<sup>11</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria...Op. cit.*, pp. 46-47.

os valores e expectativas da sociedade, pois só assim serão “unanimemente” acatadas como naturalmente válidas.

Seguindo as idéias aqui tratadas, vejamos o preceito que se afirma nos seguintes termos: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art.1º, parágrafo único, da CF). Vendo-o numa ótica meramente normativa, podemos facilmente aferir de sua validade em relação ao ordenamento constitucional; podemos verificar se seus aspectos formais e materiais são consonantes com a constituição; podemos, enfim, avaliar o quanto tecnicamente este preceito guarda relação de conformidade com o discurso constitucional. Eis que aí, medir qualquer carga valorativa insita à norma enquanto norma, ou ao conjunto normativo constitucional enquanto tal não se diz muito. Vê-se, entretanto, uma relação de congruência técnica, sintática, discursiva, da norma isolada para com o sistema normativo constitucional.

Por outro lado, buscar aferir os aspectos valorativos subjacentes ao parágrafo único, do art.1º, é investigar sobre o grau de legitimação do poder efetivamente latente na sociedade brasileira. É perguntar em que medida o conjunto dos brasileiros, e cada um individualmente, crê, defende, afirma e reafirma cotidianamente a certeza de que não há qualquer forma de poder no Brasil que não emane do povo e cujo exercício esteja efetivamente sobre o seu controle, direta ou indiretamente. É só ao procurar avaliar, então, o quanto o poder político é, para este caso, crível, acatado e aceito por todos como tal, que aí se poderá falar em o quanto ele é justo ou não. Não é, portanto, o discurso do (e sobre o) poder em si que aponta para a noção de justiça; é, antes, o próprio poder quem o faz, enquanto ato adequadamente legitimado, ainda que o principal meio de legitimar qualquer ação no mundo social seja por um discurso. Desse modo, uma boa relação entre justiça e direito é aquela que ocorre na medida em que o direito é visto como o poder político em si, tão mais ou tão menos legitimado; ou seja, o direito é justo, na medida em que ele é ou não um direito efetivamente democrático segundo a consonância que ele guarde com os valores sociais efetivos.

Então, imaginemos que uma emanação específica de poder se fizesse justa numa sociedade dada. Por evidente que sendo justa essa emanação estaria razoavelmente legitimada, de tal forma que a coletividade a recepcionaria naturalmente

como eficaz. Para este caso, seria conveniente o atributo de democrático para esse poder. Contrariamente, imaginemos um poder tirânico. Por certo ele teria um grau de legitimidade mínimo e, independentemente de quais fossem seus propósitos, ele seria injusto. Porém, ainda que injusto, teria um alto grau de eficácia; poderia fazer-se obedecer absolutamente pelas armas mais letais, por exemplo. Pode-se concluir, então, que justiça e eficácia são atributos distintos do poder político, tendo justiça uma relação direta com sua legitimação e eficácia mais com sua operacionalidade, com sua auto executoriedade. Assim, se é quase automático a um poder, uma vez assimilado como justo pelos os sujeitos sociais, ter simultaneamente sua eficácia confirmada na dinâmica do seu processo de legitimação, é igualmente possível um poder tirânico ser eficaz, neste caso, graças ao seu aspecto operativo e não estritamente à legitimação. Por outro lado, se ocorrer de um poder autoritário (pouco legitimado) ser ao mesmo tempo não eficaz, isso só decorrerá de uma deficiência de sua instrumentalidade, de uma má operacionalidade dos seus propósitos.

Por outro lado, em que medida é possível falar em validade do poder? É possível um poder não válido?

Dizer que um poder é válido ou inválido é em si um ato de poder. Só um ente exógeno a uma dada relação é que pode aferir se o poder a ela correspondente é válido ou não, o que nos colocaria diante de uma contradição, se for imaginada uma relação de poder, donde este se bastasse por si só. Então, o válido ou o inválido é atributo não de dado poder em si, mas da incidência coercitiva de um outro ato de poder àquele sobreposto, impondo-o como tal.

Por outro lado, o discurso jurídico é um discurso especializado do poder político. É a linguagem do poder especificamente operada quando este se jurisdeciza e como tal possui uma configuração técnica sofisticada, uma construção dogmática metódica. E, enquanto discurso, seu fim último é legitimar-se em sua totalidade, buscando operar seus elementos simbólicos para se fazer “unanimemente” acatado. Mas, assim como o direito é o poder se mostrando numa especificidade simbólica dada, há também o poder não juridiciado, com seus comandos e preceitos a gozar de certo grau de legitimidade, veiculados com outros suportes lingüísticos. É o caso, por exemplo, da relação de mando-obediência que ocorre em uma dada religião, muitas

vezes gozando de legitimidade superior a qualquer comando de poder juridicizado. Basta ver o caso da obrigação de pagar o dízimo, em que algumas instituições religiosas “impõem” aos seus fiéis. Não é incomum o “dizimista” se tornar inadimplente numa relação contratual, ou em relação ao fisco, para não faltar com o dízimo. Então estaríamos diante de um poder político (religioso, no caso) tão ou mais eficaz que o poder jurídico, isso devido ao seu elevado grau de legitimação. É claro que no exemplo presente não convém falar que se está diante de uma norma eficaz, porém não válida<sup>12</sup>. Verifica-se, sim, o poder político operando sua eficácia a partir de um conteúdo simbólico específico, diferente da linguagem jurídico-normativa. São duas linguagens distintas do poder político, que se apresenta com distintos graus de legitimidade, e, portanto, de eficácia: a primeira, a linguagem ético-religiosa, que veicula a obrigação do sujeito passivo da relação de poder a pagar o dízimo; a segunda, a linguagem do direito, que, com semântica própria e distinta da anterior, veicula a obrigação do sujeito passivo da relação de poder com o Fisco a pagar o tributo. Neste caso os elementos simbólicos das duas linguagens não apresentam qualquer conexão: O Fisco não irá condenar o contribuinte às sanções previstas para os casos de inadimplência, considerando o fato de o contribuinte ter priorizado o dízimo ao invés do tributo; condená-lo-á, tão-somente, por conta do não cumprimento da obrigação tributária em si.

Interessante de ver, todavia, é quando há conexão discursiva entre duas linguagens distintas do poder político. Ou seja, quando coincide de uma relação de poder desenhada originalmente num suporte lingüístico dado, também ser veiculada por outro meio discursivo. É o que ocorre quando uma manifestação de poder, antes não juridicizada, termina por alcançar legitimidade também no discurso jurídico, como é o caso dos atos de poder costumeiros ou usuais, que, historicamente, vão se consolidando gradativamente e, devido sua constância, regularidade, generalidade e uniformidade, vão ganhando eficácia e se convertendo em um direito costumeiro.

---

<sup>12</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria...Op. cit.*, pp. 49-50.

## 2.2. SISTEMAS FÍSICOS X SISTEMAS SOCIAIS: SIMILITUDES E DIFERENÇAS EM SUAS QUANTIFICAÇÕES

Temos defendido que o direito deve ser visto como poder político, habilitado por um determinado plano de legitimação, ainda que seus agentes sejam portadores de um discurso específico, tecnicamente sofisticado, dogmático. Desse modo, a juridicização do poder é obra nunca pronta e acabada e tem sua dinâmica condicionada por todo o complexo civilizatório de um dado grupo social, marcada por toda a rede de valores, expectativas, objetivos, frustrações e realizações que se perfazem culturalmente num contexto histórico, num panorama discursivo entre o indivíduo e a coletividade. Assim, o poder político visto no conjunto da sociedade sedimenta todas as parcelas de poder afeto a cada individualidade, cada *potestas* individual, uma vez que uma sociedade nada mais é que a reunião de todos os seus indivíduos, no sentido cultural mais amplo. Como já assentamos, dialeticamente, podemos visualizar o indivíduo, a sociedade e a cultura como uma mesma realidade: o indivíduo só se vê enquanto indivíduo a partir de referenciais estabelecidos socialmente, e, por tanto, referenciais culturais.

Entretanto, sendo o poder político a “soma” de cada poder individual, num contexto de legitimação, de que modo se dá essa soma? Evidente que aqui estamos diante de uma das questões mais complexas que podemos abordar, até porque quantificar o poder não é uma questão meramente aritmética. Até na Física, que é apontada como a ciência mais “exata” do patrimônio cultural iluminista, não se presta a fazer quantificações meramente aritméticas!

Muitas das grandezas da Física se valem das noções de direção e sentido, cuja intensidade esteja apontando, para que assim não apresente incoerências. É o caso da grandeza mecânica força (a qual tem relação direta com uma fonte de poder, ainda que sendo uma força meramente natural), por exemplo. Só a explicamos satisfatoriamente a partir da quantificação simultânea do seu elemento aritmético, intensidade, e dos elementos geométricos, direção e sentido, o que levou os físicos a elaborarem o conceito de grandeza vetorial. Mas, essa elaboração conceitual específica decorre da realidade de que na natureza um objeto material dado nunca estará sobre o efeito de uma força sem que outro (ou outros) ente material o provoque. Ou seja, se na natureza

um único ente material estivesse em um sistema termodinâmico perfeitamente isolado ele conservaria eternamente o seu estado de movimento e, nesse caso (dizem enfaticamente os físicos, tal modelo é impossível de ocorrer concretamente) não haveria necessidade de se falar em força, muito menos em grandeza vetorial<sup>13</sup>. Assim, a Mecânica clássica se fundou nos três paradigmas seguintes (as chamadas três Leis de Isaac Newton): 1) *Se um ente material estivesse perfeitamente isolado na natureza, ele conservaria eternamente seu estado de movimento – Lei da inércia*; 2) *ao ter seu estado de movimento modificado, o que decorre necessariamente de uma interação com outro(s), essa interação se quantifica pela grandeza vetorial força, ou seja, pela taxa de variação da quantidade de movimento – Lei da dinâmica*; 3) *como se trata de uma interação, o objeto material que tem o seu estado de movimento modificado por outro(s), modificará igualmente o estado de movimento deste(s), na mesma intensidade e direção, porém em sentido oposto ao da interação recebida, ou seja, com força de mesma intensidade e direção, mas com sentido contrário – Lei da ação e da reação*<sup>14</sup>.

Ainda que no aspecto estritamente pertinente ao ímpeto transformador da realidade física, os sistemas naturais (a força newtoniana) e sociais (a força do poder, político ou pré-político) sejam concretizados tão-somente num contexto de relações, por óbvio que o poder político não é uma mera soma vetorial, muito menos aritmética, dos inúmeros poderes *individuais*, constituintes de uma sociedade dada. Até porque, se o poder político só se pode dar a partir de um contexto de relações (interações; portanto, em perspectivas de ações e reações), seu direcionamento não decorre de meras forças mecânicas, naturais. As direções do poder político estão, sim, associadas a ímpetos de conteúdos coercitivos (à forças), porém nascidos das inúmeras relações de poder individuais marcadas por complexas redes de valorações e expectativas, que são o complexo cultural em si de dado grupo social.

---

<sup>13</sup> TIPLER, Paul A. *Física*, v 1a. Tradução MACEDO, Horácio. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1985., p. 215 – 253.

<sup>14</sup> TIPLER, Paul A. *Física...*, *Op. cit.*, p. 77 – 115.

Se pudéssemos vislumbrar em que direção o poder político devesse ser conduzido, diríamos: na que leva ao (inatingível) “paraíso” na terra; na direção que desemboca num estado social e individual de felicidade e graça plenas, num estado de justiça e paz social absolutas. Este ponto último de chegada, talvez seja o que Platão vislumbrou como a Forma Ideal do homem, o Supremo, dos filósofos escolásticos, o pleno Estado de Direito Democrático, dos iluministas, o Comunismo, de Marx, o Além do Homem, de Friedrich Nietzsche. Serão estes o mesmo “estado de plenitude”, dito em narrativas diferentes, do *homem político*? Será esta a direção inevitável, ainda que inatingível, do poder? O poder político, mormente ao se tornar jurídico, tende inevitavelmente a buscar um grau máximo de legitimação?

Cabe aqui uma outra reflexão sobre a similitude entre os sistemas meramente físicos e os sistemas sociais.

Decorrente da idéia de que é impossível um sistema físico (termodinâmico) perfeitamente isolado, decorre que todos os elementos da natureza estão em permanente interação, em maior ou menor intensidade, de tal modo a tender a um estado de energia mínima. Mas essa tendência ao equilíbrio termodinâmico dos entes físicos não implica em que a natureza desembarcará um dia, inevitavelmente, num estado de quantidade zero de energia. Esse estado (frise-se, os físicos também nos advertem como impossível de ocorrer num sistema de corpos materiais) implicaria na total ausência de movimento de todos os elementos do sistema, numa espécie de não existência da realidade natural. Porquanto, ainda que os sistemas físicos caminhem naturalmente para um estado de energia mínima, ou seja, para uma espécie de mínima agitação (movimento), a condição de energia zero implicaria no colapso absoluto do sistema, o que é impossível de ocorrer. Assim sendo, esse estado de conexão presente nos sistemas físicos é por demais patente, que até mesmo quando o sujeito cognoscível (pesquisador) interage com o objeto a ser estudado (ambos, em última análise, compõem um sistema físico) haverá modificações mútuas e simultâneas em ambos, e tanto o observador como o objeto do conhecimento resultariam com suas realidades físicas alteradas. Mas, até que ponto isso tem relação com os sistemas sociais?

Então, os sistemas sociais, à semelhança dos sistemas físicos, são inevitavelmente intercomunicantes? Têm eles o curso inevitável de se relacionarem e por isso buscarem um “estado de equilíbrio”, uma “mínima agitação” (um estado de pleno equilíbrio de poder)?

O que nos parece razoável é que todos os grupos sociais tendem sim à conexão, à abertura cognoscível, ao envolvimento dialógico, principalmente nos dias atuais, em que os canais de comunicação estão por demais tecnicamente sofisticados, de modo que os processos de informações se dão em tempo real. Disso advém que as relações causa-efeito, cotidianamente presentes no contexto das várias sociedades, se efetuam em tempo cada vez menor, de modo que os vários suportes lingüísticos se configuram em elementos de conexão e tradução cada vez mais imediatos, com sua interlocução cada vez mais automática.

A vocação dos sistemas se comunicarem ativamente (sistemas naturais ou sociais) é de tal modo evidente que, nessa dinâmica de interrelações, modificações ocorridas em esferas específicas tendem a se refletir na totalidade dos sujeitos do discurso. Assim, os aspectos desequilibrados presentes localmente tendem a um reequilíbrio no contexto da totalidade interrelacionada, bem como valores, expectativas, conquistas civilizatórias tendem a ser absorvidas, em menor tempo possível, pelos demais atores políticos do mesmo grupo social e se difundirem entre as demais coletividades “independentes”, porém relacionadas. Portanto, a abertura cognoscível dos vários sistemas políticos “independentes” caminha cada vez mais para uma espécie de universalização, e se o traço característico do processo civilizatório é caminhar para a legitimação do poder em grau máximo, podemos inferir que isso se dará numa perspectiva de universalidade.

Por fim, constatamos das similitudes dos sistemas naturais com os sociais os seguintes aspectos: 1) as modificações internas a um sistema, seja ele físico ou social, têm relação direta com a força a ele incidente por um ser de potência, por um agente de poder; 2) a força, tanto nos sistemas naturais (forças naturais) como nos sistemas sociais (forças políticas), só ocorre num contexto de relações, de modo que estas são como que espécies de *suporte fático* daquela; 2) Os sistemas físicos, por se voltarem

naturalmente às relações, tendem a um estado de equilíbrio, de energia interna mínima, um estado de mínima agitação. Os sistemas sociais, neste caso, também?

### 3- O SISTEMA NORMATIVO E A NARRATIVA SOBRE O DIREITO

Nos tópicos anteriores verificamos que o direito, enquanto poder político, só se concretiza num suporte fático de relações e de comunicações, ou seja, só se dá como ser ontológico (fato impositivo, socialmente valorado) num contexto de relações comunicativas, isso porque, o homem só entende, cria e recria a realidade empírica por meio de signos específicos de comunicação<sup>15</sup>. Neste tópico veremos aspectos da natureza ontológica do direito a partir de uma linguagem normativa.

Bem, entender a realidade a partir de um corte epistemológico que a coloca como um sistema é, sem sombra de dúvidas, metodicamente eficaz. Mas antecipamos que o objetivo aqui não é aprofundar uma análise da teoria sistêmica do direito. Por outro lado, buscaremos compreender o que a linguagem normativa, construída pelos teóricos, tem a nos dizer sobre o direito.

Característica principal dos sistemas é a de que, todos, indistintamente, são compostos de partes ordenadas e coordenadas que individualmente exercem funções específicas. O contexto dessas funções particularizadas, seu “somatório” por assim dizer, é a própria função ou operacionalidade do sistema numa totalidade.

Mas a característica dos sistemas que mais nos interessa, por enquanto, é o mecanismo de interação de um dado sistema com outros. Vejamos o seguinte diagrama, para ilustrar a comunicação do sistema jurídico com o contexto social:

---

<sup>15</sup> Observando uma leitura de Hobbes, sobre o tema do poder, Marcelo Campos e Bernardo Costa salientam: “A mais nobre e útil de todas as invenções foi a do *discurso* (*speech*), que consiste em *nomes* ou *apelações* e em suas conexões, pelas quais os homens registram seus pensamentos, recordam-nos depois de passarem, e também os usam entre si para a utilidade e conversa recíproca, sem o que não haveria entre os homens nem Estado, nem sociedade, nem contrato, nem paz, tal como não existem entre os leões, os ursos e os lobos” (*Leviatã*, cap. IV, p. 16, trad. p. 43). GALUPPO, Marcelo Campos e MARANHÃO, Bernardo Costa Maranhão. *Desejo, Discurso e Autorização...*, Op. Cit.

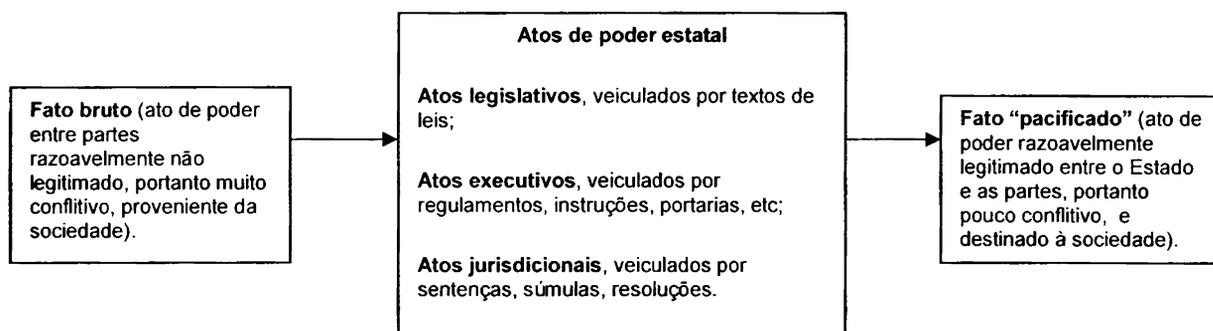


Diagrama 1

Nas instâncias de poder esquematizadas na figura, verificamos dois mecanismos de comunicação. De um lado uma comunicação da sociedade (que metodicamente podemos vê-la como um sistema social amplo) com o Estado (que igualmente visualizamos, para efeito didático, como um corpo específico, o sistema jurídico), quando este absorve os conflitos de poder para serem por ele pacificados, e do sistema jurídico com a sociedade, quando esta recebe o resultado de tal apreciação. Este é o caráter de abertura do sistema jurídico com o sistema social, sua comunicação externa, quando ele realiza sua função na realidade social empírica e para a qual foi concebido. Pensemos no seguinte exemplo, para melhor esclarecimento:

João se compromete a entregar uma dada quantidade de frangos para José, após certo tempo e em um determinado lugar, se José lhe entregar, em seu aviário e em tal dia, uma dada quantidade de milho. Selado o acordo, José cumpre sua parte no avençado, estabelecendo, assim, uma relação de poder entre este e João (uma relação de poder político porque tem faticamente um conteúdo de mando e obediência, explicitamente marcada por obrigações recíprocas, com vistas à obtenção de vantagens, e apresenta um grau de legitimação e de acatamento social razoável, pois é visto por todos os indivíduos do grupo como um *negócio jurídico* válido e eficaz, um contrato). João por sua vez descumprir o acordo (fato bruto), restando a José solicitar a intervenção do Estado (sistema jurídico estatal), para que este determine a João o adimplemento de sua obrigação. Após o processamento da demanda, o Estado impõe a João que este efetive o pagamento a José, fazendo nascer uma relação de poder entre o Estado e as partes ("fato pacificado").

O segundo mecanismo de comunicação do sistema aparece no seu fechamento interno, na sua comunicação interna, e é aí onde surge o que chamamos de normas jurídicas, preceitos normativos e textos da legislação. O processamento do feito, provocado pela relação de poder não harmoniosa entre João e José, veiculada de fora para dentro a partir de um discurso indicador do acervo probatório dos fatos, ocorrerá a partir de dois níveis de linguagens internas ao sistema: primeiro, num conjunto de textos de leis (atos legislativos), de textos de regulamentos, de portarias, etc (atos executivos) e de textos de sentenças (atos jurisdicionais), conjunto este que forma uma linguagem de primeiro nível; segundo, a criação da norma jurídica (linguagem de segundo nível), criação normativa esta, previamente processada hermeneuticamente a partir das considerações da linguagem de primeiro nível, que tem em vista orientar valorativamente o ato de poder do Estado a incidir na sociedade, que tem como substrato o cumprimento coercitivo da obrigação de João para com José (fato “pacificado”, veiculado discursivamente de dentro para fora), atendendo, assim, as expectativas sociais.

É da interpretação científica, metódica, dos textos da lei, dos textos dos regulamentos e das sentenças, presentes internamente ao sistema, que chegamos à norma jurídica, entidade criada intelectivamente pelos operadores do sistema (agentes do poder político), quando provocados, discursivamente de fora para dentro (João-José-Estado, na demanda de conhecimento), com o fim de pacificar o conflito social, enquanto agentes provocadores, discursivamente de dentro para fora (Estado-João-José, na demanda de execução). Ou seja, a norma jurídica é uma linguagem construída a partir de outra linguagem, construção esta impulsionada por um ato de poder legitimado (do particular para com o Estado), que tem como fim impulsionar, legitimadamente, um ato de poder (do Estado para com o particular). Desse modo, a norma jurídica não é ato de poder em si (não é o direito), é uma metalinguagem que mapeará e dará a bússola aos agentes do ato de poder (do direito). Mas é linguagem imprescindível a quem procura entender o direito, porque, como veremos, sobre ele narra adequadamente.

### 3.1- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA NORMA JURÍDICA

Como a norma jurídica é uma criação científica, interpretação hermenêutica dos textos legais, textos estes veiculadores de atos de poder político, os analistas a constroem vendo-a como uma proposição lógica, um juízo hipotético. Não como um juízo hipotético segundo uma lógica ôntica, própria das ciências naturais, do tipo se “A” então “B”, descritivo de uma mera relação de causalidade. A norma jurídica é abordada cientificamente por meio da lógica deôntica, do tipo se “A” então deve ser “B”. Isto porque, a análise científica do direito, enquanto poder político juricizado, seja qual for o método de investigação utilizado para a construção de uma linguagem hábil ao entendimento do fenômeno observado, não poderá prescindir de levar em conta a característica mais relevante do poder, seu conteúdo coercitivo adequadamente justificado, sua força de imposição previamente condicionada a certos valores, dado que o poder em si é uma vontade de um agente que busca se impor, para transformar a realidade.

A matéria prima do cientista do direito é a mesma do cientista político, sendo a primeira configurada com certas particularidades em relação a esta, como veremos oportunamente. Tal matéria prima é a vontade que procura ser imposta, modificando ou conservando *status quo* dos sujeitos ativo e passivo da relação de mando-obediência. Há, portanto, na essência do poder uma vontade antecedente que, preenchidas as circunstâncias desencadeadoras de sua concreção, e aparelhada por instrumentos coercitivos hábeis, impõe um conseqüente resultado no mundo, que para o sujeito ativo da relação potestativa defere um desfrute, uma fruição na realidade empírica, e para o sujeito passivo um ônus, um pesar na sua vida. E é esse elemento impositivo, esse *dever ser*, que liga um *antecedente* a um *conseqüente*, que é apropriadamente um pressuposto de qualquer método analítico-interpretativo do poder, e, por tanto, do direito.

Vendo assim, o jurista cria a norma jurídica, enquanto instrumento lingüístico que orienta a ação de poder político juricizado, segundo uma estrutura complexa, de tal modo que para a *hipótese* de ocorrência de um fato adequadamente valorado “A”, então deverá concretizar impositivamente a *conseqüência* “B”. Este juízo hipotético-

condicional, portanto, apresenta uma fórmula de imputação segundo um *dever ser*, que alguns autores a chamam de *cópula deôntica*<sup>16</sup>, o qual informa sobre uma possível vinculação impositiva de um *antecedente* (que ainda se encontra no âmbito da mera vontade do agente do poder, e como tal é meramente hipotético) a um *mandamento*, fato conseqüente que modificaria a realidade empírica. À *hipótese* a doutrina chama de *descriptor normativo* e à conseqüência de *prescritor*. É uma nomenclatura bastante apropriada para uma configuração sintática do poder, porque, ainda no âmbito da vontade do agente, o que se tem é uma mera descrição de um fato que possa vir a ocorrer, segundo certas circunstâncias. Ou seja, o *descriptor lingüístico-normativo* descreve um fato hipotético, repleto de conteúdo valorativo; uma vez ocorrido, *prescreve-se* um comando impositivo, conseqüências tais configuradoras de uma relação de poder.

Mas esta norma complexa, que a doutrina mais balizada assim a entende por se tratar verdadeiramente da composição de uma norma primária mais uma norma secundária<sup>17</sup>, também chamadas endonorma e perinorma, sucessivamente aquela e esta, simbolicamente diz tudo sobre o direito?

Por óbvio que de uma relação de poder socialmente ilegítima, portanto significativamente conflitiva, apenas parte dela será juricizada. Mas a norma jurídica, por referir-se ao direito, diz muito quando a vemos como construção intelectual que expõe os principais elementos presentes na essência do poder político: ato e valor.

Desmembrando, então, a norma jurídica nas suas duas componentes, teríamos: ***Dado o fato "A", então deve ser a conduta "B"*** (norma primária ou endonorma). Por outro lado, ***dado o descumprimento de "B", então deve ser a sanção "C"*** (norma secundária ou perinorma)<sup>18</sup>. Desse modo, o ato de poder, enquanto um de seus elementos substanciais, aparece na fraseologia normativa no âmbito do mandamento, do preceito, do conseqüente normativo (no caso em "**B**", para a norma primária, e em "**C**", para a secundária) vinculado previamente à realização condicional de um fato

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

<sup>17</sup> VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz de incidência do IPI: Texto e Contexto*. Curitiba, Juruá, 1993, p. 56.

<sup>18</sup> VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz...*, *op. cit.*, p.58.

hipoteticamente dado. Tal hipótese fática, por seu turno, vai ao juízo do agente de poder marcado por um universo valorativo socialmente dado, que é em si a razão de aceitação do seu comando, do acatamento da relação de poder vista como tal, tanto por parte do seu sujeito passivo como por todo o contexto da coletividade, ou seja, vem marcado por conteúdos de legitimação socialmente sustentadores ou viabilizadores dos *conseqüentes do poder*. Ou seja, “A”, descrição hipotético-valorativa de um fato social (parte do fato bruto) que tem como fim uma relação e imposição de mando-obediência “B”, para a norma primária; “B”, descrição hipotético-valorativa de uma possível intervenção estatal, com o fim de pacificar as relações sociais, fazendo realizar impositivamente “C” (fato pacificado).

Pelo exposto, então, fica assentado que direito é poder político juridicizado, e jamais deverá ser confundido com os textos legais e muito menos com a norma jurídica. Os textos constitucionais, legais e infralegais, bem como as sentenças, súmulas, etc., buscam documentar, proclamar, anunciar linguisticamente o direito, abstrata ou concretamente. Já no momento que entra no sistema jurídico um fato social, uma relação de poder razoavelmente conflitiva, surge o poder-dever da intervenção do Estado no sentido de impor seu *imperium*, voltado à pacificação do conflito, intervenção esta que também é essencialmente um ato de poder, só que agora é juridicizado, ou seja, conformado por um processamento interno ao sistema jurídico. Esta inescusável ação do Estado, que configura a relação de poder entre este, de um lado, e as partes litigiosas, de outro, se dá a partir de uma elaboração metódica prévia, um esforço hermenêutico com vistas a resultar numa imputação imperativa, o mais legitimada socialmente possível. É do resultado desse esforço interpretativo, realizado pelos operadores do sistema jurídico, que nasce a norma jurídica. A norma jurídica é, portanto, produto da atividade intelectual do exegeta; é, em si, simultaneamente uma significação do fato social juridicizado (do conflito social) e uma orientação do ato de poder estatal “pacificador” (a norma jurídica é um significante, o fato jurídico e o comando do Estado juiz são os significados). É bom frisar: ainda que tal interpretação fosse meramente literal, desprovida de total cientificidade, a norma jurídica ainda manteria seu *estatus* de linguagem de sobre-nível. Vendo assim, os textos das leis apresentam-se como suporte físico que se reportam ao direito. Este por seu turno é o

significado, donde a norma jurídica é a significação<sup>19</sup>. Mas, como encontramos nesta significação os elementos mais caracterizadores do seu significado (do ato e do valor do direito)?

Já como antecipamos, na hipótese de incidência, no antecedente normativo, está eminentemente toda carga valorativa do poder, expresso na norma. Por outro lado, é no conseqüente normativo que habita o poder enquanto ato. Procuraremos, desde já, demonstrar tal assertiva, tomado por base o “arquétipo” da norma jurídica, já desenvolvido doutrinariamente.

### **3.1.1- A hipótese de incidência normativa: Um indicativo do conteúdo valorativo do poder chamado direito**

Como estamos defendendo ao longo de todo este trabalho, o direito é poder político. Mas o que caracteriza o direito como tal? É sem dúvida, e exatamente, a presença no direito dos mesmos elementos especificadores do poder político como um todo: o ato (a ação de mandar e ser obedecido, um evento aferível empiricamente através de um *quantum* transformador da realidade social e material, ocorrente por meio de um suporte fático relacional) e seu valor (o conteúdo legitimador desse ato, seu aspectos valorativo). Entretanto, o poder enquanto fato, presente na história humana desde seus primórdios, já nasceu no primeiro momento em que um homem interagiu com seu semelhante, no começo da vida em sociedade; enquanto valor, está eternamente em construção.

O processo legitimador do poder político, portanto, surge na sociedade, vista no seu contexto cultural. Então, a legitimação do poder político, que está inevitavelmente colado a este enquanto ato, é fenômeno eminentemente cultural, e como tal é marcada inteiramente por conteúdo valorativo. Desse modo, fazemos desde já a defesa de que o direito, e como tal o poder político, tem simultaneamente uma feição de fenômeno natural e cultural, visto que ao ato de poder está colado, como sendo faces de uma mesma moeda, um processo de legitimação (a saga cultural e histórica do poder

---

<sup>19</sup> Interessante análise da interpretação do direito como um sistema de linguagem observa-se em CARBALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 74 a 77.

enquanto fato natural de fazer-se aceito, acatado, tanto pelo sujeito passivo da relação de poder como, e principalmente, pela sociedade). Nessa perspectiva o direito se difere do poder político apenas no grau do aspecto legitimador da relação de mando-obediência, e, a priori, consideramos que esse elemento legitimador do direito relaciona-se estreitamente com o “arquétipo normativo” criado pela teoria da norma jurídica, no referente ao âmbito da *hipótese de incidência*<sup>20</sup>.

Podemos antecipar, então, que todo o mecanismo de legitimação da relação jurídica reside na hipótese de incidência de tal relação, quando da construção normativa ao caso dado. Inversamente, todos os critérios caracterizadores da hipótese de incidência da relação jurídica, vistos pelo exegeta, referem-se em última análise a todo o mecanismo de legitimação dessa relação. Desse modo, a relação é tão jurídica quanto os critérios configuradores da hipótese de incidência sejam legitimados como tal. E quais são os critérios presentes na *hipótese de incidência*, no antecedente normativo? São, sem dúvida nenhuma, os critérios de legitimação da relação de poder. Vejamos.

Enfatizemos, todo conteúdo de legitimação do poder político (assim como do direito) é fenômeno cultural. E todo fenômeno cultural, que só surge na sociedade humana, só se dá porque o homem se vê no mundo enquanto um indivíduo histórico, dotado de uma historicidade, inserido num contexto de acontecimentos marcados pela profunda noção de espaço e tempo. Toda a ação humana no presente e para o futuro é marcada e demarcada pela a experiência acumulada das ações já realizadas no passado. O homem não coloca a mão em brasa, porque acumula a dolorosa experiência de já ter se queimado no passado. Desse modo, os critérios mais imediatos do mecanismo de legitimação de qualquer relação de poder, e da relação jurídica em particular, são os critérios temporal e espacial, porque são os portadores de toda carga histórica presente em qualquer coletividade. A partir das referências espaço-temporal o homem se habilita a evitar cometer os erros, violências e abusos cometidos no passado. Atualmente jamais um homem imporá a outro, como ato legítimo, que o coloque os pés em brasa, dada a experiência consolidada por todos os povos que se

---

<sup>20</sup> VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz...*, op. cit., p.62.

assim o fizer sofrerá enorme pesar. Não foi sempre assim, entretanto. Em dado momento do Direito Processual Penal medieval, esse tipo de violência era utilizado pelo poder político como meio de prova, e isso gozando de ampla legitimidade social.

Igualmente parece razoável que, para qualquer área do conhecimento, o critério espaço-temporal é o primeiro a ser considerado pelo cientista na compostura dos seus arquétipos teóricos. Voltemos de relance à teoria do movimento de Newton.

Analisando o estado de movimento de um objeto, o observador antes mesmo de se perguntar sobre sua cor, sua massa, sua forma geométrica, a densidade de seu material, temperatura, etc. já olha antecipadamente para a taxa de variação de posição deste objeto, em relação a ele, observador. Isso nada mais é do que mensurar o quanto este objeto muda de posição, na medida do curso do tempo. Desse modo, os físicos construíram, como ponto de partida na Física, o conceito de grandeza vetorial, devido a necessidade premente de visualizar o seu objeto de estudo no tempo e em dada posição do espaço.

Assim também, o cientista do direito, ao construir a norma jurídica para ser aplicada a um caso dado, depara-se com a necessidade de estipular o vetor espaço-temporal como dado inicial para aferir o quantum da relação que se torna jurídica, ou melhor, o quantum de legítimo vem a ser o poder político que se juridiciza, e o faz, segundo o arcabouço lingüístico da norma jurídica, a partir da análise da hipótese de incidência.

Portanto, o reconhecimento de que dada relação de poder ocorre em local determinado é fundamental para aferir o quanto ela é legítima. A título de exemplo, imaginemos que a determinação do Estado brasileiro a seus cidadãos de não lhe permitir o matrimônio com duas ou mais mulheres simultaneamente, imposição perfeitamente legitimada pela nossa sociedade, fosse transplantada para um grupo social que convive historicamente com a poligamia masculina? A sociedade acataria tal imposição? Provavelmente ocorreria o que em direito se denomina *ausência de eficácia social normativa*, que na verdade trata-se de um grau de legitimação de poder insuficiente para que tal fato social (poligamia masculina) ganhasse o status de fato jurídico.

De outro modo, o critério temporal é por demais balizador da legitimidade do direito. E nesse particular nos parece que um ato de poder que perde sua legitimidade não a recupera em um futuro contexto histórico. Isto porque o processo de legitimação do poder está estreitamente relacionado com a dinâmica evolutiva da sociedade, com seu curso civilizatório, com a evolução de seus valores éticos, com sua perspectiva de humanização e de consolidação da paz social. Assim, podemos supor com bastante segurança que é de total impossibilidade o Brasil retroagir no tempo e recuperar a legitimidade que havia na relação de poder escravocrata.

Claro está que o critério temporal da hipótese de incidência, em paralelo com a teoria da norma jurídica, nos ajuda a visualizar a dinâmica de construção da legitimidade do poder no curso do tempo. Isso é o que se verifica com o descompasso entre a dinâmica de transformação social, legitimando novas (e deslegitimando velhas) relações de poder, e a produção legislativa dos parlamentos, que em geral opera num certo atraso temporal em relação às demandas sociais. Aí nos deparamos com as questões mais atuais que envolvem o direito, as quais o Judiciário é instado a solucionar, mesmo buscando uma construção normativa extremamente complexa e audaciosa, dadas as lacunas de textos legais para tal fim (problemas do tipo reconhecimento de relação estável homoafetiva; reconhecimento de filiação por casal homoafetivo; reconhecimento de que todo ato jurídico precisa hoje ser motivado, visto que o conceito atual de interesse público assim o impõe, etc). O aspecto temporal, portanto, marca com muita evidência o descompasso existente entre a sociedade, que é historicamente mais dinâmica, e as instituições, que são mais impermeáveis, no ritmo de legitimação (e deslegitimação) dos novos (e dos velhos) atos de poder político.

Todos os demais critérios de legitimação do poder político podem ser vistos num contexto único, o critério material. Assim também o faz a doutrina mais balizada, relativamente à hipótese de incidência, ao se debruçar sobre a teoria da norma jurídica<sup>21</sup>.

O critério material da hipótese de incidência, portanto, na perspectiva da teoria da norma jurídica, comumente é alçado ao patamar de “núcleo do suposto normativo”,

---

<sup>21</sup> VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz...*, *op. cit.*, p.62.

em virtude da defesa doutrinária que se faz de tê-lo como “significado de precedência” em relação aos critérios espacial e temporal<sup>22</sup>. E assim o é por descrever hipoteticamente uma dada ação no mundo social, que, sintaticamente, inscreve-se por um verbo ligado a um complemento, tal com “auferir renda”, “realizar contrato”, “ter filho”, etc. Vindo, portanto, a ocorrer no plano fenomênico tal ação hipoteticamente prevista, condicionada pelo vetor espaço-temporal, diz-se que ocorre a incidência normativa e o fato social é alçado a fato jurídico.

Bem ver na teoria da norma jurídica, que quando se realiza uma ação concretamente no mundo social, conforme um verbo ligando um complemento, se tal e qual uma previsão normativa hipoteticamente dada, então tal “subsunção” juridiciza este fato social, tornado-o um fato juridicamente valorado. De bem se ver, por outro lado, que todo o conteúdo de valor que o jurídico imprime ao fato social, a partir da “subsunção normativa”, retrata-se, em realidade, de todo um aporte de justificação de poder. A ação socialmente dada, que numa linguagem normativa grafa-se por um verbo ligado a um complemento, é em si o conteúdo material de um ato de poder, do tipo “vender mercadoria”, “ir ao culto religioso”, “jogar futebol”, por exemplo. E como ocorre sob o olhar valorativo da sociedade, é poder político. De outro modo, por ser poder político, é socialmente valorado, assim como todo poder socialmente valorado é político. Assim, toda a ação social que se torna fato jurídico é, em verdade, ato político que se torna jurídico, e o é tão-semente devido ao conteúdo valorativo que lhe é inerente, ou seja, ao mecanismo de justificação de tal ato de poder político, conteúdo este que, na linguagem jurídico-normativa, se expressa pelos critérios material, espacial e temporal da hipótese de incidência.

Portanto, é razoável defender que quando o interprete constrói a norma jurídica para um caso dado, ao descrever a *hipótese de incidência*, ele está debruçado em todo o conteúdo valorativo que permeia o ato de poder que “pacificará” o caso, trazendo à tona todo o processo de legitimação desse ato de poder.

Em resumo, se *ocorrer dada ação* no contexto da sociedade, que apresente conformidade com a previsão hipotético-normativa, ou melhor, ação esta que se

---

<sup>22</sup> VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz...*, *id.*

encaixe no desenho da hipótese de incidência realizado pelo interprete do direito (e usamos o termo *desenho*, à semelhança de um projeto, materializado pelo arquiteto em sua prancheta, enquanto, tão-somente, resultado de sua construção intelectual, e não o edifício, que será edificado *a posteriori*, enquanto fato em si), *então deve ser atribuída compulsoriamente dada consequência*. Mas a relevância de tal ação é marcada por toda uma carga valorativa, envolta em um conteúdo justificador da consequência que lhe deva ser atribuída. Ou seja, a *hipótese de incidência*, pensada quando da criação da norma, não é um objeto meramente técnico, fruto de critérios científicos frios e calculistas, absolutamente imparciais, pensados pelo exegeta; é, antes, produto da assimilação feita pelo jurista do sentido que deva ter o acervo de valores e crenças historicamente determinado por dada sociedade e com fins voltados para esta sociedade. Desse modo, a hermenêutica apreendida pelos cientistas do direito, ou pelos agentes do poder que diz o direito, realiza-se segundo esse conjunto de elementos postos valorativa e faticamente no sistema jurídico, e que, num primeiro momento (o da construção da norma que desenhará a decisão definitiva a ser tomada), delimitará valorativamente a ação concreta que terá relevância jurídica. A hipótese de incidência normativa, portanto, que semanticamente se expressa por um verbo pessoal ligando um complemento, indicativo de um comportamento de pessoa, vem em si marcada por um conjunto de valores e crenças de uma sociedade, construídos historicamente, segundo um “vetor espaço-temporal”. Portanto, eis na *hipótese de incidência* parte do arsenal valorativo captado pelo intérprete, que pretende justificar socialmente seu ato de poder político que será materializado quando da prestação jurisdicional (tal como um edifício construído a partir de um rigoroso e metódico projeto arquitetônico, para que seja sólido). Que ato de poder, então, será este?

Veremos, a partir de então, o que a teoria da norma jurídica nos tem a dizer sobre o aspecto fático do poder político juridicizado, ou seja, o consequente normativo.

### 3.1.2- O conseqüente normativo: Um indicativo do conteúdo fático do poder chamado direito

Vimos, pela linguagem normativa, que a hipótese de incidência é o desenho do conteúdo valorativo do futuro ato de poder a ser realizado pelo Juiz, que é parte do patrimônio valorativo da sociedade, historicamente institucionalizado (atos do Legislativo, atos do Executivo, atos do Judiciário e atos de poder interpartes juridicizados, os costumes). Tal patrimônio, diga-se de passagem, que também foi posto segundo atos de poder legitimados, valorados.

Veremos neste tópico a outra face da relação da linguagem normativa com o direito, ou seja, o conseqüente normativo.

Este conseqüente normativo é um mandamento, é o estabelecimento de uma relação de mando-obediência, um ato que vincula um sujeito ativo de uma relação de poder a um sujeito passivo. Tal vínculo, por seu turno, também se dá segundo um conectivo deôntico, conforme as três possibilidades de exercício de poder: *permitir*, *obrigar* e *proibir* (os modais deônticos). Este *dever-ser* é doutrinariamente dito “intraproposicional”, em contraponto ao liame da hipótese de incidência com o conseqüente, chamado “*dever-ser* interproposicional”, que por seu turno é neutro<sup>23</sup>.

O vínculo interproposicional diz-se “neutro” não por acaso. Ele retrata o direito numa totalidade enquanto poder, apontando para a inevitável ligação entre o aspecto valorativo e o aspecto fático deste poder, o descritor de justificações do poder juridicizado e o prescritor desse ato de poder, configurado numa relação entre sujeitos. Por outro lado, a ligação deôntica intraproposicional é tida como não-neutra, porque ela estatui um ato de mando-obediência entre sujeitos da relação de poder, de forma a pretender realizar uma mudança no mundo social, a partir das possibilidades de exercício do poder.

Observa-se, então, que o conseqüente normativo é desprovido de conteúdo valorativo, apresentando-se, no entanto, por um conteúdo fático, impositivo em si. Enquanto moldura fática do direito, o prescritor normativo se explica por um critério

---

<sup>23</sup> VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz...*, op. cit., p.65.

peçoal e por um quantitativo. Naquele apresentam-se os dois pólos da relação de poder: de um lado o sujeito ativo da relação, o indivíduo dotado de força coercitiva para fazer-se obedecer; no pólo oposto, o sujeito passivo, aquele que deve obedecer a imposição que lhe foi determinada pelo sujeito ativo. Observe que tais sujeitos da relação de poder só podem referir-se a indivíduos humanos. Não se concebe uma relação de poder político entre um homem e um animal, ou entre um homem e uma coisa. Nestes casos estaríamos diante de uma relação de *poder de fato*, tão-somente. Ainda que um indivíduo esteja exercendo a propriedade sobre uma coisa ou sobre um animal, a relação de poder é política porque no lado passivo da relação encontram-se todos os demais indivíduos não proprietários, que são obrigados a manter-se alienados da fruição da coisa.

O critério quantitativo do conseqüente é o *quantum* do poder imposto, é a medida da subjugação, a intensidade da força, é o conteúdo que evidencia o peso do objeto de imposição presente no ato de poder, por isso a não-neutralidade do conectivo deôntico intraproposicional.

Com essas considerações, mais uma vez evidenciamos que a norma jurídica não deve ser confundida com o direito. Este é poder político, e como tal, conforme veremos mais detidamente em outro momento, o é porque opera em uma ambientação ético-valorativa muito específica. A norma, por sua vez, é interpretação, é linguagem que diz sobre o direito, construída pelo exegeta. Mas para complementar o entendimento dessa arquitetura semântica sobre o poder, devemos trazer a baila duas considerações muito relevantes: a distinção da norma jurídica enquanto regra e enquanto princípio, por um lado, e, por outro, se há razão relevante em distingui-la nestes termos.

### **3.1.3. Alguns critérios distintivos entre norma regra e norma princípio. Qual sua relevância para compreender o direito enquanto poder político?**

Nas reflexões aqui empreendidas, a que merece maior relevo é a de refutar a consideração de que o direito seja norma jurídica. Tal equívoco leva a confundir o direito, enquanto fenômeno social que tem como fim principal tornar a vida em

coletividade viável, com a Ciência do Direito, que tem como fim principal explicar e operar este fenômeno de forma metódica e rigorosamente coerente. Por outro lado, deve-se evitar confundir normas jurídicas com os textos legais. Normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de tais textos<sup>24</sup>. Mas, vê-las assim ainda não se diz tudo, até porque em certas circunstâncias há normas sem correspondentes textos legais, assim como há dispositivos sem normas, em certas situações. Igualmente, ocasião há em que apenas um dispositivo serve de suporte físico para se construir mais de uma norma; noutros, apenas uma norma é construída a partir de vários dispositivos legais<sup>25</sup>.

De todo modo, a atividade de interpretar os textos legais não se resume em descrever o significado previamente existente em tais dispositivos, ainda que consideremos que suas existências só têm razão de ser por serem portadores de sentidos preexistentes a qualquer processo particular de sua interpretação. Nessa perspectiva, Humberto Ávila menciona Heidegger com as seguintes palavras: "... há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem"<sup>26</sup>. Sendo assim, o intérprete, ao construir a norma jurídica, está, inevitavelmente, inserindo novos valores e sentidos à totalidade de sentidos e valores previamente existentes nos dispositivos que lhe estão disponíveis para a acurada construção hermenêutica. Pode-se dizer, então, que, rigorosamente, dois intérpretes, distintamente envolvidos com o mesmo caso a solucionar, ainda que no mesmo tempo e lugar, construiriam necessariamente duas normas distintas, ainda que as decisões sejam extremamente semelhantes. Igualmente, dois casos semelhantes, porém em momentos e/ou lugares diferentes, levam o mesmo intérprete, necessariamente, a construir duas normas distintas. Isso porque, todo conteúdo valorativo de qualquer ato de poder está em constante modificação.

---

<sup>24</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 30.

<sup>25</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, *op. cit.*, p.p. 30 e 31.

<sup>26</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, *op. cit.*, p. 32.

Fundamentalmente, a intensidade de sentido que se pode abstrair de um dispositivo é inevitavelmente marcado, em maior ou menor grau, por tudo o que o intérprete tem previamente de valores e crenças. E assim é certa a constatação segundo a qual “a qualificação de determinadas normas como *princípios* ou como *regras* depende da colaboração constitutiva do intérprete”<sup>27</sup>. Desse modo, os critérios diferenciadores entre normas regras e normas princípios, comumente apontados na doutrina, têm algum relevo perante a localização do direito no plano do poder político? É razoável conferir aos princípios o *status* de normas de maior relevância, na medida em que estabelecem fundamentos para a interpretação e aplicação do direito, fazendo deles decorrerem, direta ou indiretamente, normas de comportamento, que, como tais, possuem um elemento descritivo? Os princípios efetivamente são do tipo de normas que contém fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos de outros princípios, ao contrário das regras, que são aplicadas de modo absoluto? É defensável, por fim, distinguir os princípios das regras, no que se refere ao conflito normativo, considerando que, enquanto o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção?

Humberto Ávila, analisando os critérios de distinção entre princípios e regras, considera que, embora os princípios indiquem um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra (o critério do “caráter hipotético-condicional”), de um lado não pode levar à conclusão de que a regra fornece ao aplicador o último passo para a descoberta do conteúdo normativo, vez que “o *último passo* não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa”, e, de outro lado, a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. Assim, algumas normas inicialmente classificadas como princípios podem

---

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, op. cit., p. 35.

ser reformuladas de modo hipotético, tal qual uma regra<sup>28</sup>. Para evidenciar a assertiva de que o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética, Humberto Ávila nos traz o seguinte exemplo:

O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributo, *então* a instituição ou aumento deve ser veiculado por lei, é aplicado como *regra* se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência de lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser aplicado como *princípio* se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, enfocar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor *liberdade* para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio de analogia, e como meio de realização do valor *segurança*, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados<sup>29</sup>.

Desse modo, os princípios podem ser escritos, tal como as regras, segundo a proposição lógica: *se realizada a hipótese de incidência, então dever ser dada a consequência tal*. Assim, os princípios também possuem conseqüências normativas, ainda que não possuam, imediatamente, um caráter prescritivo de comportamento.

Por outro lado, sobre o critério do “modo final de aplicação”, convém ressaltar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas ou intensificadas pelo interprete, de modo que casos há em que o caráter absoluto de aplicação de uma regra, sugerido preliminarmente, é modificado por completo e passa a exigir um processo de ponderação de razões e contra-razões, a depender das circunstâncias fáticas. Mais uma vez, para ratificar esta conclusão, Humberto Ávila, citando o HC 73.662-9, de relatoria do ministro Marco Aurélio, nos brinda com o seguinte exemplo:

---

<sup>28</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, *op. cit.*, p. p. 40 e 41.

<sup>29</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, *op. cit.*, p. 42.

A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal, ao prever o crime estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. Se for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte o autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra for válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes<sup>30</sup>.

Então, não é correto afirmar que as regras são aplicadas de forma absoluta, no modo *tudo ou nada*, porque as conseqüências jurídicas de qualquer ato só se implementam após um criterioso processo de interpretação dos vários dispositivos disponíveis ao intérprete, e não em conseqüência de uma verificação literal e descontextualizada do texto legal. Dessa forma, os elementos valorativos precisam ser ponderados, no momento da construção das normas, seja se tratando de normas classificadas como regras ou como princípios.

Vendo-se, pois, os significados valorativos, finalísticos e comportamentais preliminares dos dispositivos, bem como os incrementados pelo julgador no processo de interpretação, é que se percebe que alguns têm conteúdo justificador do poder político (do direito), a eles correlatos, mais universais, menos concretos e individuais, do que têm em outros.

Desse modo, na construção da norma não importa essencialmente se a vemos como regra ou como princípio. Releva é aferir se o ato de poder do juiz, concretizado a partir do processo de interpretação dos dispositivos à luz das circunstâncias do caso concreto (que num primeiro momento é a sentença, o "*cumpra-se*", e a posterior imposição de sua decisão ao sucumbente, que por ele se revelará num dar, num fazer

---

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, op. cit., p. 45.

ou numa abstenção, que é a “execução”), o quanto trará de paz social, ou em outras palavras, o quanto de “Justiça ele realize”.

Finalmente, o critério do “conflito normativo”, para distinguir regras de princípios, é também sem maiores relevâncias para uma compreensão do direito, enquanto fenômeno de poder. Isso porque, afirmar que as regras quando entram em conflito, ocorrente no plano abstrato, deve-se declarar a invalidade de uma delas (e aí encontramos-nos diante do problema da validade das normas) e que os princípios quando entram em conflito, no plano concreto, deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles (e assim estaríamos frente ao problema da aplicação) precisa ser visto com cautela. Vejamos mais um exemplo construído por Humberto Ávila:

Uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença era diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade? Casos hipotéticos como esse não só demonstram que o conflito entre regras não é necessariamente estabelecido em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os princípios. Esses casos também indicam que a decisão envolve uma atividade de sopesamento entre razões.<sup>31</sup>

Vê-se, com este exemplo, que, embora as regras, por vezes, pareçam instituir comportamentos contraditórios, não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas. O julgador apenas deverá atribuir uma carga valorativa maior a uma das duas, em razão dos valores e particularidades inerente ao caso, com o fim de promover um nível maior de apaziguamento social. Nesse caso, depara-se com o que se pode ter como conflito concreto de regras, cuja solução, por não está no plano da validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, op. cit., p. 53.

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, op. cit., p. 54.

De outra forma, conforme nos alerta mais uma vez Humberto Ávila, “(...) a dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam a resguardar. As interpretações, extensivas e restritivas, são exemplo disso”<sup>33</sup>.

Ademais, não faz sentido afirmar que os princípios possuem uma dimensão de peso. Tal dimensão não é atributo empírico dos princípios, mas deve ser atribuída às razões e aos fins aos quais eles fazem referência, porquanto são construídos historicamente por atos de poder, que de tudo se pautam por mecanismos de legitimação. A dimensão de peso, portanto, desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto<sup>34</sup>.

Percebe-se, então, que regras ou princípios, enquanto tipos distintos de normas, não dizem muito sobre a ação do direito na realidade social. Ao realizá-lo, mais vale ao juiz o sopesamento de razões e contra-razões das circunstâncias, valores e argumentos legitimadores ínsitos ao caso concreto, bem como, previamente, aos atos de poder (dispositivos normativos) disponíveis para serem interpretados, para seus sentidos serem reconstruídos, com o fim de solucionar o conflito. Ademais, sendo os dispositivos hipoteticamente (as leis) ou concretamente construídos (as jurisprudências), independentemente de serem classificados como regras ou princípios, verdade é que o aplicador não deve vacilar em analisar rigorosamente suas finalidades e modular seus valores conforme a realidade empírica, e, somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso, pode decidir coerentemente segundo as expectativas sociais.

---

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, op. cit., p. 59.

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, op. cit., p. 60.

### 3.1.4- Considerações finais sobre o tópico

Pelo o que foi exposto até o momento, conclui-se que não é razoável vaticinar que um fato jurídico decorre de um fato social (fato bruto) após a subsunção deste à hipótese de incidência prevista numa norma jurídica, como se a norma antecedesse existencialmente o fato social. Este raciocínio é inconveniente, até porque não faz sentido um fato social (ou natural) se submeter a um elemento puramente lingüístico (a norma é mera linguagem; de segundo nível, claro, como ensina os teóricos mais atentos do direito). Um fato social só é modificado empiricamente por outro fato (social ou meramente natural). Assim, o que se pode constatar é que, em verdade, um fato social, em dadas circunstância, se transmuta em fato jurídico, porque aquele está inserido num contexto valorativo socialmente construído, que é o contexto de valores específicos que juridiciza o poder político, ou seja, o conjunto de valores sociais que especializa o direito, elevando-o à categoria de espécie particular de poder político (remetemos o leitor ao tópico 2.1, especificamente à pág 14, deste trabalho). Então, se há algum fenômeno de subsunção, não é aquele em que parte de um “fato bruto subsume à dada norma”, é, isto sim, a subsunção de um poder político a outro poder político, porque é da natureza de qualquer poder submeter alguém ou alguma coisa (inclusive o próprio poder). O direito, enquanto poder político, é dotado dessa vocação: a de incidir sobre o poder, porque é especializado para este fim.

Embora seja tentador confundir o direito com o ordenamento jurídico, devemos admitir que o “arquétipo” normativo, criado pela teoria geral do direito, diz muito sobre o direito. Mas, sendo o direito espécie de poder político, toda forma de poder político pode ser razoavelmente explicado por uma linguagem cujo elemento principal seja semelhante ao de um “arquétipo normativo”: seja tal que contenha um descritor hipotético (possuidor de um critério espaço-temporal e de um critério material, os quais consubstanciam parte do conteúdo valorativo que justificará socialmente o ato de poder) que vincula deonticamente um prescritor (possuidor de um critério subjetivo e de outro quantitativo, os quais informarão o ato de poder político, cujo suporte fático é uma relação).

Aliás, toda forma de poder é razoavelmente explicado a partir de uma linguagem normativa. Vejamos o caso do poder meramente compulsivo, presente nos sistemas físicos: a linguagem normativa criada para explicar a força a ele subjacente (as ditas três leis de Newton) indica uma mudança na realidade empírica a partir de uma relação entre agentes, segundo uma conformação espaço-temporal. Ou seja, a diferença fundamental, vista sob uma perspectiva meramente lingüística, entre o *se* “**A**”, *então* “**B**”, para os sistemas naturais, do *se* “**A**”, *então deve ser* “**B**”, para os sistemas culturais de poder político (como o direito) ou de poder não político, é que naquele o elemento “**A**” da norma, embora tendo um critério espaço-temporal, não tem um critério material, e portanto, é completamente desprovido de qualquer carga valorativa, de qualquer conteúdo justificador da força.

Então, a norma, independentemente de sua tipologia (se regra ou princípio, essa distinção não tem maiores relevância para entender o direito enquanto espécie de poder político), narra sobre os valores e fins previamente contidos nos dispositivos legais.

O direito, por seu turno, se relaciona com os dispositivos legais na medida em que estes são uma espécie de documentação daqueles. O texto da lei, do ato administrativo e da sentença são documentos de ato de poder político, são arquivos do direito realizados em ocasiões anteriores, e como tais, ainda que pairando abstratamente, são previamente permeados por conteúdo valorativo, justificador dos próximos atos de poder que serão concretizados, também segundo os valores, expectativas e circunstâncias presentes num conflito social. Desse modo, os atos de poder político juridicizados (o direito) só surgem no mundo empírico se (e na medida que) buscarem promover a *paz social*.

Finalmente, podemos inferir que o *agente* (melhor que o termo “operador”) do direito, quando de uma primeira etapa de realização deste poder, espraia uma documentação de sua intervenção factível, ou seja, imprime os textos legais no cotidiano institucional. Estes textos, por seu turno, configurarão em abstrato (em abstrato por que *a priori*, e em regra, não são voltados para apenas um caso concretamente especificado) no contexto da consciência social, até a ocasião em que serão tomados por outro *agente* de poder para serem interpretados, utilizados para

construir uma norma que mapeará o próximo ato de poder que, uma vez documentado, seu texto comporá o conjunto dos dispositivos que, em abstrato, influenciará as próximas decisões.

Há, como se ocorresse evolutivamente no contexto cultural das relações sociais, a seguinte trajetória em espiral ao infinito:

*...→o direito (fato e valor, que pode ser o ato do legislador, a positivação da lei, que irá se somar, e modificar, todo contexto valorativo já existente) → sua documentação (textos dos dispositivos legais, linguagem de primeiro nível) → a norma jurídica (linguagem de segundo nível, mapa orientador criado pelo intérprete para a sua próxima decisão de poder) → o direito (fato e valor, decisão e execução do juiz mapeadas pela norma previamente construída por ele, que irá se somar e modificar todo contexto valorativo já existente) → sua documentação (o texto da sentença, linguagem de primeiro nível que passa a documentar valores)→...*

#### 4. O DIREITO COMO FENÔMENO POLÍTICO

Até o presente, discorreremos sobre alguns aspectos do entendimento sobre o que é o direito. Tendo por base a teoria da norma jurídica, demonstramos que direito não é norma jurídica, e que também não devemos confundi-lo com os dispositivos legais: Esses documentam o direito; a norma, por seu turno, fala dos dispositivos, para indicar os caminhos que o *agente* seguirá para alcançar o direito, que, por sua vez, é ato de transformação ou conservação da realidade social.

Veremos, a partir de então, o que substancialmente caracteriza esses atos de transformação ou conservação do contexto coletivo, postos e impostos no seio das relações sociais, que se especificam em direito.

Direito, segundo defendemos, é poder político; é fato e valor; é ação de atribuir dada imposição, por alguém, a alguém, e ser atendido inevitavelmente, a partir de um contexto justificador.

Mas, apenas do ponto de vista enquanto fato em si, o direito não reserva diferenças substanciais de qualquer forma de poder, muito menos do poder político, genericamente falando. O cumprimento da sentença em si, proferida pelo juiz, não difere substancialmente da obediência a um comando emanado de um sujeito a outro, tal como ocorre entre um religioso e seu sacerdote, um meliante e o chefe do seu bando, o atleta e seu treinador, a prostituta e seu agenciador, etc. Vendo apenas por esta face, o direito, tão-somente enquanto ato de poder, é um fenômeno que surge no instante em que, como numa espécie de instinto primitivo de autoconservação, um homem deseja dominar o outro, sobrepujar o outro. Desse modo, analisando o direito apenas na perspectiva do ato de imposição (ou seja, ato concretizado tão-somente por instrumentos coercitivos, sem qualquer discurso justificador da ação) de mando-obediência, não diremos muito sobre o Direito, pois tal fenômeno é característica marcante de qualquer forma de poder. Qualquer forma de poder conserva ou muda a realidade social por meios coercitivos.

Entretanto, o que caracteriza o direito como espécie do gênero poder político é o conteúdo valorativo atrelado ao ato. Esta especificidade do direito em relação ao poder político, exige igualmente um discurso especializado (um discurso normativo)

hábil a veicular este conteúdo de justificação. É a “especialidade” de toda a estrutura legitimadora, de toda a substância valorativa quem especifica o direito. É, portanto, o processo de legitimação do ato de impor e ser obedecido que diferencia o poder político (ou um mero poder de fato) do direito. De outro modo, um fato natural, ou estritamente social, só tem relevância para o direito se, em primeiro lugar, seja objeto de uma relação de poder político e, em segundo lugar, tenha uma estrutura de legitimação específica e diferenciadora. É, portanto, analisando o conteúdo legitimador do direito (e só aí) poderemos ver claramente seus contornos enquanto ser ontológico.

Mas, em que medida o conteúdo legitimador do direito difere do conteúdo legitimador do poder político, já que este é gênero do qual o direito é espécie? Resolver satisfatoriamente esta questão é conhecer o direito proficuamente. Vejamos, então, algumas reflexões pertinentes.

É intuitivo que já nas formas primitivas de poder entre dois homens apresentasse um discurso argumentativo, no sentido do mais forte ter minimizado seu esforço de controle sobre o mais fraco (a legitimação do poder tem uma relação inversamente proporcional com a intensidade do instrumento coercitivo hábil a fazer valer a vontade do sujeito ativo da relação de poder). Seja qual for o meio, o mais forte busca previamente convencer o mais fraco do dever de obediência e submissão. Assim, já nas relações mais primitivas de poder, ainda que ocorra restritivamente entre apenas duas pessoas, é defensável que haja um embrião de conteúdo valorativo, legitimador. Não só decorrente de uma espécie de *“lei de menor esforço”*, ou de mera conveniência particular do agente do poder, o processo legitimador é parte inseparável deste, e é inerente ao próprio curso civilizatório.

Por outro lado, no caminhar do processo de legitimação do poder, outra propriedade lhe é inerente: as relações intersubjetivas de mando-obediência tendem, sempre, para uma espécie de crivo social, para um controle social, algo que é igualmente pertinente à marcha civilizatória humana. E é quando o poder intersubjetivo atinge um grau elevado de publicização, quando o conteúdo valorativo de uma particular relação de poder está em consonância e permeado pelos valores coletivamente postos, que o direito começa a germinar, começa a dar seus primeiros passos. Nesta perspectiva, o direito é fenômeno cultural, porque sua face legitimadora

encontra-se atrelada ao curso civilizatório das sociedades. Assim visto, direito natural e direito não-natural são faces do mesmo ser ontológicos. Aquele estritamente relacionado ao direito enquanto fato; este, ao direito enquanto valor.

Há de se perguntar, então: primeiro, quais as características do âmbito valorativo do poder presente numa relação entre dois sujeitos, “isolada” da sociedade (um poder não-político), que diferem dos aspectos socialmente valorados do poder político? Segundo, quais os aspectos socialmente justificadores do poder político que se diferenciam dos conteúdos socialmente valorados do direito?

Já dissemos anteriormente que ao imaginarmos dois homens, isolados da sociedade, numa espécie de contato primitivo, aí já se faria presente uma relação de poder e com seu inseparável discurso legitimador, ainda que muito incipiente. Isso porque, ainda que presentes outros tantos motivos justificadores do poder, decorrentes das circunstâncias fáticas, um, ao menos, ocorre por óbvio como um postulado: a eliminação pura e simples de um dos dois indivíduos pelo outro acarretaria uma existência mais arriscada e insegura para este, porque a superação de desafios, em um mundo de tantas hostilidades, por um só é menos garantidora do que por dois sujeitos. Nesse “primitivo” relacionamento, portanto, paira intuitivamente a certeza, entre um e outro, que é imprudente estar só, restando a convicção, sem qualquer possibilidade de escolha diversa, que deve haver limites na opressão do mais forte sobre o mais fraco. O poderoso não pode eliminar por completo o indivíduo a ele subjugado, porque assim sendo, ausente o sujeito passivo da relação de poder, não só desapareceria o objeto de poder previamente contido no *animus* do dominador, como este se veria menos potente no mundo. É, então, que surgem os primeiros vestígios de justificação do poder enquanto ato: uma necessidade de um mínimo de “respeito” pelo outro, tão-somente por ser seu semelhante. Esse mínimo intuito valorativo estará presente em todas as relações de poder, mesmo nas que não estão submetidas a olhares vigilantes da sociedade.

Mais marcante ainda é o conteúdo legitimador do poder exercido sob os olhares da coletividade. Não é somente o discurso de legitimação construído entre os sujeitos da relação que terá guarida no exercício do poder. Pesa de forma mais considerável para o *dominador* o *quantum* de aceitação ou de repúdio seus atos, frente ao mais

*fraco*, serão socialmente acatados. Eis, então, uma segunda esfera de legitimação do poder político: aquela ocorrente no momento inevitável em que as relações de poder, antes estritamente interpessoais, submetem-se ao controle valorativo da sociedade.

Por decorrência lógica, portanto, quando o conteúdo de justificação do poder for socialmente validado, também o é, em maior ou menor medida, num ambiente valorativo restrito a apenas dois sujeitos dessa sociedade. Isso porque a coletividade é em si a soma de todos os sujeitos, e como tal todos os valores e crenças dessa coletividade resultam da soma de todos os valores e crenças construídos e reconstruídos pelos indivíduos dialeticamente. Entretanto, a recíproca não é verdadeira: nem todo mecanismo de justificação do poder ocorrente restritivamente apenas entre dois sujeitos de uma relação é acatado socialmente.

Analisando uma terceira esfera de justificação de poder, resta-nos outra indagação: O que dizer do ambiente justificador do direito, este terceiro *habitat* ideológico do poder político, que é, por demais, especializado?

Como há uma relação de continente e conteúdo entre o poder político e o direito, conclui-se que todo conteúdo legitimador deste é pertencente ao conjunto dos elementos legitimadores daquele, mas a recíproca não é verdadeira. É possível a legitimação do poder restrito a dois indivíduos, e porque não tenha recebido, direta ou indiretamente, os *olhares vigilantes* da coletividade que aí o direito não se faz presente. E também é possível relações de poder, cujo conteúdo valorativo está socialmente determinado, e ainda assim não se tratar de direito, de modo que se faz pertinente asseverar que *todo conteúdo valorativo do direito é socialmente condicionado, mas nem todo conteúdo justificador do poder, socialmente referenciado, é juridicamente valorado*.

Desse modo, temos três *ambientes* ou *planos* culturais de justificação do poder, imbricados e correlatamente contextualizados, que se comunicam dialeticamente. Por óbvio que não estamos a falar de *ambientes* ou *planos* no sentido sintático da palavra, mas de contextos culturais, ético-valorativos, que se confundem com o próprio curso civilizatório humano. Esses *ambientes* culturais estão presentes simultaneamente em cada momento histórico de dada sociedade, como que planos sobrepostos que se comunicam inevitavelmente, de modo que o terceiro reflete-se no segundo e no

primeiro; o segundo, por seu turno, reflete-se no primeiro (o jurídico está dentro da sociedade, que por sua vez é o conjunto dos indivíduos). Esses planos sobrepostos de justificação do poder, conectados dialeticamente, portanto em “via de mão-dupla”, aqui devem ser vistos, sejamos enfáticos, como retratando o homem enquanto ser histórico (para o homem como mero ser biológico, o poder decorrente de suas relações e interações com a natureza não seria outra coisa senão um mero fato desprovido de qualquer conteúdo legitimador). Assim, todo modo de justificação do direito é socialmente aceito, em maior ou menor grau, senão estaríamos no campo da ineficácia social de algumas relações de poder inicialmente tidas como juridicizadas; igualmente, todo mecanismo de justificação de poder político, no seu sentido genérico, é acatado, em maior ou menor intensidade, pelas relações de poder sustentadas estritamente por dois sujeitos, porque são estas, quando culturalmente elevadas a condição valorativa de realizar fins sociais, que geram aquelas. O mesmo não ocorre reciprocamente, ainda que todas as relações de poder, presentes e passadas, se relacionem dialeticamente, em maior ou menor medida. Eis, abaixo, uma ilustração esquemática desses três *planos* ora tratados:

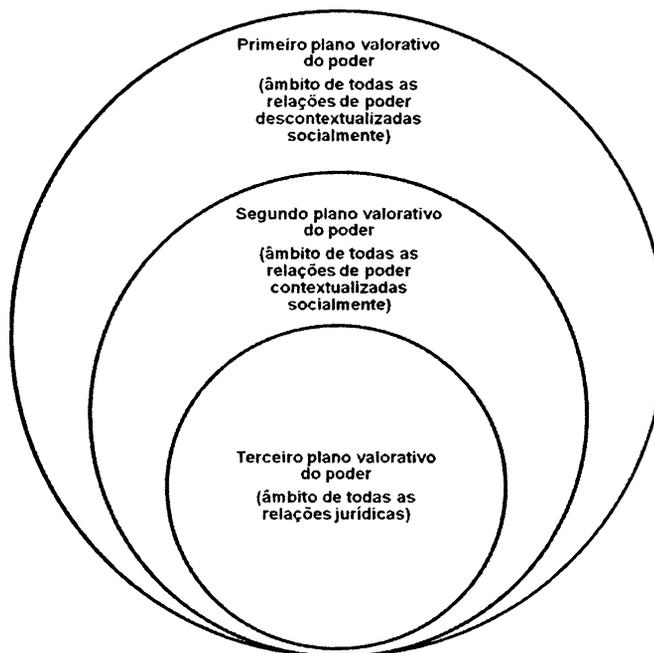


Diagrama 2

#### 4.1- O AMBIENTE VALORATIVO QUE JURIDICIZA FATOS POLÍTICOS: A AMPLA LEGALIDADE E O DIREITO

Vimos, até agora, que se pode pensar o direito, enquanto espécie do gênero poder político, como um ente ontologicamente dado contendo duas faces inseparáveis: Fato e valor. Meramente enquanto fato, o direito não se diferencia de nenhuma forma de poder, e como tal, eis que, quando muito, se pode designá-lo de *direito natural*, se do *fato natural* coercitivo alguém puder visualizar algum resquício de “justiça” que não seja obra da razão humana. Enquanto valor, entretanto, aí se pode distinguir o direito do seu gênero, poder político, dado que é o conteúdo legitimador daquele, especializado e discursivamente mais sofisticado, quem demarca uma fronteira tênue com este. Vimos, também, que se pode pensar o poder sob três planos de legitimação relacionados dialeticamente entre si, mas dotados de especificidades, e isso esquematizamos num fluxograma, para efeitos didáticos. É chegada à hora de discorrermos sobre o plano da justificação do direito. Deixaremos de fora de nossa análise comentários mais detalhados sobre o primeiro e o segundo planos: Este é matéria de interesse específico da Ciência Política; aquele está adstrito mais à Antropologia.

Não encontramos o direito, sem dúvidas, num sistema normativo, porque, como demonstramos, direito e norma jurídica são coisas distintas. Igualmente o direito não é o conjunto dos textos legais, porque estes são documentos que dizem sobre o direito, e não o direito em si. O direito, então, está no ambiente de justificação do poder que aqui chamaremos de *Ampla Legalidade*. Mas não no sentido tradicional e dogmático de ver a Legalidade enquanto um princípio jurídico, constitucionalmente documentado, porque, nessa perspectiva, regra e princípio, como vimos, por serem normas, não são o direito.

É adequado nominar de *Ampla Legalidade* o ambiente legitimador do direito, na medida em que este termo é muito conveniente para descrever todo o plano de valores, fins, crenças e expectativas éticas, segundo os quais certos fatos sociais se elevam à categoria de fatos jurídicos, por serem operacionalizados em âmbito de grande especificidade, tendo como nuance o fim de tornar a vida social pacífica e viável, no

contexto do que se convencionou chamar de *ordem social* em contraponto à *desordem social*, neste caso lembrando ausência do que é Legal.

Desse modo, a Ampla Legalidade aqui tratada não é apenas algo aferido após a ocorrência de um ato de poder que, por ser socialmente ilegítimo, repercute numa lide a ser pacificada segundo uma subsunção normativa sistematicamente coerente. Até porque, não concordamos que a norma já está previamente pronta e acabada pairando no *mundo jurídico* abstratamente, à espreita de um fato social que, configurado concretamente segundo a hipótese de incidência de tal norma, este fato subsume-se a ela. Para nós, algo só é juridicamente relevante se já for *in per se* pertinente ao ambiente legitimador do poder político (ao que diagramamos anteriormente como terceiro plano de justificação do poder) de dada sociedade (a Ampla Legalidade). Simetricamente, se algo for juridicamente relevante, logo está infalivelmente inserido no âmbito valorativo da Ampla Legalidade. Nessa perspectiva, não há qualquer relação de subsunção entre o fato social juridicamente valorado e a norma hipoteticamente posta, até porque a norma jurídica somente surge após o fato, quando do esforço intelectual do juiz. Portanto, o fato é jurídico em si tão-somente porque habita no plano valorativo do poder político que chamamos de Ampla Legalidade, e não porque haja qualquer *subsunção normativa*.

Igualmente incoerente é defender que fato jurídico é fato social subsumido a certo texto da lei (e aqui, em geral, há grande confusão entre texto de lei e norma jurídica). Aí sim, o texto legal antecede o fato concreto, porém não tem o menor sentido em falar de *hipótese de incidência* de um artigo, parágrafo, inciso ou alínea desta ou daquela lei. Os textos legais se relacionam com a Ampla Legalidade tão-somente na medida em que aqueles, em certa medida, documentam esta. Ou seja, o conjunto dos textos da legislação (que em nada convém ser tratado como sistema normativo), bem como qualquer vernáculo de qualquer preceito legal, apenas registra o conteúdo valorativo do poder enquanto atos. Atos estes que, num momento anterior, modificaram ou conservaram a realidade social, pacificando-a naquela dada conjuntura instável ou apontaram para o amanhã prometendo intervir enquanto instrumentos valorativos orientadores de futuros atos de poder promoventes da *justiça*, pelo menos ao nível das expectativas sociais.

Desse modo, direito, enfatizemos, é ato de poder político acatado socialmente, em maior ou menor medida, agasalhado pelo conjunto de valores e fins previamente postos, culturalmente construídos e institucionalizados, valores estes que chamamos Ampla Legalidade. Fato e valor, portanto, interagem dialeticamente, de tal modo que o contorno prévio da **Ampla Legalidade** (valor) é quem faz o ato de poder ser ato jurídico, e, quando o faz, este ato de poder em si já a modifica em sua juridicidade, já a recria. A Ampla Legalidade, enfatizemos, faz o ato político ser jurídico; do ato político, uma vez recepcionado como jurídico, o conteúdo valorativo a ele “colado” recria a Ampla Legalidade. Só assim entendendo o direito é que poderemos interpretar coerentemente o que vem a ser *bem jurídico*.

Então, na perspectiva do direito que estamos a discorrer, o conteúdo justificador de uma simples decisão impositiva, associado ao ato coercitivo correspondente, decorrente da atividade judicante de qualquer juiz, escrito em uma sentença e executado no mundo social com o fim de constituir ou restituir o *bem jurídico* pretendido como condição *sine qua non* de pacificar as relações sociais, já criam e recriam a Ampla Legalidade. O Juiz, nesta perspectiva, também cria o direito, não simplesmente o “aplica”.

Veremos, agora, alguns elementos valorativos, talvez os mais emblemáticos, desse contorno valorativo que aqui chamamos Ampla Legalidade.

#### 4.1.1 – A Dignidade da Pessoa Humana.

Sem dúvidas que este é conteúdo ético-valorativo dos mais relevantes, inerente ao contexto de justificação de qualquer relação de poder, em qualquer grupo social. Ele já precede o Direito e a Política, e provavelmente já aparece minimamente nas relações humanas mais primitivas, porque o homem, de algum modo, através do outro ver a si mesmo<sup>35</sup>. Assim, a Dignidade Humana relaciona-se diretamente ao impulso espiritual

---

<sup>35</sup> Maria Garcia, mencionando Franco Bartolomei, assevera que “À dignidade de cada pessoa deve ser concedido o reconhecimento incondicional que é natural pretender para si mesmo. Quem despreza o outro, despreza a si mesmo, pois não pode negar a comunhão de gênero com o outro: o Ego e o Outro

do homem em reconhecer-se como um fim em si mesmo, dotado de personalidade, sentimentos, valores e expectativas, em função da sua autonomia enquanto ser racional.

Immanuel Kant foi um dos primeiros filósofos da modernidade a reconhecer que ao homem não se pode atribuir qualquer preço, pois, ao contrário, afrontaria a dignidade que lhe é inerente. Foi com tal firmeza que este pensador endereçou ao homem o seguinte imperativo: *"age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio"*<sup>36</sup>. Nessa perspectiva, Alexandre dos Santos Cunha o comenta nos seguintes termos:

Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Conseqüentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade<sup>37</sup>.

Para o pensamento Kantiano, o homem, por ser racional e livre, é capaz de impor a si mesmo limites valorativos do seu proceder no mundo, designados por normas éticas, válidas para todos os seres racionais. Logo, a norma básica de conduta moral, que o homem se pode prescrever, *é que em tudo o que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio*. Refletindo esse "imperativo categórico" no contexto da Ampla Legalidade, enquanto instrumento de

---

*se identificam"* (GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: A Dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 199/200, nota 106).

<sup>36</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos - Tradução de Leopoldo Holzbach*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59.

<sup>37</sup> Cf. CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 85/88.

justificação de relações jurídicas, necessário se faz vê-lo como um dos primeiros contornos valorativos de todo o direito.

Mas, como a Dignidade Humana deve ser condicionadora de toda relação de poder, alguns doutrinadores vêem o imperativo categórico kantiano em comento como verdadeiro pressuposto de direito natural. Nessa perspectiva, a professora Maria Helena Diniz leciona que "... a obediência do homem à sua própria vontade livre e autônoma constitui, para Kant, a essência da moral e do direito natural. As normas jurídicas, para tal concepção, serão de direito natural, se sua obrigatoriedade for cognoscível pela razão pura, independente de lei externa ou de direito positivo, sem dependerem, para obrigarem, de lei externa. Mas, nesta hipótese, deve-se pressupor uma lei natural, de ordem ética, que justifique a autoridade do legislador, ou seja, o seu direito de obrigar outrem por simples decisão de sua vontade. Tal lei natural, que é o princípio de todo direito, deriva da liberdade humana, reconhecida por intermédio do imperativo moral categórico"<sup>38</sup>.

A Dignidade Humana, enquanto valor que orienta todas as relações sociais, principalmente as relações de poder, emerge em toda sociedade como valor-fonte de todas as expectativas, estimativas e anseios; todo o contexto do homem vivente em uma realidade histórico-cultural. "Quando Kant dizia – 'Sê uma pessoa e respeita os demais como pessoas' – dando ao mandamento a força de um imperativo categórico, de máxima fundamental de sua Ética, estava reconhecendo na pessoa o valor por excelência"<sup>39</sup>. Esse imperativo, portanto, estabelece que todo homem possui a dignidade como um valor intrínseco absoluto: "substancialmente, registra Abbagnano, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo"<sup>40</sup>.

Enfatizemos, portanto, que a Dignidade da Pessoa Humana é um referencial ético-valorativo já observado no ambiente de justificação de qualquer relação de poder, visto que o homem é um fim em si mesmo, e ele já começa a perceber-se assim a partir

---

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 39/40.

<sup>39</sup> REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 168.

<sup>40</sup> GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: A Dignidade...* *Op. cit.*, PP. 196-197.

dos primeiros vestígios de racionalidade. Que dizer, então, das relações de poder juridicizadas? As relações jurídicas, estas sim, mais do que quaisquer outras, só são justificadas razoavelmente, ou melhor, só podem pretender operacionalizadas com o fim de promover a *Justiça*, se tiverem como primeiro pilar de sustentação a observação irrestrita à Dignidade da Pessoa Humana. Mas a Dignidade Humana vista não no limite de uma norma princípio, cuja aplicação é exercida segundo uma “ponderação de direitos”, que devem ser relativizados à luz do caso concreto. A Dignidade da Pessoa Humana não deve ser vista como um mero direito consagrado nas constituições. Ao contrário, as constituições devem sim proteger a Dignidade Humana como valor absoluto e elevá-la a condição de fundamento de todo ambiente justificador do poder juridicizado (de toda a “ordem jurídica”)<sup>41</sup>.

Desse modo, o constituinte brasileiro ao registrar em nossa Carta Política a Dignidade da Pessoa Humana, quando do ato de poder político instituidor do nosso Estado, cobrou de sua razão colocá-la no patamar mais adequado: a posição de farol irradiador de valoração para todas as relações de poder institucionalizadas, ou seja, um dos mais elevados **fundamentos** do Estado brasileiro, já instituído no primeiro artigo da Carta promulgada. Desse modo, determinou o constituinte de 88 que toda intervenção ou abstenção do Estado brasileiro (poder político institucionalizado em mais alto grau que é) no contexto da sociedade ou na vida privada dos indivíduos só deve ocorrer em observância irrestrita à Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, há de se ter em mente que o conceito de Dignidade da Pessoa Humana, se tido na estrita perspectiva da dogmática jurídica, apresenta algumas dificuldades práticas, dada a natureza de sentido aberto e amplo desse instituto. Isso se verifica já pela ausência de um conceito jurídico pronto e acabado de Dignidade da

---

<sup>41</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, endossa essa tese ao impor as seguintes exigências: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, (...) Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, (...) A Assembléia Geral proclama (...) Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Assim também: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22.

Pessoa Humana. Quando muito a dogmática aponta para algumas de suas características, que devem informar o caso concreto, tal como a obrigatoriedade do Estado em promover o “mínimo existencial” com garantia de liberdade e privacidade para uma vida digna a todos os cidadãos. E por tudo não seria de se esperar o contrário, visto que, como já dissemos, a Dignidade Pessoa Humana é um conteúdo valorativo pré-jurídico, que se constrói e se reconstrói socialmente, em tudo atrelado ao curso civilizatório do homem.

Desse modo, ao ser construído um conceito de Dignidade, necessário se faz colocá-lo como elemento pertencente a um contexto valorativo de poder que tem uma origem pré-jurídica. Registramos, então: *Dignidade da Pessoa Humana é o impulso espiritual que, ao distinguir o homem em sua subjetividade, o iguala enquanto co-construtor de uma coletividade fraterna e pautada pelo respeito e tolerância às diferenças, a partir de atitudes políticas que buscam instituir um complexo de direitos e deveres fundamentais, com fim de proporcionar a todos, indistintamente, uma vida compatível com a qualidade intrínseca de ser o homem um fim em si mesmo.*

#### **4.1.2 – A Potestas Publica e a Res Publica.**

Como vimos, o poder de fato é marcado pela completa ausência de um conteúdo justificador. É poder, apenas enquanto ação modificadora ou conservadora da realidade, sem qualquer contra-face valorativa. Ao contrário, em qualquer ato de poder, gestado pelo homem enquanto ser cultural, vem, inevitavelmente, associado um elemento de justificação, elemento este que é produto do prévio ambiente valorativo em que a relação de poder está inserida e ao mesmo tempo é modificador desse ambiente. Precedentemente demonstramos que toda relação de poder ocorre num primeiro plano valorativo que é o fundado precipuamente na Dignidade da Pessoa Humana e nos seus desdobramentos ético-valorativos como a liberdade e a privacidade. Discutiremos, agora, sobre o plano de justificação de poder onde este se transmuta em poder político.

Há um momento no curso civilizatório em que as relações intersubjetivas passam a ser apreciadas por um contexto valorativo socialmente institucionalizado. É quando o homem é marcado como ser social; um indivíduo pertencente a uma

coletividade, obediente aos limites ético-valorativos dessa coletividade, de alguma forma engajado nos projetos, fins e anseios da coletividade a que pertence. Nesse momento o indivíduo intui que os instrumentos de controle social institucionalizados, embora limitem parte de sua liberdade e de seu poder individual, de algum modo, proporcionam maior segurança à sua existência. É quando o poder, ínsito às relações intersubjetivas, eleva-se ao patamar de poder político, exatamente por estar balizado pelo contexto dos valores da sociedade.

O poder se torna político, portanto, quando as relações intersubjetivas, uma vez conflituosas, são pacificadas, em maior ou menor medida, por um terceiro sujeito chamado a opinar sobre as razões e contra-razões confrontantes, segundo o acervo ético-justificador da sociedade. É nesse momento que o poder passa, de certo modo, a ser um poder público; um poder focado pelo interesse público, ao menos no plano valorativo. Nesse momento, o ato de poder, de qualquer relação intersubjetiva, não pode atentar contra as expectativas do público. É nesse ambiente valorativo do poder que surge uma espécie de “árbitro”, oriundo do corpo social e com autoridade ética suficiente, para compor o conflito de interesses inerente à relação de poder que *lhe bate à porta*, com o fim de retomar a “paz social”, pois o “exercício arbitrário das próprias razões”, neste momento, por está em descompasso com o contexto valorativo da coletividade, ampliaria o conflito.

Os meios disponíveis para a autoridade arbitral fazer retornar a relação de poder intersubjetiva, inicialmente tensa, ao “equilíbrio desejado” são o conjunto de elementos justificadores das inúmeras relações de poder do passado, costumeiramente incorporados pela coletividade. É, então, a partir da construção de uma “norma de costume” (entendido este como uma prática social constante, acompanhada do sentimento ou convicção de uma obrigatoriedade que *lhe* corresponde por ser socialmente legítimo) que o árbitro orientará seu ato de poder, que intervirá noutra relação de poder, agora intersubjetiva e marcada pelo conflito de interesses, e com o fim de restabelecer a paz social, ou melhor, a *Justiça*. A partir do conteúdo justificador desse ato de poder singular tomado pelo árbitro, e em função de sua eficácia na restauração da paz social, toda a herança valorativa anterior já se torna modificada.

Então, nesse plano de justificação, onde o poder se torna público, já nasce o sentimento de *Justiça*, como algo não apenas fruto da consciência subjetiva de cada um, mas um valor intuitivamente construído e reconstruído socialmente. Desse modo podemos inferir que a idéia de composição de conflito nasce antes do direito visto modernamente.

Assim, quando do curso civilizatório, os grupos sociais exigem submeter-se ao critério valorativo da coletividade os atos de poder decorrentes das relações intersubjetivas, com o fim de promover uma espécie de sentimento coletivo de *Justiça* e restabelecimento da paz social, percebemos, em última análise, o nascimento do fenômeno de se ter o poder como algo público, a gênese de uma espécie de *potestas publica*. Num grau de legitimação mais aprimorado, desembarcamos no que temos hoje, também elemento legitimador por excelência de toda ação de poder, como “princípio republicano”.

Então, a *res publica* está dentro da *potestas publica*, como um seu corolário, e, enquanto elemento valorativo de justificação do poder, o sentimento republicano é pré-jurídico e antecede os Estados modernos. Mesmo nos regimes ditos não-republicanos não se pode ignorar o fato de que toda relação de poder, em maior ou menor medida, deve ser socialmente acatada (o conteúdo valorativo dessa ambientação já aponta para derrogar toda inspiração de poder absolutamente privado, conforme o adágio *o Rei nunca erra*), havendo, assim, uma *cultura republicana* a orientar os detentores ocasionais ou “permanentes” do poder. Desse modo, o ambiente ideológico justificador de poder, marcado pela *potestas publica*, é em tudo o que a doutrina chama de “princípio fundamental do regime democrático” (mas não apenas no seu sentido formal), segundo o qual o poder político pertence ao povo e as decisões são tomadas segundo o contexto legitimador construído historicamente como vontade da maioria, demarcado pelo anseio social por uma convivência justa e igualitária. Este plano valorativo, marcado pela *potestas publica*, irá vincular todos os atos de poder, inclusive os do legislador constituinte ao modo do “Contrato Social”, quando do advento do Estado

moderno<sup>42</sup>. Nessa linha de raciocínio deduz-se que o “princípio fundamental do regime democrático” é corolário do “princípio republicano”, como o é a *res publica* em relação à *potestas publica*.

#### **4.1.3. A inafastabilidade da Justiça, a previsibilidade, a igualdade formal e a segurança jurídica. O mais alto grau de institucionalização do poder político**

Comentamos no item anterior sobre o ambiente valorativo de justificação que absorve o ato de poder elevando-o ao patamar de poder público, exigindo, por decorrência histórica, a que toda relação de poder deve ser vista sob um olhar republicano. Igualmente assentamos que, mesmo num momento primitivo de qualquer sociedade, já se faz presente uma certa operacionalidade de poder arbitral, interveniente nas relações intersubjetivas dotadas de conflito, e que ocorre a partir da construção de normas de costume<sup>43</sup>. Discorreremos, neste item, sobre outra fisionomia do plano ideológico de legitimação do Direito: a inafastabilidade da Justiça, a previsibilidade, a igualdade formal e a segurança jurídica.

Pois bem, na medida em que as sociedades irão ficando mais complexas os atos de poder dos “árbitros”, calcados no costume, como meio de estabilizar as

---

<sup>42</sup> Ainda sobre uma leitura da *constituição de uma vontade política única e pública*, com base em Hobbes, Marcelo Campos e Bernardo Costa salientam: “(...) ‘No *Leviatã*, a convenção social passa a ser pensada como relação de autorização, e não de alienação. A diferença é significativa, na medida em que através da relação de autorização é possível “pensar ao mesmo tempo uma constituição da vontade política e a manutenção dos direitos naturais dos indivíduos’ (ZARKA: 2001b, p. 78). Torna-se então concebível a formação de uma vontade política que, além de única, seja também pública. Pela relação que se estabelece entre autor e ator, entre representado e representante, a vontade do soberano vem a ser a vontade de todos; ‘cada súdito é o autor das ações do soberano’ (ZARKA: 2001b, p. 78). Os direitos da soberania são desde então concebidos ‘como resultado da convenção social, e não como persistência dos direitos naturais que o soberano tinha, como indivíduo, no estado de guerra’ (ZARKA: 2001b, p. 78). Com a intervenção do princípio da autorização, os direitos da soberania não se confundem mais com o direito privado da propriedade, e se afirmam como direitos públicos. Além disso, pela relação de representação / autorização, os súditos conservam para si uma parcela de direitos subjetivos inalienáveis. Afinal, ‘o Estado não é um fim em si mesmo, sua finalidade é a paz e a segurança dos indivíduos que o compõem’ (ZARKA: 1999, p. 354). O dever de obediência dos súditos é condicionado à garantia que o Estado confere a sua existência individual.” GALUPPO, Marcelo Campos e MARANHÃO, Bernardo Costa Maranhão. *Desejo, Discurso e Autorização...*, Op. Cit.

<sup>43</sup> MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e a Discurso Legitimador*. 16ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2007, p.161. Este autor aponta que “por longo tempo, até meados do século XVIII, o costume foi a principal fonte de direito”.

relações de poder intersubjetivas, vão vacilando em suficiente previsibilidade (os “árbitros” primitivos são tentados a tornarem-se mais arbitrários do que o razoável, quando da falta de critérios discursivos objetivos que simbolizem seus limites), para que o contexto social venha a ter atendido os seus anseios por Justiça e por segurança. Nasce, assim, a necessidade de constituição do Estado, visto este enquanto instituição jurídica<sup>44</sup>.

Seja qual for a perspectiva que se tenha do Estado, fato é que as sociedades, a partir de dado nível de complexidade, são impulsionadas ao esforço político-cultural de elevar ao mais alto grau de institucionalização possível seu patrimônio ético-valorativo construído historicamente. É como se a marcha civilizatória de qualquer sociedade não permitisse retrocessos, e no momento mesmo de criação de paradigmas “revolucionários” de poder, os atos políticos instituidores devem estar adstritos ao contexto valorativo até então sedimentados: todo contexto valorativo anterior vincula os atos de poder revolucionários instituidores do Estado que, como tais, vincularão os próximos atos de poder. Desse modo, em mais alto grau de institucionalização do contexto valorativo social, o que se ver, numa relação dialética, é o político vinculando o jurídico, e, simultaneamente, o jurídico vinculando o político, isso porque, como já defendemos anteriormente, direito nada mais é que poder político. Ou ainda, todo poder político juridicizado (todo o direito) é, em certa medida, um poder político pré-jurídico, visto que aquele terá quantificada sua eficácia social na medida do *quantum* que é legitimado por este. Desse modo, não é cabível a defesa de que o Poder Constituinte é ilimitado. O professor J. B. Machado também aponta nessa direção, ao lecionar que:

Temos, por um lado, a seguinte alternativa: ou poder político juridicamente vinculado – ou despotismo. Num Estado de Direito, o direito vincula, pois, o

---

<sup>44</sup> Marcelo Campos e Bernardo Costa observando o pensamento político de Hobbes, a partir de uma leitura empreendida por Zarka nos brinda com a seguinte lição: “O ato fundador instaura uma estrutura jurídico-política do mundo dos homens. A reciprocidade se torna efetiva entre súditos, mas essa reciprocidade tem por condição a não-reciprocidade entre os súditos e o soberano. No Estado se desenvolve o espaço de uma comunidade civil, que é uma comunidade de bem e uma comunidade de vontade, através da mediação do representante/ator soberano. O espaço conflitual do estado de natureza se transforma, através da instituição de um juiz supremo, no espaço de uma paz civil onde as controvérsias são dirimidas pelo direito” (ZARKA: 1999, pp. 355-356). GALUPPO, Marcelo Campos e MARANHÃO, Bernardo Costa Maranhão. *Desejo, Discurso e Autorização...*, Op. Cit.

poder do Estado. Mas, por outro lado, o direito, enquanto norma ajustada aos condicionalismos e mudanças sociais, pressupõe a *positivação* de conteúdos variáveis e, porque a positivação se traduz por via de regra numa decisão política, o próprio direito é política. Por outras palavras: o direito impõe determinadas exigências à acção política, mas estas exigências, por força das exigências que, por seu turno, impõem ao direito as mudanças sociais, carecem de ser *positivadas* em normas. Ora esta posição, por isso que se trata de escolher e decidir entre possibilidades várias, é por via de regra (sobretudo na dinâmica sociedade actual) uma decisão política. Onde está, pois, a vinculação do político pelo jurídico?

Nisto: o direito nunca está por inteiro na livre disponibilidade do poder político, não depende da vontade arbitrária da própria maioria democrática; antes lhe é inerente um núcleo irreduzível de autonomia e independência ante aquele poder (núcleo em que podemos designar por princípios fundamentais de direito, decorrentes da própria 'idéia de direito'). Quer isto dizer, pois: aquela acção política em que se traduz a mencionada *positivação* tem que se justificar ou legitimar perante os próprios postulados de direito, tem de, ao escolher e decidir, manter-se dentro do que é admissível no quadro das exigências fundamentais e irreduzíveis de todo e qualquer direito. Bem que seja de admitir que estas exigências fundamentais sedimentadas na cultura humana ao longo da história também estão sujeitas a uma mais longa e morosa evolução. Permanece sempre válido, no entanto, que o direito, para impor a sua 'norma' à política e vincular todos os órgãos de poder, tem de radicar o seu último fundamento de validade nos estratos mais profundos e permanentes do património cultural da humanidade, situados fora do alcance do poder político. Recorde-se que a ordem jurídica na sua globalidade está sob o signo ou sob a postulação vinculante da Justiça, à qual vai buscar, em última instância, o primordial suporte da sua pretensão de validade<sup>45</sup>.

Portanto, verificamos que, num terceiro plano de justificação ou legitimação do poder político, quando este se juridiciza a partir de um alto grau de institucionalização (quando da elaboração da constituição do Estado, por exemplo), o poder constituinte nada mais é do que o poder pré-constituinte, na medida em que aquele, enquanto ato, em tudo está vinculado a este, enquanto valor. E esta institucionalização do contexto

---

<sup>45</sup> MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito...* Op. cit., pp.156-157.

valorativo pré-estatal entra em cena em dado momento histórico por conta da necessidade premente de maior segurança e previsibilidade nas relações sociais, pois o “árbitro” (agente de poder pré-estatal) já se torna inadequadamente arbitrário, em face da complexa estrutura social ora vigente.

A partir de agora, resta-nos discorrer sobre os principais elementos que compõem o arcabouço legitimador do poder político incorporado na constituição do Estado. Ou seja, trataremos de verificar o fenômeno em que todo contexto político-valorativo da sociedade implementa a Ampla Legalidade, por decorrência da exigência histórica de que a paz social (a *Justiça*) não mais se alcança razoavelmente através de um “árbitro” (interventor nas relações de poder intersubjetivas litigiosas, ocorrentes nas sociedades menos complexas, por meio de uma prévia norma construída a partir do contexto valorativo social posto exclusivamente pelas tradições e pelos costumes).

E qual vem ser o ambiente ideológico em que toda base legitimadora do poder distribui aos atores sociais maiores previsibilidade, igualdade e segurança, quando da implementação e manutenção das garantias necessárias à promoção da paz social e da *Justiça*, patrimônio valorativo este, fomentado historicamente desde a noção primitiva de Dignidade da Pessoa Humana? Estamos a falar no que a doutrina chama de “inafastabilidade da Justiça” e da “positivação da lei”, núcleo por onde gravita todo o arcabouço valorativo que é a Ampla Legalidade. De outro modo, é o momento no qual estamos diante do fenômeno histórico em que todo patrimônio valorativo e justificador das relações de poder, inerentes a dada sociedade, por meio do que a doutrina chama de positivação, na medida mesma da importância cultural e política que lhe é inerente, torna-se Lei. Lei, portanto, é a positivação por meio de uma ação política (poder enquanto ato) de dados valores, aspirações e fins de uma sociedade (poder enquanto valor) que orientarão as próximas ações de poder (poder enquanto ato).

Desse modo, já se verifica que a Lei, em geral, é feita para o futuro, para orientar as decisões políticas futuras, porque esta é uma exigência de previsibilidade nas expectativas dos agentes sociais. Ou seja, à Lei não é dada a retroagir, a não ser que esteja em estrita consonância com a expectativa de reforçar as garantias de que as relações de poder se darão de forma menos tensas.

Por outro lado, como a lei é parte do patrimônio valorativo de uma sociedade, positivado por um ato de poder legitimado para tal, a partir da institucionalização desse poder ao nível do Estado, com o fim de oferecer maior estabilidade nas relações de poder futuras, duas características são indispensáveis às leis: *generalidade* e *abstração*<sup>46</sup>. Enquanto o conteúdo material das leis (não apenas da lei no sentido material) é em si parte do patrimônio valorativo da sociedade (que agora vem positivado), a *generalidade* e a *abstração*, enquanto características indispensáveis destas, estão intimamente relacionadas ao direito enquanto ato, enquanto ação transformadora da realidade social, e marcam diretamente os critérios *peçoal* e *quantitativo* do que os teóricos da norma jurídica chamam de *conseqüente normativo*. Não estamos negando, contudo, que não haja, eventualmente, leis que contenham um comando *individual* e *concreto*, mas assim ocorrendo, elas são positivadas de forma muito pouco freqüente e com fins tais que não afrontam os valores imperantes na sociedade, ao contrário, de tudo harmonizam-se com a Ampla Legalidade.

Desse modo, no aspecto da *generalidade*, toda lei deve ser posta na perspectiva de se destinar para orientar valorativamente toda uma classe de *agentes* de poder, e não ser voltada para uma pessoa especificamente, de dada relação de poder. Se assim não for, evidentemente estará comprometida toda possibilidade de pacificação social, visto que o poder institucionalizado, negando o caráter de *generalidade* de suas ações embasadas pela lei, estaria a tratar os “iguais” diferentemente, e, certamente, poucas atitudes de poder ferem tão violentamente o censo comum de justiça como esta. Desse modo, a lei começa a realizar a justiça já quando na sua concepção de promover a *igualdade formal*, “que consiste em tratar de modo igual as pessoas que pertencem à mesma categoria”<sup>47</sup>.

Por outro lado, a lei precisa atender à exigência de *abstração*. Assim sendo, ela, em regra, deve orientar toda uma categoria de conteúdo *quantificador* das relações de poder e, no momento em que assim o faz, ou seja, não devendo ser destinada a

---

<sup>46</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícon, 1995, pp. 231-232.

<sup>47</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo...*, *Op. cit.*, p. 232.

reger apenas uma ação de poder singular (em seu critério *quantitativo*), ao contrário, deve ser referida a uma categoria delas, estará realizando a exigência de *certeza* nas relações de poder. Essa certeza possibilita que cada pessoa, adstrita ao contexto valorativo e justificador da sociedade, preveja as conseqüências do próprio comportamento, enquanto agente de poder<sup>48</sup>.

Por fim, quando a sociedade institucionaliza os seus valores mais vitais criando o Estado e a este transfere a exclusividade do poder político de positivar as leis, também delega-o a exclusividade do poder de dizer, em última palavra, qual o sentido e alcance que tais leis terão diante do caso concreto, com o fim de ajustá-lo ao padrão de estabilidade que a sociedade espera. De outro modo, se de um lado o Estado é detentor exclusivo do poder de positivar leis de caráter *geral* e *abstrato*, também o é para dizer seu significado, para interpretá-las, para aplicá-las, que se dará, também, a partir de atos de poder. Cria-se, então, a Jurisdição e com ela o paradigma da “inafastabilidade da Justiça”. Este paradigma é mais um elemento do acervo valorativo da sociedade a justificar as relações de poder, agora atinente ao âmbito jurisdicional, no sentido de ter o poder político estatal deitando suas forças não mais na perspectiva exclusiva de *generalidade* e *abstração* (positivação da lei), mas tendo em vista a *individualização* e *concretude* (“aplicação” da lei).

Mas a “inafastabilidade da Justiça” não pode ser entendida apenas no sentido de que o Estado não pode se escusar de solucionar todas as relações de poder litigiosas (*lides*) que lhe são endereçadas. Ao contrário, para que o censo de justiça dos agentes sociais não seja violentado necessário se faz que sejam observados os seguintes valores: 1) que a jurisdição seja para todos, indistintamente (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”); 2) que ela seja fomentada de forma rigorosamente criteriosa (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”; “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o

---

<sup>48</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo...*, *Op. cit.*, p. 232.

devido processo legal”; “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

Tais valores, enfim, (a “inafastabilidade da Justiça” e a “positivação da lei”), somados aos que decorrem dos ambientes valorativos da Dignidade Humana e da *potestas publica* (porque um plano de valoração absorve o outro dialeticamente), consubstanciam o que podemos chamar de Ampla Legalidade, a partir da institucionalização destes em elevado grau (o Estado)<sup>49</sup>, com o fim de tornar as infinitas relações de poder razoavelmente harmonizadas e a vida em sociedade viável (estabelecimento da “ordem social”).

#### **4.1.4- Considerações Finais a respeito da Ampla Legalidade**

Do que vimos neste capítulo, concluímos que o direito, enquanto poder político, tem seu conteúdo justificador institucionalizado em grau elevado, quando parte do patrimônio valorativo da sociedade, construído historicamente, é positivado a partir do Estado. Desse modo, a lei é ato de poder que positiva os valores mais prementes de dada coletividade, ocorrente quando esta, por conta do estado de complexidade cultural e política que historicamente se apresenta, não mais dá conta de promover a paz social, orientando tais valores tão-somente a partir do costume e da tradição.

---

<sup>49</sup> Alguns dos valores socialmente vitais, que justificam as opções políticas dessa ou daquela coletividade são institucionalizados em grau tão elevado, que o poder político ocasional arvora-se na prerrogativa de anunciá-los como imodificáveis (*cláusulas pétrias*), a não ser que seja no sentido de ampliá-los como meio de alcançar a Justiça. É o caso dos que citamos, que constam positivados no art. 5º do texto da Constituição brasileira vigente.

Assim, a positivação da lei nos diz apenas sobre uma parte do que é o direito: o direito enquanto valor. E mesmo aí, não diz tudo. A “positivação da lei” se complementa com a “inafastabilidade da Justiça” para compor o acervo valorativo da sociedade (que aponta para a face valorativa do direito), num grau elevado de institucionalização (o Estado), como quem informando um *terceiro plano* (ou momento histórico) de justificação do poder. Os dois outros planos, em ordem histórica precedente (balizado fundamentalmente pela Dignidade da Pessoa Humana, *primeiro plano*; a *potestas pública*, referência fundamental do *segundo plano*), com raios maiores de alcance ao longo das relações de poder dadas historicamente na sociedade, obedecem, como já comentamos anteriormente, a uma estreita relação de pertinência, que será melhor visualizado no seguinte esquema:

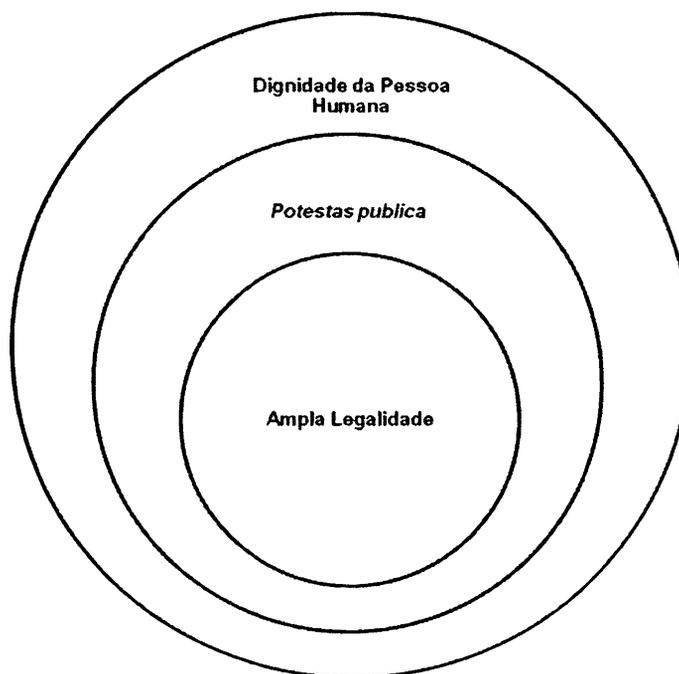


Diagrama 3

Desse modo, a institucionalização do poder político, quando da instituição do Estado, toma a forma de poder político jurídico (o direito) em seu mais alto grau de racionalização e sofisticação cultural: o poder político enquanto ato (meios e

instrumentos de coerção a disposição do Estado, com seu aparelho policial repressor, que fará valer suas decisões aos demais agentes sociais de poder) e o poder político enquanto valor (a “Ampla Legalidade”, que se desdobra na “positivação da lei” e na “inafastabilidade da Justiça” e na absorção do acervo da Dignidade Humana e da *potestas publica*), eis, portanto, o Direito. Não só o direito baseado no costume e na tradição (este é um dos aspectos do direito ainda vigente, e provavelmente sempre será), de tudo precursor histórico do direito moderno, mas o direito já se “confundindo” com o próprio Estado, até porque, como já assentamos, *todo direito é poder político, ainda que nem todo poder político seja direito; e, simetricamente, todo Estado é direito, ainda que nem todo o direito seja estatal.*

De tudo isso, um conceito de Ampla Legalidade diz muito do direito enquanto valor: Entendemos que, a rigor, a Ampla Legalidade, fundada na exigência de previsibilidade e segurança jurídica, igualmente orientada pela dignidade humana e pela imposição de que todo poder deva ser democraticamente exercido (*potestas publica*), é a parte do patrimônio valorativo da sociedade a informar que específicas relações de poder deverão ser estabilizadas por uma emanção de poder supra-partes, a que todos estamos “coagidos” a obedecer, para que a vida política da sociedade seja viável. De outro modo, a Ampla Legalidade está a preceituar que as relações intersubjetivas de mando-obediência, quando resultarem conflitivas no corpo social, serão pacificadas por outra relação de poder, agora entre o Estado e as partes. Vendo assim, é lógico perceber que Ampla Legalidade não é somente a tipificação dessas relações de poder específicas (“positivação da lei”), como que buscando uma limitação do poder político individual. É, antes, a idéia de que, diante de um conflito de interesse entre partes, o Estado tem o último comando na busca do apaziguamento social (não se permite o “exercício arbitrário das próprias razões”), segundo um procedimento “rigoroso”, porque se pretende seja “justo” (“inafastabilidade da Justiça”) e que, em última análise, traduz o interesse social em conformidade com o sentimento de justiça e preservação de valores tendentes à universalização (“ordem social”). Desse modo a Ampla Legalidade é multifacetada: Diz que certas ações ou omissões, por serem *permitidas, proibidas* ou *obrigatórias*, devem ser previamente conhecidas de todos, “positivada em lei” por ato de poder político; diz que este poder goza de razoável

legitimidade para tal, porque o faz segundo princípios, valores, aspirações e fins do grupo social; diz que a interpretação a ser feita da lei posta deverá ter modulação adequada ao caso concreto, que é permeado por circunstâncias valorativas particulares e contemporâneas (e aí o Estado complementar a Ampla Legalidade segundo uma perspectiva de maior proximidade com a realidade fática, segundo um processo jurisdicional com o fim de obter a decisão mais adequada, mais justa). Assim, Ampla Legalidade é o contexto justificador da relação de poder político juridicizado que se desdobra entre o Estado e a sociedade, que tem por fim proporcionar previsibilidade e estabilidade nas infinitas relações de poder interpessoais, aspirando como fim último a “realização da justiça”. Portanto, legislador e juiz, sob a perspectiva da Ampla Legalidade, se complementam, em momentos diferentes, em um mesmo Poder (a criar e recriar o Direito), sempre atentos em legitimar seus atos segundo realidades históricas dadas, na missão sempre inacabada de busca da “Justiça”.

## CONCLUSÕES

Muitas questões postas cotidianamente aos analistas do Direito exigem soluções grandiosas, ao ponto que parte da doutrina reconhece uma “crise do direito”<sup>50</sup>. Isto porque, enquanto os juristas, em sua maioria, estão “presos” a uma visão excessivamente dogmática do direito, a sociedade é plenamente “solta” em sua dinâmica cultural. É certo que o legado positivista teve papel vital para o entendimento e condução dos desafios do homem da modernidade, entretanto o referencial teórico que nos “aprisionou” à perspectiva de ver o fenômeno jurídico a partir de um sistema de normas já não dá conta de solucionar enormes desafios postos contemporaneamente: a crescente complexidade social exige uma inflação avassaladora de novos elementos paradigmáticos a recompor o “direito positivo”, e ainda assim soa nos *quatro cantos do mundo* a carência insuperável por novos meios jurídicos hábeis a responder os anseios sociais. Prova cabal disto é o desprestígio crescente da codificação dos subsistemas do direito, tão caros aos juristas do começo do século XIX, em contraponto à pulverização irrefreável de preceitos normativos esparsamente postos.

O que fizemos aqui foi deslocar o direito para o plano do poder, e com isto nos proporcionou conclusões que recoloca o fenômeno jurídico num contexto teórico a contribuir para torná-lo mais cristalino. Desse modo, a partir da análise política do direito aqui esquadrinhada, concluímos que:

1- O poder só pode ser dado a partir de relações. Estas são suporte fáticos daquele.

2- É metodologicamente pertinente ver o poder a partir de dois elementos ontológicos: *fato* e *valor*. Por outro lado, o elemento valorativo ou justificador do poder, por ser elemento cultural, está eternamente em construção e reconstrução, e é o elemento que lhe confere especificidade, de tal modo que podemos aferir quatro tipos de poder: i) *poder de fato*, ou seja, sem qualquer conteúdo valorativo, ocorrente já entre os seres meramente biológicos; revela-se constituído tão-somente por seu conteúdo

---

<sup>50</sup> Cf AMARAL, Francisco. *Direito Civil – introdução*. 6.ed. ver., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 151.

fático (o conteúdo valorativo tem grau zero); ii) *poder não político*, constituído por fato e valor, porém o conteúdo de justificação restringe-se ao âmbito das relações intersubjetivas; iii) *poder político*, aqui todo o conteúdo valorativo do poder é socialmente pertinente; as relações intersubjetivas estão sob o olhar valorativo da sociedade; iv) *Direito* é poder político, cujo conteúdo valorativo tem um grau tal de legitimidade que a sociedade institucionaliza um “árbitro” para implementá-lo enquanto relação de poder.

3- Direito não é um sistema de normas, com uma estrutura piramidal apoiada numa norma fundamentadora de todo o sistema, muito menos é texto de lei; o texto de lei e a norma, bem como qualquer sistema descritivo, estão no âmbito da linguagem, do discurso do poder (não é o poder em si, diz apenas sobre o poder). Ver se uma norma é bem ou mal aplicada é aferir apenas se o discurso do direito está ou não bem instrumentalizado. Medir se o poder (principalmente o direito enquanto poder político) está bem ou mal exercido só se faz pelo seu elemento empírico, a legitimidade. Esta, sim, é a medida mesma do poder, o que jamais deve ser confundida com o discurso do poder. O discurso, sejamos enfáticos, apenas diz sobre a legitimidade, busca instrumentalizá-la, e como tal, quase sempre a mascara, dissimula. A legitimidade é aferível empiricamente pelo grau de harmonia ou desarmonia presente na relação de poder; mede-se a legitimidade do direito pela avaliação do quanto a decisão do “árbitro” dirimiu ou não o conflito. Desse modo, um ato de poder se impõe não pela sofisticação do discurso (pelo texto da sentença, por exemplo) que o informa, mas pelo grau de legitimidade, pelo contexto valorativo que o justifica, e, como tal, lhe é inerente.

4- O homem, no curso do processo civilizatório, faz emergir evolutivamente o direito, desde os primeiros *resquícios* de poder, quando já entra em curso, no contexto valorativo, os embriões da *Dignidade da Pessoa Humana* (plano valorativo já presente no prenúncio do poder não político), evolui para a exigência de uma vida social marcada pela *potestas pública* (verificável nos estágios mais primitivos do poder político) e desembocando na Ampla Legalidade (esta, já presente nos primeiros resquícios de Direito).

5- O direito, por ser poder político, deve ser visto como criação, em maior ou menor grau, de todos os atores sociais. Desse modo, quando o corpo social atinge

dado grau de complexidade, eis que os sujeitos de direito optam por uma Ampla Legalidade, institucionalizando seu patrimônio valorativo em grau mais elevado, transformando o “árbitro” no Estado. Nesta perspectiva, não só o Legislador, como também o Juiz, criam e recriam o direito.

6- O direito é daquele tipo de poder político, de tão sofisticado, que sua especialidade é a de fazê-lo sempre recair sobre o poder; é poder que incide sobre o poder, e, como tal, sobre si mesmo. Ou seja, o direito mostra que é um poder político especializado em atuar operacionalmente sobre o poder (político, não político ou o próprio direito), e cujo fim é o de contornar adequadamente qualquer tensão contingente nas infinitas relações de poder, emergente no cotidiano da sociedade, e com isso promover a *paz social* e a *Justiça*.

7- Por fim, a medida do direito (e do Poder) é sua legitimidade, seu conteúdo justificador; vai do quase *poder de fato*, da quase absoluta falta de legitimidade (de uma tirania descomedida, por exemplo) à plena legitimação, à Democracia Plena, à Justiça.

**REFERÊNCIAS**

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – introdução*. 6.ed. ver., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001.

\_\_\_\_\_. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícon, 1995, pp. 231-232.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Tributário*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 74 a 77.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GALUPPO, Marcelo Campos e MARANHÃO, Bernardo Costa Maranhão. *Desejo, Discurso e Autorização na Filosofia Política de Hobbes*. [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/bernardo\\_costa\\_couto\\_maranhao.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/bernardo_costa_couto_maranhao.pdf). Acesso em: 02/11/09, às 10:50h.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: A Dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e a Discurso Legitimador*. 16ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2007.

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

TIPLER, Paul A. *Física, v 1a*. Tradução MACEDO, Horácio. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1985.

VIEIRA, José Roberto. *A Regra-Matriz de incidência do IPI: Texto e Contexto*. Curitiba, Juruá, 1993.