

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Roberto Hugo Lima Pessoa

Análise Funcional da Constituição

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Roberto Hugo Lima Pessoa

Análise Funcional da Constituição

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito do Estado, sub-área Direito
Constitucional, pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, sob orientação do Professor
Doutor André Ramos Tavares

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

"Função é usada em diferentes projetos científicos, não há uma tarefa explicativa única, unívoca, para qual tal linguagem é utilizada na prática científica."
(MITCHELL, 1995:411)

DEDICATÓRIA

Para
JOSÉ HUGO,
por tudo que fez e faz por mim

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos sinceros são devidos

à CECÍLIA e à MARISA, em São Paulo, e ao EDUARDO, em Paris,
pelo muito que representam em minha vida,

à BERNADETH, ao HÉLIO e ao ARTHUR,
por me terem acolhido na família Zamboti,

ao PROF. DR. ANDRÉ RAMOS TAVARES,
por todo apoio e paciência na orientação dessa dissertação,
e na pessoa de quem agradeço aos bons professores que tive, na PUC e fora dela,

aos COLEGAS DO ESCRITÓRIO,
por terem tolerado o tempo dedicado ao presente trabalho,

aos COLEGAS DA PUC,
por tudo quanto compartilhamos, dentro e fora das salas de aula,

e, por último, para que seja (sempre) a primeira,
à MÔNICA,
por haver amor.

RESUMO**Análise Funcional da Constituição**

Roberto Hugo Lima Pessoa

Os cientistas do Direito Constitucional freqüentemente se referem, em seus trabalhos doutrinários, à *função* (ou às *funções*) da constituição. Nem sempre é claro, no entanto, o que eles de fato querem dizer com essa terminologia. A presente dissertação objetiva contribuir para a compreensão da análise funcional da constituição, habilitando o desenvolvimento adequado e a apreciação crítica de doutrinas sobre as <<funções da constituição>>. Para tanto, com base em bibliografia especializada tanto da Ciência do Direito, quanto da Filosofia da Ciência e de outras Ciências Sociais, são desenvolvidos três possíveis <<modelos de compreensão>> dos estudos funcionais da constituição (constituição como artefato, constituição como mecanismo de integração e constituição como jardim de Justiça), sendo apontados, para cada qual, suas principais implicações e desafios científicos.

Palavras-Chave: Análise Funcional – Função – Constituição – Direito Constitucional

ABSTRACT

Functional Analysis of the Constitution

Roberto Hugo Lima Pessoa

Constitutional law scholars often refer, in their jurisprudential writings, to the *function* (or *functions*) of the constitution. It is not always clear, however, what they actually mean with such language. This dissertation aims to contribute to the understanding of the functional analysis of the constitution, enabling the proper development and the critical analysis of legal jurisprudence on the <<functions of the constitution>>. For such purpose, based on specialized bibliography in the Science of Law, as well as in the Philosophy of Science and other Social Sciences, three possible <<comprehension models>> of the functional studies of the constitution are developed (constitution as artifact, constitution as integration mechanism, and constitution as garden of Justice), and their main scientific implications and challenges are indicated.

Key-Words: Functional Analysis – Function – Constitution – Constitutional Law

SUMÁRIO

Principais Abreviaturas.....	xiii
 1. Introdução	
1.1. Colocação do Tema.....	1
1.2. Justificativa do Tema.....	4
1.3. Campo Disciplinar.....	7
1.4. Plano de Trabalho.....	11
1.5. Normalização do Texto.....	12
1.6. Referências Bibliográficas.....	15
 2. Sentidos de Função	
2.1. Função: Conceito Chave.....	17
2.2. Função: Conceito (Quase) Inofensivo.....	18
2.3. Função: Conceito Problemático.....	19
2.4. Critério da Distinção e Critério da Capacidade.....	23
2.5. Sentidos de Função no Direito Constitucional.....	25
2.5.1. Função como Atividade.....	27
2.5.2. Função como Tarefa.....	28
2.5.3. Função como Dimensões ou Aspectos da Norma Jurídica....	34
2.5.4. Função como Eficácia Jurídica.....	36
2.5.5. Função como Poder Estatal.....	40
2.5.6. Função como Competência.....	46
2.5.7. Função como Relação de Referência Normativa.....	48
2.5.8. Função Social da Propriedade.....	50
2.6. Recapitulação Sumária e Critério Adicional (Dimensão).....	54
 3. Modelos de Compreensão	
3.1. Modelos de Compreensão – Teoria.....	57
3.2. Espécies de Teleologia.....	58
3.3. Espécies de Funções.....	63

3.4.	Sistemas de Referência.....	65
3.5.	Atribuição Funcional e Finalidades Intrínsecas (Fins Últimos)..	67
3.6.	Modelos de Compreensão – Prática.....	69
4.	Constituição como Artefato	
4.1.	Modelo Funcional.....	70
4.2.	Estrutura Formal – Função como Efeitos ou Objetivos Pretendidos.....	70
4.3.	Aplicações nas Ciências Sociais.....	73
4.4.	Aplicações no Estudo do Direito.....	77
4.4.1.	Artefato Máquina de Coação.....	82
4.4.2.	Artefato Instrumento de Governo.....	85
4.4.3.	Artefato Instrumento de Persuasão.....	86
4.4.4.	Artefato Instrumento do Poder.....	87
4.5.	Aplicações no Direito Constitucional.....	88
4.5.1.	Constituição como Artefato.....	88
4.5.2.	Artefato Instrumento de Governo.....	93
4.5.3.	Artefato Folha de Papel.....	99
4.5.4.	Artefato <i>Norma Normarum</i>	102
4.5.5.	Artefato Juridificador do Poder.....	105
4.6.	Análise Crítica.....	107
4.6.1.	Análise Formal.....	108
4.6.1.1.	Critério da Distinção – Metafísica da Intenção do Locutor.....	108
4.6.1.2.	Critério da Capacidade – Idealismo Utópico.....	113
4.6.1.3.	Critério da Dimensão – Árvores sem Floresta.....	116
4.6.2.	Análise Substancial.....	117
4.7.	Reformulações do Modelo.....	119
5.	Constituição como Mecanismo de Integração	
5.1.	Modelo Funcional.....	122
5.2.	Estrutura Formal – Função como Conseqüências Positivas.....	123
5.3.	Aplicações nas Ciências Sociais.....	126

5.4.	Aplicações no Estudo do Direito.....	134
5.5.	Aplicações no Direito Constitucional.....	137
5.5.1.	Fórmula de Hesse: Ordem Jurídica Fundamental, Material e Aberta.....	140
5.5.2.	Tarefa: Unidade Política e Ordem Jurídica.....	140
5.5.3.	Estrutura: Abertura e Clausura.....	144
5.5.4.	Função: Peculiaridade.....	148
5.5.5.	Coordenação: Rigidez e Mobilidade.....	150
5.5.6.	Realização e Retroalimentação: Força Normativa e Vontade de Constituição (Consenso Fundamental).....	152
5.6.	Análise Crítica.....	157
5.6.1.	Análise Formal.....	158
5.6.1.1.	Critério da Distinção – Metafísica do Equilíbrio.....	158
5.6.1.2.	Critério da Capacidade – Sucesso e Fracasso Funcional.....	163
5.6.1.3.	Critério da Dimensão – Metafísica da Retroalimentação.....	168
5.6.2.	Análise Substancial.....	171
5.7.	Reformulações do Modelo.....	175
6.	Constituição como Jardim de Justiça	
6.1.	Modelo Funcional.....	182
6.2.	Estrutura Formal – Função como Contribuições aos Objetivos do Sistema.....	182
6.3.	Aplicações nas Ciências Sociais.....	186
6.4.	Aplicações no Estudo do Direito.....	187
6.4.1.	A Finalidade do Direito.....	187
6.4.2.	Direito como Tipo Funcional.....	193
6.5.	Aplicações no Direito Constitucional.....	199
6.5.1.	A Busca pela Justiça.....	200
6.5.2.	Teoria da Justiça em Espanhol.....	206
6.5.3.	Teoria Culturalista em Português.....	212
6.6.	Análise Crítica.....	216

6.6.1.	Análise Formal.....	217
6.6.1.1.	CrITÉrio da Distinção – Metafísica da Justiça.....	217
6.6.1.2.	CrITÉrio da Capacidade – Sobrecarga Constitucional e Tipos de Constituição (Constituição-Lei, Constituição-Moldura e Constituição-Total).....	219
6.6.1.3.	CrITÉrio da Dimensão – Metafísica da Justiça (Reprise).....	225
6.6.2.	Análise Substancial.....	226
6.7.	Reformulações do Modelo.....	230
7.	Conclusão	
7.1.	O Caminho Percorrido.....	232
7.2.	O Caminho a Percorrer.....	236
	Bibliografia	237
	Apêndice – Tabela de Funções da Constituição	259

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
<i>apud</i>	conforme citação em
cf.	confira
Constituição Americana	Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, conforme alterada
Constituição Brasileira	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme alterada
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratie</i> , por exemplo
et al.	e outros
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> , isto é
In.	Em, Na obra
n/d	não disponível
org. (orgs.)	organizador (organizadores)
pp.	páginas
PUC	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
s	e página seguinte
s/d	sem data
ss	e páginas seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
USP	Universidade de São Paulo

CAPÍTULO 1

INTRODUÇÃO

1.1. Colocação do Tema.

Quando inicialmente pensamos escrever sobre análise funcional da constituição, a pergunta que tínhamos em mente responder era <<*Qual a função da constituição?*>>.

Para encaminhar o trabalho, procuramos, num primeiro momento, como é natural, as lições daqueles que anteriormente trataram do assunto.

Apuramos, então, por exemplo, que, para Hans Kelsen, a "função essencial" da constituição é regular os órgãos e os processos de produção legislativa (KELSEN, 1934:64), o que faz dela "fundamento de validade" de todas as demais normas do ordenamento (KELSEN, 1964:119).

Já para Konrad Hesse, a função da constituição é possibilitar e garantir um processo político livre, constituir, estabilizar, racionalizar e limitar o Poder e assegurar liberdade individual (HESSE, 1995:38ss).

Marcelo Neves, por sua vez, sustenta que a função da constituição é a institucionalização dos Direitos Fundamentais e o estabelecimento do chamado "Estado de bem estar" – na opinião do mestre pernambucano, a regulação do procedimento eleitoral e a divisão de Poderes *não* integram a função da constituição, mas antes representam sua *prestação* política (NEVES, 1994:69ss).

Noutra perspectiva, a atual ministra do STF, Carmem Lúcia Antunes Rocha, acredita que a constituição não tem uma única função, mas sim *seis* diferentes funções – dentre as quais uma "função transformadora da realidade sócio-política e econômica" (ROCHA, 1991:35)¹. Já Carlos de Cabo Martín, em sentido oposto, diz que as constituições têm historicamente

¹ As demais funções da constituição apontadas pela autora são as funções de informar e conformar os fundamentos da organização política da sociedade e do Direito, ordenação da organização estatal, racionalização e estabilização do Poder, garantia de direitos, e definição das linhas de ação futura do Estado (cf. ROCHA, 1991:25ss).

servido uma única função principal, qual seja, a de "manutenção do *status quo*" (CABO MARTÍN, 1978:176).

O espanhol Jorge de ESTEBAN (1976:11ss), o alemão Klaus STERN (1983:220ss), o português J.J. Gomes CANOTILHO (2003:1438ss) e o brasileiro Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO (2003:63ss) concordam todos que as constituições desempenham diversas funções, apresentando cada qual, porém, sua própria longa relação (o primeiro lista *seis* funções², o segundo *sete*³, o terceiro *nove*⁴ e o quarto *onze*⁵). Embora extensas, nenhuma das quatro listas parece completa, ao menos se confrontada com as lições, por exemplo, do suíço Jean François Aubert, em cuja relação de funções da constituição inclui-se uma função "ao mesmo tempo importante, contingente e temporária", não tratada por aqueles autores, que é a de consagrar uma ruptura histórica (AUBERT J., 2001:15), ou do italiano Giuseppe de Vergottini, para quem a constituição tem, dentre outras, uma "função de *propaganda* e de *educação política*" (VERGOTTINI, 1983:259).

Pinçados dentre outros tantos estudos sobre as funções da constituição (cf. o Apêndice), esses exemplos são suficientes para ilustrar a conclusão a que chegamos logo na primeira fase de nossa pesquisa: a pergunta sobre as funções da constituição é daquelas que encontra múltiplas respostas. Alguns autores são mais prolixos, outros mais sucintos, mas todos têm o seu próprio entendimento acerca de quantas e quais são as <<funções>> da constituição⁶. Em alguns casos, bem verdade, as diferenças são mais de rótulo do que de conteúdo – assim, por exemplo, o que o mexicano Diego Valadés chama de *função simbólica* (cf. VALADÉS 1998:107ss) é basicamente o mesmo que o venezuelano Jesus María Casal H. denomina *função de unidade política* (cf. CASAL H., 2004:24), enquanto o que o juiz do Tribunal Constitucional do Peru César Rodrigo Landa Arroyo diz ser *função temporal* (cf. LANDA,

² São elas as funções legitimadora, política, organizativa, jurídica, ideológica e transformadora (cf. ESTEBAN, 1976:11ss).

³ Funções de ordem, de estabilidade, de unidade (integração), de limitar e controlar o Poder, de garantir a liberdade, a autodeterminação e a proteção jurídica do indivíduo, de fixar a estrutura organizativa fundamental do Estado e de fixar a ordem material básica (cf. STERN, 1983:220ss).

⁴ Funções de revelação normativa do consenso fundamental, de legitimidade e legitimação da ordem jurídico-constitucional, de garantia e proteção, de organização do Poder político, de ordem e ordenação, de autovinculação, de inclusividade multicultural, de *bootstrapping* e de controle débil e difuso (cf. CANOTILHO, 2003:1438ss).

⁵ Funções estritamente jurídica, de garantia, organizativa (estruturante), limitativa, procedimental, instrumental, conformadora da ordem sociopolítica, legitimadora/legitimante, legalizadora, simbólica e prospectiva (cf. FERREIRA FILHO, 2003:63ss).

⁶ Curioso observar, nesse tocante, que *nenhum* dos trabalhos que consultamos apresenta lista de funções da constituição idêntica a de qualquer outro (cf. o Apêndice).

2002:124s) equivale essencialmente ao que o mestre alemão Peter Häberle trata como *função de processamento do tempo* (cf. HÄBERLE, 2001:117ss). Em (muitos) outros casos, porém, como vimos em alguns dos exemplos acima, há diferenças conceituais bastante importantes, senão profundas divergências.

Mais do que impressionados com a diversidade de funções atribuídas à constituição, no entanto, o levantamento bibliográfico do tema nos deixou com a incômoda sensação de que nem sempre há, na doutrina do Direito Constitucional, um entendimento claro sobre o que se pretende dizer, e o que de fato se diz, do ponto de vista científico, quando se atribuem funções à constituição. Resulta daí que os elencos de funções da constituição apresentados, além de muitas vezes desnecessariamente repetitivos, com <<funções>> que se sobrepõem e se confundem ("a preocupação em nada esquecer conduz às repetições" – AUBERT J., 2001:14), são não raro inconsistentes, tratando, sob a mesma rubrica (<<função>>), de elementos absolutamente distintos entre si (muitos dos quais, aliás, meras reproduções de temas já tratados em outros tópicos da disciplina). Para usar as (duras) palavras dirigidas por Norberto Bobbio aos estudos funcionais do Direito, a impressão que fica, ao menos numa primeira análise, é a de que, em muitos casos, os elencos de funções atribuídas à constituição pela doutrina são:

"(...) por um lado, uma reunião de coisas bastante óbvias, que pouco ou nada acrescentam ao nosso conhecimento do fenômeno jurídico, e que, por outro lado, são compostos por elementos heterogêneos, do que surge imediatamente a suspeita de que, na expressão 'função do direito' [ou, no nosso caso, <<função da constituição>>], tanto o termo 'função' quanto o termo 'direito' [<<constituição>>] são empregados, sem que isso seja explicitado, com significados diferentes." (BOBBIO, 1975:102s)

Diante de tal quadro, resolvemos dar um outro rumo ao nosso trabalho. Ao invés de apresentar (mais) uma resposta à pergunta <<Qual a função da constituição?>>, pareceu-nos que uma contribuição mais interessante – e mais necessária – seria tentar ofertar uma reflexão sobre a estrutura conceitual, e daí também sobre a utilidade e os limites, para o Direito Constitucional, da <<análise funcional da constituição>>, entendida como o estudo científico-sistemático da constituição⁷ desde o prisma de suas funções⁸.

⁷ Tomada esta precipuamente em sua dimensão de norma jurídica, nos moldes típicos da democracia política e social contemporânea, cujos elementos característicos incluem, em especial, a garantia dos Direitos

Nosso principal objetivo com a presente monografia será, portanto, o de tentar contribuir para o adequado desenvolvimento e para a fundamentada apreciação crítica de doutrinas de Direito Constitucional sobre as <<funções da constituição>>.

1.2. Justificativa do Tema.

Embora nem sempre produzindo resultados satisfatórios, e dando ensejo não raro a "rotulações pejorativas e preconceituosas por parte de seus críticos" (CAMPILONGO, 2002:121), a análise funcional tem conquistado, em especial desde meados da década de 1970 (cf. CARCOVA, 1988:140s)⁹, uma "importância crescente" na Ciência do Direito (FERRAZ JR., s/d:16), passando a ser vista como uma forma de abordagem imprescindível tanto para "qualquer teoria jurídica que busca uma explicação geral da natureza do Direito" (RAZ, 1979:163), quanto para qualquer "teoria crítica da sociedade" (BOBBIO, 1975:92), o que a fez, nas palavras Comparato, a "principal linha de evolução da ciência jurídica" no último século (COMPARATO, 1989:66).

No campo específico do estudo da constituição, a análise funcional tem também recebido crescente destaque, em especial na literatura estrangeira¹⁰.

Fundamentais, a divisão de Poderes e a soberania popular (sobre esse modelo de constituição, cf. AJA, 1983:25ss e HABERMAS, 1986:208s).

⁸ "Análise funcional não é a análise de uma função, mas antes a análise de uma estrutura desde uma perspectiva funcional" (McLAUGHLIN, 2001:121).

⁹ O que evidentemente não significa dizer que as abordagens funcionais do Direito *surgiram* na década de 1970, mas tão apenas que o interesse pelas mesmas conheceu novo fôlego a partir de então. O trabalho que em geral é citado como sendo o pioneiro (ou um dos pioneiros) do estudo funcional jurídico é o clássico de Jhering, *A Finalidade do Direito* (1883), do qual falaremos no capítulo 6 *infra*.

¹⁰ Enquanto, por exemplo, o português Canotilho dedica ao tema das <<funções da constituição>> todo o título "Dimensões Atuais da Teoria da Constituição" de seu consagrado *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (cf. CANOTILHO, 2003:1431ss), a maior parte dos principais *Manuais*, *Cursos* e *Elementos* de Direito Constitucional produzidos por autores brasileiros ignora o assunto. Dentre as honrosas exceções incluem-se o *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição* de Kildare Gonçalves CARVALHO (2006:257ss) e o *Curso de Direito Constitucional* de André Ramos TAVARES (2006:73s). Virgílio Afonso da Silva assim comenta o descaso de nossa doutrina com o assunto: "Qual o papel da constituição na ordem jurídica de um país? Que tipos de constituição são possíveis, no que diz respeito a esse papel e no que diz respeito à sua relação com o direito privado? A doutrina jurídica ocupa-se muito pouco com esses questionamentos e contenta-se, muitas vezes, quando menciona tipos de constituição, em recorrer a algumas classificações meramente didáticas de utilidade prática ou teórica limitada. Assim, é a regra que em toda obra geral sobre direito constitucional que se inicie com um tópico dedicado à classificação das constituições, o que normalmente é feito com o recurso a algumas dicotomias como rígidas/flexíveis, escritas/não-escritas, promulgadas/outorgadas, entre outras. Todas essas classificações têm um elemento comum, que é a referência que se limita ao tipo de documento e à sua origem, sem a preocupação com a função que a constituição exerce no sistema jurídico" (SILVA V., 2005:109s). (É bom que se diga, no entanto, que não necessariamente as obras de Direito Constitucional que não reservam um capítulo ou tópico específico para falar das <<funções da constituição>>

De fato, desde os trabalhos pioneiros de autores como Albert Dicey (*Introduction to the Law of the Constitution*, 1885)¹¹ e Costantino Mortati (*La Costituzione in Senso Materiale*, 1940)¹², até as recentes discussões sobre a conveniência de adoção de uma constituição formal e escrita pela União Européia (cf. *e.g.* GRIMM, 2001:19ss e HABERMAS, 2001:16s), os estudiosos têm cada vez mais se interessado em analisar as constituições (globalmente consideradas)¹³ sob a ótica dinâmico-funcional, em complemento (ou mesmo em substituição) à tradicional abordagem estático-estrutural. Registra, nesse tocante, por exemplo, Gregório Peces-Barba:

"Por sua estrutura, as constituições são contempladas desde o ponto de vista estático, e nelas encontramos duas partes que os constitucionalistas costumam chamar parte orgânica e parte dogmática. É uma terminologia pouco apurada que vem a identificar a Constituição como conjunto de órgãos, de instituições e de regras do jogo, e como conjunto de valores, de princípios e de direitos, que supõem as dimensões axiológicas. Parece-me preferível, para uma melhor compreensão, estudar o tema desde o ponto de vista dinâmico, vale dizer, desde as funções que desempenha uma Constituição. Hoje, a literatura mais recente sobre estes temas prefere introduzir-se na compreensão da Constituição desde a perspectiva de sua função, que marca mais a dimensão aberta e dinâmica que a estabilidade e a rigidez, que estão mais presentes no estudo estrutural." (PECES-BARBA, 2004:226)

Como que a complementar essa lição, Martha Prieto Valdés assim define o que reputa ser a "idéia central" da "análise acerca das funções da Constituição":

ignoram os assuntos versados por outros autores sob tal rubrica. Em alguns casos, por exemplo, esse assuntos são abordados sob a denominação de "elementos da constituição" – cf. *e.g.* TEIXEIRA, 1962:182ss e SILVA J., 1998:183ss).

¹¹ Dicey "adota uma definição funcional da constituição que nos permite identificar (embora não exaustivamente) os elementos essenciais que compõem uma constituição pela referência aos alvos e propósitos que se pode considerar ter qualquer constituição" (FEREJOHN/RAKOVE/RILEY, 2001:15s).

¹² "Costantino Mortati fala em funções de unificação, garantia e identificação. Pela *função de unificação*, a Constituição se destina a fundamentar a validade das normas legais que integram a ordem jurídica do Estado, sendo, portanto, tal função correlativa à unidade da Constituição. A *função de garantia* tem o significado de que a Constituição se dirige a assegurar a estabilidade das relações na sociedade, relacionando-se ainda com a idéia de rigidez da Constituição, eis que as suas normas só podem ser alteradas por um processo qualificado de reforma. A *função de identificação* é a de garantir a manutenção do fim essencial que serve para identificar um tipo de Estado frente às mudanças da sociedade" (CARVALHO, 2006:259).

¹³ Têm se tornado comuns, também, os estudos funcionais de institutos ou normas constitucionais individualmente considerados, como, por exemplo, os Direitos Fundamentais (cf. *e.g.* CANOTILHO, 2003:407ss).

"(...) aportar o instrumental que permita, definidos os objetivos para os quais se aprova essa disposição normativa, reafirmar seu lugar e ação possíveis com relação aos Ordenamentos jurídico e político e à sociedade, o que se espera que ela juridicamente expresse e faça em sua realização; até onde chega ou pode chegar o seu poder em uma sociedade determinada, que influências exerce, o que impede ou postula." (VALDÉS, 2002:1)

Jorge de Esteban, por sua vez, declara que o estudo funcional da constituição pode habilitar o jurista a "entrar em uma valoração de conjunto das diversas Constituições existentes [no mundo] e oferecer assim um ponto de referência globalizador" (ESTEBAN, 1976:21s). Algo parecida é a lição de Ulrich Preuß:

"A idéia de constitucionalismo abrange uma variedade tão ampla que se pode questionar se esse termo pode ser usado de uma maneira significativa. Se quisermos comparar diferentes padrões de constitucionalismo e as idéias subjacentes de constituições em diferentes partes do mundo, provavelmente não seria muito frutífero – para o entendimento das constituições específicas ou do significado predominante de constitucionalismo – enumerar as múltiplas propriedades e divergências nos respectivos textos legais. Parece ser mais apropriado estudar as funções que as constituições desempenham em seus respectivos países." (PREUß, 1995:98)

Entre nós, Regina Maria Macedo Nery Ferrari não destoa da literatura estrangeira citada, sublinhando ser "particularmente importante analisar a função da Constituição e em que sentido esta se realiza (...), principalmente quando o que entra em pauta é o problema de como captar o sentido das constituições" (FERRARI R., 2001:59). De forma similar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, depois de afirmar que ao apurar a função da constituição o estudioso coloca-se em condição de "determinar para que serve a Constituição", complementa ensinando que os "tipos ou modelos" de constituição de que tanto se fala no âmbito do Direito Constitucional (*e.g.* constituição-garantia, constituição-total, constituição-dirigente) são definidos justamente a partir da "comparação" das funções exercidas por cada diploma constitucional (cf. FERREIRA FILHO, 2003:63 e 73ss). Virgílio Afonso da Silva, de seu turno, também interessado em apurar os tipos possíveis de constituição à luz do "papel" exercido pela lei fundamental em cada ordenamento jurídico, sustenta que a "análise acerca da função da constituição" é "*pressuposto*" para "toda a discussão" de um tema importante e atual do Direito Constitucional como o da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais (cf. SILVA V., 2005:123).

Não obstante essas (unânicas) considerações sobre a importância da análise funcional, não temos conhecimento da existência, na doutrina do Direito Constitucional, de qualquer reflexão mais apurada sobre os pressupostos teóricos do enfoque funcionalista ou de sua aplicação nesse campo da Ciência do Direito. Em verdade, na maior parte dos estudos sobre o tema, os autores não se dignam nem mesmo a esclarecer o significado que atribuem à expressão <<função da constituição>>, tratando-a como se fosse um conceito evidente. Talvez resida aí a principal causa da (aparentemente) duvidosa qualidade dos trabalhos produzidos sobre o assunto, sendo esta, justamente, conforme antes observado, a lacuna que a presente monografia pretende de alguma forma contribuir para sanar.

1.3. Campo Disciplinar.

Afirmou certa vez François Bourricaud que "não há nada mais vão que os debates sobre as fronteiras" das disciplinas (*apud* Merle, 1968:227)¹⁴. Numa lição parecida, mas mais recente, um autor americano adverte que "nada pode confinar uma prática às suas fronteiras originais, o que explica a futilidade das tentativas de iniciar discussões teóricas pela análise e distinção entre, por exemplo, filosofia jurídica, teoria jurídica e jurisprudência, como se essas práticas fossem estáticas" (TAMANAH, 1997:194).

Embora estejamos essencialmente de acordo com essas idéias, convencidos que estamos da conveniência das abordagens *interdisciplinares* no estudo do Direito (cf. *e.g.* OST, 1993:543s), parece-nos apropriado dedicar, nessa introdução, algumas (poucas) palavras à questão do enquadramento de nossa pesquisa no âmbito do Direito Constitucional. Fazemos isso tão apenas porque o estudo funcional representa um tema "clássico" da Sociologia do Direito (cf. CAMPILONGO, 2002:121), o que poderia eventualmente suscitar dúvidas quanto ao campo disciplinar em que nos encontramos.

Para encaminhar o assunto, iniciemos ouvindo Canotilho:

"A *dogmática constitucional* procura auxiliar o jurista constitucional, fornecendo-lhe esquemas de trabalho, regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio indispensáveis à 'solução' ou 'decisão', justa e fundamentada, dos 'casos' ou 'problemas' jurídico-

¹⁴ A referência completa é: F. BOURRICAUD, *Sociologie et Science Politique*, Revue de l'enseignement supérieur, nº 4, 1965.

constitucionais. A *teoria* visa proporcionar uma reflexão sobre o modo e a forma como o direito constitucional e a ciência do direito constitucional compreendem o seu objeto de estudo e cumprem as respectivas tarefas nos planos pedagógico e científico. A iluminação de muitos problemas jurídico-constitucionais carece de um *background* explicativo e justificativo que só pode ser fornecido por uma reflexão teórica sobre o próprio direito constitucional." (CANOTILHO, 2003:18)

Na linha dessa lição, pode-se afirmar que nossa pesquisa se enquadra, em princípio, no âmbito da *teoria* do Direito Constitucional, interessados que estamos numa reflexão teórica sobre o emprego da análise funcional pela *dogmática* do Direito Constitucional.

Para que essa reflexão possa ser frutífera, porém, a natureza do tema escolhido exige que a pesquisa não se limite a olhar "para dentro", mas que atente também, em grande medida, "para fora".

Em outras palavras, não sendo a análise funcional uma abordagem que se tenha historicamente desenvolvido no âmbito do próprio Direito Constitucional¹⁵, uma adequada reflexão teórica sobre a sua aplicação no estudo dogmático da constituição (olhar para dentro) requer verificar antes como ela se apresenta nas ciências das quais se origina (olhar para fora).

Não deve surpreender o leitor, portanto, as incursões que havemos de fazer, tanto em outros universos do conhecimento (notadamente na Filosofia da Ciência e na Sociologia), quanto em outras disciplinas jurídicas, como a Teoria e a Sociologia do Direito, todas as quais aptas a fornecer elementos úteis à compreensão da análise funcional e de seus possíveis desdobramentos no Direito Constitucional¹⁶.

É justamente nesse contexto que se coloca a questão de saber se, por conta de suas raízes alienígenas, a análise funcional não é *de per se* estranha ao Direito Constitucional, o que esvaziaria o *sentido* da pesquisa proposta (*i.e.* para que estudar a aplicação numa ciência de uma abordagem que não lhe pertence?). Em particular, poder-se-ia indagar se análise

¹⁵ Acredita-se, em geral, que a análise funcional encontrou suas primeiras aplicações científico-sistemáticas nas Ciências Naturais (sobretudo na Biologia), alcançando depois as Ciências Sociais não jurídicas (em especial a Antropologia e a Sociologia) (cf. itens 3.2 e 5.3 *infra*), para só então chegar ao Direito, primeiro na Sociologia do Direito, depois nas demais disciplinas, dentre as quais o Direito Constitucional.

¹⁶ Limitaremos, por certo, essas incursões, apenas ao que se mostrar essencial (o que significa, por exemplo, que não se deve esperar encontrar aqui exaustivas análises de teorias sociológicas).

funcional não é tema mais de Sociologia do Direito Constitucional¹⁷ do que de Direito Constitucional propriamente dito¹⁸.

O simples fato de encontrarmos estudos sobre as funções da constituição em trabalhos de Direito Constitucional produzidos por autores como Canotilho, Ferreira Filho e Hesse (apenas para citar alguns dos nomes que ninguém tem na conta de *sociólogos*), talvez já bastasse para refutar tal objeção¹⁹.

Ela pode, porém, ser mais bem respondida se estabelecermos, com Harry Bredemeier, uma distinção elementar entre Sociologia *do* Direito e Sociologia *no* Direito:

"É importante distinguir dois tipos de atividades relacionando Sociologia e Direito: uma é denotada pela frase 'sociologia do Direito', a segunda por 'sociologia no Direito'. A primeira faz do 'Direito' um tema de investigação sociológica, da mesma forma que os são os 'pequenos grupos' e os '[sistemas de] votação'. O objetivo aqui é ou descrever a significância do Direito para a sociedade global, ou descrever seus processos internos, ou ambas as coisas. A segunda busca facilitar o desempenho pelo Direito de suas funções ao acrescentar o conhecimento sociológico ao seu conjunto de ferramentas." (BREDEMEIER, 1962:73)

Aplicando essas lições ao caso particular do estudo da constituição, temos que <<Sociologia *do* Direito Constitucional>>, enquanto campo específico de pesquisas sociais relacionadas à constituição, é algo diferente de <<Sociologia *no* Direito Constitucional>>, entendida esta expressão como uma referência ao (salutar) aproveitamento, pela dogmática do Direito Constitucional, do conhecimento produzido desde o prisma de uma abordagem sociológica da constituição.

¹⁷ "A Sociologia do Direito Constitucional é a sociologia jurídica especial cujo fito consiste em dar a conhecer o modo como surgem, perduram e se aplicam as regras constitucionais; ou, doutra perspectiva, é a sociologia jurídica especial que se volta para as instituições constitucionais tomando-as como instituições sociais" (MIRANDA J., 2002:13).

¹⁸ "A Ciência do Direito constitucional não é, portanto, senão a Ciência Jurídica ou Jurisprudência aplicada ao Direito constitucional; a disciplina científica que, seguindo o método jurídico ou dogmático, visa reconstruir o Direito constitucional como sistema normativo; a ciência social normativa que procura apreender o sentido de certos fatos sociais, os políticos, através das normas que os regem" (MIRANDA J., 2002:8). Embora sem olvidar as disputas acerca do seu "lugar teórico" (CANOTILHO, 2003:1334), partimos aqui da idéia de que a chamada <<Teoria da Constituição>> é um dos capítulos do Direito Constitucional.

¹⁹ Poderíamos invocar também as insuspeitas lições de Meirelles Teixeira, para quem o Direito Constitucional abrange o estudo da "essência, estrutura e funções das Constituições" (TEIXEIRA, 1964:3).

Assim, sem olvidar que "a passagem da teoria estrutural para a teoria funcional é também a passagem de uma teoria formal (ou pura!) para uma teoria sociológica (impura?)" (BOBBIO, 1977a:XIII) – daí que se diga que a abordagem funcional faz reaparecer, "de uma forma mais contundente, a velha questão da identidade epistemológica da Ciência Jurídica, agora necessariamente voltada para indagações sociológicas, econômicas e políticas", o que coloca para o jurista "dificuldades teóricas relevantes" (FERRAZ JR., s/d:16) –, pode-se sustentar que a análise funcional não é *intrinsecamente* estranha ao Direito Constitucional, posto que *não é* (ao menos não necessariamente) sinônimo de Sociologia *do* Direito Constitucional²⁰. Ao contrário, análise funcional da constituição pode muito bem ser Sociologia *no* Direito Constitucional, desde que os objetivos buscados (e os resultados obtidos) com essa abordagem da constituição estejam alinhados como aquela que, na citada lição de Canotilho, é a tarefa típica da dogmática constitucional: o encaminhamento de decisões jurídico-constitucionais²¹. É nesse sentido, por exemplo, a lição sempre importante de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

"Entendemos, assim, que uma ciência dogmática deva aproveitar e incorporar a pesquisa zetética (sociológica, filosófica, etc.), mas num sentido que lhe é próprio, qual seja, a criação de condições para a resolução de conflitos, orientação crítica de decisões, e não apenas para a elaboração de hipóteses explicativas da realidade social, descompromissadas com a eventual solução de seus problemas." (FERRAZ JR., 1989:21)

Em outras palavras, segundo nos parece, o cientista do Direito Constitucional pode muito bem se aproveitar, no estudo da constituição, de uma abordagem originária das Ciências Sociais (como é o caso da análise funcional) se estiver convencido de que com ela obterá elementos

²⁰ Aliás, conforme se verá no curso da dissertação, existem modelos ditos *normativos* (i.e. não propriamente sociológicos) de análise funcional.

²¹ Para além do fato de se ocupar de *normas* jurídicas (cf. KELSEN, 1934:13s e MIRANDA J., 2002:8), a tarefa citada é o que faz do Direito Constitucional, ao contrário das demais disciplinas que estudam a constituição, uma "ciência normativa" (cf. HESSE, 1959:11). Explica Ferraz Jr.: "A Ciência do Direito diz-se, além de interpretativa, também *normativa*. A possibilidade de uma ciência normativa é bastante discutida pela Filosofia da Ciência. Para muitos teóricos da ciência, os enunciados científicos são descritivos e nunca normativos. As teorias jurídicas da Ciência do Direito, como esta é usualmente praticada, não escondem enunciados de natureza prescritiva. Ao expor diversas teorias referentes a um problema jurídico qualquer, o jurista não se limita a levantar possibilidades e, em certas circunstâncias, a suspender o juízo, mas é forçado a realizar, por vezes, uma verdadeira opção decisória. Isto porque sua intenção não é apenas conhecer, mas também conhecer tendo em vista as condições de aplicabilidade da norma enquanto modelo decisório" (FERRAZ JR., 1977:15). E mais a frente, no mesmo trabalho: "A Ciência Jurídica coloca problemas *para ensinar*. Isto a diferencia de outras formas de abordagem do fenômeno jurídico, como a Sociologia, a Psicologia, a História, a Antropologia etc., que colocam problemas e constituem modelos cuja intenção é muito mais explicativa. Enquanto o cientista do Direito se sente vinculado, na colocação dos problemas, a uma proposta de solução, possível e viável, os demais podem inclusive suspender o seu juízo, colocando questões para deixá-las em aberto" (FERRAZ JR., 1977:108).

úteis para o desenvolvimento de uma adequada doutrina de Direito Constitucional, explorando-a com vistas aos seus próprios objetivos (os quais são não raro distintos daqueles que movem sociólogos, cientistas políticos e outros estudiosos da constituição)²². Para que possa estabelecer esse convencimento, no entanto, bem assim para que possa se pôr a salvo de eventuais sincretismos metodológicos²³, o cientista do Direito Constitucional precisa conhecer em detalhe as premissas e as implicações da linha de abordagem que considera empregar. Contribuir para esse conhecimento no tocante à análise funcional da constituição, como já foi dito, é a missão a que se propõe o presente estudo²⁴.

1.4. Plano de Trabalho.

O *Sumário* que precede este capítulo delinea a estrutura de desenvolvimento da monografia, dividida em sete capítulos. Cabem aqui apenas algumas poucas explicações sobre o plano traçado para que a monografia alcance os seus propósitos.

Inspirados pela lição de Bobbio acerca da conveniência de se promover, quando se trata de estudo funcional, "um esclarecimento dos seus pressupostos conceituais e (...) a eliminação das mais grosseiras confusões terminológicas" (BOBBIO, 1975:103), partimos, no presente trabalho, da convicção de que, para poder refletir sobre a aplicação da análise funcional no Direito Constitucional é necessário determinar o que significa (ou pode significar) a

²² Numa linha similar, Eros Roberto Grau encoraja os juristas a incorporarem as abordagens sociológicas, notadamente a análise funcional: "A busca da determinação das finalidades e das funções do direito – repito-o – não é tarefa exclusiva, monopolizada, da Sociologia do Direito. Ao fazê-lo, apenas o tomamos (cada direito) pelo seu conteúdo – que é variável –, recusando-nos a concebê-lo unicamente desde a perspectiva formal. A crítica do direito, por outro lado, supõe a recusa da análise exclusivamente estrutural. E porque a exposição que a partir dela se empreende não compreende exclusivamente o tratamento de uma *questão científica*, mas de *questão política*, o recurso à análise funcional envolve postura de destemor diante das influências, tidas como desestabilizadoras – e, mesmo, subversivas –, que os estudiosos das demais ciências sociais exercem (ou deveriam exercer) sobre nós outros, estudiosos do direito" (GRAU, 1996:24s). E, numa nota de rodapé, arremata: "Cumpre-nos – se não nos basta uma visão apenas parcial do *fenômeno jurídico* (o *fenômeno normativo*, v.g.) – desenvolver nossas indagações no campo, sem limites, da 'ciência cooperativa'" (GRAU, 1996:25).

²³ "Qual a razão por que interessa tanto distinguir a Ciência Jurídica das disciplinas que se ocupem do mesmo objeto (fatos jurídicos) ou que ao seu estudo possam fornecer subsídios (Ciências Sociais)? A razão está na conveniência de ajustar a cada disciplina o seu *método* próprio. Quando se pesquisam conhecimentos do âmbito de dada Ciência importa fazê-lo segundo as regras do método dessa Ciência e não de outro: a confusão metodológica é uma das mais graves origens do erro" (CAETANO, 1977:57).

²⁴ Essa é mesmo, aliás, a vocação natural de uma reflexão que se desenvolve (ou que se pretende desenvolver) nos quadrantes da *teoria* do Direito Constitucional, sobretudo para quem, como no nosso caso, acredita na possibilidade (e na utilidade) do conhecimento *interdisciplinar* do Direito e da constituição: "Acrescentamos, a guisa de conclusão, que nesse complexo modelo de ciência interdisciplinar do Direito, a teoria do Direito é chamada a jogar um papel determinante que consiste em operar a aproximação ou a tradução dos dois jogos de linguagem presentes: aquele da dogmática, de uma parte, aquele das ciências sociais, de outra parte" (OST, 1993:544).

afirmação de que a constituição tem esta ou aquela função, o que requer investigar o próprio conceito de *função*²⁵.

Por conta disso, logo depois destas notas preliminares, segue um capítulo (2) dedicado a explorar o campo de significação do conceito de função, complementado por um capítulo (3) voltado a apresentar conceitos essenciais de análise funcional, não raro olvidados pela doutrina jurídica. Da combinação das lições de ambos os capítulos, extrairemos os *modelos de compreensão* das funções da constituição a serem avaliados, ou seja, as principais teorias funcionais que nos parece podem haver no estudo da constituição.

Cada um dos capítulos subseqüentes (4, 5 e 6) será dedicado ao exame detalhado dos modelos em questão, o que envolverá, para uma visão que esperamos suficientemente completa (<<olhar para fora>> e <<olhar para dentro>>), a formalização teórica dos contornos da estrutura do conceito de função que lhe é subjacente e exemplos de aplicações que ele encontra nas Ciências Sociais, no estudo do Direito como um todo e no estudo da constituição em particular. Ao final, cada capítulo apresenta uma avaliação crítica individualizada do modelo estudado.

Em fechamento, o capítulo 7 apresentará um balanço do caminho percorrido e das conclusões alcançadas no desenvolvimento da monografia e indicará o que cabe explorar em outra oportunidade.

1.5. Normalização do Texto.

Como não há, no Direito, nem obrigatoriedade, nem costume, de adoção integral das normas da ABNT (cf. SANTOS, 2004:10 e TAVARES A., 2005:23), parece-nos conveniente, para orientar o leitor, apresentar esclarecimentos, ainda que breves, acerca dos principais critérios adotados na normalização do texto:

- (i) O trabalho obedece, no essencial, as normas pertinentes da ABNT (notadamente a NBR 14724, de 2005), com as adaptações que nos pareceram convenientes.

²⁵ Em sentido similar, anota Ehrenberg: "Para entender como a idéia de funcionalidade pode contribuir para um programa metodológico na Filosofia do Direito, temos que examinar mais profundamente a própria noção de função" (EHRENBERG, 2005:158).

- (ii) As citações seguem o modelo *autor-data*. A data indicada é sempre a data em que a obra foi originalmente publicada (não a data da edição consultada), salvo quando se trate de uma versão revisada de trabalho anterior (hipótese em que vale a data da nova versão)²⁶. Os principais méritos desse modelo, a nosso ver, são o de permitir uma rápida contextualização histórica dos pensamentos expostos e o de liberar as notas de rodapé para a exposição de observações complementares (temas paralelos) àquelas contidas no texto principal. Esse modelo de citação exige, no entanto, que, no capítulo reservado à bibliografia: (a) a data que foi utilizada nas citações esteja destacada (no nosso caso, **em negrito**), sobretudo para não gerar confusão com a data da edição consultada, quando diferentes; e (b) os trabalhos originalmente publicados em datas diferentes daquelas das obras nas quais estão contidos (*e.g.* artigos em obras de coletânea) venham separadamente identificados. (Inspiramo-nos, nesse tocante, em TAVARES A., 2005:24ss).
- (iii) Todas as citações de originais consultados em língua estrangeira encontram-se transcritas aqui em Português, com tradução de nossa lavra. Quando encontramos dificuldade em expressar com fidelidade em Português o sentido de alguma passagem do texto original, reproduzimos o mesmo entre parênteses logo após nossa tradução²⁷.
- (iv) Tudo quanto o leitor encontre entre aspas neste trabalho é uma transcrição literal. De outro turno, nenhuma transcrição há sem as aspas. O autor cujo texto é transcrito vem indicado depois da transcrição (em geral ao final do período), em MAIÚSCULAS, observado o modelo autor-data²⁸. O que estiver entre aspas é reproduzido aqui na forma exata em que foi originalmente publicado (não grifamos, não sublinhamos, não adicionamos ênfase – ou seja, salvo pela tradução,

²⁶ Nesse sentido, por exemplo, no caso de coletâneas de artigos anteriormente publicados, vale a data da publicação original de cada um deles, salvo quando indicado que o autor promoveu alterações aos textos originais, hipótese em que indicamos a data da coletânea.

²⁷ Tem-se visto, em alguns trabalhos recentes, a transcrição integral, no corpo do texto ou em nota de rodapé, do texto original em língua estrangeira traduzido pelo autor (cf. *e.g.* TAVARES A., 2005 e AVELINO, 2007). Embora tal procedimento certamente tenha muitos méritos, não o empregamos aqui para não estender por demais o volume da dissertação, já bastante superior ao quanto originalmente programado. Ademais, conforme a seguir observado (item 1.6), as obras aqui citadas são todas de fácil acesso aos interessados, o que assegura a possibilidade de eventuais cotejos com nossas traduções.

²⁸ Quando julgamos haver no contexto de nossa citação uma aplicação ou "interpretação ligeiramente divergente" da original, a referência ao autor é precedida da "menção *cf.*" (cf. SANTOS, 2004:81).

quando necessária, não modificamos os textos transcritos)²⁹. Como é de praxe, recorremos aos colchetes para acrescentar explicações essenciais à compreensão de citações e aos parênteses com reticências para evidenciar a existência de trechos irrelevantes não transcritos.

- (v) Todas as transcrições que excedem quatro linhas encontram-se separadas do texto corrido do trabalho (salvo quando contidas em notas de rodapé). Algumas poucas transcrições que consumiram menos de cinco linhas vêm também destacadas, quando julgamos o destaque apropriado para a exposição.
- (vi) Trabalhos citados mas não consultados diretamente não constam da bibliografia final e são identificados no texto através do *apud*. São fornecidos, em nota de rodapé, para o leitor que as desejar buscar, os dados integrais das obras de origem da citação, tais quais fornecidos pelo autor consultado – seguimos, (também) neste ponto, TAVARES A., 2005:24.
- (vii) Sempre que foi possível (e quase sempre foi), a bibliografia final inclui, além dos dados de praxe (*i.e.* nome do autor, título, editora, ano e local de publicação, bem assim, no caso das traduções, nome do tradutor e título original), o número ISBN ou ISSN da obra. Nossa experiência, no curso da produção deste trabalho, foi a de que tal número facilita a comunicação com instituições estrangeiras (tais como o Institut Suisse de Droit Comparé, ao qual recorremos mais de uma vez).
- (viii) Respeitado o quanto observado no item (iv), acima, todas as palavras-chave do vocabulário jurídico-constitucional (*e.g.* Direitos Fundamentais, Estado), bem assim as denominações de ciências e disciplinas (*e.g.* Ciências Sociais, Direito Constitucional, Sociologia do Direito), são aqui grafadas com inicial maiúscula. A exceção é a palavra *constituição*, grafada com maiúscula apenas quando precisamente especificada (*e.g.* Constituição Brasileira, Constituição dos Estados

²⁹ Optamos, no entanto, para facilitar a leitura, por ajustar ao nosso padrão brasileiro a ortografia de textos redigidos em *Português de Portugal* (se é que existe isso de Português daqui e Português de lá).

Unidos). Vai aí, talvez, uma forma pouco sutil de indicarmos tratar-se de conceito, talvez mais do que qualquer outro, definitivamente *polissêmico*³⁰.

- (ix) Utilizamos, de forma indiscriminada, o singular e o plural da palavra função (*e.g.* <<função da constituição>>, <<funções da constituição>>). Embora a maior parte dos autores sustente que as constituições têm hoje "multifunções" (*cf. e.g.* CANOTILHO, 2003:1438 e TAVARES A., 2006:74), outros há que preferem falar em função no singular (*cf. e.g.* KELSEN, 1964:109ss e GRIMM, 2001:19ss). Isso tem a ver, em verdade, com a definição subjacente do conceito de função e com a utilização teórica que dele se faz³¹.

1.7. Referências Bibliográficas.

Para encerrar este capítulo introdutório, convém fazer um breve registro quanto à bibliografia consultada.

Como não podia deixar de ser, fazendo nossas as palavras de José Afonso da Silva, "procuramos fundamentar-nos em trabalhos jurídicos de reconhecido valor" (SILVA J., 1998:18). Outrossim, por conta da natureza da pesquisa, procuramo-nos socorrer de trabalhos de filósofos e cientistas sociais com reconhecida autoridade no tema específico da análise funcional. Em alguns pontos paralelos, no entanto, mostraram-se suficientes, para os nossos propósitos, as lições obtidas em manuais introdutórios (em especial LALLEMENT, 2000 e BRYM, 2006).

³⁰ Acerta Kastari, nesse tocante, ao rotular o conceito de constituição como um dos "ossos mais difíceis de roer da ciência jurídica" (*apud* Stern, 1983:203), o que facilmente se comprova pela simples inexistência de uma "<<doutrina dominante>>" sobre o tema (*cf.* CANOTILHO, 1982:81). Para uma visão panorâmica dos conceitos de constituição existentes, *cf.* SCHMITT, 1928:3ss e MIRANDA J., 2002:340ss. (A referência completa do trabalho citado por Klaus Stern é: P. Kastari, *Festschrift G. Leibholz*, 1966, Bd. II, p. 49).

³¹ Luhmann, por exemplo, no contexto de sua teoria sistêmica, defende que o estudioso concentre sua atenção na determinação da função distintiva do Direito: "Em todo caso, partimos da idéia de que o direito se encarrega de *apenas uma função* – que, por suposto, pode-se subdividir em problemas subseqüentes e, por outro lado, subfunções. É evidente que desde o ponto de vista analítico se podem identificar um sem número de problemas de referência, segundo seja a capacidade de comparação que se realize e segundo se tematizem as equivalências funcionais. Neste sentido, por exemplo, o direito tem a função de proporcionar aos juristas o pão de cada dia. Porém, quando se trata do processo de diferenciação de um sistema social, apenas a suposição de uma única função conduz a alcances inequívocos. Qualquer pluralidade de funções levaria a problemas de intersecção social e à ambigüidade na delimitação do direito" (LUHMANN, 1993a:189s).

Salvo raríssimas exceções (para as quais nos auxiliaram, como dito, os acervos de instituições estrangeiras), todos os trabalhos consultados e constantes da bibliografia da presente dissertação são de fácil acesso ao pesquisador brasileiro, sendo certo que aqueles que se encontram esgotados estão disponíveis nas boas bibliotecas (utilizamos, em especial, as bibliotecas da PUC e da USP, em São Paulo).

Importa registrar que a pesquisa bibliográfica que orienta este trabalho foi praticamente toda ela conduzida ao longo do ano de 2006, tendo sido o ano de 2007 dedicado precipuamente à redação do texto (a qual encerramos em Janeiro de 2008). São poucas, portanto, as obras editadas a partir de 2007 que constam de nossa bibliografia.

Uma delas é a recém lançada edição em Português do trabalho fundamental de Bobbio, *Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito* (Editora Manole, 2007). Havíamos até então trabalhado com base nas traduções para o Espanhol dos principais artigos de referida obra constantes do livro *Contribución a la Teoria del Derecho*, organizada por Alfonso Ruiz Miguel (Madrid, Fernando Torres Editor, 1980). Desejamos registrar aqui nossa expectativa de que a oportuna publicação dentre nós desse (já não tão novo, mas ainda tão atual) livro de Bobbio, o qual tanto nos influenciou na elaboração da presente dissertação, estimule outros pesquisadores a também se debruçarem sobre o intrincado tema da aplicação da análise funcional na Ciência do Direito.

CAPÍTULO 2

SENTIDOS DE FUNÇÃO

2.1. Função: Conceito-Chave.

Ao introduzir o tema da análise funcional, o historiador Peter Burke, em seu *História e Teoria Social*, faz as seguintes precisas observações:

"Função é, ou de qualquer forma foi, um conceito fundamental à teoria social. Pode muito bem passar por um conceito inofensivo, implicando apenas que as instituições têm os seus usos e aplicações. Ao ser definido com maior precisão, no entanto, há um limite a ser transposto inerente à idéia que a torna, a um só tempo, mais interessante e mais perigosa. (...) O que faz a teoria tanto atraente quanto perigosa é o fato de que não se apresenta apenas como descritiva, mas também como explicativa." (BURKE, 1992:146)

A constatação de Burke, em verdade, não se restringe às teorias sociais. Em todas as ciências em que a análise funcional é utilizada – o que inclui, em especial, além das Ciências Sociais, a Biologia e a Filosofia da Mente (cf. McLAUGHLIN, 2001:10) –, o conceito de função suscita alguma controvérsia, ao mesmo tempo em que, conforme comprova o simples fato de não ser nunca inteiramente abandonado, exerce permanente fascínio (cf. KINCAID, 1990:415s e 2002:10 e MITCHELL, 1995:396).

Essa ambigüidade se explica, em grande medida, pelo fato de que, embora *função* pareça (e se mostre muitas vezes na prática) um conceito útil (daí o interesse que provoca), não é certo, do ponto de vista teórico, o que com base nele se pode validamente afirmar (daí os *perigos* que o rondam). Em verdade, tantas e tão relevantes são as dificuldades decorrentes de seu emprego nas ciências que há quem afirme constituir um "*desafio* para os filósofos interessados nas análises das funções descobrir o que (...) se está atribuindo a um elemento quando atribuímos a ele uma função" (ENÇ/ADAMS, 1992:372)³². Não surpreende, assim, que Bobbio tenha

³² Há sobre o tema uma vasta literatura. Compilações de artigos especificamente dedicados ao estudo do conceito de função e de suas implicações científicas podem ser encontradas em três livros recentes: MARTIN e MCINTYRE (orgs.), *Readings in the Philosophy of Social Sciences* (Cambridge: MIT Press, 1994, Parte V); ALLEN, BEKOFF e LAUDER (orgs.), *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology* (Cambridge: MIT Press, 1998); e ARIEW, CUMMINS e PERLMAN (orgs.), *Functions: New Essays in the Philosophy of Psychology and Biology* (New York: Oxford University Press, 2002).

atribuído parte da culpa pelos resultados insatisfatórios das análises funcionais do Direito às dificuldades que "derivam, principalmente, do emprego do termo função" (BOBBIO, 1975:107).

No presente capítulo, mapearemos as dificuldades postas pela idéia de função ao estudo funcional da constituição. Para tanto, mencionaremos, inicialmente, de forma abreviada, as circunstâncias em que, ao menos numa primeira aproximação, o seu emprego apresenta-se <<inofensivo>> ou <<problemático>>. A seguir, percorreremos cada uma das principais utilizações que ela encontra no campo do Direito Constitucional, delineando, nesse processo, aspectos relevantes a serem considerados na análise funcional da constituição, o que nos habilitará a, no próximo capítulo, definir os <<modelos de compreensão>> que examinaremos no presente trabalho.

2.2. Função: Conceito (Quase) Inofensivo.

A palavra função não é sempre de emprego problemático. Em certos contextos, ela pode simplesmente aludir, de forma genérica, a conseqüências, efeitos ou atributos do elemento estudado que interessam ao cientista, encaminhando sua análise sobre um assunto qualquer.

É assim, por exemplo, quando Jon Elster, na introdução de um livro que compila estudos sobre as relações entre constitucionalismo e democracia, menciona *en passant* que as "constituições servem duas funções (sobrepostas): elas protegem direitos individuais, e elas formam um obstáculo para certas mudanças políticas que seriam efetivadas se a maioria tivesse seu caminho" (ELSTER, 1988:3). *Função* não tem, nesse trecho, qualquer conotação especial, servindo apenas para apontar certos efeitos produzidos pelas disposições constitucionais que são relevantes para o estudo da tensão entre rigidez constitucional e governo democrático³³.

Em casos como esse, pode-se dizer que a palavra função tem o único ou principal propósito de "transmitir uma noção rápida de como algo se encaixa num sistema", ou seja, ela é

³³ Seria mesmo difícil atribuir outra conotação à palavra função num trabalho de Elster, haja vista as conhecidas restrições do autor norueguês à análise funcional (cf. *e.g.* ELSTER, 1982:453ss, 1983:403ss e 1990:129ss).

empregada "como meio de comunicar um esquema geral no início de uma discussão, não como meio de apresentar uma análise sistemática" (DAVIS, 1959:772)³⁴.

Alguns autores referem-se a esse tipo de emprego da palavra função como simples "*façon de parler*" (cf. McLAUGHLIN, 2001:3 e PERLMAN, 2004:4). Querem com isso dizer que há, em tais contextos, tão apenas a descrição de "um conjunto mais ou menos vasto de conseqüências [de qualquer tipo] que uma coisa ou atividade determinada tem para o 'sistema como um todo' ao qual tal coisa ou atividade supostamente pertence" ou, o que é quase o mesmo, "um enunciado (em alguns casos universais, outros não) que simplesmente afirma uma conexão fática entre elementos diversos, mas não relaciona explicitamente este fato com nenhum outro para revelar porque se produz esta conexão particular" (NAGEL, 1961:472s).

Do ponto de vista da comunicação científica, pode-se dizer que se trata de utilizações *a priori* limitadas (o que não significa que não possam ser úteis) da idéia de função, porquanto voltadas para uma descompromissada identificação de "papéis causais" (*causal roles*) dos elementos dos quais se fala (*i.e.* descrição de efeitos dos quais eles são causa), sem maiores pretensões analítico-explicativas (*e.g.* sem pretensões de explicar a presença ou a natureza dos elementos em questão ou dos efeitos que ele provoca) (cf. KINCAID, 1990:417 e McLAUGHLIN, 2002:130).

2.3. Função: Conceito Problemático.

A idéia de função ganha contornos ambíguos e difíceis, porém, quando é empregada no contexto de análises científico-sistemáticas, seja nas Ciências Naturais, seja nas Ciências Sociais. Em tais circunstâncias, *função* deixa de ser uma simples *forma de falar* e passa a ser o ponto chave da reflexão sobre o fenômeno estudado, a lente através da qual sua análise é conduzida. Noutras palavras, *função* passa a ser o fundamento com base no qual se intentam formular *explicações científicas*, demonstrando-se (ou contribuindo-se para demonstrar), por exemplo, *o que é* o item ao qual se atribui a função e/ou *porque ele está onde ele está* (cf.

³⁴ O artigo em que Davis faz as observações citadas é o mesmo onde, mais à frente, sugere que, por conta de suas "conotações que são impossíveis de controlar", as quais supostamente fazem dela "mais um obstáculo que uma ajuda à comunicação", a palavra função seja eliminada do discurso sociológico (DAVIS, 1959:772). Esse artigo é até hoje tema de discussão. Para uns, ele representa uma severa *crítica* à análise funcional; para outros, ao contrário, uma importante *defesa* dessa linha de abordagem, posto fazê-la confundir com o próprio objeto da Sociologia (cf. *e.g.* FERRARI V., 1989:33s e BURKE, 1992:147).

McLAUGHLIN, 2001:6)³⁵. É nessa hora que, como alerta Burke, a idéia de função torna-se mais perigosa (embora também mais interessante). Afinal, como parece evidente, "uma coisa é dizer que alguma coisa *tem* certos efeitos, outra bem diferente é dizer que ela *existe porque* causa ou para causar tais efeitos" (KINCAID, 2002:62).

Para uma primeira e preliminar aproximação às dificuldades associadas ao emprego científico-sistemático do conceito de função (as quais analisaremos ao longo do trabalho), basta verificar como certos autores têm sido imprecisos no seu manejo nas análises funcionais jurídicas.

Joseph Raz, por exemplo, num estudo intitulado *As Funções do Direito*, após comentar, numa nota de rodapé, não ser sua "intenção discutir o conceito de função", afirma categoricamente que as "funções sociais [do Direito] (...) [são] as desejadas ou efetivas conseqüências sociais do Direito" (RAZ, 1979:165). Interpretada literalmente, tal definição implica pensar que *todas* as conseqüências sociais do Direito correspondem a uma sua *função* (cf. MOORE, 1994:209). Ora, como observa um autor, "o Direito desempenha várias funções aparentemente irrelevantes (para a doutrina geral) na sociedade: ele dá aos advogados um meio de ganhar a vida; ele dá aos criminosos algo para violar; ele dá aos legisladores algo sobre o que discutir" (EHRENBERG, 2005:8s). Será que *conseqüências sociais* desse tipo são mesmo *funções* do Direito? Ou será que o conceito de função tem uma conotação diferente, na qual *nem todas* as <<conseqüências>> ou <<efeitos>> do Direito são incluídos?

A definição de Raz para as funções sociais do Direito é similar àquela ofertada por Regina Maria Macedo Nery Ferrari para as *funções da constituição*:

"Antes de mais nada é preciso esclarecer que, aqui, quando se faz referência à função da Constituição, alude-se àquilo que ela faz ou pretende fazer." (FERRARI R., 2001:59)³⁶

Perceba-se que, se bem compreendemos, função da constituição, nessa abordagem, corresponde à soma de (i) tudo o que a constituição efetivamente faz, mais (ii) tudo o que ela pretende fazer (ainda que por alguma razão não o faça).

³⁵ Sobre a natureza intrinsecamente *explicativa* da análise funcional na teoria jurídica, num sentido que lhe é próprio, cf. e.g. FERRARI V., 1989:49 e EHRENBERG, 2005:158ss.

³⁶ De forma quase idêntica: "Falar em função da Constituição é identificar o que ela faz ou pretende fazer, determinar para que ela serve" (CARVALHO, 2006:257).

O primeiro termo da equação reproduz o problema acima mencionado: será que tudo que um dado elemento faz (no caso, tudo que a constituição faz) é mesmo uma sua função? Para dar um exemplo não jurídico (raciocinando por analogia): além de fazer circular o sangue no organismo, o coração *faz* também muitas outras coisas – ele produz o som dos batimentos cardíacos, ele ocupa espaço no tórax e ele gera aquelas linhas onduladas nos eletrocardiogramas (cf. WRIGHT, 1973:53 e MOORE, 1994:209). Estará correto afirmar que a *função* do coração abrange, além da circulação do sangue no organismo, quaisquer dessas outras coisas que ele também *faz*?³⁷

O segundo termo da equação suscita um outro problema: existe correspondência exata entre *função* e *pretensão de fazer*? Um exemplo frequentemente citado por antropólogos e sociólogos é o seguinte: a dança da chuva tem, como se sabe, o propósito de fazer chover; o conhecimento científico nos permite afirmar, porém, que, malgrado as boas intenções dos indígenas, a dança da chuva não tem absolutamente *nenhum* efeito sobre o índice pluviométrico; a dança da chuva, portanto, ainda que tenha a *pretensão de fazer* chover, em verdade *não faz* chover (cf. MERTON, 1968:131s). Estará correto afirmar que é *função* da dança da chuva fazer chover?

Problemas similares surgem também na seguinte abordagem funcional da constituição:

"Qual a função de uma Constituição? Responder a esta pergunta é exatamente determinar para que serve a Constituição." (FERREIRA FILHO, 2003:63)³⁸

³⁷ O exemplo do coração é frequentemente utilizado nos estudos sobre as análises funcionais. Segundo um autor, "apesar de ser menos divertido utilizar sempre o mesmo entediante exemplo do batimento cardíaco, ele não obstante tem o mesmo tipo de vantagem que os *softwares* de prateleira – a maior parte dos defeitos já foi resolvida" (McLAUGHLIN, 2001:7). O que se quer dizer é que o exemplo não envolve aspectos factuais controversos, sendo suficientemente objetivo e não polêmico para permitir que se possa focar tão apenas na questão subjacente da análise funcional em si mesma. Na medida em que for conveniente para os fins de nosso trabalho, recorreremos também a este exemplo-padrão, tendo sempre em vista, porém, nosso interesse último (e exclusivo) nas funções da *constituição* (a qual só desde uma perspectiva poética pode ser comparada a um coração...). Pouparemos, assim, o leitor, salvo se for inevitável, de muitos outros exemplos e especulações da literatura, alguns dos quais risíveis – e.g. qual a *função* de um botão de uma máquina de costura que dispara um mecanismo que explode a máquina e que nunca é apertado? (cf. ACHINSTEIN, 1977:344s); qual a *função* dos pêlos de um urso polar que, com febre por conta de uma malária, está preso num *iceberg* que derrete perto do Havai? (cf. McLAUGHLIN, 2001:68).

³⁸ Afirmando também que as funções da constituição correspondem à resposta da pergunta *para que serve a constituição?*, cf. AUBERT J., 2001:13 e CANOTILHO, 2003:1438. Introduzindo de forma similar o estudo das funções do Direito, cf. BOBBIO, 1971:53.

Embora <<para que serve>> seja uma interpretação possível (e usual) do conceito de função, em especial quando se pressupõe *intencionalidade* (cf. CUMMINS, 2002:158), por si só ela parece algo obscura para orientar um estudo científico-sistemático das funções da constituição. Afinal, será que tudo <<para o que ela serve>> corresponde mesmo a uma *função* da constituição, ou seja, algo que, do ponto de vista científico, fornece uma explicação útil ou adequada da constituição? Compare-se (por analogia): o fato de que as pessoas às vezes ficam de pé sobre as cadeiras para alcançar pontos altos (*i.e.* o fato de que as cadeiras *servem para* isso) significa que esta é uma *função* das cadeiras? A resposta seria diferente se se tratassem, por exemplo, de cadeiras *de balanço*? (cf. HOUKES/VERMAAS, 2004:52ss). Na mesma linha, um exemplo jurídico, baseado no seguinte excerto que extraímos de um trabalho de Campilongo:

"A teoria jurídica cria diversos instrumentos para a atuação prática do 'non-liquet'. (...) Nulidades processuais, prescrições, vícios formais e falta de regulamentação legal costumam funcionar como alívio e auxílio à obrigação de decidir. (...) Usa-se o direito como desculpa para a não aplicação do direito. (...) Não é sem razão que alguns analistas dessa situação destacam que o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, dedica a maior parte de suas decisões a questões de direito processual e não a questões substantivas." (CAMPILONGO, 2002:163)

O autor menciona aí um fato incontestável: na prática, ao menos em alguns países, o Direito (inclusive a constituição) freqüentemente *serve para* que os Tribunais desobriguem-se de enfrentar certas questões substantivas mais melindrosas³⁹. Dir-se-á, então, que esta é uma *função* do Direito (ou da constituição)?

Sendo a resposta negativa, há de se rejeitar desde logo a equiparação pura e simples da idéia de <<função da constituição>> com o sentido de <<para o que serve a constituição>>. Talvez *nem tudo* para o que serve a constituição (*i.e.* nem tudo para o que ela é utilizada) corresponde a uma sua *função*. Uma definição mais precisa do conceito de função se faz necessária.

³⁹ De forma similar, o Direito também *serve para* que o Executivo desonere-se das críticas que lhe são dirigidas. Nessa linha, a observação de Aubert: "O Direito e as técnicas legais são freqüentemente utilizados por agentes governamentais como proteção contra crítica. As leis são obrigatórias tanto para o governo quanto para os cidadãos. (...) O Direito protege os cidadãos contra intervenção governamental em seus assuntos ao custo do alcance de objetivos sociais mais amplos. Mas o oposto também pode ser o caso. Os interesses dos cidadãos poderiam ser mais bem servidos se as leis fossem interpretadas de forma mais liberal ou até contrariadas. É o servidor público (*civil servant*) quem tem suas tarefas facilitadas por leis que restringem seus poderes discricionários. Ele se agarra às regras e aos precedentes e não pode ser culpado pelas conseqüências desafortunadas de suas decisões" (AUBERT V., 1985:32).

Sendo a resposta positiva, por sua vez, há de se aclarar qual a explicação científica que se pretende dar com uma tal atribuição de função à constituição. Por exemplo, o que se está a explicar é que a constituição *existe para* (ou *deve existir para*) dar esse tipo de alívio aos Tribunais? Ou o que se quer explicar é que a *intenção do constituinte* é que a constituição dê alívio aos Tribunais? Ou será que quando se afirma ter a constituição uma tal função se quer explicar que, naquela sociedade, o funcionamento de um ou mais dos sistemas sociais (político, jurídico, econômico) *depende* de que a constituição dê alívio aos Tribunais? Daí já se percebe que não é suficiente dizer – ao menos não no contexto de uma análise científico-sistemática – que a <<função da constituição>> corresponde simplesmente a <<para o que serve a constituição>>. Uma definição mais precisa do conceito de função se faz necessária.

2.4. Critério da Distinção e Critério da Capacidade.

Dada a centralidade da idéia de função para a análise funcional, torna-se essencial que, para habilitar a sistematização das abordagens possíveis do tema <<funções da constituição>> (identificação dos modelos a serem considerados no presente trabalho), sejam determinados, inicialmente, os *sentidos* que o vocábulo *função* pode validamente apresentar quando empregado nesse contexto.

Para essa específica finalidade, "o que é preciso não é uma análise conceitual [da idéia de função] imune a contra-exemplos", como no caso dos intermináveis debates sobre o tema na Filosofia da Ciência, "mas antes um esclarecimento das assertivas chave nas explicações funcionais" (cf. KINCAID, 2002:62). Ou seja, não há razão para buscar um suposto conceito de função universalmente válido e irrefutável para toda e qualquer análise funcional da constituição⁴⁰. Ao contrário, o que importa é tão apenas estabelecer as assertivas principais dos diferentes <<sentidos>> que a palavra *função* *pode* ter quando empregada no contexto de uma análise científico-sistemática das <<funções da constituição>>, de tal sorte que as implicações de cada um desses sentidos possam ser determinadas.

Nesse tocante, do quanto acima se observou, parece possível afirmar, desde logo, que os sentidos de função que nos podem ser úteis precisam, em tese, ter condições de lidar com ao menos duas ordens de problemas principais:

⁴⁰ Essa é também a razão pela qual não nos preocuparemos em reportar ou sintetizar, de forma exaustiva, *todas* as diversas teorias das funções existentes na Filosofia da Ciência.

- (i) O conceito de <<função da constituição>> deve ser tal que não abranja *todas* as conseqüências, efeitos ou usos da constituição. Assim, por exemplo, conseqüências ou efeitos irrelevantes ou meramente acidentais devem ser excluídos, fixando-se o conceito no que for cientificamente relevante para a compreensão do fenômeno constitucional⁴¹. Chamaremos essa qualidade do sentido de função de *Critério da Distinção*.
- (ii) Em sede de Direito Constitucional, o conceito de <<função da constituição>> não precisa necessariamente se limitar às conseqüências, efeitos ou usos empiricamente constatados (como no caso dos estudos sociológicos do Direito – cf. *e.g.* FERRARI, 1989:110), havendo, ao contrário, largo espaço para especulação (e doutrinação) acerca de como as coisas *podem ser*. Importa, no entanto, sobretudo para a dogmática do Direito Constitucional, que o que se venha a tomar como sendo <<função da constituição>> seja um elemento útil para formar uma compreensão do fenômeno constitucional que habilite a doutrina a cumprir o seu papel (a sua <<função>>) de *orientar decisões* (cf. item 1.3 *supra*). Nesse sentido, diante do "risco de trocar o ser pelo dever-ser e de saltar, sem se dar conta, do problema de qual seja a função do direito em uma dada situação para o problema de qual deva ser" (BOBBIO, 1975:107), deve-se recusar um conceito de <<função da constituição>> que abrigue conseqüências ou efeitos que uma constituição *simplesmente não tem condições de produzir*. "Buscar o impossível, isso é para o poeta ou para o revolucionário que deveria habitar em cada homem. Mas a Constituição e o constitucionalismo não podem ser concebidos senão no

⁴¹ Um discrimem genérico do tipo <<efeitos jurídicos>> *versus* <<efeitos sociais>>, por exemplo, é claramente insuficiente. Mesmo sem entrar no mérito da (im)possibilidade de distinguir o que é puramente *jurídico* do que é puramente *social* (ainda mais em matéria constitucional), parece claro que um tal critério, por si só, não coloca o cientista em condições de distinguir *dentre* os efeitos jurídicos produzidos pela constituição (ou *dentre* os efeitos sociais, se for o caso) aqueles que constituem sua *função*. Veja-se, por exemplo, a seguinte lição de Flávio Bauer Novelli: "Todo ato administrativo, como todo fato jurídico, realiza ou deve realizar (...) uma (ou mais de uma) determinada função; e esta se cumpre mediante certa modificação da realidade jurídica preexistente ao ato, modificação a que se dá o nome de *efeito jurídico*. (...) Para distinguir o efeito através do qual se cumpre a função específica do ato (ou fato), de outros e diversos efeitos jurídicos que o mesmo pode produzir, chama-se ao primeiro, efeito final, típico, principal ou definitivo. E é em relação ao adimplemento ou inadimplemento da sua função específica, isto é, à realização do efeito final, que praticamente se põe a questão da eficácia ou da ineficácia do ato administrativo, como do fato jurídico em geral" (NOVELLI, 1960:20s). Tem-se, aí, um esboço de Critério de Distinção: dentre os efeitos jurídicos do elemento estudado, apenas o que se reputar ser o efeito *principal* é que constitui sua função. O que faltou na lição de Novelli, porém, e esse o desafio do cientista interessado numa abrangente análise funcional científica, é estabelecer o critério que permite identificar, dentre os efeitos jurídicos produzidos pela constituição, o efeito <<principal>> que configura a sua função.

quadro da realidade" (GRAU, 2005:126). E o quadro da realidade diz que "nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais" (HESSE, 1959:24). Ignorar esse fato, romantizando a concepção de <<função de constituição>>, tende apenas a fomentar *frustrações*, esvaziando o *sentido* do Direito Constitucional⁴². Essa (delicada) qualidade do sentido de função da constituição, preocupada em estabelecer uma distância segura das meras <<pretensões de fazer>>, chamaremos (na falta de um nome melhor) de *Critério da Capacidade*.

2.5. Sentidos de Função no Direito Constitucional.

A palavra função, a essa altura talvez já esteja claro, não é unívoca. Ela comporta diversos sentidos, tanto no seu uso cotidiano, quanto no seu emprego técnico (para apanhados desses sentidos, cf., por todos, NAGEL, 1961:470ss, MERTON, 1968:86ss e LUHMANN, 1993b:265s). No âmbito restrito do próprio Direito Constitucional, por exemplo, ela costuma ser empregada com as seguintes diferentes acepções, dentre outras:

"Função no sentido de <<atividade>> (função judicial, função do Tribunal Constitucional); função como <<tarefa>> (função da imprensa num Estado democrático, função constitucional das Forças Armadas); função como equivalente a <<dimensões>> ou <<aspectos>> de uma norma jurídica (função objetiva e função subjetiva das normas consagradoras de direitos fundamentais); função identificada com eficácia jurídica (mudança de função das normas programático-constitucionais de simples <<apelos ao legislador>> para normas impositivas de tarefas); função como sinônimo de <<poder>> (função de Estado); função equiparada a <<competência>> (poderes de regulamentação ou conformação jurídica atribuídos a um órgão); função técnico-formalmente entendida como <<relação de referência>> entre fim e efeito de uma norma (uma das funções das normas de competência é a função de proteção dos cidadãos através da delimitação e distribuição do exercício do poder por vários órgãos)." (CANOTILHO, 2003:543)

⁴² Para melhor compreender o que queremos dizer, basta pensar no exemplo da dança da chuva há pouco citado. Uma constituição romantizada e idealizada, à qual atribuíamos a *função* de resolver todas as mazelas sociais, corre o risco de se transformar numa dança da chuva. Diremos que a *função* da constituição é acabar com a pobreza, a miséria, os desmandos, a corrupção e tudo o mais que deploramos, e quando (ou enquanto) isso não acontecer colocaremos a culpa na constituição – diremos, solenemente, <<a Constituição Brasileira é incapaz de cumprir sua *função*>>. Se não quisermos incorrer nesse tipo de erro, precisamos saber quais as funções que *pode* desempenhar uma constituição. Devemos mas só podemos cobrar de uma dada constituição o que ela tem condições (capacidade) de oferecer.

Esse verdadeiro *catálogo* de sentidos de função encontrados no Direito Constitucional parece ser o ponto de partida natural para nossa pesquisa. Não só pela sua evidente riqueza (veremos que com ele iluminamos uma série de questões relevantes para a análise funcional da constituição), mas também, desde um prisma mais metodológico, porque não há razão para recorrer primariamente a outras ciências antes de verificar se a própria ciência do Direito Constitucional não oferece respostas suficientes para a reflexão que aqui se propõe. Ademais, estamos cientes de que "realizar distinções precisas entre as diferentes acepções [do vocábulo função] é extremamente difícil, quiçá impossível e, deve acrescentar-se, um tanto tedioso" (FERRARI V., 1989:51). Confiamos que estudar os sentidos de função partindo do âmbito do próprio Direito Constitucional tornará a empreitada um pouco menos árdua e certamente mais interessante do que se adotássemos qualquer outro ponto de partida (fossem os usos do termo função na linguagem ordinária⁴³, fossem as construções da Filosofia da Ciência⁴⁴).

Assim sendo, utilizaremos, no que segue, como roteiro de exposição, a relação exemplificativa de sentidos de função de Canotilho acima transcrita. Acresceremos a ela apenas o sentido de função na expressão <<função social da propriedade>>⁴⁵.

⁴³ Embora autores importantes – como Ernest NAGEL (1961:470ss) – orientem suas reflexões sobre a análise funcional partindo dos usos e sentidos que a palavra função encontra na linguagem ordinária, parece-nos que essa estratégia tende a ser pouco produtiva. Nossa impressão é a de que, ao fim e ao cabo, o sentido de um termo que importa no contexto científico é o sentido que a esse termo se atribui *no contexto científico*. Acompanhamos, assim, Amundson e Lauder, quando, tratando especificamente do termo função, afirmam: "Concordamos profundamente que as análises conceituais da linguagem ordinária são inapropriadamente utilizadas para criticar conceitos de uma ciência" (AMUNDSON/LAUDER, 1994:364; sobre o controverso tema da *análise conceitual* versus *definição teórica* no contexto da análise funcional, cf. MILLIKAN, 1989:295ss, NEANDER, 1991:315ss e MITCHELL, 1995:396s). Nada disso é essencial, no entanto, para as reflexões que seguem, sendo certamente possível chegar às conclusões para as quais nos encaminhamos partindo também do emprego do termo função na linguagem ordinária. Mesmo porque, conforme observamos acima, não estamos à procura do sentido supostamente <<verdadeiro>> de função, mas antes de sentidos que nos habilitem a sistematizar os <<modelos>> de análise funcional da constituição.

⁴⁴ Não queremos nem iremos evitar as riquíssimas construções da Filosofia da Ciência sobre o conceito de função. Estrategicamente, no entanto, parece mais interessante incorporar as contribuições filosóficas *depois* que tenhamos explorado os sentidos de função no Direito Constitucional, confrontando e combinando estes com aquelas.

⁴⁵ Deixaremos de lado, portanto, outros empregos do termo função no âmbito do Direito Constitucional que claramente não são relevantes para a compreensão do tema *funções da constituição*, como é o caso, por exemplo, da expressão *função pública*. Apenas para registro, observe-se que tal expressão alude às atribuições de direção, chefia ou assessoramento, criadas por lei, desempenhadas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche (artigo 37, inciso V da Constituição Brasileira). Trata-se, portanto, de um sentido bastante restrito do vocábulo, relacionado a uma posição detida por certos servidores na burocracia estatal, ou, como prefere Bandeira de Mello, "designativo de uma forma específica de relacionamento de titulares de cargo com o Poder Público" (MELLO, 2002:226).

2.5.1. Função como Atividade.

Celso Antonio Bandeira de Mello nos dá conta daquele que é um dos principais significados da palavra *função* no Direito, correspondente, na essência, ao que Canotilho e outros mestres portugueses (cf. *e.g.* CAETANO, 1977:187 e MIRANDA J., 2002:230s) chamam de função como atividade:

"Todos sabemos que a palavra função em Direito tem sido usada em mais de um sentido, mas há, para ela, uma acepção, um sentido nuclear, que, mais que outros, merece ser explorado. *Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio.* Função, em síntese, é o exercício no interesse alheio de um poder exercido em conta de dever legal." (MELLO, 1993:53s)

No campo do Direito Público, alguns autores preferem excluir dessa definição a idéia de *interesse alheio*: "as autoridades e órgãos públicos não têm interesses próprios, daí parecer incompatível contrapor, nesse âmbito, interesse próprio e interesse alheio", sugerindo ser suficiente entender função como "o exercício do poder preordenado a um fim" (MEDAUAR, 2000:124). Nessa linha, a definição de Carlos Ari Sundfeld para o que entende ser um *princípio geral* de Direito Público (*princípio da função*):

"A atividade pública – cujo exercício é regulado pelo direito público – constitui função. Função, para o Direito, é o poder de agir cujo exercício traduz verdadeiro dever jurídico e que só se legitima quando dirigido ao atendimento da específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente. O legislador, o administrador, o juiz, desempenham função: os poderes que receberam da ordem jurídica são de exercício obrigatório e devem necessariamente alcançar o bem jurídico que a norma jurídica tem em mira." (SUNDFELD, 1992:156)

Embora voltadas precipuamente à conceituação da atividade pública, as lições citadas têm uma ampla abrangência, iluminando, por exemplo, o sentido de expressões como *função dos pais*, *função do curador*, *função do conselho fiscal*. São todos casos nos quais se procura referir ao exercício (atividade) de um Poder que é vinculado a um dever, tendo em conta uma finalidade legal (eventualmente atrelada a um interesse alheio)⁴⁶ – daí a utilização, como sinônimo de função, das conhecidas expressões *dever-poder* e *poder-dever*⁴⁷.

⁴⁶ Nesse tocante, um detalhado estudo funcional no âmbito do Direito Constitucional baseado num conceito de função como atividade é oferecido por André Ramos Tavares em sua *Teoria da Justiça Constitucional*:

Tendo em vista, em especial, que a idéia de dever-poder reclama um agente que concretamente o exercite (ou deva exercitar) na direção de uma finalidade previamente fixada *em lei*, não parece claro que seja possível estabelecer uma relação direta da expressão <<função da constituição>> com o sentido técnico-jurídico de <<função como atividade>>. Ao menos por ora, portanto, podemos deixá-lo de lado.

2.5.2. Função como Tarefa.

Falar em função como tarefa equivale falar em função como *finalidade, missão, objetivo, propósito*. Se no conceito de função como atividade o caráter finalístico é indireto (o exercício do dever-poder volta-se a certo objetivo fixado pelo Direito, mas com ele não se confunde), na idéia de função como tarefa a finalidade é inerente ao próprio conceito funcional (cf. MIRANDA J., 2002:230s e CANOTILHO, 2003:545). Pode-se, assim, por exemplo, afirmar que a função constitucional das Forças Armadas é a de zelar pela defesa da Pátria, pela garantia dos Poderes constitucionais e pela lei e pela ordem, porquanto são estas as *tarefas* que lhes são postas pela Constituição Brasileira (artigo 142).

Seria adequado atribuir à palavra função o sentido de tarefa (finalidade, objetivo, propósito) quando empregada na análise funcional da constituição? Ou seja, <<função da constituição>> e <<tarefa da constituição>> (ou <<finalidade da constituição>>) são expressões sinônimas?

Alguns juristas parecem crer que sim. Na versão espanhola da *Teoria da Constituição* de Karl Loewenstein⁴⁸, por exemplo, encontramos a seguinte passagem, na qual a palavra função é empregada com o sentido de finalidade (*telos*) da constituição:

trabalhando a partir da premissa de que o "motivo-finalidade" do Tribunal Constitucional é a guarda da constituição, o autor apura um catálogo de funções daquele órgão correspondentes às atividades que desempenha no rumo daquela finalidade (função interpretativa, função estruturante, função arbitral, função legislativa, função governativa e função comunitarista) (cf. TAVARES A., 2005:185ss).

⁴⁷ Tratando das prerrogativas da Administração Pública, Bandeira de Mello rejeita a expressão *poderes-deveres*: "Antes se qualificam e melhor se designam como 'deveres-poderes', pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações" (MELLO, 2002:43s). De outra sorte, há quem entenda desnecessária a utilização do vocábulo *dever*, sustentando ser suficiente, para explicitar o sentido condicionado do termo poder, transmutá-lo na idéia de função (cf. MEDAUAR, 2000:123).

⁴⁸ Segundo nos informa o tradutor, a versão espanhola incorpora, a pedido de Loewenstein, excertos de uma conferência proferida em 1960 que não constam nem da edição original em inglês (*Political Power and the Governmental Process*, 1957), nem da edição alemã (*Verfassungslehre*, 1959) com base na qual a tradução do

"Qual é a essência, o *telos*, de uma constituição escrita? De pronto lhe corresponde uma função de ordem (*Ordnungsfunktion*) ao fixar as regras do jogo segundo as quais, por uma parte, se desenvolve o processo político – que não é senão a luta pelo poder político no Estado – e, por outra, se forma a vontade estatal obrigatória. Porém, por outro lado, a constituição promove a liberdade dos destinatários do poder ou cidadãos ao estabelecer as normas que distribuem as funções estatais entre os diferentes detentores do poder – a famosa técnica da separação dos poderes." (LOEWENSTEIN, 1964:151)

Klaus Stern, da mesma forma, utiliza indiscriminadamente *função*, *objetivo* e *tarefa* como termos equivalentes ao tratar da constituição – fala, por exemplo, que a constituição tem uma *função* de "estabilidade", um *objetivo* de "limitar o poder do Estado" e uma *tarefa* de "garantir e assegurar a liberdade e a autodeterminação do indivíduo" (cf. STERN, 1983:220ss).

Outro autor que equipara os conceitos de função e de finalidade é Dalmo de Abreu Dallari. Em capítulo intitulado "Para que serve a Constituição" do seu *Constituição e Constituinte*, Dallari discorre sobre "as finalidades da Constituição no século dezoito" (declarar e assegurar os Direitos Fundamentais, disciplinar o uso do Poder e promover a organização racional da sociedade e do governo) e "as finalidades da Constituição no mundo de hoje" ("a grande inovação quanto aos objetivos da Constituição é o reconhecimento da necessidade de utilizá-la para impor limites jurídicos ao poder econômico") (cf. DALLARI, 1984:7ss). Tudo o que Dallari chama de finalidades da constituição outros autores apresentam como funções⁴⁹.

De outra sorte, autores há que recusam a sinonímia entre função e finalidade da constituição. Sérgio Sérulo da Cunha, por exemplo, estabelece uma distinção entre os dois termos da seguinte forma:

"O funcionamento do sistema tende à consecução das suas finalidades, mas a função não se confunde com a finalidade. Função é a) o *modus operandi*, auto-constitutivo do sistema; ou b)

livro para o espanhol foi produzida (cf. LOEWENSTEIN, 1964:162n14). É por essa razão que utilizamos a data da primeira edição em espanhol (1964) nas citações dessa obra.

⁴⁹ Aliás, conforme anteriormente observado (item 2.3 *supra*), AUBERT J. (2001:13), CANOTILHO (2003:1438) e FERREIRA FILHO (2003:63) afirmam que as *funções* da constituição correspondem à resposta da pergunta *para que serve a constituição?*, que é a mesma pergunta que Dallari respondeu com as *finalidades* da constituição.

a atividade constante e padronizada desenvolvida pelo sistema tendo em vista a consecução dos seus fins. A finalidade é extra-sistêmica, a função é intra-sistêmica." (CUNHA, 2004:40)⁵⁰

Cunha parece sugerir aí que a constituição, enquanto *sistema*, entrega ao seu meio ambiente (ou aos seus usuários) certos *resultados* do processo de seu funcionamento. São esses resultados, almejados pelo Povo "ao elaborar a Constituição", que o autor trata como *finalidades* da constituição: a autodefinição do Povo, a representação jurídica da sociedade, a autolimitação do Poder soberano e o estabelecimento do Estado de Direito (cf. CUNHA, 2004:40ss). *Funções* da constituição, por sua vez, seriam, nessa abordagem, se a bem compreendemos⁵¹, as atividades desenvolvidas pela constituição para alcançar aquelas finalidades⁵².

Konrad Hesse, de seu turno, estabelece uma distinção entre função e finalidade (tarefa) da constituição algo similar à de Cunha: enquanto a *função* da constituição, para Hesse, é possibilitar e garantir um processo político livre, constituir, estabilizar, racionalizar e limitar o Poder e assegurar liberdade individual, a *tarefa* da constituição é a unidade política e a ordem jurídica, sendo certo que aquela se dirige para esta (cf. HESSE, 1995:29ss e 42s). Ou seja, na lição desse autor, a qual analisaremos em maior detalhe mais à frente no trabalho (capítulo 5), "os efeitos que formam sua *função* [da constituição] na vida da coletividade" (HESSE, 1995:42) são aqueles que contribuem para que a constituição cumpra sua *tarefa* de unidade política e ordem jurídica.

⁵⁰ Mais à frente, na mesma obra, afirma: "As funções não se confundem com as finalidades. Elas são as constâncias determinadas pelas afinidades, as classes ou padrões segundo os quais se agrupam atividades necessárias à consecução das finalidades; também não se confundem com as agências (corpos, órgãos, sistemas ou outras figuras) que as desempenham, nem com o processo pelo qual se desempenham" (CUNHA, 2004:215s).

⁵¹ As considerações sistêmicas de Cunha destoam das principais teorias dos sistemas geralmente aplicadas ao estudo do Direito (Parsons e Luhmann), as quais reconhecem *funções* para cada um dos sistemas sociais (inclusive para o sistema jurídico e, sobretudo na concepção luhmanniana, também para a constituição, enquanto subsistema daquele – cf. LUHMANN, 1993a:548ss, NEVES, 1994:63ss e CAMPILONGO, 2002:133ss). Não temos, evidentemente, qualquer objeção à eventual tentativa de se conceber uma teoria de sistemas diferente daquelas citadas. A questão é que, na obra de Cunha, essa tentativa não é explicitada, dificultando uma precisa intelecção de sua lição.

⁵² Cunha nada fala, porém, acerca de quais seriam as funções da constituição. Perceba-se que, ao conceituar função como *atividades* do sistema, Cunha não está utilizando a palavra função propriamente no sentido técnico-jurídico de atividade (dever-poder) (cf. item 2.5.1 *supra*). Trata-se, inegavelmente, porém, de um sentido similar, em que se substitui (i) o agente pelo sistema, como o sujeito que desempenha as atividades, e (ii) a lei pelo Povo, como o sujeito que fixa as finalidades para as quais as atividades devem se dirigir. Voltaremos a essa estrutura de encadeamento função-finalidade (já presente no sentido de função como atividade) nos itens 2.5.4 e 2.5.5 *infra*.

As (conflitantes) considerações precedentes não autorizam, por ora, qualquer assertiva conclusiva sobre a relação entre o sentido de função como tarefa (finalidade, objetivo, propósito) e o sentido de função no contexto de uma análise funcional da constituição. É até natural que assim seja – "a relação entre funções e objetivos é complicada e tênue" (WRIGHT, 1973:53), sendo certo que "a questão do *status* da explicação funcional [nas ciências] está inextricavelmente vinculada ao problema da teleologia" (McLAUGHLIN, 2002:16), a qual se refere justamente ao "estudo dos fins ou propósitos das coisas" (BLACKBURN, 1996:374). Voltaremos ao assunto outras vezes no trabalho.

Por ora, no entanto, o quanto acima observado já é suficiente para atrair nossa atenção a um relevante problema das análises funcionais do Direito, facilmente detectável também nos estudos especificamente relacionados à constituição (trata-se, em verdade, de questão relevante para *toda* análise funcional):

"(...) as funções enumeradas [em tais estudos] nem sempre podem ser colocadas no mesmo nível, mas representam graus ou momentos diversos da influência do direito sobre a sociedade. A lógica da análise funcional é a lógica da relação meio-fim, para a qual um fim, uma vez alcançado, torna-se meio para a realização de um outro fim, e assim por diante, até se fixar em um fim proposto ou aceito como último. Aqui também está claro que a resposta à pergunta 'quais são as funções do direito?' muda conforme nos detenhemos nos fins intermediários ou desejemos observar o fim último – ou aquele fim que acreditamos ser o último – ou, então, somente os fins que, embora sendo intermediários, são, por sua vez, o resultado da conquista de fins que, em contraposição ao último, podemos chamar de 'primeiros'" (BOBBIO, 1975:105s)

O que o mestre italiano chama nesse excerto de *fim último* e de *fim intermediário*, outros autores denominam de *fim intrínseco* e de *fim relativo*, respectivamente (cf. e.g. McLAUGHLIN, 2001:75ss). Querem com isso expressar a idéia de que a lógica da análise funcional envolve em geral ao menos *duas* relações entre meios e fins: a relação entre o elemento estudado e a sua função (*fim intermediário* ou *fim relativo*) e a relação entre esta função e o estado ou objetivo final para o qual ela se volta (*fim último* ou *fim intrínseco*):

"O elemento ao qual atribuímos uma função (*function bearer*) é um meio para algum fim [fim relativo], e esse fim por sua vez é um meio para um fim ulterior [fim intrínseco]. O coração (ou o seu batimento) é um meio para circular o sangue e a circulação do sangue é benéfica

para o organismo ou instrumental para os objetivos em direção aos quais o sistema orgânico é diretamente organizado." (McLAUGHLIN, 2001:75)⁵³

Ou seja, no exemplo de McLaughlin, o coração é um *meio* para o *fim* circulação do sangue (função, fim relativo), a qual, porém, não é um fim em si mesmo, mas antes um *meio* que contribui para um outro *fim* (o fim último ou fim intrínseco), como, por exemplo, o funcionamento regular (bem estar) do organismo (cf. e.g. HEMPEL, 1959:355) ou o alcance dos objetivos para os quais o organismo se dirige (cf. e.g. NAGEL, 1977:235).

Desse exemplo prosaico já se percebe que nem sempre os autores estão de acordo acerca de qual seja o fim último de uma dada função (veremos, aliás, que implicações muito diferentes para fins de análise funcional da constituição decorrem da afirmação de que a função do coração é bombear o sangue porque isso contribui para o funcionamento regular do organismo ou porque isso contribui para que o organismo alcance certos objetivos). Em geral, no entanto, todo fim último parece representar algo que, de uma forma ou de outra, se reputa *bom para alguém*⁵⁴ (cf. BEDAU, 1992:271ss, MOORE, 1994:210s, SEARLE, 1995:14s e McLAUGHLIN, 2001:191ss e 2002:130ss)⁵⁵. Daí competir à análise funcional demonstrar o correto encadeamento das relações meios-fins que culmina nesse fim último, identificando o seu beneficiário⁵⁶.

Apenas para ilustrar, tomemos o exemplo de Dallari – conforme acima observamos, ele assevera que uma das *finalidades* da constituição é promover a organização racional do

⁵³ No mesmo sentido: "Funções estão intimamente relacionadas a fins de certos tipos, e os itens aos quais são atribuídas funções são meios para aqueles fins" (ACHINSTEIN, 1977:359). Daí que se diga, no âmbito da Ciência do Direito, que, "no enfoque funcionalista [em comparação ao enfoque estrutural], a relação meio/fim ganha outros relevos, passa mesmo a constituir o cerne da análise, exigindo, do jurista, novas modalizações do fenômeno jurídico" (FERRAZ JR., s/d:16).

⁵⁴ Aliás, essa idéia de que a palavra função aponta para algo *bom* explica a razão de tendermos a tomar como contra-intuitiva a possibilidade acima referida (item 2.3) de que a função do Direito ou da constituição seja dar aos Tribunais um alívio para não decidir problemas substantivos (isso não parece, ao menos à primeira vista, algo *bom*).

⁵⁵ Alertando para os cuidados necessários com essa abordagem: "Para usar este exemplo, se 'Por que os animais têm fígados?' é uma indagação de uma função, ela não pode ser transformada em 'Para o que os fígados são bons?'. Como quase tudo, fígados são bons para muitas coisas que não são suas funções. Narizes são bons para apoiar os óculos, canetas tinteiro são boas para limpar as unhas, e fígados são bons para jantar com cebolas. Não, a *função* do fígado é aquela coisa *particular* para a qual ele é bom que explica porque os animais os têm" (WRIGHT, 1973:66).

⁵⁶ Por exemplo: "Para que um martelo é bom? – Para fixar pregos na parede. Para que pregos na parede são bons? – Para pendurar quadros. Para que quadros são bons? ... Podemos seguir esse regresso instrumental indefinidamente, mas normalmente não o fazemos. A certa altura colocamos um ponto final ao questionamento dizendo algo do tipo: 'Eu prefiro uma sala com quadros a uma sem'. Quadros são bons para mim. Para que eu sou bom? – Para mim" (McLAUGHLIN, 2002:131s).

governo. Alguém poderia perguntar: organizar o governo para que (para quem isso é bom)? Uma resposta possível seria dizer que "a organização do poder tem a função de tornar possível a solução dos conflitos, a qual tem a função de tornar possível a segurança social", que é algo bom para a sociedade como um todo (BOBBIO, 1975:106). Aceitando-se essa concatenação⁵⁷, *finalidade* (ou *função*) da constituição é mesmo a organização do governo, conforme afirma Dallari? Ou seria sua finalidade possibilitar a solução de conflitos? Ou ainda tornar possível a segurança social? Ou seja, dentre esses, qual o fim último, qual o fim relativo?

De certa forma, esse problema do encadeamento de fins relativos e fins últimos espelha uma outra dificuldade das análises funcionais do Direito, também identificada por Bobbio, referente à freqüente confusão da doutrina entre *o modo de produzir resultados* e *os resultados em si mesmos* (cf. BOBBIO, 1975:108ss)⁵⁸.

Assim, por exemplo, Cármem Lúcia Antunes Rocha coloca num mesmo elenco de funções da constituição, dentre outras, uma função de "definir as linhas de ação futura do Estado" (consistente na determinação de "direções a serem concretizadas pelos comportamentos públicos") e uma função de "transformação da sociedade" ("A Constituição tem que ser a fonte criadora da Justiça da Libertação") (cf. ROCHA, 1991:34ss). Ora, a rigor, estabelecer diretrizes para a ação do Estado é um *modo* (fim relativo) pelo qual a constituição (eventualmente) contribui para a transformação da sociedade (fim último)⁵⁹. Não se tratam, portanto, de <<funções>> num mesmo sentido.

⁵⁷ Outras concatenações são possíveis. Vincenzo Ferrari, por exemplo, atrela a função de organização ao fim da *legitimação*, que é algo bom para quem quer ter legitimadas suas ações (cf. FERRARI V., 1989:122).

⁵⁸ Bobbio apresenta essa dificuldade como resultante de divergentes concepções sobre o que se entende por Direito. "Quem se coloca o problema da função do direito em termos de função repressiva ou promocional, observa o meio pelo qual o direito opera; quem se coloca o problema em termos de função conservadora ou inovadora, observa aquilo que as regras, consideradas uma a uma, prescrevem ou permitem, bem como a sua eficácia. (...) Isto permite concluir que o problema da função do direito abre caminho para duas respostas diferentes: conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam do uso de um certo meio de coação e de promoção social a que damos, por comum consenso, o nome de direito ou, então, conforme nos proponhamos a estudar quais efeitos derivam dos comportamentos que, por aquele meio, foram impostos ou proibidos, encorajados ou desencorajados, etc. ou, de modo mais geral, dos institutos sociais que, sendo regulados por normas jurídicas, denominamos, igualmente por comum consenso, o 'direito' de um determinado grupo social" (BOBBIO, 1975:109s).

⁵⁹ E talvez se possa afirmar que a transformação da sociedade é ela mesma um fim relativo a um outro fim qualquer, como, por exemplo, a *Justiça*. Essa, aliás, parece ser a posição da própria autora citada: "Enfim, à Constituição cumpre a função de garantir a realização do ideal de Justiça, quer mantendo, quer promovendo ou possibilitando a transformação da realidade social e da situação institucional constituída. A ela compete servir de instrumento jurídico básico e incontestável a serviço dos valores éticos e poéticos do homem para, segundo os princípios erigidos por ele, realizar o valor supremo da Justiça em sua caracterização material concreta" (ROCHA, 1991:36).

2.5.3. Função como Dimensões ou Aspectos da Norma Jurídica.

As *dimensões* da norma jurídica aludem à clássica dicotomia entre *direito objetivo* e *direito subjetivo*:

"A dicotomia pretende realçar que o direito é um fenómeno *objetivo*, que não *pertence* a ninguém socialmente, que é um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenómeno *subjetivo*, visto que faz, dos sujeitos, titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações. Assim, quando falamos no *direito* das sucessões, significamos algo objetivo, quando mencionamos o *direito* à sucessão de um herdeiro, mencionamos algo que lhe *pertence*." (FERRAZ JR., 2003:145)

A dimensão objetiva tem a ver, portanto, com o carácter geral da norma jurídica, com a sua vinculação à coletividade como um todo. A dimensão subjetiva, por sua vez, embora abarcante de "diversas situações, difíceis de serem trazidas a um denominador comum" (FERRAZ JR., 2003:149), quer referir essencialmente, ao menos na tradição da cultura jurídica romanística⁶⁰, ao fato da norma positiva (objetivo) lastrear um direito pessoal (subjetivo).

"Não há, porém, dois compartimentos estanques, nem estes conceitos são fenómenos diversos. (...) Direito *subjetivo* e direito *objetivo* são *aspectos* de um conceito único, compreendo a *facultas* e a *norma* os dois lados de um mesmo fenómeno, os dois ângulos de visão do jurídico. Um é o aspecto *individual*, o outro o aspecto *social*. Qualquer direito, na ordem privada ou pública, pode ser apreciado pelo lado do indivíduo que dele extrai uma segurança jurídica ou uma função, como pelo lado do agrupamento social que institui uma regra de conduta." (PEREIRA, 2004:14)

Assim, por exemplo, no caso do direito à propriedade: do ponto de vista objetivo, o comando normativo impõe a todos o respeito à coisa; na perspectiva subjetiva, assegura ao proprietário certas faculdades, inclusive a de repelir a agressão à coisa (cf. RENNER, 1904:46 e PEREIRA, 2004:14).

⁶⁰ "A noção [de direito subjetivo] tal qual ela é apresentada na cultura jurídica continental é estranha à *tradição anglo-saxã*. As <<teorias da vontade>>, no quanto elas concernem aos direitos, são bastante conhecidas na teoria jurídica anglo-americana. (...) A essência dessas teorias consiste em dizer que uma entidade tem um <<direito jurídico>> (*legal right*) quando ela tem uma escolha respeitada pelo Direito" (CAMPBELL, 1993:213).

Para fins de análise funcional, o caráter bidimensional das normas jurídicas, posto em relevo pelas noções de direito objetivo e de direito subjetivo, chama a atenção para a possibilidade de que os efeitos ou conseqüências do Direito (e, portanto, da mesma forma, da constituição) sejam determinados desde duas perspectivas absolutamente distintas (embora em princípio complementares): a perspectiva da sociedade (dimensão *objetiva*) e a perspectiva dos indivíduos (dimensão *subjetiva*). No primeiro caso, o encadeamento de meios e fins subjacente às funções atribuídas à constituição encontra o seu ponto final (fim intrínseco) no pólo da sociedade (o fim é *bom para* a coletividade); já no segundo caso, o pólo final será o dos indivíduos (o fim é *bom para* este ou aquele sujeito) (cf. item 2.5.2 *supra*). Conforme observa Bobbio, a doutrina nem sempre se dá conta desse fato⁶¹:

"Quem se põe o problema da função do direito, faz referência a qual dos dois pólos? Põe-se o problema de qual é a função do direito em relação à sociedade como totalidade ou em relação aos indivíduos que dela fazem parte? Provavelmente em relação a ambos, o que é perfeitamente lícito. O que não é lícito e cria confusão é que os dois problemas não sejam claramente diferenciados. (...) Essas duas perspectivas não são inteiramente incompatíveis: antes, considero que uma análise funcional que pretenda ser completa deveria levar ambas em consideração. Entretanto, para isso é necessário, antes de tudo, ter plena consciência delas, coisa que, na copiosa literatura sobre o tema, parece-me que nem sempre tem ocorrido." (BOBBIO, 1975:104s)

Quando Stern fala, pois, num mesmo catálogo de funções da constituição, de uma função de "promoção da unidade" nacional ou popular e de uma função de "garantir e assegurar a liberdade e a autodeterminação do indivíduo" (STERN, 1983:232ss), ele está (embora não declare) olhando a constituição ora desde o "ponto de vista da sociedade como um todo" (objetivo), ora desde o "ponto de vista do indivíduo" (subjetivo) (cf. BOBBIO, 1975:105).

⁶¹ Exemplo de autor atento às duas dimensões funcionais do Direito é N.S. Timacheff. Ele "define desde o princípio o direito como <<a coordenação ética imperativa dos comportamentos humanos na sociedade>>, e estuda depois (...) os problemas da função do direito na sociedade, considerados tanto desde o ponto de vista individual como desde o ponto de vista social, problemas que resolve dizendo que, desde o primeiro ponto de vista, o direito promove uma redistribuição de forças no interior da sociedade e que, desde o segundo ponto de vista, o direito regula a ordem, garante a segurança e mantém a paz" (TREVES, 1977:86s).

2.5.4. Função como Eficácia Jurídica.

São conhecidas as dificuldades enfrentadas pelas teorias jurídicas para distinguir e relacionar os conceitos de *eficácia* e de *efetividade* das normas jurídicas (sobre o assunto, cf. BOBBIO, 1958:45ss, FERRAZ JR., 1986:93ss e 2003:197ss e BARROSO, 2003:80ss).

Muitos autores aceitam, no entanto, que eficácia, no sentido técnico-jurídico, tem a ver com a *aptidão (capacidade, propriedade)* da norma jurídica para produzir seus efeitos, enquanto, no sentido social, quando é (às vezes) chamada de efetividade, refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada, ou seja, que ela de fato *produz* aqueles efeitos (cf. *e.g.* DINIZ, 1989:69ss, FERRAZ JR., 1990:15, ROCHA, 1991:39ss, SILVA J., 1998:65s e BARROSO, 2003:84s).

Desde o ponto de vista da semiótica⁶², os conceitos de eficácia e de efetividade mencionados no parágrafo precedente relacionam-se aos ângulos de análise sintática⁶³ e semântica⁶⁴, respectivamente. A análise pode ser complementada com o ângulo pragmático, sob o qual a idéia de eficácia da norma correlaciona "as condições técnicas e condições sociais de possibilidade com objetivos postos expressamente ou encobertos (ideologicamente)" (cf. FERRAZ JR., 1990:16)⁶⁵. Eficácia pragmática, portanto, tem a ver com a possibilidade de que o chamado <<orador normativo>>⁶⁶, em sua relação meta-complementar com o

⁶² "A semiótica é a teoria dos signos (por exemplo, dos signos lingüísticos, das palavras) em sua tríplice relação: signos entre si (sintaxe), em relação ao objeto (semântica) e em relação aos seus usuários (pragmática)" (FERRAZ JR., 2003:123). Sobre o tema, cf. também DINIZ, 1989:66s.

⁶³ O *plano sintático* trata das relações internormativas, o que significa que "a eficácia da norma constitucional vigente seria sua aptidão técnica para irradiar efeitos jurídicos" (DINIZ, 1989:69). Diz-se, assim, que a norma tem eficácia jurídica quando "presentes os elementos normativos idôneos, nela ou em outra norma sem que haja necessidade de se ater à sua observância, ou não, pelos destinatários" (DINIZ, 1989:69).

⁶⁴ "A eficácia sociológica [ou simplesmente efetividade] é alusiva à relação semântica entre a norma constitucional (signo), não só com a realidade fático-social a que se refere, mas também com os valores positivos (objetos denotados). (...) Haverá eficácia social da norma constitucional, se ela for, portanto, obedecida e aplicada pela autoridade, porque se adapta à realidade fático-social e aos pontos de vista valorativos da sociedade que visa disciplinar" (DINIZ, 1989:71).

⁶⁵ Os objetivos podem, por exemplo, estar relacionados à mera "satisfação ideológica, [a]o apaziguamento da consciência política" (FERRAZ JR., 1990:16), como aliás é característico dos processos de constitucionalização simbólica (cf. LUHMANN, 1993a:549 e NEVES, 1994:53ss). Nesses casos, o objetivo não é em geral declarado expressamente, nem depende da norma ser obedecida ou observada. Em geral, "são normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam insuportável tumulto social" (FERRAZ JR., 2003:200).

⁶⁶ Sobre os conceitos de orador (às vezes chamado de *locutor*, *editor*, *emissor* ou *produtor*) e de endereçado normativo, cf. FERRAZ JR., 1986:45 e ATIENZA, 1993:199.

<<endereço normativo>>⁶⁷, alcance os objetivos que declarada ou dissimuladamente visava com a norma jurídica. No linguajar pragmático, essa possibilidade só existe quando há "adequação entre a relação de autoridade e o conteúdo da norma"⁶⁸, ao que se pode chamar de *sucesso* da norma jurídica (cf. FERRAZ JR., 1990:16 e 2003:200)⁶⁹.

As observações precedentes são suficientes para concluirmos que, quando os autores falam em função no sentido de eficácia jurídica – às vezes referida como *função efícial* (cf. DINIZ, 1989:74s, FERRAZ JR., 1990:16 e ÁVILA, 2004:78) –, nem sempre estão aludindo às mesmas coisas.

Autores que privilegiam o ângulo de análise sintática tratam da eficácia como um conceito atinente às relações internormativas. Focam, assim, os efeitos das normas jurídicas umas sobre as outras, em geral procurando determinar as condições técnico-jurídicas para que as normas possam vir a ser efetivas⁷⁰.

Autores que destacam o ângulo de análise semântica, por sua vez, preocupam-se sobretudo em verificar a satisfação das condições sociais para que a norma produza os seus efeitos, ou seja, tratam da "atuação prática da norma" (BARROSO, 2003:279)⁷¹.

⁶⁷ "É muito importante que se entenda que a relação definida, no discurso normativo, é *meta-complementar*, pois isto indica que o orador normativo procura fazer com que o endereço assuma a posição complementar e, para isso, usa de recursos com o fito de evitar reações incompatíveis" (FERRAZ JR., 1986:57).

⁶⁸ "Efetiva [no ângulo pragmático] é a norma cuja adequação do relato e do cometimento garante a possibilidade de se produzir uma heterologia equilibrada entre editor e endereço. Este equilíbrio significa que o cometimento é tranqüilo, permanecendo em segundo plano, de tal modo que os efeitos podem ser produzidos. (...) Para a pragmática importante é a relação meta-complementar e, em consequência, as condições de aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, ainda que ela seja ou esteja sendo regularmente desobedecida" (FERRAZ JR., 1986:117ss).

⁶⁹ "A norma constitucional pragmaticamente eficaz, albergando os ângulos analíticos sintático e semântico, seria um conceito relativo ao seu sucesso, sendo a eficácia uma técnica de controle. Esse sucesso será concernente à possibilidade de consecução dos objetivos visados com sua edição, que poderão estar na sua obediência ou até mesmo na transposição de seus efeitos para ocasiões oportunas, para atender pressões políticas, por exemplo. (...) A **eficácia constitucional** seria a relação entre a concreta ocorrência dos fatos normativos, sociais e valorativos estabelecidos pela Carta Magna, condicionantes da produção de efeitos jurídicos almejados e a possibilidade de produzi-los" (DINIZ, 1989:74).

⁷⁰ Exemplo dessa abordagem é o consagrado modelo de classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida proposto por José Afonso da SILVA (1998:82ss). Para uma crítica desse modelo, cf. FERREIRA FILHO, 2005a:388s.

⁷¹ Depois de observar que José Afonso da Silva tratou apenas da eficácia jurídica, não abordando a questão de saber se os efeitos das normas constitucionais de fato se produzem, Barroso assevera: "Pois é precisamente esse tema que ficou em aberto que se vai aqui desenvolver. Não mais a eficácia jurídica, como a possibilidade de aplicação da norma, mas a eficácia social, os mecanismos para sua real aplicação, para sua *efetividade*" (BARROSO, 2003:85). Trabalhando desde essa perspectiva, ele propõe a seguinte classificação das normas constitucionais baseada no "conteúdo e finalidade predominantes": normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas (BARROSO, 2003:93s).

Por fim, autores que enfocam o prisma pragmático dão especial atenção à adequação da norma vis-à-vis os objetivos que o orador normativo com ela pretende alcançar em sua relação de autoridade com o endereçado normativo⁷².

A despeito dessas diferenças, porém, parece ser possível identificar um ponto comum dos três prismas semiológicos⁷³: todos eles pressupõem, no estudo da eficácia jurídica, que a norma, enquanto "criação racional e lógica", surge tendo em mira a produção de certos "efeitos típicos" (BARROSO, 2003:83,85), ligados ao "objetivo colimado na instauração da relação de autoridade" (FERRAZ JR., 1990:16). No campo constitucional, fala-se, então, por exemplo, quando a matéria é a eficácia das normas constitucionais, em "efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte" ou "objetivos visados pelo legislador constituinte" (SILVA J., 1998:82).

Podemos então recapitular as noções acima apresentadas da seguinte forma: eficácia (ângulo sintático) é a aptidão técnica (relações internormativas) da norma jurídica constitucional para produzir os efeitos pretendidos *pelo legislador constituinte*, efetividade (ângulo semântico) é a concreta produção *desses* efeitos (atuação prática da norma) e sucesso (ângulo pragmático) tem a ver com a condição da norma (adequação do seu conteúdo) de servir aos objetivos colimados *pelo legislador constituinte* (o orador normativo constitucional por excelência) em sua relação de autoridade com o endereçado normativo.

Conclui-se, assim, que o sentido de função como eficácia jurídica está intimamente relacionado à idéia de efeitos ou objetivos que o legislador constituinte objetiva alcançar

⁷² Nessa linha: "Em primeiro lugar, normas visam impedir ou cercear a ocorrência de comportamentos contrários a seu preceito. Essa função eficaz tem o sentido de bloqueio das condutas indesejáveis, podendo denominar-se destarte *função de bloqueio*. Em segundo lugar, normas visam à realização de objetivo, que funciona como um *telos* programático. Essa função tem, pois, o sentido de programa a ser concretizado, o que permite chamá-la de *função de programa*. Por fim, normas visam à realização de um comportamento. Essa função tem o sentido de assegurar uma conduta desejada, razão pela qual a denominamos *função de resguardo*" (FERRAZ JR., 2003:201).

⁷³ Os quais, aliás, são não raro conjugados numa mesma análise. Humberto Ávila, por exemplo, sem se referir expressamente à semiótica, propõe uma complexa taxonomia das funções eficaciais de princípios e regras que se baseia na consideração simultânea dos três prismas. Assim, no ângulo sintático, do qual trata quando alude ao que chama de *eficácia interna*, Ávila atribui aos princípios uma *função definitória* (certos princípios promovem a delimitação do comando mais amplo contido em princípios superiores) e uma *função interpretativa* (princípios restringem ou ampliam os sentidos das normas construídas a partir de textos normativos expressos), dentre outras. No ângulo semântico (*eficácia externa objetiva*), fala, por exemplo, de uma *função valorativa* (princípios fornecem parâmetros para o exame da pertinência e da valoração dos fatos). Por fim, sob o ângulo pragmático (*eficácia externa subjetiva*, relativa "aos sujeitos atingidos pela eficácia" da norma), menciona uma *função de defesa ou de resistência* (princípios funcionam como direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade) (cf. ÁVILA, 2004:78ss).

através da norma. É o que Marcelo Neves chama de *função instrumental*: "uma relação de meio-fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação" (NEVES, 1994:25). E é o que Manuel Atienza denomina *racionalidade teleológica* das normas jurídicas: "contempladas desde esta perspectiva, as leis não são outra coisa que instrumentos para alcançar determinados objetivos sociais" (ATIENZA, 1993:223).

Se adotarmos esse sentido de função para a análise funcional da constituição, teremos talvez nos capacitado a satisfazer o Critério da Distinção: somente os efeitos ou objetivos primários pretendidos pelo legislador constituinte (ou outro orador normativo)⁷⁴ configurariam função da constituição. Eventuais "efeitos indiretos e latentes" (cf. NEVES, 1994:47), ou seja, efeitos não conscientemente desejados ou então que não representam o que primariamente se objetivou buscar com a constituição, não constituiriam uma sua função (o que não significa necessariamente dizer que são efeitos jurídica ou socialmente irrelevantes, mas tão apenas que não constituem função da constituição). E se aceitarmos que os <<objetivos primários>> em questão correspondem às <<finalidades últimas>> buscadas pelo orador normativo através da constituição, teremos identificado o ponto final da linha de regresso da análise funcional (cf. item 2.5.2 *supra*). Noutras palavras, o que, em última instância, é aquilo que é <<bom>> para o que a constituição se volta (fim último ou fim intrínseco) seria determinado, nessa abordagem, desde um prisma *subjetivo*, correspondendo ao que for o *desejo* ou a *intenção* do orador normativo.

Um problema dessa linha de abordagem parece ser o Critério da Capacidade. Para satisfazê-lo, talvez seja necessário assumir que todo efeito pretendido pelo orador normativo é, em tese, alcançável pela norma jurídica. É o que parece fazer, por exemplo, Luís Roberto Barroso: para ele, uma "situação anômala", em que o Direito "usualmente não incorreria", seria aquela na qual o "efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável" (cf. BARROSO, 2003:85)⁷⁵. Analisaremos essa questão mais detidamente no capítulo 4 *infra*.

⁷⁴ A estratégia de Vincenzo FERRARI (1989), por exemplo, é a de pensar as funções do Direito desde a ótica dos agentes sociais (cf. capítulo 4 *infra*).

⁷⁵ Barroso registra que exceção seriam os "casos de deliberada manipulação, em que se usa o Direito como veículo de promessas antecipadamente frustradas" (BARROSO, 2003:85). Mas se esse for mesmo o objetivo da norma, então, ao menos sob o ângulo pragmático, conforme acima já se anotou, poder-se-á dizer que se trata de uma norma eficaz, ou seja, uma norma que alcança os objetivos para ela traçados. Normas que não são eficazes (no sentido sintático) nem efetivas (no sentido semântico) mas que produzem efeitos sociais relevantes configuram a chamada *legislação simbólica* (cf. NEVES, 1994:42ss).

2.5.5. Função como Poder Estatal.

A expressão *funções do Estado* corresponde a um dos mais antigos empregos do conceito de função no âmbito político-jurídico, estando associada à teoria da separação dos poderes, um dos pilares do constitucionalismo moderno:

"A teoria da separação dos poderes constitui a primeira aplicação do conceito de funções no domínio político. Não é uma abordagem sociológica, mas uma abordagem ideológica: esta construção do espírito não tem por objetivo analisar cientificamente os fenômenos sociais, mas promover um certo tipo de regime, considerado superior aos outros. Contudo, os que a elaboraram consideravam – ou fingiam considerar – que as funções do Estado, tais como as descreviam, eram as funções reais que qualquer Estado desempenha de fato, para existir e se manter como tal." (DUVERGER, 1973:236s)

Por conta desse viés ideológico (bem assim por ter sido formulada há mais de duzentos anos), a clássica divisão tricotômica⁷⁶ não reflete o conjunto de funções que contemporaneamente se costuma atribuir ao Estado⁷⁷.

Nesse tocante, um aspecto que para os fins de nossa investigação interessa realçar é o fato de que o que a doutrina usa hoje denominar de <<funções do Estado>> abrange tanto *tarefas* quanto *atividades* (cf. itens 2.5.1 e 2.5.2 *supra*):

⁷⁶ Numa abordagem *orgânica* ou *institucional*, em que se considera o Poder estatal desde o seu aspecto *subjetivo*, as três funções classicamente identificadas são a legislativa, a executiva e a judicial ("assim classificadas em razão das finalidades dos seus agentes"); já desde um prisma *material*, em que o Poder estatal é pensado desde a perspectiva de sua vinculação às finalidades de interesse coletivo e objeto de um dever jurídico, pode-se falar em funções normativa, administrativa e jurisdicional (produção, execução e aplicação de normas jurídicas, respectivamente) (cf. GRAU, 1996:175ss).

⁷⁷ Mesmo os autores que ainda hoje seguem uma divisão tricotômica tendem a reformular o modelo clássico – assim, por exemplo, Jorge Miranda adota uma classificação que abrange simultaneamente critérios orgânicos, materiais e formais, na qual aparecem, como "funções *fundamentais*", a função política (subdividida em função legislativa e função governativa), a função administrativa e a função jurisdicional, e, em paralelo, as "funções *complementares, acessórias ou atípicas*" (cf. MIRANDA, 2002:236ss). Sánchez Agesta, de seu turno, rotula as três funções clássicas (legislativa, executiva e judicial) de *funções jurídicas*, complementando-as com o que chama de *funções políticas*: função de governo e função de controle (cf. AGESTA, 1974:419ss - para uma crítica à associação de função política com função de governo, cf. TAVARES A., 2005:345s). Outros autores não hesitam em reformular completamente o catálogo das funções do Estado – é o caso, por exemplo, de Sérgio Sêrvulo da Cunha, para quem há nada menos que *dez* diferentes "funções de governo", sem falar nas "subfunções" (cf. CUNHA, 2004:214ss). Já Ferreira Filho, na esteira de Burdeau, prefere um conjunto mais enxuto, composto por duas funções apenas: *função governamental* e *função administrativa* (cf. FERREIRA FILHO, 2005a:134s). Eros Roberto Grau, por sua vez, sugere uma tipologia diferente, freqüente no pensamento marxista contemporâneo (cf. ELSTER, 1982:462): "O Estado desempenha funções de acumulação, integração e modernização capitalista, repressão e legitimação" (GRAU, 2005:121).

"São dois os sentidos possíveis de *função do Estado*: como fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social; e como atividade com características próprias, passagem a ação, modelo de comportamento. (...) No primeiro sentido, a função não tem que ver com o Estado enquanto poder; tem também que ver com o Estado enquanto comunidade. Tanto pode ser prosseguida só pelos seus órgãos constitucionais ou legalmente competentes e por outras entidades públicas como ser realizada por grupos e entidades da sociedade civil (...). No segundo sentido, a função não é outra coisa senão uma manifestação específica do poder político, um modo tipicizado de exercício do poder (...)." (MIRANDA J., 2002:230s)

Desde essa perspectiva, pode-se afirmar que a função como atividade representa as ações concretas adotadas pelo Estado para atingir (cumprir) a função como tarefa⁷⁸. Se se preferir, portanto, pode-se, nesse contexto, substituir a denominação <<função como tarefa>> pela expressão mais objetiva (e mais controversa – cf. DALLARI, 1991:87ss) <<fins do Estado>>:

"A tarefa mais não é que um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material. Por seu turno, a função enquanto atividade (a descobrir por via de uma análise espectral da obra do Estado, dos seus órgãos, agentes e serviços) não vem a ser senão um meio para atingir esse fim, qualificado sob certo aspecto; e, se a tarefa implica a adstrição de um comportamento (positivo), tão pouco a atividade existe por si mesma." (MIRANDA J., 2002:231)

Se se pretender dar ao conceito de <<funções da constituição>> um formato similar àquele que tem o conceito de <<funções do Estado>>, poder-se-ia então talvez pensar numa estrutura análoga de encadeamento função-finalidade (algo similar ao sugerido nas lições de Cunha e Hesse citadas no item 2.5.2 *supra*). Ou seja, do ponto de vista da teoria do Direito Constitucional, poderíamos pensar funções da constituição e funções do Estado como conceitos estruturalmente similares: ambos apontam funções que correspondem a efeitos (da constituição) ou atividades (do Estado) que são *necessários* para o alcance de certas finalidades (tarefas). Tais finalidades representariam o ponto final da linha de regresso da análise funcional de que há pouco tratamos (item 2.5.2), bem assim o parâmetro a nortear o

⁷⁸ "Do ponto de vista jurídico, especificamente em Direito Constitucional, é pacífica a interpretação que atribui à expressão *função* o exercício de algumas atividades desenvolvidas por detentores do poder (poder entendido (...) [como] competência do Estado para, utilizando-se da força, exercer suas tarefas), tendo em vista o cumprimento de determinado papel que também se pode chamar de função (...)" (TAVARES I., 1995:78).

Critério da Distinção (somente os efeitos necessários para que as finalidades sejam alcançadas configuram *função*).

No que toca ao Estado, embora existam muitas controvérsias, parece hoje possível identificar suas finalidades ao menos de duas formas distintas (as quais *podem*, mas não *necessariamente* levam, às mesmas conclusões):

- (i) A primeira é através do quanto fixado na própria constituição, sobretudo quando estamos diante das chamadas *constituições teleológicas* (cf. PREUß, 1995:101ss). Assim, por exemplo: "A constituição brasileira de 1988 é uma constituição teleológica. Ela determina certos bens como finalidades da sociedade e do Estado: o bem da pessoa humana e como condição deste, o bem comum" (BARZOTTO, 2003:193)⁷⁹.
- (ii) A segunda é com base naquilo que supomos ser os objetivos inerentes ao Estado, aquilo para o que, segundo cremos, por convicção ou por observação empírica, ele *naturalmente* se volta. Assim, por exemplo, segundo Dallari, *toda* "sociedade humana tem por finalidade o bem comum", sendo certo que o que "qualifica a finalidade do Estado", enquanto espécie de sociedade humana, é que ele "busca o *bem comum de um certo povo, situado em determinado território*" (DALLARI, 1991:20 e 91; em sentido similar, cf. AGESTA, 1974:130ss). Nessa abordagem, o quanto disposto na constituição será em princípio irrelevante (ou de menor importância) para a formação de nossa convicção acerca de qual seja a finalidade da *instituição* <<Estado>>.

Para apurar as <<finalidades da constituição>> têm-se também, em princípio, as duas alternativas: procurar uma declaração concreta e expressa de alguém acerca de quais sejam essas finalidades (contida talvez no texto da própria constituição estudada), hipótese em que, ao fim e ao cabo, provavelmente desembocaremos no âmbito da idéia de função da constituição mencionada no item anterior (função da constituição como os efeitos ou objetivos pretendidos pelo orador normativo tendo em vista as finalidades que ele elegeu e

⁷⁹ Barzotto sustenta que o bem comum é um "bem-meio" para o "bem-fim" que é o bem ou vida boa de cada pessoa humana (BARZOTTO, 2003:194s). A nosso ver, porém, a relação entre bem comum e bem da pessoa humana *não* é uma relação de encadeamento (meio-fim), mas antes uma relação de dimensão: aquele toca a dimensão objetiva (a sociedade), este a dimensão subjetiva (a pessoa) (cf. item 2.5.3 *supra*).

declarou perseguir), ou, então, procurar nas convicções ou determinações que, desde o ponto de vista de um observador externo, pode-se ter ou construir acerca do fenômeno constitucional (e.g. qual, em tese, a finalidade de *toda e qualquer* constituição num Estado Democrático de Direito?; qual a finalidade *efetivamente* perseguida pela constituição em uma dada jurisdição?).

Optar entre uma ou outra das duas alternativas identificadas implica tomar partido naquele que é dos mais intrincados problemas metodológicos das Ciências Sociais (Direito inclusive): a questão sobre qual deve ser a posição do cientista frente ao objeto de seu estudo e o ponto de vista que ele deve adotar em seu trabalho (ponto de vista *interno* ou o ponto de vista *externo*).

Não é este o lugar para avançar em detalhes sobre essa complexa questão, a qual tem de há muito merecido a atenção de diversos teóricos do Direito, em diferentes contextos (cf., em especial, para distintas e ricas perspectivas, KELSEN, 1934:32ss, HART, 1961:88ss, RAZ, 1979:154ss, DWORKIN, 1986:17ss, OST, 1993:540ss, PERRY, 1994:97ss e TAMANAHA, 1997:153ss).

Para os propósitos de nosso trabalho, basta registrar, de forma sintética (reflexões detalhadas podem ser encontradas em *todas* as obras citadas no parágrafo precedente), que o ponto de vista externo orienta-se, em geral, pelo *paradigma da explicação*, ou seja, pela idéia de que o Direito deve ser objetivamente observado e descrito pelo cientista de forma metodologicamente similar àquela empregada na explicação científica dos fenômenos naturais, sem maior consideração sobre o que <<acham>> os agentes sociais, enquanto o ponto de vista interno, ao contrário, guia-se precipuamente pelo *paradigma da interpretação ou compreensão*, sob o qual se assume que a natureza peculiar do objeto das Ciências Sociais (Direito inclusive) impõe ao cientista o dever de levar em conta os significados e as implicações subjetivas dos fenômenos estudados, interpretando-os e compreendendo-os no seu contexto (*i.e.* valorando-os sob o prisma dos agentes envolvidos)⁸⁰.

⁸⁰ "Aqueles que propõem uma distinção básica entre ciência humana e ciência da natureza partem, em geral, do reconhecimento do método aplicado às ciências da natureza, observando, em seguida, a sua inadequação aos objetos ditos humanos. A questão pode ser *grosso modo* apresentada do seguinte modo: nos fenômenos naturais, o método de abordagem refere-se à possibilidade de explicá-los, isto é, constatar a existência de ligações constantes entre fatos, deles deduzindo que os fenômenos estudados daí derivam; já nos fenômenos humanos se acresce à explicação o ato de *compreender*, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o *sentido* dos fenômenos, valorando-os" (FERRAZ JR., 1977:11). O ponto chave comum entre as duas abordagens (e que faz o conceito de função igualmente problemático em ambas) está aí apontado: a busca pela *explicação* dos fenômenos estudados (acrescida ou não de sua <<compreensão>>) (cf. item 2.3 *supra*).

Se a opção entre adotar um ou outro ponto de vista (e seus respectivos paradigmas) já é difícil no âmbito das Ciências Sociais não jurídicas, no caso particular do Direito:

"(...) a questão se complica sobremaneira, pois aí, ao contrário de outras ciências, como a Economia, a Sociologia, a Etnologia, a Antropologia, uma separação mais ou menos clara entre o cientista e o agente social é extremamente difícil de ser feita, o que pode ser percebido pela antiga questão de se saber se a doutrina jurídica como tal é, ela própria, uma das *fontes* do próprio Direito. Mais talvez do que nas outras ciências, uma segunda dualidade entre 'teoria pura' e 'teoria aplicada', entre 'investigação' e 'aplicação' torna-se, no caso, um problema agudo. A Ciência do Direito, nesses termos, não apenas se debate entre ser compreensivo-valorativa ou axiologicamente neutra, mas também, para além disso, uma ciência *normativo-descritiva*, que conhece e/ou estabelece normas para o comportamento." (FERRAZ JR., 1977:12)

Nesse tocante, muito embora não se trate de regra absoluta, tem-se, em geral, que, no campo do Direito, os juristas dogmáticos, preocupados com a solução dos conflitos jurídicos (demandas por decisão) (cf. FERRAZ JR., 1977:108), vinculam-se mais freqüentemente ao ponto de vista interno (*subjetivo*), enquanto os sociólogos, interessados precipuamente em desvendar as relações entre o Direito e a sociedade (cf. TREVES, 1993:3s)⁸¹, adotam o ponto de vista externo (*objetivo*). É assim que se tem, de um lado, (i) "teorias jurídicas normativas", caracterizadas por refletirem a "abordagem profissional dos advogados ao conhecimento do Direito", ou seja, tratarem da "especificação do que é válido como Direito, do que pode ser tido como argumento [válido] perante um Tribunal, ou de como determinar qual o resultado jurídico esperado quando as regras são interpretadas e aplicadas pelos Tribunais e outras autoridades jurídicas"; e, de outro, (ii) "teorias jurídicas empíricas", marcadas pelo fato de que nelas "o Direito é sempre visto 'desde o exterior', da perspectiva de um observador das instituições jurídicas, da doutrina, e do comportamento, ao invés daquela de um participante,

⁸¹ Treves diz que os problemas fundamentais da Sociologia do Direito são "o problema da sociedade no direito, isto é, dos comportamentos sociais conformes ou disformes em relação às normas da considerada realidade jurídica 'efetiva'" e "o problema do direito na sociedade, isto é, aquele da posição, função e objetivo do direito na sociedade vista em seu conjunto" (TREVES, 1993:3). Na mesma linha, explica Caetano: "A Sociologia jurídica estuda as práticas da vida social com valor jurídico, os fatores sociais que influem na formação das normas e dos comportamentos jurídicos, a correlação entre os sistemas jurídicos e os quadros e condições sociais a que se aplicam, a influência dessas condições nas transformações jurídicas, as razões das divergências entre a realidade jurídica e a ordem normativa, etc." (CAETANO, 1977:55).

embora as percepções dos participantes possam ser levadas em conta como um dado para o observador" (cf. COTTERRELL, 1995:24s)⁸².

Por conta disso, costuma-se dizer que, enquanto a adoção do ponto de vista interno (mais freqüentemente ligado à avaliação dos efeitos ou conseqüências das normas jurídicas desde o prisma da ação individual de agentes determinados, *e.g.* o <<legislador>>, o <<juiz>>, o <<réu>>, os <<advogados>>) conduz normalmente a uma abordagem funcional *normativa* ou *teleológica* (subjativa) do Direito, o ponto de vista externo (associado em geral à análise dos efeitos ou conseqüências das normas jurídicas para a sociedade como um todo) costuma levar a uma abordagem funcional *sociológica* (objetiva) (sobre os dois tipos de análise funcional, cf. FERRARI V., 1993:268, LUHMANN, 1993a:87 e 181s e EHRENBURG, 2005:199).

Nada disso quer dizer, porém, que decorra da dicotomia entre pontos de vista interno e externo uma rígida (ou mesmo clara) separação entre análise funcional *exclusivamente jurídica* e análise funcional *exclusivamente sociológica*.

Ao contrário, quer dizer apenas que existem formas diferentes de abordar o fenômeno jurídico sob o prisma funcional, as quais, em tese, podem interessar (como de fato interessam), cada qual por suas próprias razões, tanto a juristas dogmáticos, quanto a sociólogos do Direito (cf. item 1.3 *supra*)⁸³.

⁸² Na mesma linha, mas sob os pressupostos sistêmicos de sua teoria, Luhmann observa a existência de "duas possibilidades que há de se discriminar: uma forma de observação jurídica do direito e outra sociológica (mas sempre: o direito como um sistema que se observa a si mesmo). A sociologia observa o direito desde fora, o jurista desde dentro. (...) Segundo isso, a teoria sociológica do direito terminaria sendo uma descrição externa ao sistema jurídico. (...) Pelo contrário, uma teoria jurídica do direito viria a ser uma autodescrição do sistema do direito (...)" (LUHMANN, 1993a:69s). Sobre o tema, vale também conferir as notas de Renato Treves acerca da distinção entre "ponto de vista do jurista" e "ponto de vista do sociólogo" na doutrina de Max Weber (cf. TREVES, 1977:75ss e 1993:156s).

⁸³ Mesmo porque, ecoando as lições acima transcritas de Bobbio, não é difícil intuir que é ao *combinar* os dois pontos de vista que mais próximo da compreensão integral do fenômeno jurídico se colocará o cientista. Ou seja, "as duas perspectivas sobre o direito, a externa e a interna, são essenciais, e cada uma delas deve incorporar ou levar em conta a outra" (DWORKIN, 1986:18). Merle ressalta, nesse tocante, no âmbito do Direito Constitucional, a capacidade da perspectiva sociológica de iluminar aspectos que, "um pouco como a face escura da lua escapa das observações dos astrônomos", fogem ao olhar estritamente <<jurídico>> (cf. MERLE, 1968:228). Daí que alguns autores entendam ser o método mais apropriado ao estudo do Direito aquele que envolve "a articulação entre os pontos de vista interno e externo, da compreensão e da explicação", conformando um *paradigma da interdisciplinaridade* (cf. OST, 1993:544 e item 1.3 *supra*; em sentido similar, cf. *e.g.* RAZ, 1979:156 e PERRY, 1994:121ss). É por essas razões, além daquelas anotadas em nota de rodapé ao apresentarmos o Critério da Distinção (cf. item 2.4 *supra*), que não há maior utilidade na (tradicional) separação entre <<efeitos jurídicos>> e <<efeitos sociais>>.

2.5.6. Função como Competência.

Um dos usos freqüentes da palavra função no Direito Público é o de "atribuição ou competência ou encargos de um órgão, por exemplo, esse órgão tem a função de fiscalizar as construções" (MEDAUAR, 2000:124s). O que se quer significar nesses casos é que a ordem jurídica reconhece a um determinado agente certos poderes específicos de regulamentação ou conformação jurídica, especificando os limites em que ele pode exercê-lo ("a própria idéia de competência está indicando a existência de normas que regulam tal âmbito de atribuições" – VANOSSI, 1983:15).

Daí já se percebe que o sentido antes mencionado de função como atividade (item 2.5.1) vincula-se ao sentido ora analisado de função como competência: se há diferença entre ambos é o fato deste representar o reconhecimento normativo da capacidade de exercício daquele. Dizendo de outra forma, o exercício do Poder que se revela função como atividade pressupõe, no contexto de um Estado de Direito (princípio da legalidade), que a titularidade daquele Poder e a finalidade do seu exercício tenham sido previamente reconhecidas e delimitadas por uma norma jurídica (atribuição de competência) (cf. MIRANDA J., 2002:262ss).

Uma aplicação especialmente relevante do conceito de função como competência no âmbito do Direito Constitucional é aquela que o associa ao *Poder Constituinte*:

"(...) na noção [de Poder Constituinte] que a partir do Abade Sieyès tem se difundido, é evidente que o mais importante é o descobrimento da função do Poder Constituinte. Este conceito aparece nos momentos em que o Racionalismo e os começos do Constitucionalismo impõem a idéia da separação dos poderes. Era óbvio que não podia haver uma distribuição do poder sem a pressuposição da existência de um poder superior, que praticasse essa distribuição (...). Se ubicarmos o tema no nível da função, dizemos que o Poder Constituinte é aquele que participa da criação e distribuição das competências supremas do Estado e veremos que cada vez que existe uma redistribuição ou uma reformulação dessas competências é evidentemente mais uma manifestação do Poder Constituinte." (VANOSSI, 1983:11s)

A idéia que norteia essa concepção é a de que o Poder Constituinte, tanto quanto "o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", representa um dos "órgãos do Estado com

competência determinada, com funções próprias" (cf. FERREIRA FILHO, 2005b:108), relacionadas precipuamente à organização e distribuição de Poder⁸⁴.

Essa abordagem não parece suscitar maiores dificuldades no caso do chamado "Poder Constituinte *instituído*, ou Poder Constituinte *derivado*", ao qual a própria constituição atribui a competência de rever, modificar e complementar a constituição nas condições em que especifica (cf. FERREIRA FILHO, 2005b:108ss). Como diz Vanossi, "o Poder Constituinte, que atua na etapa de Reforma ou Revisão, é uma competência, é mais uma manifestação de aplicação da própria legalidade prevista por aquele Poder Constituinte inicial" (VANOSSI, 1983:15; cf. também TAVARES A., 2006:30).

Já no que toca ao Poder Constituinte originário, ao contrário, não há, em princípio, norma jurídica positiva anterior que estabeleça sua competência, ou, quando há, tal Poder, por definição (não seria Poder Constituinte <<originário>> de outra forma)⁸⁵, *rompe* (total ou parcialmente) as amarras existentes (*bootstrapping*), extrapolando aquelas que a rigor eram as suas atribuições *legais* (cf. VANOSSI, 1983:20s, ELSTER, 1993:57ss e CANOTILHO, 2003:1452s)⁸⁶. Assim sendo, se se quiser falar em *função* quando se trata do Poder Constituinte originário, há de ser num sentido muito especial de função, um sentido em que a competência de onde surge tal Poder e os limites de sua atividade *não* estão (ao menos não inteiramente) estabelecidos no Direito *positivo*. Por conta disso, Celso Ribeiro Bastos, após percorrer as lições de Sieyès e de Vanossi, conclui que a concepção do Poder Constituinte como função é, em última instância, uma visão *jusnaturalista* (cf. BASTOS, 1988:142s).

Por si só, o sentido de função como competência não parece útil para a compreensão do conceito de função da constituição: a constituição não é um agente ao qual o Direito positivo atribua poderes de regulamentação ou conformação jurídica. Por outro lado, como visto, a aplicação desse sentido ao estudo do Poder Constituinte invoca o jusnaturalismo, no sentido de que limites extra-positivos são postos à sua atividade. Essa forma de pensar insinua uma

⁸⁴ "Existe uma função constituinte, e, uma vez que existem os poderes constituídos existe algo ou alguém ou um ato que fez distribuição do Poder. Não podemos entender o funcionamento dos poderes ordinários, se não aceitamos a preexistência de um órgão ou um Poder que cumpriu uma função consistente em organizar e distribuir tais poderes ordinários" (VANOSSI, 1983:19).

⁸⁵ É nessa linha o argumento de FERREIRA FILHO (2005b:164) para sustentar que a Constituição Brasileira *não* foi produzida por um Poder Constituinte originário.

⁸⁶ No trabalho citado, Elster analisa detidamente o fenômeno do *bootstrapping* nas convenções que produziram as Constituições americana de 1789 e francesa de 1791, especulando que talvez uma das razões da longevidade da primeira e da brevidade da segunda se deva ao fato de que os americanos, ao contrário dos franceses, não romperam inteiramente com a ordem jurídica anterior (cf. especialmente ELSTER, 1993:82s).

linha de resposta à questão acima mencionada acerca de qual seja a finalidade de toda e qualquer constituição (cf. item 2.5.5 *supra*): a finalidade que se atrela aos (ou que decorre dos) limites <<superiores>> postos à atividade do Poder Constituinte. Retomaremos o tema adiante (cf. capítulos 3 e 6 *infra*)⁸⁷.

2.5.7. Função como Relação de Referência Normativa.

A função como relação de referência normativa diz respeito, conforme observa Canotilho no excerto que estamos adotando como roteiro de exposição, a uma relação entre *fim* e *efeito* de uma norma, em que este leva àquele. Assim, no próprio exemplo do mestre português acima transcrito: os *efeitos* jurídicos típicos das normas de competência são a delimitação e a distribuição do exercício do Poder por vários órgãos, com o que se pode estar a alcançar o *fim* de proteção dos cidadãos. A relação de referência entre este fim e aquele efeito (o fim é alcançado *através* do efeito) dá à norma a sua *função*.

Uma das principais implicações dessa concepção de função é a de permitir sustentar – em sentido oposto aos que pensam haver uma correspondência direta entre efetividade da norma e realização da sua função (cf. *e.g.* BARROSO, 2003:85) – que uma norma, mesmo quando efetiva, não necessariamente desempenha sua função, entendida nos termos de relação de referência.

Assim, por exemplo, uma norma de competência que delimite e distribua o exercício do Poder será em princípio considerada uma norma efetiva. Mas não terá cumprido sua <<função de proteção>> (no sentido de relação de referência) se não resultar daí uma proteção aos cidadãos contra os abusos do Poder.

Na mesma linha, o seguinte exemplo de Óscar Correias: as normas que reprimem o narcotráfico podem ser efetivas, no sentido de que são aplicadas por todos os órgãos

⁸⁷ Desde logo se observe, porém, que, ao contrário do que sugere Bastos, não é necessariamente <<jusnaturalista>> a idéia da existência de limites extra-positivos ao Poder Constituinte. Canotilho, por exemplo, registra que "as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos **princípios de justiça** que, independentemente da sua configuração (como princípios *suprapositivos* ou como princípios supraleais mas *intra-jurídicos*) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a **princípios de direito internacional** (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância dos direitos humanos)" (CANOTILHO, 2003:81).

competentes "em todas as oportunidades em que se detecta o tráfico", mas, não obstante isso, na medida em que o comércio ilegal de drogas permaneça existindo, a norma fracassa em atingir o "objetivo político" almejado pelo seu produtor, o qual (supostamente) era o de fazer desaparecer tal negócio ilícito (cf. CORREAS, 1994:210)⁸⁸.

Marcelo Neves dá outro exemplo: uma lei antiinflacionária pode ser efetiva, no sentido de ser de fato integral e generalizadamente aplicada e obedecida, mas não terá alcançado os objetivos pretendidos (relação de referência) se os índices de inflação não forem reduzidos na medida do esperado (cf. NEVES, 1994:47)⁸⁹.

Nos dois exemplos, dir-se-ia que, embora efetivas (no sentido de *eficácia social* – cf. item 2.5.4 *supra*), as normas não desempenharam suas respectivas funções já que a relação de referência entre fins e efeitos restou frustrada. Correias diria que as normas em questão não foram *eficientes* (cf. CORREAS, 1994:231s). Ou seja, os efeitos produzidos pelas normas – embora em princípio sendo exatamente aqueles para os quais elas se voltavam – não foram suficientes ou adequados para que fossem alcançados os fins que se imaginava com eles ser possível alcançar. Daí que um autor como Atienza sustente que "a **eficácia** [no sentido de efetividade cf. item 2.5.4 *supra*] de uma lei não é o mesmo que sua **eficiência social**: é possível que os destinatários – particulares e autoridades – cumpram pontualmente com o estabelecido mas que, sem embargo, não se alcancem os objetivos previstos" (ATIENZA, 1993:223).

⁸⁸ O exemplo de Correias ajuda a compreender a concepção de função como relação de referência, mas não foi formulado com tal propósito – o autor quer com ele diferenciar efetividade de eficácia, entendida esta como a consecução dos *objetivos políticos* perseguidos pelo produtor normativo. Sobre o teor do exemplo, vale registrar que há quem sustente que as normas penais que tratam de temas como o narcotráfico têm, em verdade, o efeito de *recrudescer* a criminalidade. Nessa linha, Paulo de Souza Queiroz, nas conclusões de sua monografia sobre as "Funções do Direito Penal", assevera: "Prevenir comportamentos delituosos nem sempre significa, portanto, apelar ao direito penal, pois, não raro, sua intervenção se revela criminógena, contraproducente aos fins visados. Prevenir significa, em tais casos, contrariamente, renunciar à intervenção jurídico-penal, pois que se carece de adequação lógica entre *meio* e *fim*. Exemplo desse efeito contraproducente ou criminógeno da pena é a política de controle do tráfico ilícito de entorpecentes e da contravenção do 'jogo do bicho', pois a violência inerente a tais atividades é, em verdade, fruto da intervenção penal mesma. A abolição do direito penal em tais atividades e noutras tantas é uma exigência de racionalidade, que deve sempre presidir os atos do Estado" (QUEIROZ, 1999:109). Marcelo Neves, apoiado em Wolfgang Schild, menciona a existência de pesquisas que também apontam uma *função criminógena* da lei penal, como nas "situações em que a atuação coercitiva do aparelho estatal contra a criminalidade juvenil leva a estreitar os laços entre os respectivos jovens, que, em reação, passam a praticar atos puníveis mais graves" (NEVES, 1994:48). Essa idéia de que há (ou pode haver) descompasso entre os objetivos racionalmente perseguidos através da norma e os efeitos concretos que ela de fato produz na realidade é central para as abordagens funcionais do Direito. Voltaremos a ela em outros pontos do trabalho.

⁸⁹ Neves utiliza as palavras eficácia e efetividade com sentido exatamente oposto ao de Correias: para Neves, *efetividade* é o termo que alude aos objetivos perseguidos pelo produtor normativo. Assim, ele diz que a lei antiinflacionária é efetiva se logra reduzir os índices de inflação, inefetiva se eles não se alteram e antiefetiva se eles aumentam (NEVES, 1994:46s).

Da mesma forma, ainda que as normas sejam efetivas e os fins em questão sejam alcançados, poder-se-ia dizer que elas não cumpriram suas funções se não houver relação de referência entre ambos os fatos – ou seja, se o narcotráfico deixar de existir ou se a inflação se reduzir por motivos que não possam ser relacionados àquelas normas. Somente quando ao produzir os seus efeitos as normas contribuem para que sejam alcançados os fins a elas referenciados – ou, no dizer de Marcelo Neves, quando houver "implementação do 'programa finalístico' que orientou a atividade legislativa, isto é, a concretização do vínculo meio-fim que decorre abstratamente do texto legal" (NEVES, 1994:46) – é que se poderá afirmar ter sido cumprida a função de cada norma no sentido de relação de referência.

No que interessa mais de perto ao nosso trabalho, importa notar uma associação do sentido de função como relação de referência normativa com o sentido de função como os efeitos que são *necessários* para que certas finalidades sejam alcançadas (cf. itens 2.5.2 e 2.5.5 *supra*). Permanecemos no escuro, no entanto, quanto a quais sejam as <<finalidades>> (fins intrínsecos) com referência às quais fixaríamos as funções da constituição (cf. item 2.5.5 *supra*). Os exemplos de Correias e de Neves acima mencionados sugerem pensar tais finalidades como aquelas intencionadas pelo legislador (seus *objetivos políticos*), o que nos aproxima da idéia de função da constituição de que tratamos no item 2.5.4 *supra* (embora aqui talvez mais precavidos quanto à possibilidade de uma eventual distinção entre os *efeitos* da norma e os *objetivos* do orador normativo). Mas já vimos que a intenção do orador normativo (perspectiva subjetiva) não é necessariamente a única forma de tratar das funções da constituição, sendo possível abordar o tema desde um ângulo externo (perspectiva objetiva) (cf. item 2.5.5 *supra*). Voltaremos ao tema mais à frente no trabalho (cf. capítulo 3 *infra*).

2.5.8. Função Social da Propriedade.

Não precisamos endereçar aqui as muitas controvérsias que envolvem o conceito de função social da propriedade. Basta-nos registrar seu sentido geral como estando vinculado à idéia de que a *propriedade*⁹⁰ "não é simplesmente um direito, mas um estado que implica encargos

⁹⁰ A qual pode ser entendida de forma abrangente, o que implica falar, por exemplo, com o mesmo sentido, em função social *dos bens de produção*, função social *da empresa* e função social *do poder econômico* (cf. e.g. COMPARATO, 1986:75ss). Indo ainda mais longe: "Mas, se por 'função social' deve-se entender 'submissão aos imperativos de justiça social', então tem-se como decorrência a constatação de que todo direito fundamental e não somente o direito de propriedade possui uma função social" (BARZOTTO, 2003:199s).

sociais" (CUNHA, 2004:248). Pode-se, desde essa perspectiva, entender a função social da propriedade como uma espécie de *dever-poder* (item 2.5.1 *supra*) do proprietário⁹¹, ao qual, na condição de "procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora não pertençam a todos" (FERREIRA FILHO, 2005a:359), incumbe dar à propriedade destino alinhado com o chamado "interesse social" (cf. TAVARES A., 2006:597).

Na esteira da idéia de função social da propriedade, o Código Civil de 2002 estabelece que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da *função social do contrato* (artigo 421)⁹². Trata-se, de fato, de conceitos análogos, ou seja, assim como a função social da propriedade, também a função social do contrato "representa um poder-dever positivo, exercido no interesse da sociedade", apontando ambas para um ideal de "solidariedade social", em que proprietários e contratantes são chamados a contribuir para o "bem comum" (cf. LOUREIRO, 2002:55ss).

Algumas perguntas relacionadas a esse sentido de *função social* podem ser formuladas no contexto de nosso trabalho:

- (1) Falar em <<função da constituição>> é o mesmo que falar em <<função social da constituição>>?

⁹¹ "[A] noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um *poder-dever* do proprietário, sancionável pela ordem jurídica" (COMPARATO, 1986:75).

⁹² Não se deve confundir a noção de função social do contrato com o objeto daquilo que alguns autores chamam de "análise funcional do negócio jurídico", ou seja, a *causa* (cf. MIRANDA C., 1991:155). Há, sobre a causa, duas grandes correntes doutrinárias, acerca das quais não cabe aqui mais do que um breve registro: as teorias *subjetivistas* e as teorias *objetivistas*. Para as primeiras, a causa corresponde aos fins típicos, impessoais e invariáveis do negócio jurídico desde a perspectiva de uma das partes: assim, por exemplo, na venda de um imóvel, a causa é sempre a obtenção do preço, independentemente das razões circunstanciais que possam em cada caso levar alguém a desejar celebrar o negócio. Para as segundas, a causa corresponde à função típica do negócio jurídico, determinada desde uma perspectiva abrangente (em oposição à visão unilateral atribuída à primeira corrente doutrinária) – assim, no caso da compra e venda, por exemplo, a causa é sempre a permuta do domínio pleno da coisa por um correspondente pecuniário (o preço) (cf. MIRANDA C., 1991:156s). No Brasil, ao contrário de outros países, o Código Civil *não* estabelece a causa como elemento essencial do negócio jurídico, tendo prevalecido entre nós o entendimento da equivalência entre *causa* e *objeto* (para uma crítica, cf. MIRANDA P., 2000:126ss). Interessante notar que a causa do negócio jurídico tem caráter *perene*: enquanto a função social das instituições jurídicas é algo que pode mudar (até desaparecer) ao longo do tempo, sobretudo quando as relações socioeconômicas numa dada sociedade se alteram (cf. RENNERT, 1904:74ss e 252ss), a idéia de causa do negócio jurídico tende a ser imutável ("a causa da compra e venda tem sido sempre a mesma – troca da propriedade por preço – desde que se elaborou a noção de causa" – FERRARI V., 1989:108).

- (2) Quando empregado na análise funcional da constituição, o adjetivo *social* tem o mesmo sentido que possui nas expressões função social da propriedade e função social do contrato?
- (3) Há outras espécies de função da constituição que não função *social* – e.g. função *econômica*, função *jurídica*, função *política*?

A maior parte dos constitucionalistas não aborda essas questões, limitando-se a falar em <<funções da constituição>>, sem os adjetivos *social*, *política*, *econômica* ou *jurídica*.

Há autores, porém, que se socorrem de um ou mais desses adjetivos para denominar certas funções. É o caso, por exemplo, de Jorge de ESTEBAN (1976:11ss), para quem as constituições exercem tanto uma função *política*⁹³, quanto uma função *jurídica*⁹⁴, além de outras quatro funções (legitimadora, organizativa, ideológica e transformadora). As denominações que Esteban emprega, no entanto, parecem-nos inadequadas, pois induzem crer que essas últimas quatro funções têm uma natureza diferente das duas primeiras, o que claramente não é o caso⁹⁵. Em outras palavras, ao contrário do que a nomenclatura de Esteban sugere, *todas* as funções da constituição de que ele trata têm, tanto quanto aquela que ele chama de função política, um certo viés *político*⁹⁶, referentes que são (direta ou indiretamente) a questões relacionadas ao Poder⁹⁷. Isso para não falar da possibilidade de que todas sejam mais adequadamente entendidas como funções *jurídicas*, na medida em que atribuídas a um diploma normativo⁹⁸.

⁹³ Consistente (a) na atribuição da titularidade da soberania; (b) na fixação normativa das condições de acesso ao e de transmissão do Poder; (c) na definição do sistema de partidos políticos (partido único, pluralismo político limitado ou pluralismo generalizado); (d) na limitação do Poder através da garantia dos Direitos Fundamentais e da criação de controles entre os diversos órgãos do Poder (não apenas pela separação de poderes, mas também através de controles inter e intra-orgânicos); e (e) no papel de instrumento integrador da sociedade (ESTEBAN, 1976:25ss).

⁹⁴ Para esse autor, a constituição desempenha função jurídica (a) ao "traçar os limites gerais do Direito de um país", o que inclui "não somente as linhas mestras do ordenamento jurídico", mas também a determinação do conteúdo da legislação ordinária, na medida em que prescreva ou proíba certo conteúdo normativo; (b) ao promover a "indicação dos órgãos e procedimentos para legislar"; e (c) ao estabelecer uma "estrutura hierárquica das normas do Estado", nos moldes kelsenianos, no sentido de que, enquanto "norma suprema", derivam "hierarquicamente" da constituição "todas as demais" normas (ESTEBAN, 1976:33).

⁹⁵ A função de organização, por exemplo, diz respeito à fixação da forma de Estado (centralizado ou descentralizado), da forma de governo (monarquia, república, autocracia ou ditadura) e do regime político (presidencial, parlamentar, misto) (ESTEBAN, 1976:30).

⁹⁶ Inclusive, em alguma medida, a função que ele chama de *jurídica*, a qual abrange a distribuição de competências legislativas.

⁹⁷ O que é mesmo muito natural, haja vista ser a constituição, na consagrada lição de Burdeau, o *estatuto do Poder* (cf. MIRANDA J., 2002:346).

⁹⁸ Na lição de Novelli, antes já citada, a função do ato administrativo corresponde ao seu *efeito jurídico* típico, entendido este como uma "modificação da realidade jurídica preexistente ao ato" (cf. NOVELLI, 1960:20s).

Atenta a esses aspectos é a classificação das funções da constituição de Manuel Gonçalves Ferreira Filho: há, para ele, de um lado, a "função estritamente jurídica" (função de dar fundamento à ordem jurídica), e, de outro, as "funções político-jurídicas, quiçá essencialmente políticas" (função de garantia, função organizativa, função limitativa, etc.) (FERREIRA FILHO, 2003:63). Observe-se, porém, que *Política* é termo bastante abrangente, de escopo não facilmente determinável – como diz Duverger, "tudo - ou quase tudo – é parcialmente político, nada – ou quase nada – é totalmente político" (DUVERGER, 1973:18). Ademais, ao contrário do passado, as constituições não têm hoje preocupação exclusiva com a <<Política>> em sentido estrito, apresentando raio de ação muito mais amplo⁹⁹. Há de se ter cuidado, portanto, no emprego desse vocábulo quando o objetivo for classificar *tipos* de funções da constituição.

Diferente das citadas é a abordagem de Marcelo Neves. O mestre pernambucano distingue, de um lado, a *função social* da constituição (institucionalização dos Direitos Fundamentais e estabelecimento do Estado Social), a qual define como "relação da Constituição moderna, enquanto subsistema do Direito, com a sociedade como um todo", e, de outro, a *prestação política* da constituição (regulação do procedimento eleitoral e divisão de poderes), entendida como "relação específica do Direito constitucional com o sistema político" (NEVES, 1994:69). Essa distinção entre *função* e *prestação* da constituição baseia-se, porém, na teoria dos sistemas de Luhmann, especialmente na sua concepção da *diferenciação funcional* dos sistemas sociais¹⁰⁰, não sendo conveniente, portanto, adotá-la fora de tal contexto¹⁰¹.

Assim entendida, a expressão *função jurídica* talvez seja de limitado alcance, posto que é possível, conforme vimos acima, que as normas jurídicas produzam efeitos que são relevantes (inclusive para o seu estudo *jurídico*) mas que não propriamente modificam a realidade jurídica preexistente (como no caso da *legislação simbólica*).

⁹⁹ O próprio Ferreira Filho menciona, por exemplo, no âmbito daquilo que chama de "função conformadora da ordem sociopolítica", que certos Direitos Fundamentais garantidos pela constituição "além de traçarem limites à ação governamental (...), estabelecem as bases da ordem social e econômica" (FERREIRA FILHO, 2003:67). Ou seja, para além de uma característica propriamente política (limitação do Poder), tais direitos têm também uma dimensão funcional que talvez fosse mais bem descrita como *socioeconômica*. Aliás, no seu consagrado *Curso de Direito Constitucional*, Ferreira Filho reserva todo um capítulo para tratar do tema da "Constituição Econômica", marca do constitucionalismo contemporâneo que, segundo o autor, contribui para diferenciá-lo do constitucionalismo moderno, o qual "descarta do elemento econômico" porquanto "sua preocupação é [exclusivamente] com o político" (FERREIRA FILHO, 2005a:347).

¹⁰⁰ "Para Luhmann, a sociedade sempre foi uma rede de comunicações. Entretanto, os modos de organização dessa rede variaram historicamente. (...) Evolução é o resultado de um processo constante de variação, seleção e estabilização de estruturas. A chave do modelo evolutivo de Luhmann reside na noção de diferenciação social. A diferenciação social teria observado pelo menos quatro distintos estágios: diferenciação segmentaria [e.g. gênero e idade], diferenciação centro/periferia [e.g. campo e cidade], diferenciação estratificada [e.g. nobre/plebeu, cidadão/escravo] e diferenciação funcional (...) (com a estabilização de sistemas especializados, como o direito, a política e a economia)" (CAMPILONGO, 2002:23s).

Não obstante, a abordagem de Neves explicita o sentido de função <<social>> do Direito como se referindo à função do Direito <<na sociedade>>, ou seja, função social como os efeitos relevantes que o Direito produz no meio social em que se insere. Com este sentido abrangente (toda sorte de efeito das normas jurídicas pode nele estar contido, inclusive efeitos <<jurídicos>> *stricto sensu*)¹⁰², distinto do sentido técnico-jurídico específico que o mesmo vocábulo encontra em expressões como <<função social da propriedade>> ou <<função social do contrato>> (*dever-poder*), pode-se certamente pensar a expressão <<função social da constituição>> como equivalente à expressão genérica <<função da constituição>>.

Sendo assim, podemos agora responder às três questões acima mencionadas, na ordem:

- (1) Sim, desde que se atribua ao adjetivo social um sentido abrangente (meio social globalmente considerado).
- (2) Não. Ali ele alude a uma espécie de dever-poder (cf. item 2.5.1 *supra*), aqui ao meio social.
- (3) Se se tomar *função social* como o gênero, adjetivos como *política*, *econômica* e *jurídica* podem eventualmente ser utilizados para denominar espécies. Deve-se cuidar, no entanto, para evitar induzir conclusões equivocadas (como no caso de Esteban) e, ao mesmo tempo, não se perder de vista os múltiplos campos de preocupação constitucional (como no caso de Ferreira Filho).

2.6. Recapitulação Sumária e Critério Adicional (Dimensão).

No balanço das informações apreendidas no percorrer dos múltiplos sentidos de função no Direito Constitucional, parece possível afirmar que identificamos (preliminarmente) *duas*

¹⁰¹ Assim nos adverte o próprio mestre alemão: "Além da *função* do direito tem-se que distinguir as *prestações* que proporciona o direito a seu entorno intrasocial e, sobretudo, as *prestações* que proporciona a outros sistemas sociais. A função surge da referência que se faz ao sistema sociedade considerado como unidade. Para uma função determinada, o sistema jurídico é algo específico: trata-se, como se disse, de que se pode confiar em determinadas expectativas como expectativas (não como prognósticos de comportamento). Sem embargo, a esta função se podem enlaçar outras expectativas que resultam das prestações (mais ou menos importantes) e mais ou menos difíceis de que sejam substituídas no entorno intrasocial. Somente sob o regime da diferenciação funcional esses dois aspectos, função e prestação, podem ser diferenciados" (LUHMANN, 1993a:214).

¹⁰² Perceba-se que esse sentido de <<função social>> não necessariamente se restringe à abordagem funcional objetiva (cf. item 2.5.3 *supra*), podendo muito bem ser empregado para aludir, por exemplo, a funções da constituição fixadas desde o prisma dos indivíduos que vivem na sociedade (nessa linha, cf. *e.g.* FERRARI V., 1989), quanto funções relacionadas aos efeitos da constituição sobre outras normas jurídicas (nessa linha, cf. *e.g.* RAZ, 1979:163ss).

linhas de abordagem do sentido de função, as quais contribuem para formas diferentes de pensar o conceito de <<função da constituição>>:

- (i) abordagem funcional subjetiva (normativa ou teleológica – ponto de vista interno): a função da constituição como os efeitos ou os objetivos *visados pelo orador normativo* (tipicamente, mas não necessariamente, o legislador constituinte) (cf. especialmente os itens 2.5.4, 2.5.5 e 2.5.7 *supra*); e
- (ii) abordagem funcional objetiva (sociológica – ponto de vista externo): a função da constituição como os efeitos que a constituição deva produzir que são *necessários* para que *certas finalidades* sejam alcançadas no meio social (independentemente, em princípio, das específicas intenções de um agente em particular); quais sejam essas finalidades, no entanto, é questão que aqui ficou em aberto (cf. especialmente os itens 2.5.5, 2.5.6 e 2.5.7 *supra*).

Em cada qual dessas duas linhas de abordagem, conforme aplicável, hão de ser consideradas também as seguintes importantes idéias apreendidas no estudo dos sentidos de função no Direito Constitucional:

- (1) A lógica da análise funcional é o encadeamento entre meios e fins. Há de se estabelecer um ponto final nessa linha da concatenação. Deve-se atentar para não colocar no mesmo nível o que é estágio intermediário (fim relativo) e o que é estágio final (fim intrínseco) (cf. item 2.5.2 *supra*).
- (2) Ao tratar das funções da constituição, convém atentar para não confundir entre *o modo de produzir resultados* (i.e. o meio pelo qual a constituição opera, como, por exemplo, impondo linhas de ação ao Estado) e *os resultados em si mesmos* (i.e. o que resulta do meio pelo qual a constituição opera, como, por exemplo, a modificação da realidade que possa derivar da imposição de linhas de ação ao Estado) (cf. item 2.5.2 *supra*).
- (3) O estudo funcional compreende uma dimensão individual e uma dimensão coletiva, devendo o cientista cuidar para não restringir sua análise à

unidimensionalidade, sob pena de uma incompleta percepção funcional da constituição (cf. item 2.5.3 *supra*).

- (4) A expressão <<função da constituição>> somente deve ser tida como sinônima da expressão <<função social da constituição>> se se tomar o adjetivo social de forma bastante abrangente (item 2.5.8 *supra*).

A terceira assertiva acima sugere a conveniência de se acrescentar mais um <<critério>> para a avaliação do conceito de função da constituição, ao lado dos já citados Critérios da Distinção e da Capacidade (item 2.4 *supra*): o *critério dimensional*, vale dizer, o requisito de que o que se toma por *função* da constituição abranja efeitos ou conseqüências pertinentes tanto à coletividade, quando às pessoas em particular. Falaremos também, assim, doravante, no *Critério da Dimensão*.

Antes de colocar os estudos funcionais da constituição à prova de qualquer dos critérios identificados neste capítulo, no entanto, convém resolver a questão que ficou em aberto: qual a finalidade intrínseca (fim último) que orienta a atribuição de função à constituição? É da resposta a essa pergunta que definiremos os *modelos de compreensão* a serem analisados no presente trabalho. Esse o desiderato do próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

MODELOS DE

COMPREENSÃO

3.1. Modelos de Compreensão – Teoria.

O estudo conduzido no capítulo anterior sugeriu, em caráter preliminar, a existência de *dois* sentidos diferentes que a palavra <<função>> pode apresentar quando empregada na análise funcional da constituição: uma relacionada aos efeitos ou objetivos *visados pelo orador normativo* (abordagem funcional subjetiva, ponto de vista interno), outra aos efeitos que são *necessários* para que *certas finalidades* sejam alcançadas (abordagem funcional objetiva, ponto de vista externo).

Partindo destas idéias, o propósito deste capítulo é apontar os *modelos de compreensão* funcional da constituição que avaliaremos no transcurso do presente trabalho. Para tanto, no processo de resposta à questão que ficou em aberto no capítulo anterior – *qual (ou quais) a(s) finalidade(s) intrínseca(s) (fim último) que pode(m) orientar a atribuição de funções à constituição?* –, combinaremos os dois sentidos identificados para o termo função com outros conceitos pertinentes ao estudo funcional, de tal sorte que, ao final, possamos delinear os modelos a serem considerados, os quais examinaremos em detalhes nos próximos capítulos.

Convém esclarecer, desde logo, no entanto, que, por <<modelos de compreensão>>, expressão que emprestamos livremente de Canotilho¹⁰³, queremos referir tão apenas ao conjunto básico de idéias compartilhadas em cada grande linha de abordagem funcional (estruturas teóricas). Os modelos devem ser assim entendidos como <<tipos ideais>>, resultados de um esforço de agrupamento classificatório de distintas possibilidades de abordagem funcional da constituição que almeja fundamentalmente permitir e racionalizar sua avaliação teórica conjunta no espaço do presente trabalho. Isso significa, em especial, que a

¹⁰³ Canotilho usa a expressão no seguinte contexto: "Os temas centrais do constitucionalismo, são, pois, a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades*. Procuraremos captar estes temas através de modelos teóricos – o *modelo historicista*, o *modelo individualista* e o *modelo estadualista*. (...) O que se pretende agora é fornecer *modelos de compreensão* das palavras e das coisas que estão na gênese do constitucionalismo moderno. Se o *constitucionalismo* é uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, parece aceitável a abordagem desta teoria através de *modelos*, isto é, estruturas teóricas capazes de explicar o desenvolvimento da idéia constitucional" (CANOTILHO, 2003:54).

classificação exemplificativa de teorias jurídicas e sociais num ou noutro modelo se fará mais por uma afinidade de elementos centrais do que por uma identidade perfeita, a qual aqui não se alegará.

Dito isso, podemos passar ao desenvolvimento do presente capítulo, estruturado da seguinte forma: trataremos, inicialmente, dos conceitos complementares aos sentidos de função que entendemos necessários para a resposta da questão posta e conseqüente construção e identificação dos modelos (espécies de teleologia e de função, sistemas de referência e finalidades intrínsecas); a seguir, com base nessas considerações, indicaremos quais são os (três) modelos a serem considerados.

3.2. Espécies de Teleologia.

No capítulo anterior observamos, citando McLaughlin, que o *status* da análise funcional nas ciências está relacionado ao <<problema da teleologia>> (item 2.5.2). Essa questão tem a ver de perto com a lógica meio-fim da análise funcional: na medida em que *toda* função atrela-se a um fim último ou fim intrínseco, *toda* explicação funcional é, por definição, *teleológica* em algum sentido. Mas que sentido é esse?

Para responder essa pergunta, convém antes, ainda que muito brevemente, indicar *porque* a teleologia é citada como um (possível) <<problema>> para o *status* da análise funcional nas ciências¹⁰⁴.

Acredita-se, em geral, que a "noção de teleologia surgiu muito provavelmente como resultado da reflexão do homem sobre as circunstâncias ligadas às suas próprias ações voluntárias. O resultado antecipado de suas ações pode ser visto pelo homem como o objetivo ou propósito para o qual ele direciona sua atividade" (AYALA, 1970:38s). Sair da sala, por exemplo, é o <<telos>> (*objetivo* ou *propósito*) do meu ato de caminhar até a porta (ação), sendo possível explicar este por aquele (ou seja, aquele é a *causa* deste)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Para análises mais detalhadas da relação entre teleologia e análise funcional, cf. o trabalho citado de McLaughlin, especialmente o capítulo 2 (McLAUGHLIN, 2001:16ss), e os artigos de AYALA (1971:29ss), RUSE (1986:146ss) e CUMMINS (2002:157ss).

¹⁰⁵ Pode-se distinguir, nesse contexto, *fim* e *finalidade* (*telos*): "Fim é a extremidade física de algo (*eskhaton*, em grego), o término de um lapso de tempo, ou o ponto de chegada de um percurso (*horos*, de onde nos veio horóscopo). Já a finalidade (*telos*) apresenta dois sentidos. Ela é, de um lado, a utilidade de uma coisa, aquilo

Tal qual explica suas ações e criações *teleologicamente*, o homem durante muitos séculos julgou possível explicar também, de forma análoga, os *fenômenos naturais*: buscava-se, então, conhecer (e dominar) a natureza através do "estudo das intenções de Deus na criação do mundo e das várias coisas nele" (McLAUGHLIN, 2001:16)¹⁰⁶. Falava-se, assim, por exemplo, que "Deus deu asas para os pássaros para que eles possam voar e deu rins ao homem para regular a composição do seu sangue" (AYALA, 1970:29ss).

Com o advento da *Revolução Científica*, no entanto, (muitos) intelectuais e (alguns) pesquisadores passaram a *rejeitar* as explicações dos fenômenos naturais baseadas em supostas intenções divinas¹⁰⁷. Dentre outras coisas, eles acreditavam que as explicações teleológicas eram cientificamente inadequadas por expressarem a "crença de que [na natureza] eventos futuros são agentes ativos de sua própria realização", vale dizer, a crença (de lógica absurda) de que o que acontece *depois* (e.g. os pássaros voarem) é a *causa* do que aconteceu antes (e.g. os pássaros terem asas) (cf. AYALA, 1970:38)¹⁰⁸.

Pois bem, na medida em que toda explicação funcional é teleológica em algum sentido, e na medida em que, pelas razões expostas, os cânones científicos modernos de há muito se opõem à teleologia, resta claro porque o *status* da análise funcional nas ciências tem diante de si o

para o que ela serve; de outro, fala-se também em finalidade, em referência ao ser humano, para indicar o escopo de uma ação, ou o objetivo de toda uma vida" (COMPARATO, 2006:695).

¹⁰⁶ "A idéia de que existe algo assim como um fim ou propósito da vida [teleologia] é proeminente na visão aristotélica da natureza (e da ética), e na tradição cristã" (BLACKBURN, 1996:374).

¹⁰⁷ Descartes, por exemplo, pregava, em 1644: "E finalmente então no que concerne às coisas naturais, nós não empreenderemos quaisquer arrazoados com base nos fins que Deus ou a natureza se propuseram na criação dessas coisas, [e nós rejeitaremos inteiramente de nossa filosofia a busca pelas causas finais], porque não devemos ser presunçosos a ponto de pensar que somos confidentes de Suas intenções" (*apud* McLaughlin, 2001:21). É interessante observar, porém, que a relação entre teleologia e a ciência moderna é "mais complexa do que como normalmente é contada", o que significa que embora desde os séculos XVII e XVIII os filósofos pregassem o abandono das explicações teleológicas, os cientistas, na prática, relutavam em fazê-lo, notadamente por falta de uma fonte melhor de explicação (cf. McLAUGHLIN, 2001:20ss). Michael Ruse, por exemplo, menciona um trabalho de anatomia de 1834 no qual os mecanismos que impedem o bebê canguru de sufocar com o leite materno são descritos como "evidência irrefutável de projeto criativo" (RUSE, 1986:147). Francisco Ayala cita conclusões similares de um estudo de 1836 sobre a anatomia do olho humano (AYALA, 1970:29). Nesse tocante, bem mais do que Descartes e seus colegas, quem realmente impulsionou (e *viabilizou*) o abandono das intenções divinas como fonte de explicação nas Ciências Naturais foi Darwin, com sua teoria da seleção natural (*A Origem das Espécies* é de 1859) (cf. BLACKBURN, 1996:374). (A referência completa do trabalho citado por McLaughlin é: Descartes, *Principia*, part I, §28; AT 8, pp. 15–16).

¹⁰⁸ A mecânica quântica sugere que essa crença talvez não seja sempre tão absurda quanto parece: "A noção comum de um evento causando outro naturalmente nos inclina a pensar que a causa é anterior e o efeito é posterior. Não é claro, no entanto, porque a ordem causal tem que dessa forma cumprir com a ordem temporal. A possibilidade da causa suceder seu efeito no tempo claramente suscita intrigantes problemas, mas nenhum parece tornar a idéia auto-contraditória, a qual tem sido especulada como uma maneira de lidar com alguns dos fenômenos da mecânica quântica" (BLACKBURN, 1996:34).

<<problema da teleologia>>: ao menos em tese, explicação científica válida é explicação científica *livre* de teleologia.

Nas últimas décadas, no entanto, tem se verificado o que um autor recentemente chamou de "a moderna ressurreição filosófica da teleologia" (cf. PERLMAN, 2004:63). O que isso quer dizer é que, em maior ou menor medida, filósofos e cientistas passaram a aceitar a validade de certas explicações funcionais, em que pese o seu caráter teleológico. Duas correntes de pensamento diferentes patrocinam essa mudança de postura:

- (i) De um lado, muitos biólogos (e outros cientistas naturais) passaram a apontar a existência de um tipo de teleologia, chamada de *teleologia interna* (há quem prefira chamá-la de "teleologia oculta" ou de "teleologia objetiva" – cf. GIDDENS, 1979:127 e ELSTER, 1982:455, respectivamente), que não depende nem implica que eventos passados sejam causados por eventos futuros, tampouco que haja projetos racionais a governar implícita ou explicitamente os fenômenos estudados sob a ótica funcional. Tratar-se-ia, antes, de uma orientação teleológica *natural* de certos sistemas vivos, passível de observação e explicação científica (ponto de vista externo). O biólogo Francisco Ayala explica:

"O conceito de teleologia pode ser estendido, e tem sido estendido, para descrever ações, objetos ou processos que exibem uma orientação a certo objetivo ou estado final. Não se exige necessariamente que os objetos ou processos tendam conscientemente para seus fins específicos, nem que exista um agente externo dirigindo o processo ou o objeto ao seu estado final ou objetivo. Nesse sentido genérico, explicações teleológicas são aquelas explicações onde a presença de um objeto ou de um processo num sistema é explicada pela demonstração de sua relação com um estado ou propriedade específico do sistema para cuja existência ou manutenção o objeto ou o processo contribui." (AYALA, 1970:39)

Inspirados por essas idéias, diversos autores passaram a sustentar, por analogia, a aplicabilidade de abordagens teleológicas nas Ciências Sociais, argumentando, em síntese, que "as instituições sociais demonstram uma teleologia que nem sempre se pode inferir com base nos propósitos dos atores sociais nelas envolvidos" e que "o

elemento teleológico aí presente seja semelhante ao que ocorre na adaptação biológica" (cf. GIDDENS, 1979:127)¹⁰⁹.

Segundo essa corrente de pensamento, portanto, as explicações funcionais, embora teleológicas, são cientificamente válidas, posto haver, nos sistemas vivos (sistemas biológicos e sistemas sociais), uma teleologia *interna* natural e cientificamente observável (ponto de vista externo) que aproveita ao estudo tanto das "partes (de organismos)" quanto das "instituições (de formação social)" produzidas pelo "desenvolvimento biológico" e pela "história social", respectivamente (cf. McLAUGHLIN, 2001:39).

- (ii) De outro lado, adeptos do paradigma da compreensão (cf. item 2.5.5 *supra*) passaram a sustentar que simplesmente nada há de errado em considerar, nas Ciências Sociais, para fins de compreensão da realidade social, os propósitos que motivam os agentes. Ao contrário, segundo acreditam esses autores, "todos os fenômenos sociais (suas estruturas e suas mudanças) são em princípio explicáveis apenas em termos de indivíduos – suas propriedades, objetivos, e crenças" (individualismo metodológico) (ELSTER, 1982:455), o que demanda do cientista <<<ver o mundo>> desde o prisma (dos planos de ação) dos atores sociais (ponto de vista interno). Segundo essa corrente de pensamento, portanto, a explicação funcional nas Ciências Sociais é válida mesmo quando (ou *justamente* porque) recorre àquele tipo de teleologia (em geral refutado nas Ciências Naturais)¹¹⁰ que se usa chamar de *teleologia externa* (há quem prefira chamá-la de "teleologia subjetiva" – cf. ELSTER, 1982:453)¹¹¹, que nada mais é que a (clássica) teleologia das ações humanas voluntárias e conscientes.

¹⁰⁹ Pode-se apontar, com Giddens, "três principais fatores" para explicar "o que atraiu tantos estudiosos para noções ou abordagens funcionalistas [similares àquelas da biologia] no campo das ciências sociais": "Primeiro, o desejo de demonstrar que existe unidade lógica entre as ciências sociais e as naturais, ao menos na medida em que a última lida com sistemas complexos, 'abertos', em vez de sistemas fechados ou conjuntos agregados de elementos. (...) Segundo, é óbvio, a crença de que é proveitoso, na verdade necessário, tratar formas de organização social como unidades integradas de partes que possuem uma relação de interdependência. (...) Terceiro, a crença de que os sistemas sociais manifestam uma 'teleologia oculta', atuante por meio de consequências não-intencionais de ação social" (GIDDENS, 1979:126s).

¹¹⁰ Sobre o progressivo afastamento das Ciências Sociais dos cânones das Ciências Naturais, cf. TAMANAHA, 1997:154ss.

¹¹¹ No presente trabalho preferiremos utilizar as expressões <<teleologia interna>> e <<teleologia externa>>, as quais, conforme adiante melhor se compreenderá, aludem ao <<sistema de referência>> da atribuição funcional (cf. item 3.4 *infra*).

A pergunta antes colocada sobre o sentido em que todas as análises funcionais são teleológicas responde-se, assim, da seguinte forma: no caso do ponto de vista *interno* (abordagem subjetiva), a explicação funcional apresenta uma teleologia *externa*; no caso do ponto de vista *externo* (abordagem objetiva), uma teleologia *interna*. McLaughlin explica:

"No caso da teleologia externa, o fim alcançado (ou ao menos buscado) é o fim desejado por algum agente com intenções externo ao objeto criado ou modificado, e o valor ou bem alcançado ou conferido pelo alcance do objetivo é benéfico para o agente, ao menos na sua perspectiva. (...) Teleologia interna, por outro lado, não pressupõe nem um agente externo nem uma fonte de avaliação externa para o sistema ou processo teleológico; e a ação (interna) envolvida nesses processos teleológicos geralmente não é de qualquer forma intencional. (...) Os objetivos ou fins envolvidos são aqueles do próprio sistema, não aqueles do seu criador, e, de forma similar, a avaliação do objetivo como um 'bem' é feita desde a perspectiva da entidade cujo bem está envolvido, não daquela de algum agente externo." (McLAUGHLIN, 2001:16s)

Dois exemplos simples (e não jurídicos) talvez tornem mais fácil a compreensão dessas idéias: suponha que se pretenda explicar a presença de um quadro na parede e dos corações nos organismos com base em suas respectivas funções: decorar o ambiente e fazer circular o sangue. Ou seja, afirma-se que <<o quadro encontra-se na parede para desempenhar a função de decoração>> e <<o coração encontra-se no organismo para desempenhar a função de fazer circular o sangue>>.

No primeiro caso, tem-se um exemplo de teleologia *externa*: sabe-se que um agente externo (o proprietário do quadro) coloca o elemento estudado (o quadro) no lugar em que ele se encontra (a parede) com um *telos* (decoração) antecipado pelo agente e ao qual ele próprio associa um valor (o proprietário do quadro é quem acha *bom* o resultado decorativo do quadro). Trata-se, aqui, de análise funcional sob o ponto de vista *interno* porque a atribuição da função ao elemento estudado leva em consideração (mesmo que apenas implicitamente) as intenções (objetivos, propósitos) do agente envolvido.

No segundo caso, tem-se um exemplo de teleologia *interna*: o elemento estudado (o coração) é interno ao sistema (organismo), a ação (fazer circular o sangue) não é intencional e a avaliação do valor do *telos* para o qual ela se volta (a circulação do sangue) se faz desde a perspectiva do próprio sistema (a circulação do sangue é, em última instância, algo *bom* para

o organismo). Trata-se, aqui, de análise funcional sob o ponto de vista *externo* porque a atribuição da função ao elemento estudado se conduz desde o ponto de vista de um observador e não depende, em princípio, das intenções (objetivos, propósitos) de qualquer agente pertencente ou atuante sobre o sistema em consideração¹¹².

3.3. Espécies de Funções.

A distinção entre ponto de vista interno/teleologia externa, de um lado, e ponto de vista externo/teleologia interna, de outro, tem relação com as conhecidas distinções entre funções manifestas e funções latentes (cf. MERTON, 1968:118)¹¹³, funções conscientes e funções naturais (cf. WRIGHT, 1973:54)¹¹⁴ e funções agentes (*agentive functions*) e funções não-agentes (*nonagentive functions*) (cf. SEARLE, 1995:20)¹¹⁵.

Em breve síntese, tem-se que, no primeiro grupo (funções manifestas, conscientes ou agentes), as funções identificadas guardam correspondência com as intenções ou propósitos conscientes dos agentes envolvidos – no âmbito jurídico, por exemplo, esse agente pode ser o <<orador normativo>> (cf. item 2.5.4 *supra*). São funções que privilegiam, portanto, elementos apurados desde o ponto de vista interno (teleologia externa).

¹¹² Isso não significa descartar que existam agentes com intenções envolvidos, mas tão apenas estabelecer que o que se toma como função não depende necessariamente dessas intenções, podendo inclusive com elas conflitar.

¹¹³ "As **funções manifestas** são aquelas conseqüências objetivas que contribuem para o ajustamento ou adaptação do sistema, que são intencionadas e reconhecidas pelos participantes do sistema. As **funções latentes**, correlativamente, são aquelas que não constam das intenções, nem são reconhecidas" (MERTON, 1968:118).

¹¹⁴ "Funções naturais são aquelas [funções] comuns orgânicas como a função do coração acima mencionada. Outros exemplos são a função dos rins de remover resíduos metabólicos da corrente sanguínea e a função das lentes do olho humano de focar uma imagem na retina. Funções conscientemente projetadas [*designed*] comumente (mas não necessariamente) envolvem artefatos, tais como o telefone e o ponteiro de varredura do relógio antes mencionados. Outros exemplos desse tipo seriam a função da maçaneta da porta, o interruptor de luz [*headlight dimmer switch*], os sulcos circulares ao longo de um pneu, ou uma força policial. Richard Sorabji acha que 'projetadas' é uma descrição muito forte dessa categoria (...) Em deferência ao ponto dele, vou abandonar o termo 'projetada' e falar da distinção como sendo entre funções naturais e conscientes" (WRIGHT, 1973:54).

¹¹⁵ "Às vezes a atribuição de função tem a ver com nossos propósitos imediatos, sejam práticos, gastronômicos, estéticos, educacionais ou o que for. Quando dizemos 'Essa pedra é um peso de papel', 'Esse objeto é uma chave de fenda', ou 'Isso é uma cadeira', essas três noções funcionais marcam *usos* que damos aos objetos, funções que não descobrimos, e que não ocorrem naturalmente, mas que são atribuídas com relação aos interesses práticos de agentes conscientes. (...) Porque esses todos são exemplos de usos para os quais os agentes intencionalmente põem os objetos, vou chamá-las de 'funções agentes'. (...) Algumas funções não são impostas a objetos para servir propósitos práticos mas são atribuídas a objetos e processos naturalmente ocorrentes como parte de uma descrição teórica do fenômeno em questão. Assim dizemos 'O coração funciona para bombear o sangue' quando estamos explicando [*giving an account*] como os organismos vivem e sobrevivem. Em uma teleologia que valoriza sobrevivência e reprodução, podemos descobrir essas funções ocorrendo na natureza independentemente das intenções práticas e atividades de agentes humanos; então vamos chamar essas funções 'funções não-agentes'" (SEARLE, 1995:20).

Já no segundo grupo (funções latentes, naturais ou não-agentes), a função é atribuída ao elemento estudado com base na observação <<desde fora>> da relação entre os efeitos que ele produz e o (funcionamento do) sistema em que ele se insere, ainda que dela não se apercebam os agentes envolvidos (se houver). São funções que privilegiam, portanto, o ponto de vista externo (teleologia interna)¹¹⁶.

Nesse segundo caso, porém, conforme antes já observado, nem sempre há consenso acerca de qual seja o fim último a orientar a atribuição funcional (cf. item 2.5.5 *supra*). Assim, por exemplo, o fim último da circulação do sangue, ou seja, aquilo para o que a circulação do sangue contribui e que com base no que se define a função do coração, é, para alguns, a manutenção do organismo num estado de bom funcionamento (bem estar) (Hempel) e, para outros, o alcance dos objetivos para os quais o organismo se dirige (Nagel). Essa divergência tem a ver, em última análise, com distintas convicções acerca de *qual* seja a explicação científica oferecida pelas análises funcionais conduzidas num modelo de teleologia interna (funções latentes, naturais ou não-agentes):

"Dentre aqueles que aceitam alguma versão do argumento de que o ponto de se fazer afirmações teleológicas (*teleological claims*) é dar ou formatar explicações, há desacordo sobre o que exatamente é explicado pelas afirmações teleológicas. Aqui a divisão principal é entre, de um lado, a visão de que afirmações teleológicas correspondem a explicações da presença ou manutenção de itens (*traits*) particulares dos organismos (e.g., o fato de que o coração bombeia o sangue ajuda a explicar porque os organismos têm coração) e, de outro lado, a visão de que as afirmações teleológicas explicam como um componente particular de um sistema contribui para alguma outra capacidade (e.g., o fato de que o coração bombeia o sangue ajuda a explicar como os organismos fazem uma variedade de coisas, tais como obtenção de oxigênio nos tecidos e locomoção)." (ALLEN/BEKOFF/LAUDER, 1998:3)

Essa dupla possibilidade acerca do fim último dos sistemas de teleologia interna será decisiva para a definição dos modelos de análise funcional da constituição, conforme veremos abaixo (item 3.5). Antes, porém, cabe falar brevemente do conceito de <<sistema>>.

¹¹⁶ Perceba-se que os tipos de função acima agrupados não são exatamente idênticos, posto que, enquanto as espécies funcionais de Wright e de Searle decorrem duma clara dicotomia entre sistemas de teleologia externa e sistemas de teleologia interna, a proposta de Merton foi toda ela construída sob a premissa de que o sistema social possui uma teleologia interna, reconhecendo-se (na figura da função manifesta) a possibilidade de uma <<coincidência>> entre o que é naturalmente demandado pelo sistema e o que é desejado pelos agentes. Isso torna a classificação de Merton útil também para estudos de sistemas de teleologia interna. Por essa razão, bem assim por ser a classificação manifesta/latente mais popular nas Ciências Sociais em geral (Direito inclusive – cf. e.g. ATIENZA, 1993:226), daremos preferência a ela no transcurso do trabalho.

3.4. Sistemas de Referência.

As noções anteriores reclamam esclarecimento de um outro importante conceito pertinente a (quase) toda análise funcional, o qual tem ficado algo implícito na exposição até aqui conduzida: o conceito de *sistema de referência*.

A idéia básica que o orienta é a de que "sempre que a função de X é Y, X e Y são partes de um *sistema*" (SEARLE, 1995:19), vale dizer, "não podem existir funções senão no quadro dum conjunto coordenado do qual todos os elementos são interdependentes e concorrem, sob variadas formas, para um mesmo fim, o que constitui a definição atual de sistema" (DUVERGER, 1973:240).

Embora devam ser tomadas com cautela – *e.g.* não é inteiramente indisputável que, em casos de teleologia externa (*e.g.* na atribuição de função a um objeto, como um martelo), haja sempre (e necessariamente) um sistema de referência (cf. McLAUGHLIN, 2001:58)¹¹⁷, nem tampouco é comum que *todos* os elementos de sistemas complexos concorram sempre para um *mesmo* fim (cf. MERTON, 1968:92ss e NAGEL, 1977:235s)¹¹⁸ –, essas assertivas, no que nos interessa mais de perto, apontam para uma idéia essencialmente correta: só há função, em especial função latente, natural ou não-agente (teleologia interna), quando o elemento estudado ao qual se atribui a função integra um <<sistema>> (cf. McLAUGHLIN, 2001:84). (Aliás, a própria palavra *interna* na expressão *teleologia interna* aponta justamente para a idéia de que se trata de uma abordagem funcional conduzida sob a premissa de que há um conjunto unitário mais amplo ao qual o elemento estudado pertence).

No exemplo do coração (função de fazer circular o sangue), o sistema de referência, já vimos, é o *organismo*.

¹¹⁷ Ou seja, para dizer que a função de um martelo é fixar pregos, não parece necessário aludir a qualquer sistema de referência. Não obstante, há quem, mesmo nesses casos, opte por falar em *sistema* para se referir ao *conjunto* usuário *mais* objeto (cf. *e.g.* ACHINSTEIN, 1977:343 e BOORSE, 2002:81s).

¹¹⁸ Por exemplo, a seguinte definição de sistema é mais precisa e atual que aquela de Duverger e não implica supor que todos os elementos do sistema concorram para um mesmo fim, fixando antes sua pertença sistêmica com base em atributos e relações recíprocas: "Entendemos por *sistema* um conjunto de objetos e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles, conforme certas regras (estrutura do sistema). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão do sistema" (FERRAZ JR., 1986:140).

Por sua vez, no caso do estudo funcional jurídico, em particular na análise funcional da constituição, parecem ser dois os <<sistemas>> principais com relação aos quais se pode pensar as funções da constituição (*i.e.* sistemas de referência dos quais se pode considerar que a constituição é um *elemento interno*): o sistema *sociedade* e o sistema *ordenamento jurídico* (sendo este parte ou subsistema daquele).

Assim, por exemplo, quando Hans Peter Schneider identifica na constituição uma função de "configuração social das condições de vida" (cf. SCHNEIDER, 1974:44ss), a referência sistêmica claramente é a *sociedade*; já quando Hans Kelsen fala que a "função essencial" da constituição é regular os órgãos e os processos de produção legislativa (KELSEN, 1934:64) e assim servir de "fundamento de validade" de todas as demais normas do ordenamento (KELSEN, 1964:119), a referência certamente é o sistema *ordenamento jurídico*. Da mesma forma, quando Eliseo Aja, em um mesmo catálogo de funções da constituição, cita uma "função de integração política e social porque conduz à unidade institucional a diversidade ideológica e política dos grupos sociais" e uma função de "norma primária sobre a produção jurídica ou *norma normarum*", ele está (embora não declare) ora tomando o sistema *sociedade*, ora o sistema *ordenamento jurídico*, como a referência principal da atribuição funcional (cf. AJA, 1983:48 e 58).

É interessante observar que, em regra, o *sistema sociedade*, para fins de análise funcional jurídica, costuma ser definido de forma frouxa, ou seja, com um "sentido amplo (implicando interações e relações padronizadas que constituem a vida social)" (COTTERRELL, 1992:72). Noutras palavras, "a <<sociedade>> (ou o <<grupo>>, a <<coletividade>>, a <<comunidade>>, o <<agrupamento>>, estes termos são aqui tomados como sinônimos)" (DUVERGER, 1973:23) é abstratamente pensada como constituindo, no seu todo, um *sistema*, no qual as normas jurídicas estudadas produzem efeitos que conformam suas funções (esse o sentido de *função social* da constituição de que falamos no item 2.5.8 *supra*). O ponto chave que orienta este tipo de abordagem é em geral apurar a "utilidade social da função que (...) [o] instituto [no caso, a constituição] desempenha" (cf. BOBBIO, 1975:92).

De forma similar, o *sistema ordenamento jurídico*, nesse contexto, é também em geral abstratamente pensado como sendo um *tudo* no qual a constituição produz efeitos. Esse todo é composto pelo conjunto de normas jurídicas positivas vigentes relacionadas entre si (cf. FERRAZ JR., 2003:192). O conjunto não necessariamente se restringe a uma específica

jurisdição estatal (pirâmide local), podendo abranger, por exemplo, normas jurídicas oriundas de outros "ordenamentos superiores", de outros "ordenamentos autônomos (ex: ordenamentos esportivos)", de uma "ordem jurídica global" (como aquela dos blocos regionais) (cf. CANOTILHO, 2003:1151s), interligadas entre si (e com a constituição) através de relações em *rede*. Qualquer que seja o <<ordenamento>> considerado, porém, o ponto chave que orienta este tipo de abordagem é em geral determinar "a relação existente entre a constituição e o resto do ordenamento" (cf. SILVA V., 2005:110). E sendo o ordenamento parte da sociedade (Direito como sub-sistema do sistema sociedade), natural pensar também na relação existente entre ambos¹¹⁹.

3.5. Atribuição Funcional e Finalidades Intrínsecas (Fins Últimos).

Tendo em conta as considerações até aqui expedidas, e tomando-se a constituição como um elemento de qualquer dos dois sistemas citados (sociedade e ordenamento jurídico), cabe agora finalmente tentar responder quais podem ser os *fins últimos* para os quais se voltam os efeitos que conformam sua função, ou seja, os fins últimos com base nos quais se definem as <<funções da constituição>> (lembrando sempre que, por definição, compete à análise funcional apurar o encadeamento entre função e fim último, daí o seu caráter intrinsecamente teleológico – cf. itens 2.5.2 e 3.2 *supra*). É essencialmente a partir da resposta a esta pergunta que definiremos os modelos de compreensão sobre os quais desenvolveremos nossas reflexões.

Pois bem, no caso de uma abordagem *subjetiva* (ponto de vista interno, teleologia externa, funções manifestas, conscientes ou agentes), conforme antes já observado (cf. itens 2.5.4 e 2.5.7), não há, em princípio, maior dificuldade: o fim último corresponderá àquele que o orador normativo houver selecionado, qualquer que seja o (eventual) sistema de referência (sociedade ou ordenamento jurídico).

Mas e no caso de uma abordagem *objetiva* (ponto de vista externo, teleologia interna, funções latentes, naturais ou não-agentes)? Quais podem ser, nessa hipótese, os fins últimos do sistema de referência com base nos quais hão de se determinar as funções da constituição?

¹¹⁹ Para uma análise aprofundada do conceito de sistema jurídico no contexto de um estudo funcional, cf. FERRARI V., 1989:85ss.

Michael Moore responde essa questão trazendo para o universo do estudo funcional jurídico as convicções de que há pouco falamos sobre os fins últimos do sistema organismo (Hempel e Nagel):

"Há duas possibilidades principais para descobrirmos os fins amplos de um dado sistema: ou verificamos que o sistema naturalmente tende a manter-se em um estado de equilíbrio a despeito de amplas condições de desequilíbrio; ou descobrimos que de todos os bens humanos há alguns, mas não outros que ou são ou podem ser satisfeitos pelo sistema em questão. A primeira é uma abordagem neutra de valores, enquanto a segunda é baseada em valores." (MOORE, 1994:210s)

Aplicando essas idéias ao campo da análise funcional da constituição¹²⁰, têm-se, então, duas opções:

- (i) A primeira é pensar que o sistema com relação ao qual a constituição desempenha suas funções tende a manter-se numa espécie de estado de equilíbrio (o *bem estar* do sistema de que fala Hempel), ou seja, num estado de funcionamento regular ou adequado. A função da constituição, nessa ótica, corresponderá aos efeitos por ela produzidos que contribuem para a manutenção desse estado. (Moore diz que essa é uma abordagem neutra de valores, mas veremos que não é bem assim).
- (ii) A segunda é tomar o sistema de referência da atribuição funcional como estando voltado a satisfazer um <<bem humano>> qualquer (o *objetivo* do sistema de que fala Nagel). Nesse caso, os efeitos produzidos pela constituição que contribuam para que o sistema satisfaça esse bem humano é que conformarão a função da constituição.

Embora seja certamente possível trabalhar em ambas as opções tanto com o sistema sociedade quanto com o sistema ordenamento jurídico, parece ser o mais habitual que aquele seja o sistema de referência quando as funções da constituição são pensadas como contribuição para o funcionamento regular (equilíbrio, bem estar) do sistema e este quando o são como contribuição para a satisfação pelo sistema de um dado bem humano (objetivo).

¹²⁰ No que segue adaptamos a lição de Moore às posições históricas básicas da Filosofia da Ciência (Hempel e Nagel) (cf. McLAUGHLIN, 2001:65ss).

3.6. Modelos de Compreensão - Prática.

De tudo que restou acima dito, conclui-se que há, em resumo, *três* caminhos para falar em funções da constituição, os quais, como já dissemos, estamos a chamar de *modelos de compreensão*:

- (i) função da constituição como os efeitos ou os objetivos visados pelo orador normativo, qualquer que seja o eventual sistema de referência (ponto de vista interno, teleologia externa);
- (ii) função da constituição como os efeitos que a constituição deva produzir que são necessários para o funcionamento regular (equilíbrio, bem estar) do sistema sociedade (ponto de vista externo, teleologia interna, foco na <<utilidade social>> da constituição); e
- (iii) função da constituição como os efeitos produzidos pela constituição que contribuem para que o sistema ordenamento jurídico satisfaça um dado bem humano (objetivo do sistema) (ponto de vista externo, teleologia interna, foco na relação da constituição e o restante do ordenamento).

É evidente que se pensarmos desde logo que o objetivo buscado pelo orador normativo através da constituição é sempre contribuir para o funcionamento regular da sociedade ou para a satisfação de certo bem humano prestigiado pelo ordenamento jurídico, os modelos poderão se confundir. Também é bastante claro que se pensarmos que o funcionamento regular da sociedade depende da (ou corresponde à) satisfação pelo ordenamento jurídico de um bem humano (*e.g.* o *Bem Comum*), os dois últimos modelos serão talvez indiscerníveis. Veremos, porém, ao longo dos três próximos capítulos, que é possível compreender cada um dos três modelos como abordagens *diferentes* do fenômeno jurídico-constitucional.

CAPÍTULO 4

CONSTITUIÇÃO COMO

ARTEFATO

4.1. Modelo Funcional.

O primeiro *modelo de compreensão* das funções da constituição de que falamos no capítulo anterior é aquele que as concebe como os efeitos ou objetivos visados por um orador normativo, qualquer que seja o sistema de referência (ponto de vista interno, teleologia externa, análise funcional subjetiva).

O presente capítulo trata desse modelo funcional. Olhando <<para fora>> (cf. item 1.3 *supra*), promoveremos, inicialmente, a sua formalização teórica, e apresentaremos, de forma sintética, exemplos de aplicações em outras Ciências Sociais e no estudo do Direito. A seguir, olhando <<para dentro>>, trataremos de sua aplicação no campo específico do Direito Constitucional. Por fim, tendo em conta a exposição efetuada, promoveremos uma avaliação crítica e o apontamento de alternativas de reformulação.

4.2. Estrutura Formal – Função como Efeitos ou Objetivos Pretendidos.

Um artefato é um elemento (objeto, entidade – *meio*) intencionalmente criado (fabricado, produzido) pelo homem com vistas a certa finalidade (objetivo, propósito – *fim*) (cf. McLAUGHLIN, 2001:55 e HILPINEN, 2004).

"Ontologicamente, um artefato pode ser um objeto concreto particular, como a Torre Eiffel, um tipo (objeto tipo) que tem ou pode ter muitos exemplares (por exemplo, um clipe de papel ou o *Dead Souls* de Nikolai Gogol), ou um objeto abstrato, por exemplo, uma linguagem artificial" (HILPINEN, 2004).

Os artefatos contrapõem-se aos objetos e processos *naturais*; ao contrário destes, aqueles são "produtos da ação humana", o que significa dizer que, por definição, todo artefato tem um "autor" ("um objeto é um artefato se e apenas se ele tiver um autor") (HILPINEN, 2004).

É, em regra, a intenção desse autor quanto à finalidade para a qual o artefato foi criado que define a *função* do artefato. Por exemplo: martelos (*meio*) foram criados para a finalidade de fixar pregos (*fim*); fixar pregos, então, é *função* dos martelos.

Contrario sensu, qualquer finalidade para a qual o artefato venha a ser utilizado que não aquela para a qual ele foi originalmente concebido (por seu autor), não constitui, a rigor, uma sua função, ou, pelo menos, não constitui a sua função *principal* ou *própria* – trata-se, quando muito, de uma função *acidental* ou *imprópria*¹²¹. Por exemplo: servir de *peso de papel*, ou não é função dos martelos (eles não foram criados para isso), ou é uma função meramente acidental.

Há casos, no entanto, em que as finalidades para as quais um artefato é utilizado mudam significativamente ao longo do tempo, em especial por conta da descoberta de novas (e inesperadas) aplicações, hipótese em que a <<função>> (própria ou principal) do artefato pode até deixar de ser aquela (ou, pelo menos, deixar de ser *apenas* aquela) para a qual ele foi concebido (cf. McLAUGHLIN, 2001:43ss, BOORSE, 2002:68, PERLMAN, 2004:30ss e HOUKES/VERMAAS, 2004:52ss)¹²².

Os especialistas enfrentam certa dificuldade, porém, ao tentar formular um conceito universal de função dos artefatos capaz de lidar com mudanças nas suas aplicações¹²³. Tal fato sugere que, ao contrário do que indicam as discussões habituais (e superficiais) sobre o <<problema da teleologia>> (item 3.2 *supra*), numa análise mais cuidadosa, "o que parecia ser o caso

¹²¹ Sobre o conceito de função própria (relacionado à história dos elementos), cf. MILLIKAN, 1989:295ss, e, especificamente sobre sua aplicação no estudo dos artefatos, cf. HOUKES/VERMAAS, 2004:52ss.

¹²² É o caso, por exemplo, da citada Torre Eiffel: a declarada intenção de Gustave-Alexandre Eiffel com a construção daquela estrutura de ferro de trezentos metros de altura era demonstrar, em 1889, as múltiplas possibilidades do emprego dos "materiais e técnicas da construção utilitária"; daí que se trate, propositadamente, de "uma construção tecnicamente funcional, cuja única finalidade, porém, é dar visualidade e magnitude aos elementos de sua estrutura: sua inegável função representativa (...) se cumpre na representação de sua funcionalidade técnica"; hoje, no entanto, início do século XXI, não parece razoável aceitar que a função principal daquele monumento seja (ainda) a de demonstrar o potencial de aplicação do *ferro*, sendo provavelmente mais correto apontar-lhe a função principal de atuar como "símbolo da Paris moderna" (cf. ARGAN, 1970:85).

¹²³ Por exemplo, Peter Achinstein, numa análise que não se limita às funções dos artefatos, sugere que sejam consideradas, numa base caso-a-caso, três possibilidades (função de *design*, função de uso e função de serviço), dependendo do item estudado e da perspectiva sob a qual ele é examinado (cf. ACHINSTEIN, 1977:350ss). Houkes e Vermaas, por sua vez, tentam alcançar um conceito universal de função dos artefatos através do recurso às idéias de *plano de uso* justificado e consciente e de sua prévia *comunicação* a terceiros – "a função de um artefato é qualquer papel exercido por um artefato num plano de uso que é justificado e comunicado a outros usuários prospectivos" (HOUKES/VERMAAS, 2004:60).

fácil, a fundamentação das funções dos artefatos, pode revelar-se mais complicado que a fundamentação das funções de órgãos e mecanismos em organismos" (PERLMAN, 2004:38)¹²⁴.

Seja como for, não é necessário, para os fins de nosso trabalho, enfrentar esse (tormentoso) debate filosófico (não estamos à procura de um conceito <<definitivo>> e <<universal>> de função dos artefatos). Aqui nos basta considerar, tendo em conta as considerações acima, que a função de um artefato num certo contexto (o qual pode ser um *sistema* – cf. item 3.5.4 *supra*) deriva dos efeitos ou objetivos que através dele são intencionalmente perseguidos (com ou sem sucesso) por um <<agente-autor>> (*i.e.* o criador *ou* um usuário do artefato), o qual deve ser identificado no momento da atribuição funcional. Assim, por exemplo, a função do martelo, *sob a ótica de quem o inventou*, é fixar pregos; já *sob a ótica de um usuário que o utiliza como peso de papel*, é servir de peso de papel¹²⁵.

Adaptando ACHINSTEIN (1977:342), FERRARI V. (1989:53ss) e HOUKES/VERMAAS (2004:60s), e levando em conta as lições de McLAUGHLIN (2001:55ss), podemos sintetizar as idéias acima no seguinte modelo de notação:

A função de x (em S) é y se e apenas se:

- (a) x foi (intencionalmente) concebido ou é (intencionalmente) utilizado por A para produzir y ; e
- (b) y é (ou contribui para) G .

onde x é o artefato ao qual se atribui a função;

¹²⁴ Em sentido similar, anota McLaughlin: "Frequentemente se assume que a atribuição literal de funções a artefatos é de alguma forma natural e não problemática, enquanto a mesma atribuição de funções a elementos orgânicos ou instituições sociais pode ser meramente metafórica. Eu acredito que o oposto é mais provavelmente o caso: artefatos têm propósitos; são as entidades naturais que têm funções. (...) Se fôssemos proibidos de falar de funções com relação a artefatos, não ficaríamos sem palavras. Nós diríamos simplesmente *propósito* ou *efeito pretendido*, e a assertiva pareceria, se algo, mais natural" (McLAUGHLIN, 2001:142).

¹²⁵ A abordagem proposta alinha-se com a definição de "funções agentes" de Searle, as quais abrangem todos "os usos para os quais os agentes intencionalmente põem os objetos" (cf. SEARLE, 1995:20 e item 3.3 *supra*). A abordagem toma em conta, também, as observações de Hilpinen no sentido de que "uma pessoa é autora de um artefato (...) se a existência e o caráter do artefato dependem das intenções produtivas dessa pessoa" (HILPINEN, 2004), o que, no contexto de sua exposição, parece sugerir que todo aquele (inclusive um mero usuário) que, de forma consciente e intencional, emprega um artefato para uma finalidade diferente daquela para a qual ele foi originalmente concebido, é também, num certo sentido, um <<autor>> desse artefato (o que faz da finalidade por ele descoberta uma <<função>> do artefato). Na mesma linha, Boorse observa que, "com relação a artefatos, pode-se distinguir entre *a função que X foi projetado para desempenhar* e *a função que X está sendo usado para desempenhar*" (BOORSE, 2002:73). Em resumo: "A função de um artefato é derivativa do propósito de algum agente na fabricação ou apropriação [uso] do objeto; ela é conferida ao objeto pelos desejos e crenças de um agente. Sem agente, sem propósito, sem função" (McLAUGHLIN, 2001:60).

S é o sistema no qual x atua (se houver);

y é função de x ;

A é o agente-autor que concebeu ou se utiliza de x com vistas a alcançar G ; e

G é o objetivo de A .

4.3. Aplicações nas Ciências Sociais.

Conforme antes já observado, a "possibilidade e, inclusive, a necessidade de situar o sujeito no centro da investigação sociológica" (FERRARI V., 1989:58) é a marca característica do *paradigma da compreensão* (cf. item 2.5.5 *supra*).

Ao privilegiar o ponto de vista interno (subjetivo), adeptos desse paradigma acabam não raro por identificar numerosas circunstâncias em que os agentes envolvidos buscam, através da criação ou utilização racional e consciente das *práticas, estruturas e instituições* sociais¹²⁶, provocar efeitos que os levem a alcançar seus objetivos, o que, num modelo funcional dos artefatos, significa dar uma *função* ao elemento em questão (cf. item 4.2 *supra*).

Um dos primeiros autores importantes a articular claramente o paradigma da compreensão foi Max Weber (1864-1920).

Segundo Weber, "uma explicação adequada do comportamento social requer a compreensão dos significados subjetivos que as pessoas associam às suas circunstâncias sociais" (BRYM, 2006:19), o que significa que o cientista social somente se coloca em condição de explicar o objeto de seu estudo se for capaz de <<ver o mundo>> da perspectiva dos agentes, levando em conta (*compreendendo*) quais são e o que representam os valores, as crenças e as idéias que orientam as suas ações (cf. TAMANAHA, 1997:157 e LALLEMENT, 2002:263s).

É nesse contexto que Weber apura haver, na modernidade, uma progressiva tendência àquilo que ele chama de "ação racional", ou seja, "ação instrumental voltada para um fim utilitário e que implica adequação entre fins e meios" (LALLEMENT, 2002:273). Para Weber, o

¹²⁶ Para os fins do presente trabalho, em que não há necessidade de *problematizar* esses conceitos, podemos aceitar que *práticas* sociais são basicamente "qualquer forma coerente e complexa de atividade de cooperação humana socialmente estabelecida" (e.g. o jogo de futebol) (cf. TAMANAHA, 1997:168), *estruturas* sociais são "padrões estáveis de relações sociais" (e.g. a família, o patriarcalismo) e *instituições* sociais são as organizações públicas e privadas "*especializadas* no exercício do poder e da autoridade" (e.g. o Estado, os partidos políticos, os meios de comunicação em massa) (cf. BRIM, 2006:7s e 324).

processo de racionalização "tende essencialmente a realizar um tipo de organização da vida social segundo o qual as relações dos homens entre si e com seu ambiente são diferenciadas e coordenadas de tal modo a fazer com que os meios empregados sejam previsíveis em seus efeitos e sejam, portanto, aptos a alcançar os objetivos desejados" (TREVES, 1993:16)¹²⁷:

"A valorização positiva da ciência, tecnologia, eficiência e praticidade levou ao que Max Weber chamou de **racionalização**. A racionalização, no sentido weberiano, significa (1) o uso dos meios mais eficientes para se conseguir determinados objetivos e (2) as conseqüências não pretendidas ou não intentadas que decorrem desse uso." (BRYM, 2006:96)

De forma algo similar, as *teorias do conflito*, consagradas por Karl Marx (1818-1883)¹²⁸, apresentam também, em muitos casos, as práticas, estruturas e instituições sociais estudadas como elementos que, de uma forma ou de outra, são racional e conscientemente explorados por agentes sociais, sobretudo quando assim os interessa no contexto da "luta de poder contínua entre grupos privilegiados e grupos subordinados" (*luta de classes*) (cf. BRYM, 2006:16). Em outras palavras, essas teorias freqüentemente apresentam os elementos estudados como sendo, do ponto de vista funcional, "instrumentos do poder de certos grupos ou classes sobre outros" (COTTERRELL, 1992:106):

"A teoria marxista da história procura explicar porque as estruturas que outorgam vantagens a um grupo são destruídas e substituídas por estruturas que outorgam vantagens a outros grupos. A idéia de poder é essencial dentro da análise marxista. (...) A razão pela qual as distribuições de poder cambiantes causam modificações nas instituições ('superestrutura') reside no fato de que *quanto maior é o poder de uma classe, mais efetiva é essa classe como uma causa das estruturas sociais*." (STINCHCOMBE, 1968:112s)

Assim, por exemplo, o "republicanismo parlamentar como forma de governo", nas teorias marxistas, é uma "estrutura" que produz efeitos sociais que atendem aos interesses da

¹²⁷ Ao estudar a evolução do Direito, por exemplo, Weber observa que o processo de racionalização progressivamente afasta os modelos puramente carismáticos ou consuetudinários de decisão em favor do tipo ideal do Direito "formal e racional, que se tem quando o legislador e o juiz decidem com base em precedentes e referindo-se a normas estatuídas e codificadas, e formalizam suas decisões com base em conceitos abstratos criados pelo pensamento jurídico" (TREVES, 1993:160). Nesse contexto, os institutos jurídicos, tais como, por exemplo, "os contratos de objetivos específicos do tráfico econômico", passam a ser (racional e conscientemente) desenvolvidos, sobretudo por obra dos "juristas profissionais", para atender objetivos específicos da "comunidade de mercado", o que se mostra decisivo para o "desenvolvimento da economia capitalista" (cf. TREVES, 1993:165s).

¹²⁸ "Weber também foi um importante teórico do conflito", muito embora tenha sido "um dos primeiros a encontrar falhas" na doutrina marxista (BRIM, 2006:17s).

burguesia (e.g. permitir a resolução de interesses conflitantes mediante compromissos parlamentares), e que a burguesia, por deter maior *Poder* vis-à-vis a nobreza e o proletariado num dado momento histórico, consegue impor e manter na sociedade, explorando-a em seu proveito (cf. STINCHCOMBE, 1968:114s).

Também o Estado, <<instrumento de classe>> por excelência (cf. COMPARATO, 2006:346), embora nem sempre descrito como um "servo direto da classe capitalista", mas antes como "uma instituição que emerge para manter a ordem e a estabilidade do modo de produção dominante na sociedade", atuando inclusive, em alguns casos, *contra* "a ganância de certos capitalistas" (o que lhe dá, ao menos no curto prazo, uma conveniente aparência de neutralidade) (cf. COTTERRELL, 1992:109), é, em geral, funcionalmente concebido pelos marxistas como um elemento que, ao fim e ao cabo, *serve para* "promover os interesses da classe dominante" (cf. KINCAID, 2002:60), ainda que sejam "interesses de longo prazo" (cf. ELSTER, 1983:406). Sob essa ótica, as teorias do conflito sugerem pensar que, em muitas oportunidades (em especial em "tempos de crise", em que os conflitos são mais agudos – cf. COTTERRELL, 1992:109), os detentores do (maior) Poder político e econômico utilizam-se (racional e conscientemente) do *instrumento* Estado para alcançar finalidades que lhes são convenientes, vale dizer, o Estado, nesses casos, tem por *função* servir de *meio* para que *essa classe* alcance seus *fins*.

Essa mesma perspectiva é utilizada pelos teóricos do conflito no estudo de numerosas outras práticas, estruturas e instituições sociais (cf. ELSTER, 1983:406)¹²⁹, sustentando-se, de forma geral, que "relações sociais de dominação e sujeição nada mais são, em última análise, do que o reflexo da apropriação das forças econômicas por uma classe social, que as organiza [e explora] segundo seu interesse coletivo" (COMPARATO, 2006:334):

"Marx e os marxistas aplicaram essa linha de argumentação a formas de governo, idéias sobre a sociedade (ideologia), religião, estruturas familiares, sistemas de propriedade, relações internacionais e guerras, conflitos revolucionários e a outras partes da superestrutura da sociedade. O enfoque está resumido na famosa frase: 'As idéias dominantes de cada época são as idéias de sua classe dominante' [Manifesto Comunista]." (STINCHCOMBE, 1968:116)

¹²⁹ Inclusive o próprio Direito, o qual, por ser produzido pelo "poder estatal moderno" controlado pela burguesia, é tido, nessas teorias, como "direito dos burgueses", ou seja, nada mais que "a vontade da classe burguesa elevada a lei" (TREVES, 1993:78), "um simples caudatário ou servo das relações de produção" controladas pelas classes dominantes (TEIXEIRA, 1962:52): "aquilo que Marx e Engels acrescentaram à definição tradicional do direito como ordenamento coativo foi a determinação da sua função, o domínio de classe" (BOBBIO, 1975:84).

Evidentemente que não estamos a afirmar, nessas breves linhas, que autores como Weber e Marx conceberam a realidade social como sendo reduzível a um conjunto de <<artefatos>> racional e conscientemente criados e/ou utilizados pelos homens para alcançar inequívocas finalidades.

Ao contrário, bem se sabe, por exemplo, que Weber trabalhava com os chamados <<tipos ideais>>, os quais, longe de serem representações exatas do mundo, são instrumentos auxiliares da pesquisa e da reflexão, colocando o cientista em condições de formular hipóteses acerca de uma realidade social sabidamente complexa, ambígua e contraditória (cf. LALLEMENT, 2002:270s). Outrossim, o conceito de racionalização, em Weber, incluía, conforme acima apontado, uma avaliação das conseqüências não intencionadas pelos agentes, extrapolando o conceito de função de meros <<artefatos>> (cf. item 4.2 *supra*).

Da mesma forma, bem conhecido é o fato de que os teóricos marxistas são, em geral, "muito sensíveis" às acusações de que suas doutrinas pressupõem "teorias conspiratórias", no sentido de supostamente sugerirem que "uma elite omnicompetente exerce fino controle" sobre todas as práticas, estruturas e instituições sociais (cf. COHEN, 1978:397s), o que, aliás, com freqüência os leva a formular (ou leva quem os lê a interpretar que eles intentaram formular) explicações funcionais em moldes de teleologia interna (análise funcional objetiva), ou seja, sem recurso às intenções conscientes dos agentes sociais (cf. COHEN, 1978:391ss, ELSTER, 1982:453ss e 1983:406s e KINCAID, 2007:216).

Nada disso autoriza olvidar, no entanto, a existência de "rico espaço" nas teorias do conflito (como de resto nas teorias sociais conduzidas sob o paradigma da compreensão de Weber) para que se apresente (como não raro se faz) uma "elaboração *finalística* da explicação funcional", ou seja, uma abordagem baseada em teleologia externa (análise funcional subjetiva), sobretudo nos casos em que se verifica, por parte de certos agentes, "um esforço francamente deliberado e bastante concertado de manter e proteger ideologias *existentes*" (ação racional) no contexto da luta de classes (cf. COHEN, 1978:396 e 398). Nesses casos, como acima exemplificado, têm-se abordagens dos fenômenos sociais que, sob o ponto de

vista de uma teoria das funções, encontram-se substancialmente alinhadas com o modelo dos artefatos (função como efeitos ou objetivos pretendidos por um <<agente-autor>>)¹³⁰.

4.4. Aplicações no Estudo do Direito.

Um dos mais tradicionais e antigos métodos de hermenêutica jurídica, até hoje reconhecido e aceito (inclusive no Direito Constitucional – cf. e.g. BONAVIDES, 2001:406s e TAVARES A., 2006:82), é o da chamada *interpretação teleológica* (ou *finalística*)¹³¹. A premissa básica que o orienta é a de que "toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado" (MAXIMILIANO, 1940:153).

Essa mesma premissa, como visto no capítulo 2 *supra*, costuma orientar a doutrina no manejo de conceitos complexos como *eficácia* (ângulo sintático), *efetividade* (ângulo semântico) e *sucesso* (ângulo pragmático). Todos se baseiam na idéia de que as normas jurídicas se destinam a produzir os efeitos e a alcançar os objetivos pretendidos pelos seus <<autores>> (oradores normativos) (função instrumental e racionalidade teleológica do Direito) (cf. item 2.5.2 *supra*).

É nesse contexto que a dogmática jurídica, sem promover "uma distinção clara entre interpretação teleológica e interpretação funcional" (cf. LUHMANN, 1993b:265), costuma apresentar a sua concepção sobre o conceito de <<função>> aplicável à análise funcional do

¹³⁰ Para outros exemplos e considerações sobre a aplicação desse modelo funcional nas Ciências Sociais, cf. FERRARI V., 1989:56ss. Para a defesa de uma abordagem social pautada pelas "intenções e motivos dos agentes" ("racionalização da ação"), cf. GIDDENS, 1979:151ss.

¹³¹ O método é tradicional e antigo na cultura jurídica de tradição *romanística*: "Segundo os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, descobrem-se o sentido e o alcance de uma regra de Direito, com examinar as *circunstâncias* e os sucessos históricos que contribuíram para a mesma, e perquirir qual seja o *fim* do negócio de que se ocupa o texto; põe-se em contribuição, portanto, os dois elementos – a *Occasio legis* e a *Ratio juris*. (...) Bem antiga é a obra de Thibaut, de 1799, e já prescrevia ao hermeneuta o considerar o *fim* colimado pelas expressões de Direito, como elemento fundamental para descobrir o sentido e o alcance das mesmas" (MAXIMILIANO, 1940:151). Já na tradição anglo-saxã, onde prevalecem as "normas costumeiras para as quais é difícil encontrar propósitos e finalidades" (cf. FERRAZ JR., 2003:292), o reconhecimento da abordagem teleológica como um critério técnico e válido de interpretação jurídica é, segundo reporta Aharon Barak, bem mais recente: "A palavra 'propósito' na interpretação de textos jurídicos não é nova na tradição da *common law*. Ela freqüentemente aparece ao lado ou no lugar da palavra 'intenção'. Em contraste, a frase 'interpretação finalística' (*purposive interpretation*) (ou 'construção finalística') é relativamente nova, tendo aparentemente surgido na tradição da *common law* no final da década de 1960 e começo da década de 1970. Ela apareceu simultaneamente na *common law* americana, inglesa, canadense, australiana e neozelandesa. Surgiu no Direito israelense nessa época também. A nova expressão desenvolveu-se primariamente no contexto da interpretação das leis e regulamentos (*statutory interpretation*), mas foi usada também na interpretação de outros textos" (BARAK, 2005:85s).

Direito: a função das normas jurídicas (e de outros institutos jurídicos) corresponde aos efeitos e aos objetivos (*telos*) para os quais elas foram direcionadas por seus autores; vale dizer, a realização concreta dos comandos normativos por eles emanados, materializada na produção dos efeitos e no alcance dos objetivos para os quais esses comandos foram dirigidos, é tida como o desempenho da <<função>> pela norma (*contrario sensu*, nessa ótica, *não* desempenha sua função a norma ignorada ou desrespeitada e que não produz os efeitos e não conduz aos objetivos para os quais foi concebida). É nessa linha, por exemplo, a lição de Luís Roberto Barroso, ao equiparar os conceitos de função social e de realização do Direito (efetividade):

"A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social." (BARROSO, 2003:85)

Quem são, porém, os <<autores>> das normas cujas intenções orientam as finalidades para as quais elas se dirigem (função) é pergunta que encontra na doutrina múltiplas respostas. As três principais são as seguintes:

(a) Legislador Histórico:

Para alguns juristas, os autores das normas jurídicas cujas intenções hão de orientar a determinação de suas finalidades são aquelas pessoas físicas que efetivamente se reuniram e produziram o texto legal. Nesse caso, na terminologia do ex-Presidente da Suprema Corte de Israel, Aharon Barak, a função da norma corresponde ao seu *propósito subjetivo*:

"O propósito subjetivo constitui os valores, objetivos, interesses, políticas, alvos e função que o autor do texto procurou realizar. Essa é a intenção autoral – a intenção dos pais fundadores (interpretação constitucional); intenção legislativa (interpretação da legislação); a intenção conjunta das partes de um contrato (interpretação contratual); e a intenção do testador (interpretação de um testamento). É a intenção psico-biológica dessas pessoas, não a intenção de uma pessoa razoável. É a intenção subjetiva do autor, operando em diferentes níveis de abstração." (BARAK, 2005:89)

(b) Legislador Racional:

Outros juristas preferem ver o cargo de autor da norma ocupado pelo chamado <<legislador racional>>. Nesse caso, são os efeitos e os objetivos pretendidos por essa figura ficcional – a qual reveste a peculiaridade de ser, ao mesmo tempo, um sujeito "singular", "permanente", "único", "consciente", "omnisciente", "omnipotente", "justo", "coerente", "omnicomprensivo", "econômico", "operativo", "preciso" e, sobretudo, "finalista" (cf. FERRAZ JR., 2003:280s) –, que o cientista se põe a desvendar quando pretende determinar a *função* das normas jurídicas (*i.e.* os efeitos e os objetivos para os quais ela se orienta). Substitui-se (ou tenta-se substituir), assim, a (subjativa) *mens legislatoris* (intenção do legislador histórico) pela (mais objetiva) *mens legis* (intenção da lei)¹³²: enquanto aquela se vincula à "interpretação *ex tunc* (*desde então*, isto é, desde o aparecimento da norma pela posituação da vontade legislativa), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico)", esta trabalha num contexto de "interpretação *ex nunc* (desde agora, isto é, tendo em vista a situação e o momento atual de sua vigência), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas a sua captação (método sociológico)" (cf. FERRAZ JR., 2003:267). Ou seja, não se trata de apurar a intenção *subjativa* de pessoas físicas reais que no passado atuaram como legisladores, mas antes se trata de determinar uma "intenção hipotética", racionalmente (re)construída no presente¹³³, creditada a uma figura idealizada, o "autor razoável", o qual goza das múltiplas qualidades citadas¹³⁴ – daí que Barak diga se tratar (de uma faceta) do "propósito objetivo" da norma (cf. BARAK, 2005:90 e 148)¹³⁵.

¹³² Tanto quanto <,legislador racional>>, <<*mens legis*>> (ou sua variante <<*voluntas legis*>>) é expressão utilizada nos mais diversos contextos, sendo difícil lhe precisar um único significado. Na mão dos chamados subjetivistas, por exemplo, *mens legis* é "entendida como a vontade oculta do autor da proposição normativa": "Mas a pergunta que os subjetivistas jamais responderam com clareza foi esta: em que consiste a vontade do legislador? Será ela a vontade qual fenômeno psicológico ou a vontade entendida como metáfora, referida a uma dimensão normativa"? (cf. BONAVIDES, 2001:412).

¹³³ "É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador *fosse capaz de mover suas próprias previsões*, pois as decisões dos conflitos precisam basear-se nas previsões de suas próprias consequências" (FERRAZ JR., 2003:294).

¹³⁴ Do ponto de vista sócio-ideológico, o recurso ao legislador racional permite atribuir a solução jurídica dos conflitos presentes e reais aos caprichos e desejos de um terceiro ausente e abstrato. Ao tratar da "função social da hermenêutica", Ferraz Jr. toca o tema: "A hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o direito que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram. O sentido das normas vem, assim, desde o seu aparecimento, 'domesticado'. Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por equidade, analogia, etc.) dando a impressão de que o intérprete está guiando-se pelas exigências do próprio real concreto, o que se faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias

Sob a perspectiva de uma teoria das funções, a opção pelo legislador racional *não* significa uma renúncia ao ponto de vista interno (teleologia externa, análise funcional subjetiva), posto que o critério decisivo para fixar a função continua sendo, em última análise, a intenção do <<autor>> (orador normativo) da norma (autor fictício, bem verdade, mas ainda assim um autor). "A ele a hermenêutica reporta-se quando fala que 'o legislador pretende que (...)', 'a intenção do legislador é que (...)', ou mesmo 'a *mens legis* nos diz que (...)' (FERRAZ JR., 2003:280). Fazendo uma analogia, é como se, nas Ciências Naturais, o cientista se socorresse da figura hipotética de um <<criador inteligente>> para explicar os propósitos (funções) dos elementos (os quais seriam, então, nesse caso, <<artefatos>> desse criador) (cf. RUSE, 1986:147s e BIGELOW/PARGETTER, 1987:245)¹³⁶.

(c) Detentores de Poder:

Há, ainda, as abordagens que colocam no papel do autor cujas intenções e objetivos orientam as normas jurídicas os agentes sociais *detentores de Poder*¹³⁷, ou seja,

avaliações do sistema interpretado. Essa astúcia da razão dogmática põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos. E o faz, ao torná-los conflitos abstratos, isto é, *definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis*. (...) Desse modo, a hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa – o mundo do legislador racional – no qual, em tese, tornam-se todos decidíveis" (FERRAZ JR., 2003:308s). É de se registrar, no entanto, que há hoje, inegavelmente, um generalizado e difuso ceticismo acerca das alegadas qualidades do legislador racional. A própria "jurisprudência [no sentido de doutrina jurídica] está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros" (WALDRON, 1999:2). Ou seja, o verdadeiro produtor das normas jurídicas concretas, segundo (cada vez mais) se crê (e se constata), está muito distante da figura dogmático-ideológica do legislador racional, o que naturalmente enfraquece a força de convencimento retórico dos discursos nela baseados. Daí a indagação de Streck, referindo-se às virtudes atribuídas ao legislador racional: "*É de se perguntar: pode alguém, ainda, acreditar em tais 'propriedades' ou características' do legislador?*" (STRECK, 2002:45).

¹³⁵ Barak observa ainda que, num "nível supremo" de abstração, o propósito objetivo das normas tem a ver com a realização dos valores do sistema jurídico (cf. BARAK, 2005:90 e 148ss). Nesse caso, no entanto, o modelo de compreensão funcional passa a ser aquele de que trataremos no capítulo 6 *infra*.

¹³⁶ Esse estratagema é descrito, na Filosofia da Ciência, como "abordagem mental" do conceito de função: "Alguns filósofos, tais como C. J. Ducasse e (com limites) Andrew Woodfield, sustentam que toda teleologia genuína pode ser ligada de uma forma ou outra a mentes e seus projetos; essa é a abordagem mental da teleologia. (...) Meu coração bombeia o sangue para fazê-lo circular, por exemplo, mas meu coração não *deseja* circular o sangue, nem ele *acredita* que o bombeamento vai causar a circulação. Ainda, meu coração é estruturado e comporta-se *como se* ele tivesse sido feito por uma mente" de um "*designer* hipotético", ou seja, de um "agente racional com um propósito" (BEDAU, 1992:262s). Sobre o tema, cf. também NAGEL, 1977:201s.

¹³⁷ Vincenzo Ferrari, um dos adeptos dessa linha de abordagem funcional do Direito, define Poder no sentido de capacidade de participação na tomada de decisões, em aproximação com a idéia de <<liberdade>> (ausência de coerção e autonomia para decisão) (cf. FERRARI V., 1989:61ss).

aqueles que, em cada circunstância e momento relevante, atuam (ou tentam atuar) *através* do Direito (o que pode incluir governantes, grupos de pressão, classes sociais, juízes, etc.). Assim, por exemplo, o particular que invoca a eficácia horizontal de um direito fundamental para ver produzidos no mundo real efeitos que atendem seus interesses (efeitos esses talvez nem imaginados pelo legislador histórico) pode ser visto, nessa linha de abordagem, como um <<agente-autor>> (produtor ou usuário) do Direito (orador normativo), cujo interesse a norma tem por <<função>> servir. Nessas abordagens, conforme anota Ferrari, a "análise funcional-teleológica do direito" revela-se uma forma de "observar como o direito pode ser utilizado em vista dos projetos elaborados por aqueles que podem dispor (do topo ou da base da pirâmide social) dos instrumentos de ação jurídica. Nessa perspectiva, o direito parece um meio projetado para influenciar a conduta dos outros" (FERRARI V., 1993:268).

Como não é difícil perceber, cada uma dessas três abordagens (as quais podem ser eventualmente combinadas numa mesma análise funcional) sugere pensar o Direito de forma *instrumental*, sendo as normas jurídicas concebidas, em maior ou menor medida, como artefatos (*meios*) à disposição daqueles que, sabendo e estando em condições de editá-las e/ou utilizá-las (os tais <<autores>>, sejam eles figuras históricas, retórico-ficcionais ou (representações de) (grupos de) pessoas reais), desejam com essas normas produzir certos efeitos na realidade circundante e assim alcançar os seus objetivos (*fins*), quaisquer que os sejam. A *função* do Direito, nesse contexto, tal qual a função de qualquer outro artefato (cf. item 4.2 *supra*), passa a ser essencialmente derivativa do propósito perseguido pelo <<agente-autor>> em questão (criador ou usuário do Direito: legislador histórico, legislador racional, agentes sociais), conforme expresso nos comandos (mensagens) normativos que ele emana ou invoca.

Ainda que não raro dissimulada (ou despercebida), essa visão funcional-instrumental do Direito é, na prática jurídica, bastante difundida em todo o mundo. Falando sobre a realidade dos Estados Unidos, por exemplo, Brian Tamanaha assim abre o recente livro que dedica ao assunto:

"Uma visão instrumental do Direito – a idéia de que o Direito é um meio para um fim – é tida como natural (*taken for granted*) no Estados Unidos, quase uma parte do ar que respiramos. Isso ocorre de diversas formas: como uma concepção da natureza do Direito, como uma

atitude frente ao Direito que os professores ensinam aos estudantes, como uma forma de análise constitucional, como uma perspectiva teórica do Direito, como uma orientação dos advogados na sua prática diária, como uma abordagem estratégica de grupos organizados que usam os litígios para promover suas agendas, como uma visão frente aos juízes e o ato de julgar, como uma percepção de legisladores e administradores quando promulgam leis ou regulamentos. Em todos esses contextos, as pessoas vêem o Direito como um instrumento do poder para fazer avançar seus interesses pessoais ou os interesses e políticas dos indivíduos ou grupos que eles apóiam. Hoje, o Direito é visto como uma embarcação vazia a ser preenchida como desejado, e para ser manipulado, invocado, e usado na busca de fins." (TAMANAH, 2006:1)

Dentre as muitas (e diferentes) teorias jurídicas que se poderia citar para ilustrar essa linha de abordagem funcional do Direito (o próprio Tamanaha oferece um amplo apanhado, centrado, porém, no universo anglo-americano)¹³⁸, apontamos abaixo, de forma bastante breve e com intuito apenas ilustrativo, algumas que são particularmente importantes e/ou interessantes no contexto da apresentação aqui desenvolvida.

4.4.1. Artefato Máquina de Coação.

A visão instrumental do Direito, consubstanciada no fato do "Direito – incluindo normas jurídicas, instituições jurídicas e processos jurídicos – ser *conscientemente* visto pelas pessoas ou grupos como uma *ferramenta* ou um *meio* através do qual alcançar *fins*", consolidou-se, segundo concordam "quase unanimemente" os "teóricos e historiadores do Direito", no "curso do século vinte" (cf. TAMANAH, 2006:6 e 24).

Foram de decisiva importância, para esse processo, as contribuições teóricas do chamado <<positivismo jurídico>>, "movimento jusfilosófico" que, embora surgido "juntamente com o Estado Liberal", conheceu seu auge no século XX, defendendo, com grande sucesso, "um determinado conceito de direito" que, na lição de Scarpelli, "poderia ser definido assim: o direito é 'um sistema de normas postas por atos de vontade de seres humanos'" (cf. BARZOTTO, 1999:17)¹³⁹.

¹³⁸ Ele cita, por exemplo, as teorias da "análise econômica do Direito" e os "estudos críticos do Direito (*critical legal studies*)" (cf. TAMANAH, 2006:118ss).

¹³⁹ A referência completa é: Uberto Scarpelli. *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

O principal e mais destacado representante do positivismo jurídico é certamente Hans Kelsen, autor por muitos aclamado como "o maior jurista de nossos tempos" (FERREIRA FILHO, 2005b:55) e cuja doutrina constitui "uma etapa fundamental na história da teoria do direito" (BOBBIO, 1973:182), responsável por dar ao <<formalismo jurídico>> "a sua expressão mais explícita, metódica e brilhante" (BATIFFOL, 1981:23)¹⁴⁰:

"A doutrina pura do direito de Hans Kelsen (1881-1973) constitui uma guinada essencial para a teoria geral e a filosofia do direito de nosso século. Adota os postulados fundamentais do Estado liberal legislativo, segue e aperfeiçoa a mais recente doutrina do direito público elaborada na Alemanha, intervindo coerentemente no arcabouço conceitual da jurisprudência predominante e responde à exigência de 'neutralidade' do direito, que também para Weber parece implicação necessária da neutralidade do Estado liberal (capaz de manter, por isso, a crença na legitimidade do poder)." (PALOMBELLA, 1996:161)

Um dos pontos-chave para a compreensão da obra kelseniana é o seu postulado de que "a Teoria Pura não considera os fins perseguidos e alcançados pelo sistema jurídico, mas considera apenas o sistema jurídico em si mesmo" (KELSEN, 1934:32).

O que esse postulado quer expressar é a idéia de que, para Kelsen e sua Teoria Pura, o Direito *não* se caracteriza por possuir qualquer conteúdo ou objetivo intrínseco específico. O que caracteriza o Direito, ao revés, é o fato de se tratar de uma ordem *coercitiva* estatal ("sistema coercitivo externo"), baseada em normas jurídicas, postas por atos de vontade de seres humanos, cuja "função essencial" é tão só a sanção do "ato ilegal" (qualquer que ele seja):

"O propósito do sistema jurídico é induzir os seres humanos – através da noção desse mal [a sanção] que os ameaça se eles se comportarem de certa forma, oposta à desejada – a se comportarem de certa forma." (KELSEN, 1934:28s)

É nesse contexto que Kelsen toma por impertinente, no âmbito da Ciência do Direito, qualquer investigação sobre os objetivos perseguidos com ou através do Direito, declarando

¹⁴⁰ "O termo formalismo jurídico é suscetível de várias acepções, tanto em filosofia do direito como em outros campos. No sentido amplo é correntemente aplicado a todos aqueles que definem o fenômeno jurídico pelas suas características exteriormente observáveis; de fato, trata-se da identificação da regra de direito com a vontade do Estado (...) basta-lhes discernir o que o legislador quis, e exprimi-lo em conceitos rigorosos; o conteúdo da sua vontade importa-lhes pouco (...)" (BATIFFOL, 1981:22s).

antes que, enquanto "técnica social", o Direito pode, em tese, prestar-se a *todo e qualquer* objetivo que se pretenda (e se possa) alcançar através da (ameaça de) sanção coercitiva:

"Esse modo específico do Direito, qual seja, a ligação do comportamento humano, tido como socialmente nocivo, com um ato coercitivo, percebido por aquele ser humano como sendo um mal, presta-se ao alcance de absolutamente qualquer finalidade social. O Direito se caracteriza não como um fim, mas como um meio (...) [que] não tem em si ou por si qualquer valor político ou ético, um aparato coercitivo cujo valor depende, ao contrário, de fins que transcendem o Direito *qua* meio." (KELSEN, 1934:31)

Dizendo de outra forma, na doutrina kelseniana, o Direito mais não é que uma espécie de artefato, uma "grande máquina para o exercício da coação" (cf. BOBBIO, 1971:57), utilizável, enquanto tal, como melhor aprouver a quem lhe tenha sob controle¹⁴¹. Ao cientista do Direito cabe tão apenas avaliar a *estrutura* da máquina, não os fins que com ela serão buscados por aqueles que a manipulam (*função*).

A concepção instrumental do Direito de Kelsen – como de resto de todo o positivismo jurídico – está intimamente relacionada à crença na rígida separação entre Direito e Moral: para os positivistas, inexistente base racional que permita estabelecer (justificar) atos de vontade que expressam juízos subjetivos de valores, logo qualquer avaliação sobre os fins para os quais o Direito é utilizado é um exercício no campo da subjetividade, inteiramente estranho ao escopo do trabalho científico-jurídico (cf. KELSEN, 1934:15ss, BOBBIO, 1971:55 e BARZOTTO, 1999:18ss)¹⁴². "Em outras palavras, para se saber o que é o direito, é perfeitamente dispensável indagar se a ordem jurídica é justa ou injusta. O adjetivo é secundário, não faz parte da essência ou substância da matéria" (COMPARATO, 2006:359). "O sistema kelseniano quer ser, pois, axiologicamente vazio" (PALOMBELLA, 1996:175).

¹⁴¹ "Para Kelsen, o direito é um instrumento específico que não tem uma função específica, no sentido de que a sua especificidade consiste não na sua função, mas em ser um instrumento disponível para as mais diferentes funções" (BOBBIO, 1975:85).

¹⁴² Sobre o tema, observa Ferraz Jr. ao falar das teorias decisionistas de Carl Schmitt, as quais, embora distintas das de Kelsen, baseiam-se também na idéia de norma como fruto de ato de vontade humana consciente (decisão) (cf. SCHMITT, 1928:87s): "Concepções decisionistas reconhecem, em geral, a tese do positivismo lógico de que as questões da razão prática não são capazes de verdade, ou seja, de que normas são proposições deontológicas às quais não cabe a alternativa verdadeiro/falso. (...) A posição decisionista tem, assim, de culminar num relativismo que afirma o pluralismo dos valores últimos, que não passam de atos de *crença*, resignando-se em aceitar a possibilidade de um rompimento destes pluralismos através de atos de violência ou de imposição violenta que não pode ser, racionalmente contraditada, tendo de ser admitida como um fato. Neste sentido, a posição de Kelsen, de que o direito nazista, embora criticável do ângulo de boas intenções moralizantes, ainda assim era direito, é exemplo típico" (FERRAZ JR., 1986:163s).

Bobbio, um dos principais intérpretes (e divulgadores) do pensamento kelseniano, coloca a questão nesses precisos termos:

"A razão pela qual Kelsen não se preocupou com o fim do ordenamento jurídico está no fato dele ter do direito, entendido como forma de controle social, uma concepção meramente instrumental, que, é necessário repetir, está perfeitamente de acordo com o relativismo ético e o irracionalismo dos valores. Uma das afirmações recorrentes em toda obra kelseniana é que o direito não é um fim, mas um meio. Como meio, pode ser usado para atingir os mais diversos fins, como ensina a história do direito. (...) A função do direito [para Kelsen] é permitir a consecução daqueles fins sociais que não podem ser alcançados por outras formas (mais brandas, menos constritivas) de controle social. Quais são esses fins varia de uma sociedade para outra: é um problema histórico, não um problema que possa interessar à teoria do direito." (BOBBIO, 1973:205s)

4.4.2. Artefato Instrumento de Governo.

Costuma-se observar que, nas teorias positivistas, tal qual aquela de Kelsen, o Direito, enquanto mero artefato (máquina de coação), está, ao fim e ao cabo, inteiramente "submetido às vicissitudes do poder" (cf. BARZOTTO, 1999:143), servindo de *instrumento* para que *aqueles que governam* possam induzir e orientar, pela ameaça da sanção, o comportamento dos *governados*.

A concepção do Direito como <<instrumento de governo>> (ou "mídia de direção" (*steering medium*)), como prefere HABERMAS, 1985:203ss) não se limita, porém, às teorias jurídicas que, como a Teoria Pura, colocam a sanção negativa (coação) no epicentro do sistema jurídico. No extremo oposto, também os autores que destacam a presença nos ordenamentos jurídicos das chamadas "sanções positivas" (prêmios, estímulos) costumam apresentar o Direito como um instrumento de que dispõem os governantes para intervir de forma *ativa* na vida social e econômica de cada nação (cf. *e.g.* BOBBIO, 1971:23).

Essa linha de abordagem funcional conheceu especial relevância na passagem do Estado Liberal para o Estado Social (cf. BOBBIO, 1975:83 e COTTERRELL, 1992:44s e 176s), quando o Direito aos poucos deixou de ser visto apenas (ou principalmente) como mecanismo de "controle social", mas antes ganhou *status* de "uma força social potencialmente

independente que pode influenciar comportamentos e crenças", ou seja, que pode promover a "mudança social":

"O Direito surge não apenas para *codificar* os costumes, a moral, ou a tradição, mas também para *modificar* o comportamento e os valores presentemente existentes numa sociedade em particular. A concepção do Direito como uma codificação de costumes, valores, ou tradições existentes implica uma função relativamente passiva. Por outro lado, a concepção do Direito como um meio de mudança social, i.e., com um potencial para modificar comportamentos e crenças, implica uma função relativamente ativa." (EVAN, 1965:286)

Foi nesse contexto que se passou a falar, por exemplo, dentre outras, na "função educacional" (cf. *e.g.* EVAN, 1965:288) e na "função promocional" do Direito (cf. *e.g.* BOBBIO, 1971:53ss e 1975:81ss), louvando-se, em ambos os casos, a idéia do Direito como *meio* para alcançar certos objetivos socialmente relevantes¹⁴³.

4.4.3. Artefato Instrumento de Persuasão.

Um outro exemplo de análise funcional do Direito calcada no modelo teórico acima exposto é apresentado por Vincenzo Ferrari (1940-) em seu *Funções do Direito* (a 1ª edição é de 1987; consultamos a 2ª edição, de 1989).

Trata-se de uma obra de Sociologia do Direito, preocupada precipuamente, portanto, com questões de natureza zetético-empíricas. Nela, o professor italiano, trabalhando sob a influência das teorias do conflito (cf. item 4.3 *supra*) e numa perspectiva comunicacional que elege a "persuasão do interlocutor" como a finalidade essencial das normas jurídicas (cf. FERRARI V., 1989:81), conceitua <<função do Direito>> como "a tarefa ou objetivo atribuído ao Direito pelos sujeitos que querem influir sobre os sistemas constituídos pelas próprias relações ou interações comunicativas" ou, "em outros termos, a finalidade com relação à qual se ordena o uso daquela modalidade de ação social que definimos como jurídica, que consiste na persuasão dos interlocutores através da influência de mensagens normativas hipotéticas, institucionais e <<justiciáveis>>" (FERRARI V., 1989:93 e 107).

¹⁴³ Sobre o tema do Direito como instrumento de governo e mudança social no contexto do Estado Social, cf. também AUBERT V., 1985:28ss e WILLKE, 1985:280ss (este último destaca, inclusive, a modificação da *estrutura* do Direito, por conta dessa sua nova função, para um modelo claramente *finalístico*).

Adotando, portanto, o ponto de vista interno (subjetivo), Ferrari apresenta uma concepção funcional do Direito como um *meio* – um "instrumento de interferência nas relações sociais" (FERRARI V., 1989:94) – através do qual os agentes sociais (oradores normativos) que estão em condição de dele se utilizar procuram persuadir seus interlocutores (endereçados normativos) com vistas a alcançar seus objetivos (*fins*), quaisquer que os sejam¹⁴⁴.

4.4.4. Artefato Instrumento do Poder.

Ainda outro exemplo que se pode aduzir de aplicação do modelo funcional dos artefatos ao estudo do Direito – exemplo esse também por acaso oriundo da Sociologia do Direito, o que apenas comprova que a abordagem em comento, dita *normativa* ou *teleológica*, não se restringe às disciplinas dogmáticas (cf. item 2.5.5 *supra*) –, é a teoria das funções do Direito apresentada por Oscar Correias Vázquez (1943-).

O autor argentino, radicado no México, após observar, numa alusão ao <<problema da teologia>> (cf. item 3.2 *supra*), que o conceito de função "tem sido combatido quando usado nas ciências naturais porque se supõe que na natureza não há intenção", consigna a razão pela qual entende inexistir óbice similar na aplicação do conceito no campo jurídico:

"Como o direito é um instrumento de poder, está claro que detrás de seu discurso há um produtor que tem claramente a intenção de dirigir a conduta de outros. Daí que seja tão persistente o uso desse termo, 'função', para referir aos efeitos do discurso jurídico. Não há uma boa razão para abandoná-lo nesse livro, bem entendido que não implica contradizer a idéia mais geral de que a Sociologia Jurídica tem por objeto as causas e os efeitos do direito. Pelo contrário, entenderemos por funções do direito os efeitos alcançados, ou que se intenta alcançar, com o uso dessa técnica especial do exercício do poder." (CORREAS, 1994:256s)

Partindo dessas idéias, Correias identifica mais de *dez* funções desempenhadas pelo Direito (*i.e.* mais de dez efeitos ou objetivos conscientemente pretendidos e buscados através do Direito pelo "produtor normativo") (cf. CORREAS, 1994:257ss), muitas das quais, aliás, talvez não por mera coincidência, a doutrina do Direito Constitucional frequentemente aponta

¹⁴⁴ Na parte mais polêmica de seu trabalho, acusada, dentre outras coisas, de "rebaixar em muito o direito" (cf. LUHMANN, 1993a:189), Ferrari sustenta que os objetivos finais que se pode perseguir e que de fato se perseguem com o Direito são *três*: orientação social, tratamento de conflitos declarados e legitimação do Poder (cf. FERRARI V., 1989:110ss).

como sendo funções específicas da constituição (*e.g.* a legitimação e a organização do Poder e a criação do Estado – cf. o Apêndice).

4.5. Aplicações no Direito Constitucional.

A exposição até aqui conduzida realça, como ponto central da abordagem funcional subjetiva (normativa ou teleológica), a idéia de que a atribuição de função ao elemento estudado está decisivamente relacionada às *intenções* (efeitos ou objetivos pretendidos) do agente-autor envolvido, o qual pode ser o próprio criador ou um mero usuário de tal elemento (ponto de vista interno, teleologia externa).

Sob a perspectiva de uma teoria formal das funções, esse é o modelo funcional dos <<artefatos>>. Artefatos são, como visto (item 4.2 *supra*), criações humanas (*meios*) intencionalmente postas a serviço dos interesses (*fins*) de quem as criou ou manipula (agente-autor).

Trataremos, a seguir, da aplicação dessas idéias no âmbito do Direito Constitucional, começando com uma breve contextualização da concepção de <<constituição como artefato>>.

4.5.1. Constituição como Artefato.

"As constituições escritas são uma criação da época moderna" (CANOTILHO, 1993:57).

Essa incontestável verdade histórica – cuja afirmação não implica necessariamente negar uma *pré-história* ao constitucionalismo, a qual, com certa dose de generosidade, pode ser remontada até aos *hebreus* (cf. LOEWENSTEIN, 1964:154s e STERN, 1983:192s) –, repetida em quase todos os (bons) trabalhos de Direito Constitucional, contém um elemento que, em maior ou menor medida, pauta muitas das abordagens funcionais da constituição, conduzindo a pensá-la como um <<artefato>>: a idéia de que o modelo jurídico-político constitucional moderno, lastreado numa constituição escrita e rígida, é uma <<criação>> *racional* e *consciente* do homem (há quem prefira dizer, inclusive, tratar-se de uma "invenção" – cf. *e.g.* CANOTILHO, 2003:52 e CUNHA, 2004:2).

Onde, quando, como, para que e por quem são legítimas perguntas que, não necessariamente nessa ordem, costumam seguir o anúncio de que algo importante foi racionalmente criado ou inventado.

No caso do modelo constitucional moderno, as três primeiras perguntas são de fácil resposta: Estados Unidos e França, final do século XVIII (auge do racionalismo), processos políticos revolucionários (Independência Americana e Revolução Francesa).

A quarta exige um pouco mais de elaboração:

"No constitucionalismo moderno, a constituição foi fundamentalmente concebida como ordenação sistemática e racional da comunidade através de *documento escrito*. Efeito racionalizador, efeito estabilizante, efeito de segurança jurídica e de calculabilidade, efeito de publicidade, são, em maior ou menor medida, os objetivos que se desejava obter através da fixação do conteúdo constitucional num ou vários documentos escritos – *constituição instrumental*." (CANOTILHO, 1993:65)

Loewenstein complementa essa lição especificando a relação entre esses objetivos racionalmente perseguidos com a constituição escrita e a significação ideológica que lhes é subjacente:

"A história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político da limitação ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade. (...) Em um sentido ontológico, se deverá considerar como o *telos* de toda constituição a criação de instituições para limitar e controlar o poder político. Neste sentido, cada constituição apresenta uma dupla significação ideológica: liberar os destinatários do poder do controle social absoluto de seus dominadores, e conferir-lhes uma legítima participação no processo de poder." (LOEWENSTEIN, 1964:150s)

A constituição moderna, portanto, tinha em vista, fundamentalmente, a limitação e o controle do Poder político, "com fins garantísticos" (cf. CANOTILHO, 2003:51)¹⁴⁵. Ainda que depois, bem verdade, no transcorrer dos séculos, outros objetivos tenham sido progressivamente incorporados ao modelo constitucional e, assim, enxertados no bojo das constituições – afinal,

¹⁴⁵ Além de, evidentemente, no caso americano, o *fundar* de um novo País, nas bases de um "pacto constitutivo" federal (cf. MIRANDA J., 2002:84).

como quer Sérgio Sérulo da Cunha, "Tal qual a roda, a Constituição é uma invenção, mas uma invenção que ainda não terminou de ser inventada" (CUNHA, 2004:2) –, aqueles eram, reconhecidamente, os traços característicos do *telos* original das constituições, os quais, segundo a doutrina majoritária, prevalecem até hoje, conformando o cerne do chamado conceito *ideal* (ou conceito *ocidental*) de constituição (cf. SCHMITT, 1928:41ss e CANOTILHO, 2003:52)¹⁴⁶.

A quinta pergunta – *quem* é o criador ou inventor (<<agente-autor>>) da constituição? – é a que encontra na doutrina a resposta menos objetiva. As alternativas parecem ser as seguintes:

(a) Legislador Constituinte Histórico:

Uma primeira resposta é nomear os revolucionários americanos e franceses. Foram eles, sobretudo os primeiros, naquele grupo de pessoas que se reuniram na Filadélfia após a Declaração de Independência, que *inventaram* a constituição (embora, interessante lembrar, não estivessem ali para isso – cf., sobre as convenções constituinte americana e francesa, ELSTER, 1993:57ss).

Seguindo nessa trilha, dir-se-á que cada constituição individual – e cada constituição é única – encontra os seus respectivos autores nas pessoas que participaram da Assembléia Constituinte que lhe deu vida. Os autores da Constituição Brasileira seriam, assim, os *constituintes de 1988*, capitaneados pelo presidente daquela assembléia histórica, Ulisses Guimarães.

Uma variação dessa abordagem, comum quando se entende que as pessoas reais que tomaram parte na Assembléia Constituinte representavam um grupo social bem definido agindo de forma coesa em prol de seus interesses, é atribuir a autoria da constituição, para fins de determinação de suas funções, não aos personagens

¹⁴⁶ Doutrina majoritária, mas não unânime. Martha Prieto Valdés, por exemplo, no contexto de uma teoria do conflito (cf. item 4.3 *supra*), é enfática em negar que toda constituição tenha ou deva ter uma *função* de limitar o Poder: "Em sociedades em que a maioria historicamente deslocada do poder tenha ascendido aos centros de direção e controle público-políticos e o Estado tenha assumido como funções próprias um programa de ação que representa e defende os interesses dessa maioria, o desenho político e a Constituição adquiriram outro caráter como resultado da autolimitação para o exercício do poder. Neste caso, a Constituição, quando descreve o aparato estatal, as faculdades e o sistema de relações entre os órgãos estatais, o faz para reconhecer e para pautar, em linhas gerais, as ações posteriores do aparato de dominação, e não como limite ao poder" (VALDÉS, 2002:3).

históricos concretos (<<pais fundadores>>), mas àquilo que eles representavam (sociológica ou ideologicamente falando): a <<classe burguesa>>, a <<elite política>>, a <<classe dominante>>, a <<classe operária>>.

Levada às suas últimas conseqüências, essa exaltação (do gênio criativo e/ou dos interesses) do grupo de pessoas reunido na Assembléia Constituinte conduz (ou, melhor, *pode* conduzir) à seguinte <<leitura>> funcional: sendo criação ou invenção *daqueles* indivíduos em particular, é sob a ótica *deles* que se há de fixar a *função* da constituição. Ou seja, tal qual um artefato, a função (principal ou própria) da constituição corresponde àquelas finalidades para as quais ela foi concebida (por seus autores históricos); quaisquer outros efeitos ou objetivos que com a constituição se produza ou alcance não são a rigor suas funções (ou, quando muito, são funções meramente acidentais ou impróprias). Aceitando-se essa linha de pensamento, dir-se-á, então, que a constituição cumpre sua *função* quando os efeitos e os objetivos (sociais, econômicos, políticos, jurídicos, etc.) que os constituintes originalmente tinham em mira se realizam concretamente (efetividade).

(b) Legislador (Racional) Constituinte:

Outra linha de resposta é aquela que substitui, ainda que apenas para fins retórico-dogmáticos, o grupo específico de pessoas reunidas na Assembléia Constituinte por um conceito mais *etéreo*, bastante similar (senão idêntico) ao <<legislador racional>> (cf. item 4.4-b *supra*): o (titular do) <<Poder Constituinte>>. É nesse sentido que se fala, por exemplo, de forma genérica e abrangente, que "a Constituição escrita é uma construção do legislador" (cf. SILVA M., 1989:87) ou, o que é o mesmo, que é "obra" do Poder Constituinte (cf. FERREIRA FILHO, 2005b:53).

O fato de se tratar de um sujeito (quase) sem face – o titular do Poder Constituinte, ao menos formalmente, na democracia, é o (aparentemente indefinível) <<Povo>>¹⁴⁷ –, aliado às distintas teorias que afirmam tanto a subsistência ou permanência do Poder

¹⁴⁷ Num livro que se intitula *O Poder Constituinte*, Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que chega, "tristemente, a uma conclusão frustradora, a de que é quase impossível, ou é impossível mesmo, num estudo científico, determinar quem é o titular do Poder Constituinte. O Poder Constituinte tem por titular o povo. Mas a obscuridade permanece relativamente ao que é o povo" (FERREIRA FILHO, 2005b:31). Para considerações sobre o conceito de Povo, cf. CANOTILHO, 2003:75s.

Constituinte mesmo depois de promulgada sua obra, quanto que o teor desta obra espelha as convicções do Povo (cf. *e.g.* SCHMITT, 1928:105ss, STERN, 1983:324 e FERREIRA FILHO, 2003:57s e 2005b:58s e 230s), facilitam à dogmática do Direito Constitucional falar em efeitos ou objetivos pretendidos pelo <<legislador constituinte>> sem com isso necessariamente referir àquele grupo certo de pessoas que tomou parte na Assembléia Constituinte. A <<vontade do legislador constituinte>> corresponde, assim, à <<vontade da norma constitucional>> ou à <<vontade do Povo>> (cf. item 4.4-b *supra*)¹⁴⁸.

(c) Detentores do Poder:

Por fim, tal qual acontece na abordagem funcional do Direito como um todo, também é possível colocar no papel de agente-autor da constituição os agentes sociais (*e.g.* governantes, particulares, maiorias ocasionais) que concretamente a manipulam no tempo presente com vistas à persecução dos seus objetivos (oradores normativos) (cf. item 4.4-c *supra*).

Pois bem, no que interessa mais especificamente ao tema do presente trabalho, as considerações acima expendidas apontam, em todos os casos, para uma difundida concepção funcional da constituição que segue, no essencial, o modelo teórico das funções dos artefatos: a constituição, enquanto criação (invenção) ou objeto de uso consciente de um agente-autor (os pais fundadores, a classe dominante, o Povo, o legislador constituinte, os governantes – tanto faz quem seja o <<orador normativo>> escolhido), destina-se a produzir os efeitos e a alcançar os objetivos assinalados por *esse* sujeito em particular, sendo esta a sua *função* (própria ou principal).

¹⁴⁸ Vale registrar, porém, que esse estratagema dogmático, nascido da apropriação (e de certa deturpação) das teses políticas contidas num famoso panfleto do abade Siyès (cf. FERREIRA FILHO, 2003:43s), não evita de todo uma certa *personificação* classista dos legisladores constituintes, a qual, antes de tudo, é uma questão de *fato*. Anota, nesse tocante, com propriedade, Ferreira Filho: "Cabe, neste passo, distinguir entre *titular* e *portador* do Poder Constituinte. O *titular* do Poder Constituinte é, na concepção hoje prevalecente, hegemônica mesmo, o povo. (...) O povo é, porém, o titular passivo desse poder. Ele diz a última palavra sobre o poder, obedecendo a este, ou não. Entretanto, não é ele ordinariamente que ativa o poder. Este ativador do poder – que muitas vezes se sente ou se pensa dono do poder – é um 'representante' do povo, seja um só homem ou um grupo. (...) Este *Poder representativo* é que efetivamente estabelece em nome do povo a Constituição. É ele que, ao contrário do que desejava Siyès, vai depois governar segundo a Constituição. Tal Poder, numa visão realista, encarna-se numa 'elite', ou 'classe governante', conforme apontam Mosca, Pareto e outros. Porque quem 'governa', concretamente, é sempre uma minoria" (FERREIRA FILHO, 2003:49s).

Com intuito meramente ilustrativo, alguns exemplos concretos podem ser alinhavados para que melhor se compreenda como isso se dá no discurso doutrinário¹⁴⁹:

4.5.2. Artefato Instrumento de Governo.

Há diversos sentidos com que se usa falar da constituição como <<instrumento de governo>>. Destacamos os seguintes, opostos entre si:

(i) Instrumento de Mudança ou Direção Social

Sobretudo quando o agente-autor é o <<legislador (racional) constituinte>> (ou seus *alter egos* o <<Povo>> ou o <<Poder Constituinte>>), ou ainda certos <<detentores de Poder>> que de uma forma ou de outra se reputa estritamente vinculados aos interesses do <<Povo>>, dentre os quais o Tribunal Constitucional, a constituição é em geral tratada como uma espécie de instrumento de governo de forma algo similar àquela com que a lei ordinária também o é (cf. item 4.4.2 *supra*): a constituição é concebida como um relevante *meio* de intervenção social, o qual se presta a realizar a <<vontade>> e satisfazer os <<interesses>> ou <<necessidades>> do Povo, notadamente no tocante à <<transformação>> das condições sócio-econômicas dos menos favorecidos (instrumento de mudança ou direção social).

É basicamente nessa linha, por exemplo, o conceito de <<constituição dirigente>>, "típica das décadas de sessenta e setenta e dos começos da década de oitenta" (cf. CANOTILHO, 2003:1437) e "que tanto fascínio ganhou no Brasil nos anos oitenta" (FERREIRA FILHO, 2003:74): "a despeito das diversas acepções que o termo constituição-dirigente possa ter [e não são poucas], a idéia subjacente a ela é sempre a mesma: fixar um plano de ação para a transformação da sociedade" (SILVA V., 2005:113), o que se faz, em especial, através do "alargamento [constitucional] das *tarefas* do Estado e da incorporação [à constituição] de fins *econômico-sociais* positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica" (cf. MIRANDA J., 2002:349s).

¹⁴⁹ Dentre os muitos exemplos que se poderia ter escolhido, selecionamos concepções substantivas bastante distintas de constituição, gestadas com propósitos e em contextos históricos, sociais e políticos não necessariamente comparáveis. O que as assemelha, no que nos interessa aqui, são as perspectivas *funcionais* adotadas, todas as quais, em maior ou menor medida, ajustam-se ao modelo de compreensão estudado.

Daí que, por exemplo, na obra que é a principal referência sobre o tema em língua portuguesa, Canotilho declare estar a "teoria da constituição dirigente" preocupada em captar "a lei constitucional na sua dimensão de *instrumento de direção social*", através do qual o Povo (no exercício do Poder Constituinte) "determina tarefas, estabelece programas e define fins" a serem observados pelos "*órgãos legiferantes*": "A constituição – sobretudo a constituição dirigente – aspira, tendencialmente, a ser um meio de direção social <<calculável>> e uma forma <<racionalizada>> de política" (cf. CANOTILHO, 1982:11s, 48 e 156).

(ii) Instrumento da Política

Em sentido bastante diferente do anterior, a constituição é também tratada como uma espécie de instrumento de governo quando colocada a serviço dos interesses dos grupos (elites) que circunstancialmente se instalam no Poder (*e.g.* ditadores, maiorias ocasionais, partidos políticos, classes dominantes).

Embora sua legitimidade seja em geral rejeitada pelo discurso contemporâneo da ciência do Direito Constitucional – o qual, quase um unísono, prega que, sobretudo por conta de sua posição hierárquica e das escolhas axiológicas que lhe são inerentes, a constituição, ao menos em seu cerne, deve *prevalecer* sobre a política ordinária –, essa linha de abordagem funcional da constituição é crescentemente adotada (e, ao que parece, algo *tolerada*) na prática político-jurídica de diversos países. Num recente artigo, intitulado *O fim da Constituição*, André Ramos Tavares registra (e critica) o fenômeno:

"O título deste artigo, embora se refira a uma reflexão mais ampla, convoca à conscientização sobre o inóspito cenário nacional, que, desde 1988, deu à luz 62 emendas constitucionais, responsáveis por desfigurar e promover extensas amputações e rupturas do texto original da Constituição cidadã. (...) Mas o tema nitidamente transcende os limites territoriais brasileiros: parece haver, atualmente, uma onda de desvario que varre as idéias constitucionais em toda a América. Venezuela, República Dominicana, Equador e Bolívia pretendem realizar, estão realizando ou já realizaram profunda reforma ou substituição de suas Constituições. Nos EUA, berço da civilização constitucional, uma proposta para substituir a Constituição, de 1787, nem seria considerada seriamente. E emendas dependem de lenta e improvável ratificação por Estados-membros. Mas isso não bloqueia manobras rebuscadas (de manipulação): faz-se a alteração por meio de uma releitura pelo governo, que edita leis e decretos nitidamente inconstitucionais. Uma análise detida do cenário apresentado sugere um encaminhamento para

fraudes constitucionais (paradoxalmente) encetadas por governos eleitos. Não se oferece opção ao modelo constitucional, que protege os direitos humanos; a proposta é só subverter e inferiorizar as Constituições para fazer consagrar objetivos no mais das vezes inenarráveis." (TAVARES A., 2008:A-3)

Para ilustrar mais concretamente essa lição, sem nos alongarmos em demasiados exemplos (reeleição, IPMF/CPMF, etc.)¹⁵⁰, basta citar a Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, a qual, menos de míseros *sete* anos depois da entrada em vigor da Constituição Brasileira, revogou o Artigo 171, que fixava o conceito de empresa brasileira de capital nacional, promovendo, dessa forma, uma "mudança radical" no "projeto nacional consubstanciado na redação original da Constituição de 1988" (PENTEADO, 2000:11). Segundo consta, tal emenda foi "aprovada sem a prévia e alongada discussão no seio da sociedade", tendo integrado um amplo pacote de alterações legislativas promovidas "pelo governo federal", todas com o declarado intuito de "aprofundar o Programa Nacional de Desestatização" (PENTEADO, 2000:11s). Sem entrar aqui no mérito intrínseco dessa modificação constitucional, percebe-se como ela exemplifica uma concreta manipulação da constituição como artefato do tipo *instrumento da política*:

Sem <<alongada>> discussão, o <<governo federal>> promove, num <<pacote legislativo>>, com o <<objetivo>> de aprofundar um <<programa de governo>>, uma <<emenda constitucional>> que introduz uma <<mudança radical>> no projeto constitucional poucos anos antes aprovado.

Em casos extremos (para exemplos, cf. BARROSO, 2003:63s), a constituição como instrumento da política acaba por se transformar naquilo que Loewenstein chama de "constituição semântica" (cf. LOEWENSTEIN, 1964:218)¹⁵¹, que Marcelo Neves chama de "Constituições instrumentalistas" (cf. NEVES, 1992:98)¹⁵² e que André Ramos Tavares,

¹⁵⁰ Para exemplos da realidade norte-americana, na linha do que alude Tavares, cf. TAMANAHA, 2006:77ss.

¹⁵¹ No contexto de sua conhecida classificação *ontológica* das constituições, Loewenstein, depois de tratar das constituições normativa e nominal, aponta a existência de "constituições semânticas", as quais se caracterizam pelo fato de que "sua realidade ontológica não é senão a formalização da existente situação de poder político em benefício exclusivo dos detentores de poder fáticos, que dispõem do aparato coativo do Estado" (LOEWENSTEIN, 1964:218). Esses agentes podem ser "uma pessoa individual (ditador), uma junta, um comitê, uma assembléia ou um partido" (LOEWENSTEIN, 1964:219). Em todos os casos, "em lugar de servir à limitação do poder, a constituição é aqui o instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos" (LOEWENSTEIN, 1964:219). Vale comparar essa concepção constitucional com aquela esposada por Lassalle (cf. item 4.4.3 *infra*).

¹⁵² Marcelo Neves prefere a expressão "instrumentalista" por conta da ambigüidade do termo "semântico", a qual, acredita, pode "contribuir para equívocos" (NEVES, 1992:98). Trata-se, no entanto, do mesmo tipo-ideal

apoiado em Paulo Bonavides, chama de constituições das "ditaduras constituintes" (cf. TAVARES A., 2008:A-3)¹⁵³: a constituição passa a ser, em última instância, mero instrumento de dominação.

(iii) Instrumento (Estatuto) Organizatório

Por fim, o sentido mais usual com que se emprega a expressão <<constituição como instrumento de governo>> no Direito Constitucional, e no qual nos deteremos um pouco mais, é aquele que se verifica quando a constituição é concebida "como <<estatuto organizatório>> (...) definidor de competências e regulador de processos" (CANOTILHO, 1982:12), ou seja, quando há uma "redução da Constituição ao nível de mero ordenamento dos órgãos estatais, qualquer que seja a finalidade última perseguida pelos governantes" (COMPARATO, 2006:363).

Essa linha de abordagem associa-se, em especial (mas não exclusivamente)¹⁵⁴, às teorias constitucionais defendidas (sobretudo nos Estados Unidos) pelos chamados *interpretativistas*, *originalistas* ou *historicistas* (cf. DWORKIN, 1986:430ss e TAVARES A., 2005:227ss), cuja doutrina, que toma o <<legislador histórico>> como o <<agente-autor>> relevante, pode ser assim sintetizada:

"As **correntes interpretativistas** consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar os sentidos dos preceitos expressos na constituição ou, pelo menos,

de que fala Loewenstein: "Nos casos de 'Constituições instrumentalistas', ao contrário [das constituições normativas], os 'donos do poder' utilizam os textos e leis constitucionais como puros meios de imposição de dominação, sem estarem normativamente vinculados a tais mecanismos: o 'soberano' dispõe dos 'instrumentos' e pode, sem qualquer limitação jurídica, reforma-los ou substituí-los" (NEVES, 1992:98).

¹⁵³ "Na base do problema está a circunstância de Constituições estarem sempre em pé de guerra com, ao menos, duas poderosas forças: a vontade da maioria e a dos aspirantes a ditador. Sim, a Constituição é um instrumento contramajoritário e pretende, em certa medida, conter a vontade da maioria, preservando regras e valores mínimos no interesse de todos. (...) Porém, uma batalha sem precedentes está sendo travada nos EUA – o 11 de Setembro tem servido para 'justificar' uma diminuição das liberdades, bastando invocar a expressão mágica (e inconsistente) da 'guerra ao terrorismo' como caminho para subjugar a Constituição das liberdades. Nesse ponto, há um elemento de contato com a segunda e poderosa força contrária às verdadeiras Constituições. É que protótipos de ditadores procuram revestir seu reinado de desrespeito e opressão com o manto pseudoconstitucional. Não por outro motivo, diversos governos pretendem alterar as Constituições conforme seus próprios critérios arbitrários. É o que ficou consagrado na expressão cunhada por Paulo Bonavides como 'ditaduras constituintes' ('Tendências/Debates', 4/9/2006)" (TAVARES A., 2008:A-3).

¹⁵⁴ Comparato, por exemplo, vincula essa linha de abordagem ao positivismo jurídico: "Nas origens, a função maior, senão única, de uma Constituição era a garantia dos cidadãos contra o abuso do poder. (...) Depois do trabalho de sapa do positivismo jurídico, passou-se a admitir a existência e validade jurídica de Constituições com qualquer conteúdo. (...) Nessas condições, o objeto próprio de uma Constituição deixou de ser a proteção dos cidadãos contra o abuso do poder, reduzindo-se à regulação do funcionamento dos órgãos estatais" (cf. COMPARATO, 2006:362s).

nela claramente implícitos. O interpretativismo, embora não se confunda com o *literalismo* – a competência interpretativa dos juízes vai apenas até onde o texto claro da interpretação lhes permite –, aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador." (CANOTILHO, 2003:1195)

Segundo essas correntes, portanto, a apuração de quais sejam as implicações possíveis das normas constitucionais na realidade presente deve ser conduzida necessariamente desde o ponto de vista (das intenções e dos valores) dos <<pais fundadores>>, as quais interagem com o quanto eles deixaram consignado por escrito na sua <<obra>>, a constituição. Aceitando-se essa premissa, conclui-se que não há, na constituição, escolhas axiológicas que devam ser articuladas pelos seus intérpretes para além da combinação desses dois elementos (vontade do legislador histórico e textura semântica). Por exemplo: "a Constituição [Americana] não pode ser interpretada como proibindo a pena de morte, pois os fundadores certamente não pensavam estar excluindo a pena de morte da doutrina jurídica" (DWORKIN, 1986:430).

O que move essa linha hermenêutica – a qual se relaciona (intimamente), sem se confundir, no entanto, com a concepção funcional da constituição que lhe é subjacente, da qual falaremos em seguida – é, fundamentalmente, o desejo de ampliar, na máxima medida, o âmbito da "livre formação da vontade e decisão políticas" (CANOTILHO, 1982:89). Antonin Scalia, por exemplo, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos e destacado *originalista*, sustenta que "o originalismo parece-me mais compatível com a natureza e propósito de uma Constituição num sistema democrático. Uma sociedade democrática não precisa, de nenhuma forma, de garantias constitucionais de que suas leis refletirão 'valores presentes'. As eleições cuidam disso muito bem" (SCALIA, 1989:862).

"Conseqüentemente, o controlo judicial em relação a decisões de órgãos politicamente responsáveis só é admissível (e possível) quando o texto, o elemento genético da interpretação (<<vontade dos pais fundadores>>) e a delimitação constitucional de competências permitam deduzir uma <<regra>> clara que sirva de parâmetro seguro ao juízo de constitucionalidade. No caso de não ser possível deduzir uma <<regra>> jurídica, a competência *decisória* e *decisiva* para a disciplina jurídica dos problemas pertence aos órgãos democraticamente eleitos (e também democraticamente substituídos) por sufrágio." (CANOTILHO, 2003:1196).

Vale dizer, se nenhuma solução clara deflui da combinação da vontade do legislador histórico e da textura semântica de sua obra, prevalece, para o problema posto, a solução que vier a ser

eventualmente apurada como correspondente ao entendimento prevalecente (majoritário) no meio social naquele momento¹⁵⁵. A constituição seria assim, nessa abordagem, por força e nos limites da vontade dos <<pais fundadores>>, não mais que um *instrumento* para viabilizar o processo político, competindo-lhe precipuamente apresentar "as regulamentações mais necessárias para a vida política da comunidade" (estatuto organizatório) (CANOTILHO, 1982:87). Qualquer utilização diferente – notadamente uma que envolva direcioná-lo à promoção de uma ordem de valores substanciais para além do mínimo necessário para regular a vida política comunitária e/ou com um julgamento de valor distinto daquele consagrado pelos pais fundadores (cf. TAVARES A., 2005:228) – implicaria um "excesso de carga", conduzindo o instrumento, inevitavelmente, à "degradação" (cf. CANOTILHO, 1982:87s). É nesse contexto que se revela e se compreende a *função* atribuída à constituição nessas teorias:

"Isto [a posição dos interpretativistas] radica ainda na idéia de a *função* de uma constituição ser, a título primário, *institucional* e *procedimental*: compete-lhe estabelecer procedimentos e competências de órgãos (dimensão institucional-procedimental) e não fixar teleologicamente fins ou conteúdos substantivos, como, por ex., a liberdade e a justiça (dimensão substantiva). Neste sentido, a Constituição tem uma estrita função de instrumento de governo." (CANOTILHO, 2003:1196)

O apego dos interpretativistas às intenções e valores históricos dos constituintes, tal qual consignadas no texto constitucional promulgado, e a concepção funcional-instrumental da constituição daí resultante, refletem, no seu nível mais profundo, uma convicção no pluralismo e relativismo dos valores (a mesma que move, por exemplo, os positivistas kelsenianos e os decisionistas schmittianos)¹⁵⁶. Uma das conseqüências práticas mais evidentes dessa forma de pensar a constituição e a hermenêutica constitucional, acima já

¹⁵⁵ *Contrario senso*, quando se possa deduzir que certos <<valores>> foram consagrados pelos autores históricos (e.g. a admissão da pena de morte), pregam os originalistas a manutenção do *status quo*, como se se tratasse, sempre, de uma exigência *democrática*: "Scalia sustenta que atribuir à linguagem da constituição um significado moderno aleija a constituição como uma fonte de proteção do indivíduo frente a coletividade. Em sua opinião, se os juízes interpretarem a constituição de acordo com visões de mundo modernas, a constituição refletirá a perspectiva da maioria, ao custo dos direitos da minoria. Uma resposta a essa alegação é a de que uma perspectiva moderna sobre direitos humanos não significa necessariamente a perspectiva que a maioria endossa" (BARAK, 2005:390).

¹⁵⁶ Observa, nesse tocante, Canotilho: "Limitar a constituição a um <<*instrument of government*>> baseia-se em duas premissas fundamentais de uma ordem democrática e liberal: (a) a tese do *pluralismo*, que aponta para a necessidade de confiar a órgãos politicamente responsáveis a concretização dos conteúdos de liberdade e de justiça agitados e defendidos com acentuações substantivas diversas pelos vários grupos e correntes (políticos, religiosos, culturais); (b) a tese do *relativismo de valores* (*skepticism*) que obriga a rejeitar uma visão <<fundamentalista>> de valores e a dar mais peso (relativo) aos valores defendidos por uma maioria democrática do que às posições de uma minoria ou de um órgão judicial." (CANOTILHO, 2003:1196).

insinuada, é o questionamento que dela resulta a tudo que se possa rotular como "ativismo judicial, a força criadora do Direito por parte dos magistrados" (cf. TAVARES A., 2005:230). Mas esse já é um outro assunto, do qual não nos ocuparemos aqui¹⁵⁷.

4.5.3. Artefato Folha de Papel.

Outro exemplo de concepção funcional da constituição na linha do modelo dos artefatos é oferecido por Ferdinand Lassalle (1825-1864), autor de quem Marx foi "contemporâneo e aliado eventual" (BARROSO, 2003:66; sobre as relações das doutrinas de Lassalle e Marx, cf. AJA, 1983:69s e TREVES, 1993:84s).

A essência do pensamento constitucional de Lassalle, formulada no contexto de uma *teoria do conflito* (cf. item 4.3 *supra*), encontra-se expressa, de forma cristalina, no seguinte parágrafo do capítulo reservado às "Conclusões Práticas" de sua famosa conferência "*O Que é uma Constituição?*" (1862):

"Os problemas constitucionais não são, primariamente, problemas *de direito*, senão *de poder*; a verdadeira Constituição de um país reside apenas nos fatores reais e efetivos de poder que nesse país vigoram; e as Constituições escritas não têm valor nem são duradouras senão quando dão *expressão* fiel aos fatores do poder que imperam na realidade social (...)" (LASSALLE, 1862:119)

Encontra-se aí resumida a distinção básica que orienta a teoria de Lassalle: de um lado, tem-se a verdadeira constituição de um País ("constituição real e efetiva"), correspondente à "soma dos *fatores reais de poder* que regem esse país"; do outro, tem-se a constituição escrita, a

¹⁵⁷ Bom que se diga, no entanto, que as teorias constitucionais desenvolvidas no outro extremo do espectro hermenêutico, ou seja, no campo das correntes *não interpretativas*, podem, também, ser postas a serviço de uma certa manipulação instrumental da constituição, algo na linha do primeiro sentido de instrumento de governo acima exposto (constituição como instrumento de mudança ou direção social) (para um exemplo concreto, cf. a "Nova Crítica do Direito" de STRECK, 2002). Brian Tamanaha assegura, nesse tocante, que o ativismo judicial que se esconde atrás de figuras como a "interpretação evolutiva" e a "*mutação (informal)* da Constituição" (cf. TAVARES A., 2005:242ss) conduz, na realidade americana, à propagação de uma visão instrumental do Direito Constitucional e da Suprema Corte, manifestada, por exemplo, nas crenças de que "os tribunais têm o poder de dirigir a mudança social através de suas decisões" e de que os juízes manipulam livremente os argumentos jurídicos para satisfazer suas preferências políticas pessoais (cf. TAMANAHA, 2006:95ss). Mas essas são (supostas) constatações empírico-sociais, cuja veracidade há de ser confirmada em cada realidade constitucional (Tamanaha, por exemplo, não apresenta elementos concretos convincentes de que a visão majoritária do Direito Constitucional nos Estados Unidos seja mesmo aquela que ele descreve). Não se trata, portanto, de uma expressa formulação *teórica* das funções da constituição que se possa atribuir indiscriminadamente ao *conjunto* dos pensadores não-interpretativistas.

qual, sob pena de não ter nenhum valor ou importância, limita-se a reproduzir, numa "folha de papel", o conjunto desses "fatores *reais* de poder" (cf. LASSALLE, 1862:92 e 99).

A constituição real e efetiva, na concepção de Lassalle, não tem propriamente uma <<função>>. Ela simplesmente é o que é: a realidade presente da distribuição do Poder (político, econômico, jurídico, etc.). Nesse sentido, embora se possa apontar "certa ambigüidade" no emprego que Lassalle dá à expressão <<fatores reais de poder>> (cf. AJA, 1983:71)¹⁵⁸, compreende-se que, com ela, ele queira aludir, de forma genérica e abrangente, ao conjunto daquelas instituições e sujeitos que *de fato* detêm e exercem o Poder na sociedade – para usar uma expressão marxista, ele quer aludir, essencialmente, às <<classes dominantes>>¹⁵⁹.

A constituição escrita, por sua vez, produto típico dos "tempos modernos", cujo marco histórico é o que Lassalle chama de "revolução burguesa", tem, na perspectiva da sua teoria, uma <<função>> (ele chama de "missão") bem definida e precisa: "resumir e estatuir em um *documento*, em uma folha de papel, todas as instituições e princípios vigentes em um país" (cf. LASSALLE, 1862:102 e 106).

Mas para que isso? Para quem isso *é bom* (cf. item 2.5.2 *supra*)?

A resposta é óbvia: para as classes dominantes. Na tese de Lassalle, quando há uma mudança na composição dos fatores reais de poder, tal qual aquela que se seguiu à <<revolução burguesa>> do século XVIII, os novos detentores do Poder se vêem impelidos a documentar esse fato, estabelecendo, por escrito, numa folha de papel que eles chamam de <<constituição>>, a nova estrutura de composição e distribuição do Poder, a qual passa assim a ter uma expressão material concreta, passível de imposição *jurídica*:

"Mas que relação guarda isso [os fatores reais de poder] com o que vulgarmente se chama Constituição; vale dizer, com a Constituição *jurídica*? Não é difícil, senhores, compreender a

¹⁵⁸ "Os *fatores reais de poder* que regem o seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que *não possam ser*, em substância, *mais do que tal e como são*" (LASSALLE, 1862:84).

¹⁵⁹ As <<classes dominadas>>, de seu turno, são referidas por Lassalle como sendo <<o Povo>>, <<os trabalhadores>> ou <<a pequena burguesia e a classe trabalhadora>>, preocupando-se o autor em alertá-los que somente "nos casos *extremos e desesperados*" (*i.e.* quando se engajam na luta de classes e impõem a sua força para fazer valer seus direitos e interesses), eles se tornam, "todos juntos, um fragmento da Constituição" (cf. LASSALLE, 1862:92).

relação que ambos os conceitos guardam entre si. Se recolhem esses fatores *reais* de poder, se estendem numa folha de papel, se lhes dá expressão *escrita*, e a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores *reais* de poder, senão que se transformam em *direito*, em instituições *jurídicas*, e quem atente contra eles atenta contra a lei, e é castigado." (LASSALLE, 1862:92)

Na dinâmica social, a constituição jurídica é, assim, ao fim e ao cabo, uma espécie de <<instrumento de classe>> (cf. item 4.3 *supra*), uma forma daqueles que detém o Poder *de fato* passarem a detê-lo também *de direito*.

O procedimento de formalização *jurídica* dos fatores reais do Poder contribui, ademais, segundo Lassalle, para um conveniente *encobrimento ideológico* das relações de força que latejam na sociedade – daí que ele não se dê de forma clara e direta, mas antes de um "modo muito *mais pulcro*, muito mais fino" (LASSALLE, 1862:93), através de arranjos e institutos jurídicos que a constituição consagra.

Sob essa ótica, compreende-se que uma das conseqüências práticas e teóricas da doutrina de Lassalle, "sustentada por muitos anos pelos partidos trabalhadores", seja a resignada "idéia de que a Constituição escrita, ou é uma tradução fiel das forças políticas e de seus interesses respectivos, ou apenas cumpre uma função ideológica e mistificadora" (AJA, 1983:72)¹⁶⁰.

Em outras palavras, Lassalle semeou a crença de que a constituição jurídica é mero instrumento que serve aos interesses daqueles que de fato detém o Poder, sendo incapaz de promover *de per si* modificações na realidade social em favor das <<classes dominadas>>. Daí que "a única forma de se conseguir a modificação radical da estrutura política e jurídica, segundo Lassalle, consistirá em primeiro destruir-se a infra-estrutura econômica e, reorganizando-a sob novas bases, obter-se-á naturalmente uma nova estrutura *jurídica*" (TEIXEIRA, 1962:52).

¹⁶⁰ "Ocorre porém que o poderoso crítico socialista omitia de certo a função que a Constituição formal mesma havia desempenhado no auge do liberalismo, como seja a de introduzir mudanças e reformas para concretizar juridicamente o modelo emergente da sociedade burguesa e seu Estado de Direito" (BONAVIDES, 2001:149). "Essa postura 'sociologista' (ou mesmo 'economicista') e 'mecanicista' de Lassalle desconhece que o ordenamento (normativo-jurídico) constitucional tem uma relativa autonomia em face do processo real de poder, condicionando-o em certa medida" (NEVES, 1992:56). Para uma crítica da doutrina de Lassalle baseada na afirmação da *força normativa da constituição*, cf. HESSE, 1959.

Ascender ao Poder, tornar-se efetivo integrante dos fatores reais de Poder, destruir e reorganizar as relações de produção, editar uma nova constituição jurídica que espelhe esses fatos, só assim, portanto, para Lassalle, as <<classes dominadas>> poderão ter seus interesses consagrados pela via constitucional. "Teoria revolucionária, como o próprio marxismo, e que a revolução russa aplicou integralmente, proclamando-a mesmo (...) [na] Constituição soviética" (TEIXEIRA, 1962:52).

Muito embora as teses de Lassalle tenham um evidente caráter político-propagandístico – a conferência em questão foi apresentada a um grupo de operários prussianos, num período de conturbadas disputas políticas (cf. AJA, 1983:63ss), com o declarado intuito de lhes "abrir os olhos" (LASSALLE, 1862:120) –, elas guardam até hoje grande relevância teórica e prática, sendo apontadas como exemplo típico de concepção *sociológica* da constituição (cf. e.g. TEIXEIRA, 1962:50, NEVES, 1992:55s e MIRANDA J., 2002:341s).

Não obstante, sob o prisma de uma teoria das funções da constituição, no contexto da análise que aqui se desenvolve, as concepções de Lassalle podem ser classificadas no modelo *normativo* ou *teleológico* dos <<artefatos>>, uma vez que a constituição escrita é tida como uma mera folha de papel cuja função tem a ver com os efeitos e os objetivos pretendidos por aqueles que a produzem, vale dizer, as <<classes dominantes>> que conformam o cerne dos <<fatores reais de poder>>. É sob o ponto de vista (dos interesses) desses sujeitos (agentes-autores), segundo se depreende da doutrina de Lassalle, que se compreende qual seja a *função* da constituição jurídica.

4.5.4. Artefato *Norma Normarum*.

Outro exemplo de abordagem funcional da constituição na linha do modelo dos artefatos é aquele associado às teorias positivistas, sobretudo a doutrina do já citado Hans Kelsen (cf. item 4.4.1 *supra*):

"Em oposição à concepção 'sociológica' clássica [Lassalle], apresentam-se os conceitos exclusivamente jurídico-normativos de Constituição, nos termos da Teoria Pura do Direito: 'o escalão de Direito positivo mais elevado' (Constituição em sentido material) ou as normas jurídicas que, em comparação com as leis ordinárias, só podem ser revogadas ou alteradas

através de um procedimento especial submetido a exigências mais severas (Constituição em sentido formal)." (NEVES, 1992:57)

Para entender como essa concepção kelseniana está atrelada a um modelo funcional instrumental da constituição, rememoremos, muito brevemente, que, na Teoria Pura, cada norma extrai sua validade de outra norma válida que lhe é superior no sistema, o qual é assim concebido como uma estrutura escalonada de normas jurídicas, de formato piramidal (sistema dinâmico) (cf. KELSEN, 1934:55ss, PALOMBELLA, 1996:169ss e BARZOTTO, 1999:43ss).

No topo da pirâmide jurídica, encontra-se a "norma básica" (norma fundamental), a qual, pressuposta pelo jurista, impede o "regresso ao infinito" que parece resultar da "idéia de que o fundamento de validade de uma norma inferior é a validade de uma norma superior" (KELSEN, 1964:111):

"Se alguém pergunta qual o fundamento de validade de uma dada constituição, a resposta pode ser que aquela constituição veio a existir através da emenda de uma constituição precedente, e que essa emenda foi feita na forma com que essa constituição requeria que emendas constitucionais fossem feitas. Assim pode-se referir retroativamente até uma primeira constituição histórica. (...) [E] se alguém perguntar (...) qual o fundamento de validade dessa norma [a constituição histórica], a resposta é: porque se pressupõe, como jurista, que nos devemos conduzir de acordo com o que a primeira constituição histórica prescreve. Essa é a norma básica. (...) Se a primeira constituição histórica foi criada pela resolução de uma assembléia, a norma básica autoriza os indivíduos que compõem aquela assembléia; se a primeira constituição histórica surgiu de forma costumeira, a norma básica autoriza esses costumes – ou, mais precisamente, autoriza os indivíduos cujas condutas formam o costume que origina a primeira constituição histórica." (KELSEN, 1964:114)

No contexto da Teoria Pura, portanto, "a função dessa norma básica é fundamentar a validade objetiva da ordem jurídica positiva, i.e., das normas, postas por atos de vontade humanos, de uma ordem coercitiva largamente efetiva":

"A norma básica pode ser denominada 'constituição em sentido lógico-transcendental', em oposição à constituição em sentido jurídico-positivo. Esta última é a constituição posta por

atos de vontade humanos, cuja validade é fundamentada pela norma básica pressuposta." (KELSEN, 1964:116)

Se em seus primeiros trabalhos Kelsen se referia à norma básica como uma "hipótese" (cf. *e.g.* KELSEN, 1934:58), na fase final de sua vida e obra ele passou a tratá-la como uma "ficção", o que lhe permitia tentar compatibilizar a idéia de que o fundamento de validade último do sistema jurídico é uma *norma*¹⁶¹ com sua crença de que *toda* norma é necessariamente fruto do *ato de vontade* de alguém (o que significa que toda norma, tal qual todo artefato, tem um *autor*): a norma básica, constituição no sentido lógico-transcendental, é uma norma que se supõe produzida (*i.e.* é "como se" fosse produzida) pelo ato de vontade de uma "autoridade imaginária" (cf. KELSEN, 1964:117).

É nesse contexto que, de forma consistente com sua concepção funcional do sistema jurídico como um todo (*i.e.* sem quaisquer considerações de conteúdo substantivo ou de funcionalidade social) (cf. item 4.4.1 *supra*)¹⁶², Kelsen pensa a <<constituição>>, em *todos* os múltiplos sentidos que atribui a essa palavra, como uma espécie de *artefato*, do tipo *norma normarum*, vale dizer, "norma primária sobre a produção jurídica" (AJA, 1983:48): frutos de atos de vontade de agentes reais ou imaginários, *toda* constituição, seja ela lógico-transcendental ou positivo-jurídica, tem por função (única função), para Kelsen, "fundamentar a validade" das demais normas jurídicas, regulando o processo pelo qual elas são produzidas, tal qual desejado pelo seu criador (cf. KELSEN, 1964:118s)¹⁶³. Essa, na doutrina desse importante autor, a *essência* do artefato constitucional:

"A relação entre uma norma superior e uma inferior reside no fato da validade de uma fundamentar, de uma forma ou de outra, a validade da outra norma. Uma norma se relaciona a outra norma como superior para inferior se a validade da última se fundamenta pela validade

¹⁶¹ Explica Meirelles Teixeira: "para manter-se fiel à sua posição de normativista puro, Kelsen não pode admitir, como fundamento da Constituição [e do Direito], algo de *real*, isto é, qualquer dado ou elemento sociológico, político ou filosófico, tais, por exemplo, como a vontade do povo, o Direito Natural, ou o Bem Comum, etc. Ao contrário, o ponto de vista de Kelsen, de que o Direito é norma pura, 'dever ser' puro, obriga-o a procurar um fundamento também normativo para a Constituição" (TEIXEIRA, 1962:47s). Na mesma linha, Barzotto observa que, segundo Kelsen, a norma básica é "uma norma *jurídica*, na medida em que cumpre funções de relevância jurídica" (cf. BARZOTTO, 1999:41).

¹⁶² Por conta disso, Marcelo Neves diz que "o modelo teórico de Kelsen inapropriado para uma abordagem referente à funcionalidade do Direito Constitucional, ou seja, à força normativa do texto constitucional" (cf. NEVES, 1992:57).

¹⁶³ Deflui daí que, para Kelsen e outros positivistas, "como não importa a espécie de conteúdo que vai ser posto na Constituição, tudo é admissível, desde que se não viole a forma elaborativa estabelecida, essência de toda juridicidade" (BONAVIDES, 2001:150).

da primeira. Se a validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior, no sentido de que a norma inferior foi criada de acordo com a forma prescrita pela norma superior, a norma superior, no que tange à inferior, tem o caráter de uma constituição; assim a essência da 'constituição' consiste na regulação da criação de normas." (KELSEN, 1964:118)

4.5.5. Artefato Juridificador do Poder.

Dieter Grimm (1937–) oferece também, ao seu próprio modo, uma concepção funcional da constituição que em alguma medida se pode enquadrar no modelo dos <<artefatos>>, o que faz ao sustentar sua posição de que a constitucionalização formal seria um "meio inadequado para a democratização da União Européia" (cf. GRIMM, 2001:199ss).

Segundo esse importante autor, Juiz do Tribunal Constitucional da Alemanha de 1987 a 1999, a análise do tema <<constituição européia>> requer uma prévia "certificação do que se deve entender por constituição e para que são necessárias constituições", o que naturalmente demanda "um olhar no surgimento da constituição e nos problemas que deveriam ser resolvidos com sua ajuda" (GRIMM, 2001:202).

Nesse contexto, Grimm recupera a idéia de constituição como <<invento>> racionalmente concebido para dar resposta à específica questão de "como o poder público poderia ser vinculado juridicamente, se o Direito era o seu próprio produto":

"É essa questão que encontrou sua resposta na constituição. Ela consistiu na divisão do Direito positivo em dois grupos de normas: um que tinha a organização e o exercício do poder público como objeto e outro grupo que tinha como objeto o comportamento e as relações dos indivíduos. (...) Assim, a divisão da ordem jurídica é precedida por uma divisão do poder público em um *pouvoir constituant*, que o povo constitui como soberano, e vários *pouvoirs constitués*, que dele derivam seus poderes. As normas do primeiro grupo têm sua origem na soberania e vinculam o poder público. Na hierarquia, elas precedem necessariamente as normas do segundo grupo por elas promulgadas e não podem ser modificadas no mesmo processo que estas. (...) Para o grupo de normas de hierarquia superior, que emana do povo e está direcionado ao poder público, foi adotada a designação de constituição." (GRIMM, 2001:207s).

Apegando-se a esse histórico, Grimm sustenta – com o intuito de criticar a idéia de uma constituição européia – que só há <<constituição>> quando o conjunto normativo em questão estiver destinado a colocar o Poder sob o império do Direito (juridicização do Poder); ou seja, tendo nascido para esse fim, essa é, por definição, a *função* do <<artefato>> constituição:

"A constituição não está comprometida com determinados conteúdos. Mas de sua função de juridicização de poder, resultam componentes típicos. As constituições costumam estabelecer o princípio da legitimação de poder político e as condições fundamentais de legitimidade de seu exercício. Isso ocorre nas chamadas determinações de estrutura ou determinações de objetivos do Estado. Além disso, todas as constituições contêm determinações sobre a instituição e o exercício do poder público, as quais são, regras organizacionais e processuais encarregadas de garantir um desempenho do poder público conforme aos princípios e de prevenir abusos e, para este fim, empenham-se normalmente na condição do Estado de Direito e na divisão dos poderes. Ademais, são regularmente traçados na constituição, os limites entre o poder de coerção estatal por um lado e a liberdade individual e a autonomia social por outro. Isso é matéria de direitos fundamentais. Embora um encontro desses três componentes não faça necessariamente parte da constituição, em um documento que não deixa entrever nenhuma vontade de vinculação jurídica ou que retira do alcance regulamentar titulares essenciais de funções de poder ou formas de manifestação de poder público, não mais seria lícito falar em uma constituição, mas de um semiconstitucionalismo ou de um constitucionalismo de aparência." (GRIMM, 2001:208s)

A posição de Grimm pode, portanto, ser enquadrada no modelo funcional dos artefatos, na medida em que ele vincula (e restringe) a função da constituição às finalidades e propósitos para os quais ela foi originalmente concebida (juridicização do Poder). Qualquer utilização diferente daquela seria uma descaracterização do <<invento>> constituição – algo assim como um martelo que não seja utilizado para fixar pregos, mas antes como peso de papel, simplesmente não é um martelo (cf. item 4.2 *supra*)¹⁶⁴.

É por conta dessa (restrita) concepção sobre o que seja a função de uma constituição que Grimm advoga a tese de que, para usar uma expressão de Canotilho, o "referente da constituição" (cf. CANOTILHO, 2003:87) continua sendo o "Estado, e quem a exigir para a

¹⁶⁴ Convém registrar que Grimm fala também, de forma menos incisiva, da constituição como um "importante fator de integração social" (cf. GRIMM, 2001:209). Isso não nos parece suficiente, no entanto, no contexto acima apresentado, para descaracterizar o enquadramento de sua teoria do modelo discutido no presente capítulo. No próximo capítulo trataremos das abordagens funcionais que, essas sim, *privilegiam* o papel integrador da constituição.

Europa, deveria saber que movimento ele está desencadeando com isso" (GRIMM, 2001:227)¹⁶⁵.

4.6. Análise Crítica.

Tendo em conta as considerações acima, pode-se concluir que o modelo funcional dos artefatos, quando aplicado ao estudo da constituição, apresenta uma estrutural formal na seguinte linha:

A função da constituição (em *S*) é *y* se e apenas se:

- (a) a constituição foi (intencionalmente) concebida ou é (intencionalmente) utilizada por *A* para produzir *y*; e
- (b) *y* é (ou contribui para) *G*.

onde *S* é o sistema de referência (a sociedade, o ordenamento jurídico, as relações sociais);

y é a função atribuída à constituição;

A é o agente-autor (orador normativo) que concebeu ou utiliza a constituição com vistas a alcançar *G*; e

G é um objetivo de *A*.

Esse é, essencialmente, o modelo que passamos agora a analisar, sob a ótica das dificuldades e dos benefícios que ele apresenta ao cientista do Direito Constitucional¹⁶⁶. Para tanto, recorreremos, num primeiro momento (análise formal), aos critérios fixados no capítulo 2 *supra* (Distinção, Capacidade e Dimensão), passando em seguida para uma síntese crítica objetiva (análise substancial).

¹⁶⁵ Habermas, um dos autores que se posicionam favoravelmente à constituição europeia, sustenta, em sentido funcional oposto ao de Grimm (o modelo de compreensão aplicável ao pensamento *habermasiano* é na linha daquele de que trataremos no próximo capítulo), que, "passados mais de duzentos anos" desde o surgimento do modelo constitucional moderno, o desafio posto "não é *inventar* nada, mas *conservar* os grandes desenvolvimentos democráticos do estado-nação europeu" (HABERMAS, 2001:6). Habermas enxerga a função de uma hipotética constituição europeia como sendo precipuamente integradora-garantística do "modo de vida europeu" (cf. HABERMAS, 2001:9), o que foge ao escopo restrito da finalidade atribuída ao artefato constitucional no final do século XVIII.

¹⁶⁶ Ressalte-se que nossa intenção é analisar o modelo de compreensão em sua formulação teórica geral, não naquela que ele apresenta em particular em qualquer das teorias constitucionais acima exemplificativamente citadas.

4.6.1. Análise Formal.

4.6.1.1. Critério da Distinção – Metafísica da Intenção do Locutor.

O Critério da Distinção exige que, numa análise funcional da constituição que se pretenda adequada e útil à ciência do Direito Constitucional, o conceito de <<função>> adotado seja tal que não abranja *todas* as consequências, efeitos ou usos da constituição (cf. item 2.4 *supra*).

O modelo funcional dos artefatos pretende satisfazer o Critério da Distinção ao limitar o conceito de função apenas aos efeitos e aos objetivos conscientemente desejados por um dado agente-autor (pais fundadores, Poder Constituinte, Povo, governantes, etc.). Qualquer outro efeito ou objetivo produzido ou alcançado pela (ou através da) constituição que não aqueles desejados pelo agente escolhido não é uma função própria da constituição; trata-se, quando muito, de uma função accidental ou imprópria (cf. item 4.2 *supra*).

Em outras palavras, o parâmetro norteador da distinção, nesse modelo, é a *intenção* consciente do agente-autor (ato de vontade) sob cuja perspectiva o cientista conduz a análise funcional: apenas os efeitos e os objetivos intencionados por esse agente em sua relação com a constituição constituem funções próprias da constituição.

O problema principal suscitado por essa linha de abordagem, no âmbito do Critério da Distinção, é o de saber se o cientista do Direito Constitucional está de fato em condições de determinar as intenções do agente envolvido (seja ele qual for).

Dworkin chama esse problema de "metafísica da intenção do locutor", querendo aludir ao conjunto de difíceis questões colocadas às teorias que apresentam o Direito como uma forma de discurso (*e.g.* quem são os autores da norma jurídica, como suas diferentes intenções podem ser combinadas, qual o estado de espírito (esperanças e expectativas) desses indivíduos que deve ser considerado, etc.) (cf. DWORKIN, 1986:377ss). Manuel Atienza sintetiza o problema da seguinte forma:

"Por um lado, é fácil equivocar-se na hora de atribuir <<intenções>> a grupos de pessoas – os legisladores – que, ademais, possuem ideologias distintas e elaboram um texto que, muitas vezes, é fruto de uma transação, isto é, não é querido realmente por ninguém. Por outro lado,

nem sempre se pode saber – antes de sua entrada em vigor – quais são os efeitos sociais que, de fato, produzirá a nova lei." (ATIENZA, 1993:227)

O que essas lições sugerem é que talvez não seja possível afirmar, para fins de atribuição funcional, que todos os efeitos (jurídicos e sociais) relevantes produzidos pela constituição tenham sido de fato conscientemente antecipados e desejados pelo seu agente-autor, haja vista que, em síntese:

- (i) É difícil (senão impossível) apurar com qualquer grau de certeza quais são ou foram as <<verdadeiras>> intenções subjetivas de terceiros, vivos ou mortos¹⁶⁷, sinceros ou não¹⁶⁸ (até as nossas próprias intenções e desejos não são sempre de todo apreendidas pela nossa consciência). A dificuldade é ainda maior quando esse terceiro é um ser <<coletivo>> (*i.e.* um conjunto de pessoas ao invés de um único indivíduo), hipótese em que, para se socorrer do modelo dos artefatos, o cientista do Direito Constitucional haveria de estar em condições de dar "o passo, certamente difícil, da ação individual para a ação social" ou coletiva (FERRARI V., 1989:59)¹⁶⁹. Daí que se diga que, na teoria jurídica, o "*topos* 'vontade', de relativa operacionalidade quando imaginamos situações individuais, (...) [torna-se] quase impraticável em contextos supra-individuais, mantendo-se, então, só a custa

¹⁶⁷ Mesmo um destacado defensor de uma abordagem instrumental da constituição como Scalia reconhece a dificuldade de se determinar quais eram, duzentos anos atrás, as intenções dos <<pais fundadores>>: "Seu maior defeito [do originalismo], a meu ver, é a dificuldade em aplicá-lo corretamente. (...) é certamente verdadeiro que, muitas vezes, é extremamente difícil apurar a compreensão original (*original understanding*) de um texto antigo. Corretamente conduzida, a tarefa requer a consideração de uma quantidade enorme de material – no caso da Constituição e das suas alterações, por exemplo, para citar apenas um elemento, os registros dos debates da ratificação em todos os estados. Além disso, a tarefa requer uma avaliação da confiabilidade desse material – muitos dos relatórios dos debates da ratificação, por exemplo, são tidos como bastante confiáveis. E, mais ainda, a tarefa exige que se mergulhe na atmosfera política e intelectual da época – de alguma forma despidendo-se de conhecimentos que temos que uma era passada não tinha, e incorporando crenças, atitudes, filosofias, preconceitos e lealdades que não são as de nossos tempos. É, em suma, uma tarefa às vezes mais adequada para o historiador do que para o advogado" (SCALIA, 1989:856s).

¹⁶⁸ Dentre os argumentos historicamente utilizados para contestar a operacionalidade da "tradição voluntarista, segundo a qual o fenômeno jurídico tem a sua origem nos atos de vontade dos governantes", está a "ilusão de que o ato de vontade seja uma entidade independente, que possa ser considerada como um dado simples", o que invoca a questão da *insinceridade* e da *dissimulação* do legislador: "o legislador raramente exprime o objetivo que pretende alcançar; temendo geralmente a discussão das suas fórmulas em função da finalidade, prefere dar ordens, dentro do justo sentir de que é essa aliás a sua missão" (cf. BATIFFOL, 1981:11 e 19s).

¹⁶⁹ Elster duvida que esse passo possa ser dado, argumentando não haver, em regra, dentre os diversos indivíduos que compõem um grupo, uma perfeita e demonstrável coordenação de interesses, comportamentos e consciência das consequências: "Se um indivíduo age numa maneira que ele sabe ser do seu interesse, podemos concluir que ele agiu por conta daquele interesse. Mas quando um grupo de indivíduos age numa maneira que é no seu interesse coletivo, não podemos concluir que eles assim o fizeram para provocar aquele benefício" (ELSTER, 1982:459; cf. também ELSTER, 1983:406). Vincenzo Ferrari e John Searle têm uma perspectiva diferente, sustentando, cada qual a seu modo, a possibilidade de se <<coletivizar>> uma ação individual (cf. FERRARI, V., 1989:59s e SEARLE, 1995:23ss).

de metáforas de interpretação duvidosa e imprecisa (vontade da maioria, do governo, da administração, do povo, etc.)" (cf. FERRAZ JR., 1986:36)¹⁷⁰. Daí também que existam freqüentes divergências entre os juristas sobre quais são ou foram as <<verdadeiras>> intenções e motivações de agentes-autores das constituições¹⁷¹. E daí, ademais, que não raro se tomem, nos discursos doutrinários sobre as funções da constituição, fins intermediários como sendo fins últimos¹⁷².

- (ii) Talvez nem existam intenções conscientes de quem quer que seja quanto aos exatos efeitos que produzem (ou hão de produzir) as disposições constitucionais (ou parte delas), as quais, como bem se sabe, são vazadas em enunciados sintéticos e vocábulos de significação imprecisa (textura aberta), frutos de acordos entre grupos opostos que não raro as aceitam com expectativas diferentes acerca de quais serão os seus efeitos concretos futuros¹⁷³. Esse caráter compromissário das constituições, aliás, faz com que elas freqüentemente consagrem "princípios diferentes, quiçá discrepantes" (MIRANDA J., 2002:450), o que também dificulta supor intenções conscientes quanto aos exatos efeitos para os quais elas se dirigem¹⁷⁴. Muito por conta desses fatores, Konrad Hesse, ao tratar da hermenêutica constitucional, afirma não haver nem <<intenção do legislador>>, nem tampouco <<intenção da norma>> que se possa validamente associar à constituição e aos efeitos que ela há de produzir:

"Porque em casos para cuja resolução a Constituição não contém critérios unívocos, isto é, porém, em todos os casos de interpretação constitucional, a Constituição e o

¹⁷⁰ Ferraz Jr. complementa observando: "O termo [vontade] é, além disso, adjetivado numa linguagem icônica, quando fala em *vontade mais forte* e *mais fraca*, contribuindo, no contexto, para derivações patéticas e românticas. Apesar disso, em torno dessas derivações muita tinta correu dos tinteiros doutrinários, aparecendo questões em larga escala que, assumindo o termo *vontade* numa forma hipostasiada de coisa, de algo que se tem, propuseram de modo equívoco o problema do endereçado da norma (os cidadãos? um grupo? os aplicadores?) – mas também do editor normativo (o povo? seus representantes? grupos de pressão?), do conceito de soberania (vontade última? regulada?), de interpretação (vontade da lei? do legislador?), etc." (FERRAZ JR., 1986:36s). Cf., na mesma linha, STRECK, 2002:49.

¹⁷¹ Para dar um exemplo, no Estados Unidos, Charles Beard, numa conhecida doutrina, sustenta que, ao contrário do que julga o pensamento dominante (senso comum teórico), os <<verdadeiros>> interesses dos <<país fundadores>> da Constituição Americana eram mais de ordem econômico-financeira do que propriamente de realização de ideais republicano-democráticos (cf. TEIXEIRA, 1962:50 e BUCK, 2007:85ss).

¹⁷² Vale dizer, sem ter como acessar a intenção do agente-autor, pensa-se que o objetivo final é um, quando na verdade é outro (cf. item 2.5.2 *supra*).

¹⁷³ Assim é, por exemplo, no caso dos compromissos de <<fórmula dilatória>>, que apenas *adiam* decisões (cf. SCHMITT, 1928:36ss e NEVES, 1992:92ss).

¹⁷⁴ "Os fundadores de uma constituição misturam visões políticas, filosóficas, sociais e jurídicas que nem sempre refletem uma abordagem coerente" (BARAK, 2005:378).

constituente, na verdade, ainda não decidiram, senão somente deram ponto de apoio mais ou menos numerosos incompletos para a decisão. Onde nada de unívoco está querido, nenhuma vontade real pode ser averiguada, senão, quando muito, uma presumida e fictícia, e, sobre isso, também todas as fórmulas de embaraço como, por exemplo, aquela da 'obediência pensante' do intérprete, não são capazes de ajudar. Considerar a averiguação da vontade objetiva determinada da Constituição ou da vontade subjetiva do constituinte como 'objetivo' da interpretação significa, pois, querer assimilar algo que não é preexistente realmente e, com isso, desacertar a problemática da interpretação constitucional já no início." (HESSE, 1995:57s)

- (iii) Muitos dos efeitos relevantes que são produzidos pela constituição só se tornam conhecidos *depois* que ela os produz, o que significa que seus criadores não sabiam (talvez nem tivessem como saber) quais seriam esses efeitos (no caso da Constituição Americana, por exemplo, os pais fundadores certamente não poderiam prever, e provavelmente não tinham a mínima intenção de regular, muitos dos efeitos produzidos por aquele conjunto normativo no século XXI)¹⁷⁵. Isso para não falar da possibilidade de que, mesmo quando os efeitos estão sendo concretamente produzidos, os agentes envolvidos nem se dão conta¹⁷⁶. Daí que Manuel Gonçalves Ferreira Filho sugira que nem todas as funções desempenhadas pelas constituições são "conscientemente desejadas e apercebidas", registrando, ao final do seu longo catálogo funcional, que "toda Constituição desempenha – até sem saber... – as funções analisadas" (cf. FERREIRA FILHO, 2003:66 e 73). Daí também que Atienza declare ser de "grande importância", embora sem dúvida sujeita a "dificuldades muito consideráveis", a tarefa do cientista do Direito de

¹⁷⁵ Sobre a impossibilidade de que constituintes possam tudo antever e prever, observa Stephen Holmes: "Arquitetos são famosos por serem relutantes em revisitar as casas que um dia projetaram por medo de descobrir que habitantes vivos e ativos vieram a utilizar os quartos e corredores tão criativamente arranjados de maneiras que não foram nem intencionadas nem previstas. Veneráveis autores da constituição sofreriam uma semelhante indignação se fossem autorizados a regressar da sepultura e inspecionar as suas obras em ação. Não importa quão astutamente eles concebiam um projeto de regras e papéis, instituições e procedimentos, o seu plano funciona, na prática, diferentemente do que foi imaginado em teoria. Isso porque eles não podem controlar, através do desenho constitucional, todos os poderosos fatores que necessariamente incidem no uso e abuso do poder político" (HOLMES, 1999).

¹⁷⁶ Ao defender que "o conceito de função inclui o ponto de vista do *observador*, não necessariamente o do participante" (abordagem funcional objetiva), Merton já apontava esse potencial problema no campo da Sociologia: "A função social se refere às *conseqüências objetivas observáveis*, e não às *disposições subjetivas* (propósitos, motivos, finalidades). (...) Pois não é preciso admitir, como veremos, que os *motivos* para contrair matrimônio ('amor', 'razões pessoais') são idênticos às *funções* desempenhadas pelas famílias (socialização da criança). Ademais, não é preciso admitir que as *razões* apresentadas pelas pessoas para justificarem seu comportamento ('*nós* agimos por razões pessoais') sejam idênticas às conseqüências observadas de tais padrões de comportamento. A disposição subjetiva pode coincidir com a conseqüência objetiva, mas também pode não coincidir. As duas variam de modo independente." (MERTON, 1968:90s).

"mostrar quais são as *verdadeiras* funções das leis (as consequências sociais que realmente produzem) e distingui-las dos objetivos declarados ou dos previstos (mas não declarados) por seus autores" (ATIENZA, 1993:227), o que, a rigor, implica refutar o modelo dos artefatos.

É fato que o recurso à figura do <<legislador (racional) constituinte>> (*mens legis*) (ou de seus *alter egos* o Povo e o Poder Constituinte) procura minimizar a metafísica da intenção do locutor, dando um (aparente) caráter mais objetivo à abordagem teleológica (cf. itens 4.4-b e 4.5.1-b *supra*). Mas esse artifício não resolve, de fato, o problema. Isso porque não apenas se pode duvidar, com Hesse, de que fato exista algo assim como uma *mens constitutione*, mas também, sobretudo, porque a intenção em questão, nessa abordagem, tende a ser, tanto quanto o autor a quem ela é atribuída, uma mera *ficção* criada pelo intérprete, a qual, sob a premissa de que o legislador é um superdotado (alguém capaz de antever *todas* as consequências e efeitos futuros da constituição), tende a *idealizar* (ideologizar) as funções da constituição (isso para não dizer que as transforma em meras projeções das expectativas e desejos do próprio cientista)¹⁷⁷. Ou seja, na ausência de um adequado Critério da Distinção, o cientista passa a selecionar, dentre os efeitos produzidos (ou a produzir) pela constituição, aqueles que julga terem sido intencionados (ou, o que é ainda mais delicado, os efeitos que julga que *deveriam ter sido* intencionados) pelo agente-autor, conferindo-lhes o *status* de função da constituição.

Essas considerações *não* significam negar que a constituição é (ou possa ser) o veículo (meio) de intenções (e ambições) conscientes (fins) daqueles que, em um dado momento histórico, a produzem (e a mantêm) ou a utilizam (os quais precisam ser claramente identificados num discurso científico que invoque suas intenções). O que essas considerações colocam em

¹⁷⁷ Numa passagem mais longa, mas que merece ser aqui transcrita, Roger Cotterrell aborda o cerne dessa questão: "Em muitos trabalhos doutrinários [*jurisprudential writings*], os objetivos sociais para os quais se pensa que o Direito está dirigido são frequentemente expressados *ex cathedra* como propósitos moralmente necessários. Esses trabalhos tendem a confundir o que o Direito faz com o que se pensa que ele deveria fazer. Eles tendem a confundir os conceitos de *função* e de *propósito*. Por conta disso, os críticos reclamam de um 'instrumentalismo inocente' (Summers 1977) de muitos trabalhos sobre o Direito, os quais, alega-se, assumem que todas as leis têm um propósito específico com base no qual sua efetividade pode ser medida. Em verdade, seus propósitos podem ser vistos de formas diferentes em diferentes momentos e elas podem existir por razões muito diferentes daquelas contidas nas explícitas justificações legislativas ou judiciais. Ademais, muitas leis podem não ter qualquer propósito discernível (Timasheff 1939:339), existindo talvez apenas, por exemplo, por causa da tradição, da inércia legislativa, ou da necessidade de conciliar propósitos radicalmente diferentes de grupos de interesses. O propósito do Estatuto das Fraudes está historicamente localizado nas motivações dos legisladores ingleses que o editaram em 1677. A *função* do Estatuto, em termos sociológicos, é, no entanto, uma questão muito diferente, não dependente do desejo dos seus criadores, mas da sua contribuição presente para a manutenção das instituições sociais e econômicas. Assim, a função da lei pode não ter absolutamente qualquer relação com o propósito pelo qual o Estatuto foi aprovado" (COTTERRELL, 1992:72).

questão é se essas intenções servem *de per si* de parâmetro adequado para o cientista estabelecer *todas as funções* da constituição.

4.6.1.2. Critério da Capacidade – Idealismo Utópico.

O Critério da Capacidade pede que o cientista empenhado na análise funcional da constituição, sem abdicar de uma especulação de como as coisas *podem ser*, não perca de vista os limites concretos impostos pela realidade, não se deixando seduzir por um conceito de função romantizado, distanciado do que de fato a constituição tem condições de produzir (cf. item 2.4 *supra*).

O modelo funcional dos artefatos, em que o único critério para fixação de funções à constituição é a (suposta) intenção dos agentes-autores parece não oferecer *de per si* um parâmetro seguro para orientar o Critério da Capacidade. Afinal, sob esse modelo, um efeito ou um objetivo (que se suponha) desejado pelo agente-autor da constituição que não seja de fato através dela alcançável seria ainda assim descrito como uma <<função>> da constituição¹⁷⁸.

Não obstante, a atribuição à constituição de funções que ela de fato não pode desempenhar não necessariamente se apresenta como um problema ao cientista se o que se pretende, com a análise funcional conduzida sob esse modelo, é tão apenas apontar (*descrever*) os objetivos conscientemente buscados pelo agente-autor escolhido, para, a seguir, à luz dos resultados por ele efetivamente alcançados através da constituição, promover uma avaliação crítica do seu projeto. Vincenzo Ferrari, por exemplo, em obra de Sociologia do Direito (cf. item 4.4.3 *supra*), define análise funcional justamente nessa linha:

"<<Função>> de *X* com respeito a *A* é, portanto, neste caso, o objetivo, a tarefa assinalada a *X* por *A* em relação ao seu próprio projeto de ação. Daí que a análise funcional seja o estudo da relação entre a finalidade de *A* (que podemos denominar *F*), o meio empregado (*X*) e os resultados obtidos (que podemos denominar *R*).\" (FERRARI V., 1989:54s)

¹⁷⁸ "Um artefato não precisa ter efetivamente a disposição para desempenhar sua função; basta apenas que se acredite que ele a desempenha" (McLAUGHLIN, 2001:83).

Agora, se o cientista estiver a procurar, com a análise funcional, uma reflexão sobre com as coisas *podem ser*, indicar como funções da constituição meras intenções *irrealizáveis* de um agente-autor não leva muito longe.

Ao tratarmos do conceito de função como eficácia já havíamos mencionado esse potencial problema, indicando que, para tentar resolvê-lo, seria talvez necessário assumir (dogmaticamente) que *todo* efeito pretendido pelos autores da constituição é, por definição, alcançável (cf. item 2.5.4 *supra*).

Em outras palavras, tal como no caso do Critério da Distinção, para *tentar* satisfazer o Critério da Capacidade seria necessário tomar como agente-autor da constituição o <<legislador (racional) constituinte>>, dentre cujas qualidades inserem-se a onisciência e onipotência (cf. itens 4.4-b e 4.5.1-b *supra*), o que significa que ele jamais há de <<querer o impossível>> e que haverá sempre, em sua obra, uma adequada <<relação de referência normativa>> (cf. item 2.5.7 *supra*).

Esse pressuposto dogmático, no entanto, para que possa eventualmente ser útil ao cientista do Direito Constitucional, precisa ser manejado com cautela, sem que se olvide jamais que, "inserida na realidade, parte da realidade – porque o direito é um nível da realidade – a reprodução dos seus [da constituição] programas encontra-se limitada pela realidade" (GRAU, 2005:123). Vale dizer, o pressuposto não deve ser entendido, como habitualmente se faz, como uma *assertiva* do tipo <<tudo o que legislador constituinte quer é possível>>, mas antes como uma *declaração* de que <<o legislador constituinte só quer o que é possível>>.

De outra sorte, ou seja, se o cientista inebriar-se pelo que julga serem as intenções do <<legislador constituinte>>, desconsiderando por completo as limitações dadas pelas "condicionantes naturais" postas à constituição (cf. HESSE, 1959:24), o mais provável é que a análise funcional em questão, sobretudo se tiver por objeto uma daquelas constituições que "prometem muito (quicá demasiado)" (cf. HÄBERLE, 2001:109), resulte numa (cientificamente inútil) *idealização* das funções da constituição (cf. item 4.6.1.1)¹⁷⁹, podendo

¹⁷⁹ É o que parece acontecer, por exemplo, na lição de Jorge de Esteban, quando ele atribui uma função transformadora à constituição: ao mesmo tempo em que afirma ser a constituição, "em seu nível mais supremo, a vontade do soberano", fato que, ao menos em tese, deveria fazer da constituição "um instrumento a serviço das aspirações majoritárias do povo [soberano da constituição] e um meio racional que permitisse pacificamente seu

culminar, nos casos mais graves, naquilo que Oliveira Vianna, citado por Grau¹⁸⁰, chama de "idealismo utópico", e que o próprio Grau chama de "jogo do progressismo constitucional": a difusão da idéia de que a constituição "supre a utopia da transformação da sociedade" e de que "em um passe de mágica [a constituição pode] instalar as condições materiais indispensáveis à concretização de todos os direitos" (cf. GRAU, 2005:123 e 125)¹⁸¹.

Em verdade, embora não se possa (nem se deva) ignorar que, em muitos casos, o Direito (constituição inclusive) se revela "um instrumento dirigente de política governamental positivo, poderoso, e indispensável, ativamente usado em larga escala para conformar condições sociais e econômicas e até atitudes populares" (cf. COTTERRELL, 1995:250)¹⁸², nem tampouco que a constituição é inegavelmente dotada de uma "força normativa" capaz de influir (vigorosamente) na realidade (cf. HESSE, 1995:50), o que faz dela um "documento radical" ao qual se pode atribuir, em alguma medida, "um papel de *mudança social*" (cf. CANOTILHO, 2003:1437), há de se ter em mente, no contexto de uma análise funcional que se pretenda científica, que "a Constituição é apenas responsável por uma parte do modo como um país é governado", sendo certo que "depende de opções políticas que nenhuma Constituição, nem sequer a mais perfeita, pode prever ou prescrever, o fato concreto de serem tomadas decisões boas ou más" (BOBBIO, 1978:189 e 191)¹⁸³. Isso significa, em especial, que:

progresso e evolução", o autor espanhol reconhece que, na realidade, essa função de transformação da sociedade é, em todo o mundo, "raramente exercida em nossos dias" ("quase inédita") (cf. ESTEBAN, 1976:36ss).

¹⁸⁰ A referência completa é: *O idealismo da Constituição*, 2ª edição, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1939.

¹⁸¹ Ficamos com a impressão de que, em alguma medida, a hoje colega de Grau no STF, Cármen Lúcia Antunes Rocha, aproximou-se desse tipo de equívoco quando, numa lição antes já citada (cf. item 2.5.2), sustentou, sem maiores considerações quanto ao Critério da Capacidade, que a constituição tem uma (romântica?) "função transformadora da realidade sócio-política e econômica", querendo significar que ela há de ser a "fonte criadora da Justiça da Libertação", conduzida "não ao sabor dos grupos dominantes, mas segundo a necessidade dos dominados" (cf. ROCHA, 1991:35).

¹⁸² Basta lembrar, dentre nós, os avanços notáveis promovidos (ou viabilizados) pelo Código de Defesa de Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o qual, por sua vez, seria impensável sem o arcabouço de Direitos Fundamentais oferecido pela Constituição Brasileira.

¹⁸³ Dentre outras coisas interessantes sobre o tema, Bobbio diz, no artigo citado, publicado ao tempo da celebração dos trinta anos da constituição italiana, quando era comum naquele país "o erro de acreditar que a Constituição de 1948 era perfeita e que nossas desgraças devem ser atribuídas ao fato de aquela Constituição, perfeita, ter ficado incompleta e sido violada", que "a Constituição não tem culpa", que "já li e reli não sei quantas vezes a Constituição italiana e muitas outras também: nessa leitura nunca consegui jamais deduzir delas o segredo de um bom governo" e que "de nada serve ou serve muito pouco, portanto, chorar sobre uma Constituição que não é cumprida ou que é traída, como de pouco serve pensar em reformas ou retoques constitucionais quando se tem a ilusão de que basta mudar a roupa para mudar o temperamento daquele que a veste" (cf. BOBBIO, 1978:187ss).

"A lei constitucional não tem capacidade para ser uma *lei dirigente transportadora de metanarrativas* ('transformação da sociedade no sentido de uma sociedade sem classes', 'garantia da felicidade dos cidadãos', etc.). O caráter dirigente de uma constituição converter-se-á paradoxalmente em *déficit de direção* se a constituição for também uma lei com hipertrofia de normas programáticas articuladas com *políticas públicas* (da economia, do ensino, da saúde) sujeitas à *mudança política democrática* ou dependente da *capacidade de prestação* de outros subsistemas sociais (ex.: políticas de pleno emprego, políticas de investimento, políticas de habitação)." (CANOTILHO, 2003:1437)

Olvidar essas lições, insistindo em ver na constituição um diploma *de per si* apto a promover radicais <<transformações da realidade econômico-social>>, conduz, muito freqüentemente, à completa <<frustração constitucional>>, rebaixando-se, do ponto de vista teórico e prático, o potencial normativo-axiológico da constituição, e fazendo dela, ao final, não mais que um instrumento <<asfixiante>> (no sentido de que tudo regula) e <<fracassado>> (no sentido de que nada ou quase nada do que promete alcança)¹⁸⁴.

4.6.1.3. Critério da Dimensão – Árvores sem Floresta.

Anteriormente observamos que a abordagem funcional da constituição compreende uma dimensão individual e uma dimensão coletiva, as quais devem ser ambas levadas em

¹⁸⁴ Registra, nesse tocante, Roger Cotterrell: "Esse tipo de desilusão com a capacidade do Direito como um instrumento de mudança facilmente se liga com um desconforto mais amplo com a própria idéia de considerar o Direito meramente em termos instrumentais. Concepções instrumentais do Direito que tendem a tratá-lo quase inteiramente como um meio de implementação de políticas são típicas de muita literatura de mudança jurídica e social. Elas têm sido ferozmente atacadas nos últimos anos em ao menos três frentes. Primeiro, retomando os problemas identificados em alguns dos primeiros escritos sobre os limites da eficácia da ação jurídica, a ineficiência do Direito e suas limitadas capacidades quando considerado como um agente de mudança, foram enfatizadas. (...) Em segundo lugar, o instrumentalismo jurídico foi atacado por ignorar os graves problemas de 'juridificação' ou 'legalização' da vida social; por incentivar, em verdade, a intrusão da regulação jurídica em áreas da vida que poderiam ser melhor governadas por outros meios que não aqueles do Direito estatal (...). Em terceiro lugar, a própria idéia de que o Direito deve ser pensado como um instrumento de governo foi considerada inadequada e prejudicial, por ignorar o problema da integridade do Direito como um modo específico de argumentação, discurso ou sistema de comunicação. (...) O instrumentalismo jurídico pode minar ou banalizar a integridade do Direito, os seus valores (como aqueles associados com o ideal de um Estado de Direito), bem como a sua autonomia da política" (COTTERRELL, 1992:65s). Em sentido similar, complementa Marcelo Neves: "A concepção instrumental do Direito Positivo, no sentido de que as leis constituem *meios* insuperáveis para se alcançar determinados *fins* 'desejados' pelo legislador, especialmente a mudança social, implica um modelo funcional simplista e ilusório, como tem demonstrado os seus críticos. Em primeiro lugar, observa-se que há um grande número de leis que servem apenas para codificar juridicamente 'normas sociais' reconhecidas. Por outro lado, a complexidade do meio ambiente social dos sistemas jurídico e político é muito acentuada, para que a atuação do Estado através da legislação possa ser apresentada como instrumento seguro de controle social. Já se tem apontado mais recentemente para a situação paradoxal do aumento dos encargos do Estado em conexão com a redução da capacidade do Direito de dirigir a conduta social" (NEVES, 1992:31).

consideração num modelo que se pretenda adequado e útil para o cientista do Direito Constitucional (cf. itens 2.5.3 e 2.6 *supra*). Essa a idéia que orienta o Critério da Dimensão.

Ao privilegiar o ponto de vista interno (subjetivo), no entanto, o modelo funcional dos artefatos parece desconsiderar as exigências do Critério da Dimensão, conduzindo o cientista a uma análise dimensionalmente limitada à perspectiva individual. Para usar uma expressão de Bobbio, fala-se sob o prisma da *árvore*, sem necessariamente se considerar o prisma da *floresta* (ao menos não de forma explícita no modelo)¹⁸⁵.

Aliás, o modelo tem tal descaso com a perspectiva coletiva que, ao se apegar às intenções do agente escolhido (agente-autor), ele passa, em tese, a aceitar como eventuais funções da constituição até mesmo efeitos ou objetivos que possam ser *danosos* ao sistema de referência (a sociedade, o ordenamento jurídico, as relações sociais). Ou seja, o que se toma por função, nesse modelo, no dizer de um autor que o endossa e o emprega, "se refere simplesmente a *um efeito projetado* que, não por acaso, pode ser destrutivo tanto para o sistema como para o observador, mas que segue sendo funcional se corresponde a uma finalidade perseguida conscientemente" (FERRARI V., 1989:49s).

Em contestação a essas considerações, poder-se-ia eventualmente argumentar que as intenções de certos agentes-autores da constituição, notadamente o <<legislador constituinte>>, são, por definição, expressões tanto de interesses individuais, quanto de interesses coletivos, conjunta e equilibradamente considerados. Supondo que isso seja cientificamente demonstrável, algo que as considerações sobre o Critério da Distinção põem em questão (cf. item 4.6.1.1), o modelo terá então atendido, nesse caso, o Critério da Dimensão.

4.6.2. Análise Substancial.

O modelo funcional dos artefatos promete muito ao cientista do Direito Constitucional.

¹⁸⁵ "Entende-se que esses dois pontos de vista não sejam arbitrários: representam duas diferentes concepções globais da sociedade, a universalista, para a qual o que conta é a floresta, e não as árvores, e a individualista, para a qual contam as árvores, não a floresta" (BOBBIO, 1975:105).

Ele promete, para dar um (o melhor) exemplo, que, caso se adote uma estratégia similar àquela de Vincenzo Ferrari, o cientista ilumine a relevância *real* da constituição para os agentes-sociais que a invocam em suas relações sociais (cf. itens 4.4-"c", 4.4.3 e 4.5.1-"c" *supra*). Os potenciais de aplicação desse tipo de <<descoberta>> na Teoria da Constituição soam sedutores (pense-se num tema como a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais).

O que não é certo, no entanto, é se o modelo tem condições de efetivamente entregar o que promete.

O grande desafio parece ser a metafísica da intenção do locutor (cf. item 4.6.1.1 *supra*). Pelas razões expostas, superá-la através do <<legislador (racional) constituinte>> não soa nada sedutor (ao contrário).

Em verdade, a insistência com que a figura do legislador constituinte aparece no exame formal do modelo dos artefatos (não apenas na questão da metafísica da intenção do locutor) sugere estar correta a tese de Luhmann de que o jurista confunde interpretação teleológica e análise funcional (cf. item 4.4 *supra*).

Esse fato parece *de per se* colocar em xeque a utilidade, para o estudo da constituição, da análise funcional conduzida sob o modelo dos artefatos. Isso por ao menos duas razões:

- (i) Por uma, se são figuras similares, há de se concluir que a análise funcional nada ou pouco acresce ao repertório do cientista do Direito Constitucional, que já conhece e maneja a interpretação teleológica de há muito.
- (ii) Por outra, a análise funcional assim conduzida encontra, de forma ainda mais fulminante que a interpretação teleológica, o obstáculo da metafísica da intenção do locutor. Isso porque, enquanto a verdadeira interpretação teleológica, como de resto qualquer outro método de interpretação da constituição, se conduz e se orienta à luz de um caso concreto (problema) que ajuda a delimitar o contexto com que se há de buscar o sentido da norma (e, por consequência, a intenção do seu agente-autor) (cf. *e.g.* MIRANDA J., 2002:448 e CANOTILHO, 2003:1200), a análise funcional, enquanto ferramenta teórica que se pretende útil para a compreensão da constituição globalmente considerada, se conduz inteiramente em

abstrato, sem o influxo de um caso concreto, atuando antes apenas a partir de uma <<etérea>> intenção do <<legislador constituinte>>. Reforça-se, assim, o risco de <<idealização>> das funções da constituição que o modelo dos artefatos apresenta ao estudioso da constituição (cf. itens 4.6.1.1 e 4.6.1.2 *supra*).

Para além desses fatores, há de se registrar o visível <<rebaixamento>> da constituição ao qual o seu pensar como artefato (instrumento para quaisquer fins) não raro costuma conduzir (cf. item 4.5.2-ii *supra*).

Assim identificados os problemas do modelo, passa a ser um desafio daqueles que se interessem pela sua aplicação no estudo da constituição demonstrar que os mesmos podem ser superados.

4.7. Reformulações do Modelo.

De tudo quanto acima observado, parece lícito afirmar que a metafísica da intenção do locutor está na base das principais dificuldades associadas ao modelo funcional dos artefatos (cf. item 4.6 *supra*).

Não se trata, em verdade, de um problema exclusivo da aplicação do modelo no campo do Direito Constitucional (embora aqui ele se mostre mais claramente), mas antes de uma objeção manifestada em quase *todas* as abordagens em Ciências Sociais que de uma forma ou de outra privilegiam o ponto de vista interno (subjetivo). Mesmo um adepto desse modelo funcional no estudo sociológico do Direito, como Vincenzo Ferrari, reconhece que prevalece hoje, nas Ciências Sociais, uma "difusa sensação" de que a "noção de finalidade", no sentido de efeitos ou objetivos conscientemente perseguidos por agentes sociais, é "pouco fiável", devendo ser "abandonada" (cf. FERRARI F., 1989:56). Algo na mesma linha, Luhmann observa, ao justificar sua preferência pelas abordagens funcionais objetivas e rejeitar as "perguntas psicológicas e antropológicas":

"Mas isso não necessariamente significa que se tenha que rechaçá-las por errôneas. O problema consiste em que os seres humanos empiricamente se manifestam como indivíduos e que é difícil controlar afirmações gerais acerca do homem, da consciência, da pessoa." (LUHMANN, 1993a:181)

Diante das dificuldades postas pela metafísica da intenção do locutor, há quem pretenda introduzir elementos *objetivos* na análise funcional *subjetiva*, tentando, sem sucesso, salvar esta com aqueles. Apenas para dar um exemplo, veja-se a doutrina do já citado Óscar Correias (cf. item 4.4.4 *supra*):

"Pois bem, se usamos a palavra 'função' para conotar a idéia de objetivos ou intenção do grupo no poder, como saberemos quais são esses objetivos ou intenções? Porque o que interessa à Sociologia Jurídica não são os objetivos senão se estes se cumprem ou não. Mas, para saber se se cumprem, deve-se comparar os *atos observados* com os *atos previstos* pelo produtor do direito. (...) Para fazer essa comparação, o sociólogo [do Direito] deve produzir um discurso descritivo dos fatos observados, e em realidade o que compara é esse discurso com o discurso que produz o produtor do direito. Observe-se, no entanto, que este último produz ao menos dois discursos, como vimos: o discurso no qual 'planeja' ou descreve o que quer – processo de *tomada de decisões* – e o discurso do direito que é posterior. Com qual trabalhará o sociólogo? Possivelmente o único a que tenha acesso é o discurso do Direito porque o outro é muito possível que se esconda no segredo do poder." (CORREAS, 1994:260)

Ou seja, Correias sugere que a determinação da função do Direito é uma tarefa que se implementa pela comparação entre o discurso descritivo dos fatos observados pelo cientista (consequências objetivas do Direito, ponto de vista externo) e o discurso do produtor normativo expresso no próprio Direito (pretensões subjetivas do autor do Direito, ponto de vista interno). Sendo assim, o autor propõe distinguir entre <<função subjetiva>> e <<função objetiva>> do Direito:

"Diremos que o direito cumpre, *subjetivamente*, as funções atribuídas pelo governo, quando: a) as normas são efetivas, e b) quando o resultado de sua efetividade pode descrever-se de maneira coincidente com a descrição dos resultados explicitamente buscados pelo produtor do direito. Para que um sociólogo [do Direito] chegue a uma tal conclusão, é necessário: a) que comprove a efetividade das normas; b) que chegue à conclusão de que a descrição dos resultados coincide com as previsões explícitas do governo. Diremos que o direito cumpre, *objetivamente*, suas funções, quando os resultados, sejam de sua efetividade, sejam de sua inefetividade, coincidem com os resultados esperados conforme alguma teoria sociológica." (CORREAS, 1994:263)

Ao colocar num mesmo cesto de análise <<funções subjetivas>> e <<funções objetivas>>, bem assim ao apelar às <<teorias sociológicas>> para descrever as funções do Direito que havia antes definido apenas como resultados das intenções do produtor normativo (cf. item 4.4.4 *supra*), Correias entra em certa contradição: não se trata mais de verificar quais as intenções reais do produtor normativo, mas antes quais se <<supõe>> que elas <<devam ser>> sob o prisma de uma teoria sociológica qualquer. O modelo de Correias passa a ser então um estranho *híbrido* de abordagem subjetiva e abordagem objetiva.

Sem nos alongarmos aqui além do necessário, o que interessa dessa descrição do hesitante modelo de Correias é o passo que ele apenas insinuou: adotar um ponto de vista externo (objetivo) como meio de superar a metafísica da intenção do locutor.

Vale dizer, ao invés de apurar as funções da constituição desde o ponto de vista do agente-autor (orador normativo) que fala através da norma constitucional (partindo-se da norma e/ou das intenções e planos de quem a dirige para definir a sua *função*), a alternativa seria percorrer o caminho inverso: apurar as funções da constituição desde o ponto de vista de um observador externo do funcionamento do sistema social (partindo-se da determinação de qual o problema ou necessidade do sistema que encontra solução *natural* nos efeitos produzidos pela constituição para assim definir a sua *função*)¹⁸⁶.

Esse o modelo a ser analisado no próximo capítulo.

¹⁸⁶ Nesse sentido, por exemplo, no âmbito da Filosofia da Ciência, Mark Bedau observa que a "abordagem mental" do conceito de função é inadequada, posto que o recurso ao "*designer* hipotético", o qual, para que pudesse ser útil, teria que ser suposto como um ser <<racional>> e <<bom>>, é perfeitamente substituível (com vantagens) pela consequência positiva (objetiva) produzida pelo elemento estudado (cf. BEDAU, 1992:263 e 266ss).

CAPÍTULO 5

CONSTITUIÇÃO COMO

MECANISMO DE INTEGRAÇÃO

5.1. Modelo Funcional.

A segunda forma de pensar as funções da constituição de que falamos no capítulo 3 *supra* é aquela que as concebe como os efeitos produzidos pela constituição que são necessários para o funcionamento adequado (equilíbrio, bem estar) do sistema sociedade.

Ao contrário do modelo discutido no capítulo anterior, em que as funções da constituição são determinadas desde a perspectiva de um agente-autor (ponto de vista interno, teleologia externa, análise funcional subjetiva), aqui o modelo aponta para uma apuração dessas funções sob a ótica do funcionamento do sistema social, sem privilegiar as intenções conscientes dos agentes envolvidos (ponto de vista externo, teleologia interna, análise funcional objetiva).

Isso não significa, em absoluto, que o modelo ignore a possibilidade de que um agente-autor antecipe e deseje conscientemente os efeitos produzidos pela constituição que contribuem para o equilíbrio do sistema social. Significa apenas que o cientista não toma esse (suposto) desejo (intenção) como o fundamento da identificação e atribuição de funções à constituição. Ao contrário, o cientista trabalha com a idéia de que, ao fim e ao cabo, a constituição existe por conta dos efeitos que produz que são respostas às exigências correntes de funcionamento da sociedade, sendo estas as suas *funções*, quer sejam elas conscientemente antecipadas e desejadas pelos agentes sociais (*funções manifestas*), quer não o sejam (*funções latentes*) (cf. item 3.3 *supra*).

À semelhança do capítulo anterior, o presente capítulo abordará o modelo funcional em questão em seis etapas: a formalização teórica dos contornos de sua estrutura, exemplos de aplicações em outras Ciências Sociais, no estudo do Direito e no Direito Constitucional, avaliação crítica e apontamento de alternativas de reformulação. Tendo em vista, no entanto, que aqui, mais que no modelo da constituição como artefato, a concepção funcional é bastante complexa (esse é o preço a pagar pelo abandono do conforto dogmático de figuras como o

<<legislador racional>>), traremos, desta feita, mais detalhes da aplicação (e origem) do modelo em outras Ciências Sociais.

5.2. Estrutura Formal – Função como Conseqüências Positivas.

A abordagem da função da constituição no modelo acima sintetizado alinha-se com o que alguns filósofos da ciência chamam de *teorias da função como conseqüências positivas*, sob as quais a função de um dado elemento corresponde aos <<efeitos positivos>> (benefícios) que ele aporta para o sistema de referência em que opera (cf. *e.g.* ACHINSTEIN, 1977:342 e BEDAU, 1992:266ss).

Nem todas as teorias da função como conseqüências positivas especificam um critério claro para determinar o caráter <<positivo>> da função dos elementos, ou seja, o que faz (ou deixa de fazer) um dado efeito constituir um benefício para o sistema (cf. HEMPEL, 1959:365ss e ACHINSTEIN, 1977:341).

Em geral, no entanto, as diferentes teorias compartilham a idéia básica de que são positivos os efeitos que satisfazem as condições necessárias (chamadas de pré-requisitos ou, mais comumente, exigências funcionais) para que o sistema opere em sua "melhor condição" ou "condição <<mais equilibrada>>" (cf. FERRARI V., 1989:36).

Essa condição equilibrada é também às vezes descrita como condição de "adaptação ou ajustamento" (cf. MERTON, 1968:118), de "estabilidade" (cf. LUHMANN, 1993b:265) ou simplesmente de "bem-estar" (*welfare*) (cf. McLAUGHLIN, 2001:83) do sistema.

Variações terminológicas à parte, o que se quer essencialmente aludir é àquele estado no qual o sistema opera de forma *contínua e adequada*:

"Assim, a análise funcional [conduzida sob o modelo da teoria das funções como conseqüências positivas] procura entender um padrão de comportamento ou uma instituição sociocultural nos termos do papel que ela desempenha na manutenção de um dado sistema em condição adequada de funcionamento (*proper working order*) e assim na manutenção da sua [do sistema] existência continuada (*maintaining it as a going concern*)." (HEMPEL, 1959:354)

Diz-se, assim, que, nessas teorias, o sistema em questão é (concebido como) uma espécie de sistema *auto-regulado*, ou seja, um sistema que dispõe de mecanismos (*i.e.* os elementos estudados) que contribuem para mantê-lo em condições de funcionamento contínuo e adequado, mesmo diante de eventuais perturbações (internas ou externas) (cf. HEMPEL, 1959:363, TREVES, 1977:85, GIDDENS, 1979:122 e McLAUGHLIN, 2001:69ss)¹⁸⁷.

Do ponto de vista da explicação científica ofertada, as teorias das funções como conseqüências positivas geralmente apresentam (ou pretendem apresentar) um caráter *etiológico*, posto que sugerem (explícita ou implicitamente) que a exigência funcional, vale dizer, o problema do sistema resolvido pelo elemento estudado (a sua *função*), *explica* a presença deste elemento no sistema (ou seja, aquela é *causa* deste) (cf. McLAUGHLIN, 2001:70 e 83).

A forma mais objetiva de compreender a essência dessas idéias é verificar sua aplicação num exemplo simples, relacionado à determinação da função do coração no organismo. Temos, inicialmente, o seguinte fato:

- (1) A circulação do sangue é "um processo que é indispensável ao organismo para permanecer em condições apropriadas de funcionamento" (HEMPEL, 1959:355).

Sob o modelo funcional analisado, esse fato é passível de descrição da seguinte forma:

- (2) A circulação do sangue é uma *exigência funcional* do organismo.

Outro fato conhecido, apurado a partir da observação e estudo do funcionamento do organismo e de todos os seus órgãos, é o de que:

- (3) O coração é o órgão que faz circular o sangue no organismo.

¹⁸⁷ Giddens acredita que essa peculiaridade do tipo de sistema envolvido é a razão pela qual "as noções funcionais são raras nas ciências outras que não as biológicas": "A diferença parece depender do fato de a biologia estudar entidades que se auto-regulam em relação às mudanças que ocorrem à sua volta. A análise funcional aplica-se a tais entidades, tratadas como sistemas, mas não a sistemas que não dispõem de capacidade de auto-regulação" (GIDDENS, 1979:122).

Dizendo de outra forma:

- (4) A circulação do sangue no organismo é um *efeito (conseqüência)* da atuação do coração.

Confrontando (2) e (4), não há dificuldade em afirmar que a circulação do sangue constitui uma *conseqüência positiva* da atuação do coração no organismo, ou seja, um efeito por ele produzido que satisfaz uma exigência funcional (condição de funcionamento adequado) do organismo, sendo esta, em última análise, a razão da presença do coração em tal sistema. Conclui-se, assim, que:

- (5) É *função* do coração fazer circular o sangue no organismo.

Contrario sensu, outros efeitos (conseqüências) da atuação do coração que não aportem benefícios para o organismo, ou seja, que não satisfaçam as suas exigências funcionais e, portanto, que não expliquem a presença do coração naquele sistema, não constituem, nessa abordagem, *função* do coração. Assim, por exemplo, os sons dos batimentos cardíacos: para essas teorias, não está correto afirmar que produzi-los é uma *função* do coração porquanto, ao menos em princípio, "os sons do coração são um efeito dos batimentos cardíacos que não têm importância para o funcionamento do organismo" (HEMPEL, 1959:355)¹⁸⁸.

Traduzindo as idéias *supra* num modelo útil de notação (o que fazemos adaptando e compatibilizando ACHINSTEIN, 1977:342, ELSTER, 1983:404, BEDAU, 1992:268 e McLAUGHLIN, 2001:83 e 87s), podemos dizer que, nas teorias da função como conseqüências positivas:

A função de x (em S) é y se e apenas se:

- (a) x faz ou permite y ; e
- (b) y é benéfico para o funcionamento adequado (equilíbrio, estabilidade, bem estar) de S , ou seja, y satisfaz uma exigência funcional de S ;

¹⁸⁸ Para poder sustentar que produzir os sons dos batimentos cardíacos constitui uma *função* do coração, ter-se-ia que afirmar, por exemplo, que eles permitem aos médicos diagnosticar doenças cardíacas, o que implicaria dizer que eles têm, sim, um *efeito positivo* (cf. WRIGHT, 1973:59, ACHINSTEIN, 1977:346 e NAGEL, 1977:232).

de tal forma que

(c) fazer ou permitir y explica a presença de x em S .

onde x é o elemento ao qual se atribui a função (no exemplo, o coração);

y é função (efeito) de x (no exemplo, a circulação do sangue); e

S é o sistema (auto-regulado) no qual x atua (no exemplo, o organismo).

5.3. Aplicações nas Ciências Sociais.

A sedutora idéia de que a função de cada prática, estrutura e instituição social¹⁸⁹ corresponde à contribuição (consequência positiva) que ela dá para o funcionamento contínuo e adequado (equilíbrio, estabilidade, bem estar) da sociedade (satisfação de exigência funcional), numa certa analogia com a idéia de que a função de um órgão é a contribuição que ele dá para o funcionamento contínuo e adequado do organismo (sociedade como ser vivo), deu impulso, nas Ciências Sociais, à corrente de pensamento conhecida como <<funcionalismo>>¹⁹⁰.

"Não é fácil oferecer uma formulação breve das teses fundamentais do funcionalismo" (NAGEL, 1961:468), haja vista, em especial, que essa denominação costuma ser empregada, sobretudo por seus críticos, para aludir a um conjunto bastante heterogêneo de teorias sociais,

¹⁸⁹ Assim como no capítulo anterior, continuaremos aqui nos referindo aos elementos passíveis de objeto de estudo funcional nas Ciências Sociais como sendo práticas, estruturas e instituições sociais (cf. item 4.3 *supra*). A propósito, Merton assim define o objeto das análises funcionais nas Ciências Sociais: "A escala total dos dados sociológicos pode ser submetida à análise funcional e em grande parte isso tem sido feito. O requisito básico é que o objeto da análise representa um item **padronizado** (isto é, conforme a uma norma e repetitivo), tais como os papéis sociais, os padrões culturais, as emoções culturalmente padronizadas, as normas sociais, a organização de grupos, a estrutura social, os dispositivos para controle social, etc." (MERTON, 1968:117s). Na mesma linha, Vincenzo Ferrari registra que a abordagem funcionalista costuma ser aplicada aos mais variados elementos sociais, "simples ou complexos, que atuam em um âmbito definido, freqüentemente descrito como um <<sistema>>" (cf. FERRARI V., 1989:35). Sobre o tema, cf. também KINCAID, 2007:242s.

¹⁹⁰ Embora a maioria dos autores esteja de acordo que o funcionalismo estabeleceu-se nas Ciências Sociais a partir da analogia entre sociedade e organismos vivos (cf. *e.g.* NAGEL, 1961:468, MERTON, 1968:87s, DUVERGER, 1973:238s, BOBBIO, 1975:103, GIDDENS, 1979:126s e BOUDON/BOURRICAUD, 1986:244), há quem conteste esse entendimento: segundo Kingsley Davis, os primeiros trabalhos de Durkheim, de Malinowski e de Radcliffe-Brown, de quem falaremos em seguida, utilizavam o conceito de função *sem* fazer qualquer referência à biologia, o que *de per se* seria evidência de que uma tal analogia (a qual não raro se mostra inconveniente) não é imprescindível nem inerente ao estudo funcional nas Ciências Sociais (cf. DAVIS, 1959:768s). Seja como for, certo é que, "hoje em dia, poucos sociólogos pensam que as sociedades são como sistemas biológicos" (BRYM, 2006:13). As teorias dos sistemas sociais desenvolvidas por (e ao redor de) Luhmann, orientadas pelo conceito de *autopoiesis* (cf. LUHMANN, 1993a:117ss), constituem uma relevante exceção, muito embora se deva destacar que "a imagem que compara a sociedade ao ser humano e equipara os subsistemas sociais aos diferentes órgãos do corpo (que desempenham papéis essenciais para o metabolismo e o bem-estar do todo) são expressamente rejeitadas por Luhmann" (CAMPILONGO, 2002:151).

as quais guardam pouca ou nenhuma relação entre si¹⁹¹. De qualquer forma, parece possível apontar, com o intuito de encaminhar a discussão aqui proposta, certas "características principais" das versões mais conhecidas dessas teorias, a saber:

1. [As teorias funcionalistas] Enfatizam que o comportamento humano é governado por padrões estáveis de relações sociais, ou estruturas sociais. (...)
2. As teorias funcionalistas mostram como as estruturas sociais mantêm ou enfraquecem o equilíbrio social. É por isso que os funcionalistas são, às vezes, chamados de 'funcionalistas estruturais': eles analisam como as partes da sociedade (as estruturas) se encaixam umas nas outras e como cada parte contribui para a estabilidade do todo (sua função). (...)
3. As teorias funcionalistas enfatizam que as estruturas sociais baseiam-se, principalmente, em valores compartilhados. (...)
4. O funcionalismo sugere que o restabelecimento do equilíbrio social é a melhor solução para os problemas da sociedade. (...)" (BRYM, 2006:14s)

Pode-se acrescentar a esta lista uma quinta característica, correspondente à crença de que a presença, na sociedade, das práticas, estruturas e instituições estudadas, pode ser, de uma forma ou de outra, *explicada* (etiologia) a partir das funções que desempenham, mesmo que acaso inexista um reconhecimento consciente dessas funções por parte dos agentes sociais¹⁹². Para alguns autores, aliás, as explicações *genuinamente* funcionais só existem nesses casos:

"O que é importante é que uma explicação funcional é independente de qualquer atribuição de intencionalidade. A explicação funcional nas ciências sociais tende a ser mais incompreendida porque muitas instituições sociais ou práticas culturais que possam ter uma explicação funcional inteligível podem ser percebidas como tendo também uma explicação intencional, e muitas instituições sociais foram de fato intencionalmente criadas ou são agora formatadas e mantidas para finalidades específicas. Assumamos que execuções públicas numa dada sociedade têm a função (e o efeito efetivo) de representar o poder numa forma crua e assim evitar a necessidade de se efetivamente exercer aquele poder em numerosas circunstâncias (o que pode ser caro e desgastante). A decisão de executar criminosos de certos tipos e de fazê-lo

¹⁹¹ Em verdade, "o 'funcionalismo' é entendido de maneiras diversas por autores diversos, com simpatia ou crítica" (GIDDENS, 1979:118; no mesmo sentido, cf. KINCAID, 1990:415). Daí que se diga que "esse termo [funcionalismo] atualmente pertence mais ao repertório polêmico dos sociólogos do que ao vocabulário técnico da sociologia" (BOUDON/BOURRICAUD, 1986:249).

¹⁹² Para uma demonstração da pretensão *explicativa* das teorias funcionalistas, cf., em especial, a análise crítica do trabalho de Merton conduzida por ELSTER (1990:129ss) e as considerações sobre os "dois modelos de explicação funcional [nas Ciências Sociais], explicações seletivas (*selectionist explanations*) que mostram como uma prática existe de sorte a produzir seus efeitos, e análise de papel funcional, que explica sistemas em termos de seus componentes", de KINCAID (2007:213ss).

publicamente pode ou não ser baseada na percepção dessa relação causal pelos representantes do regime; no primeiro caso, daríamos uma explicação intencional, no segundo, podemos tentar uma explicação funcional." (McLAUGHLIN, 2001:42)¹⁹³

Essa é certamente uma das principais diferenças entre o modelo teórico das funções como conseqüências positivas e o modelo funcional dos artefatos descrito no capítulo anterior, no qual as intenções dos agentes sociais eram determinantes para a fixação da atribuição funcional¹⁹⁴. Aqui o cientista assume que, sob o prisma funcional, os efeitos relevantes que os elementos estudados desempenham na sociedade e que correspondem às suas funções não são necessariamente resultados dos planos e desejos conscientes das pessoas (agentes-autores), mas são, ainda assim, a razão da presença desses elementos na sociedade: "uma explicação funcional é aquela na qual as *conseqüências* de algum comportamento ou ordenamento social são elementos essenciais das *causas* desse comportamento" (STINCHCOMBE, 1968:97).

Émile Durkheim (1858-1917) foi certamente o principal precursor do funcionalismo nas Ciências Sociais¹⁹⁵.

Durkheim estava interessado, "em uma época turbulenta", nos fatores "determinantes da coesão social" e da "integração do corpo social" (cf. LALLEMENT, 2000:217), vale dizer, nos fatores determinantes da <<solidariedade social>> entre diferentes indivíduos que os habilita a conviver harmoniosa e pacificamente numa mesma sociedade. "Quando Durkheim escreveu sobre solidariedade social, algumas vezes ele fazia referência à frequência e à intensidade da interação social, mas, mais freqüentemente, pensava na solidariedade social como um tipo de cimento moral: valores e crenças compartilhados que mantêm as pessoas juntas" (BRYM, 2006:15). A conclusão do mestre francês foi de que a solidariedade social depende, em última instância, do conjunto de efeitos positivos produzidos pelas diferentes práticas, estruturas e instituições sociais (*função*).

¹⁹³ Na mesma linha, observa Kincaid: "Desde sua concepção até o presente, as ciências sociais têm utilizado um tipo de explicação que parece suspeito pelos padrões das ciências naturais. Elas explicam porque práticas sociais existem pela referência aos propósitos ou necessidades que elas servem. Porém os propósitos invocados são em geral não os propósitos ou necessidades explícitos de qualquer indivíduo, mas da sociedade ou grupos sociais" (KINCAID, 2007:213).

¹⁹⁴ Outra importante diferença é a de que o presente modelo vincula o conceito de função ao de <<conseqüências positivas>> para o sistema, enquanto naquele modelo até mesmo efeitos *destrutivos* para o sistema podem ser tomados como função dos elementos estudados (cf. item 4.6.1.3 *supra*).

¹⁹⁵ "Indubitavelmente, as idéias de Durkheim representaram a mais importante fonte única de influência sobre o desenvolvimento do funcionalismo no século atual, apesar de a única discussão explícita significativa sobre 'explicação funcional', apresentada pelo referido autor, não ocupar mais do que algumas páginas do seu *As Regras do Método Sociológico*" (GIDDENS, 1979:116s).

Assim, por exemplo, em sua doutrina, "a função dos rituais – e da religião como um todo – era reforçar a solidariedade social" ao promover o compartilhamento de valores e a sensação de pertença ao grupo (cf. BRYM, 2006:396), enquanto a função da "divisão do trabalho" era aumentar "a interdependência entre os indivíduos", integrando-os econômica e socialmente (cf. COTTERRELL, 1995:268 e KINCAID, 2007:217).

Ao revés, para Durkheim, a eventual insuficiência de solidariedade social e conseqüente instabilidade de uma dada sociedade, manifestada, por exemplo, em fenômenos como o suicídio e as greves de trabalhadores, seria reflexo da ausência naquele meio de práticas, estruturas e instituições aptas a produzir efeitos que estimulassem a solidariedade social¹⁹⁶.

Inspirados pelas idéias de Durkheim, os antropólogos (inglês) Alfred Reginald Radcliffe-Brown (1881-1955) e (polonês) Bronislaw Malinowski (1884-1942) foram sem dúvida os principais responsáveis pela ampla difusão do emprego sistemático do conceito de função nas Ciências Sociais (cf. DUVERGER, 1973:240ss, GIDDENS, 1979:116ss e KINCAID, 2007:217s). Embora distintas entre si, as abordagens desses autores consagraram a idéia essencial de que *função* é o "fio condutor que permite ligar ao sistema social cada elemento particular, cada tipo de comportamento, cada traço cultural, cada instituição" (DUVERGER, 1973:241). Não é exagero dizer que essa idéia orientou (para o bem e para o mal) todo o desenvolvimento posterior do funcionalismo nas Ciências Sociais.

A essência da doutrina de Malinowski, por exemplo, pode ser resumida, nas palavras de um crítico, da seguinte forma: "Todos os fenômenos sociais têm conseqüências positivas (intencionadas ou não intencionadas, reconhecidas ou não reconhecidas) que os explicam" (ELSTER, 1983:404). Uma aplicação prática dessa idéia pode ser vista no seguinte relato de Henri Mendras:

“No seu estudo sobre as ilhas Trobriands, na Melanésia, uma das obras-primas da Etnologia e um dos livros mais cativantes que se possa ler, Malinowski descobriu dois tipos de pesca. A pesca na lagoa é muito fácil, sem perigo, e os resultados são regulares, há sempre peixe.

¹⁹⁶ "Durkheim escreveu que a estabilidade social poderia ser restaurada na Europa do fim do século XIX por meio da criação de novas associações de patrões e empregados que poderiam, por sua vez, diminuir as expectativas dos trabalhadores em relação ao que podiam esperar da vida. Para Durkheim, se mais pessoas desajassem menos, então a solidariedade social aumentaria e haveria menos greves e taxas de suicídio menores" (BRYM, 2006:15).

Nenhum rito mágico acha-se associado. Em contraste, o segundo tipo de pesca, no alto-mar, é tecnicamente mais difícil: há ondas e se vai longe. Além do mais, os resultados são aleatórios: tudo depende da presença de cardumes de peixe. Ora, para preparar-se para esse segundo tipo de pesca, cumpre realizar certo número de ritos mágicos. Comparando essas duas situações, Malinowski procura determinar a função da magia. A pesca em alto-mar é perigosa e produz ansiedade. Ora, não há meios práticos para lutar contra essa ansiedade; é necessário um investimento emocional, sendo preciso encontrar um meio para fixá-lo. Na falta de qualquer meio prático para atrair a sorte (a chegada dos peixes), e para afastar os riscos da pesca, a realização desses ritos tem a função de dar confiança, de mobilizar os sentimentos que dominam a ansiedade." (MENDRAS, 1967:122s)

Esse relato ilustra bem a essência do enfoque funcionalista, ao menos em sua formulação original (para outros exemplos, cf. STINCHCOMBE, 1968:98ss e BOUDON/BOURRICAUD, 1986:246s): mesmo sem saber quando, como e por obra de quem surgiu o ritual mágico que precedia a pesca em alto mar naquela comunidade isolada (o que *de per se* desaconselhava especular sobre as intenções dos seus supostos criadores), e sem tampouco levar em consideração a percepção que dele tinham os próprios nativos (*i.e.* sem tomar em conta os *propósitos* que os agentes sociais declaravam motivar suas ações, como, por exemplo, o tributo a uma divindade), Malinowski pôde explicar a existência do costume estudado naquela sociedade com base na constatação da exigência social que ele satisfazia (*função*), qual seja, a mitigação da ansiedade.

Mais do que Malinowski, porém, autor que, segundo Davis, por ser "tão extremo e descuidado em suas afirmações" se tornava um alvo fácil dos críticos (cf. DAVIS, 1959:769), interessamos aqui mencionar, com o intuito de ilustrar a aplicação do modelo das teorias da função como consequências positivas no âmbito das Ciências Sociais não jurídicas, o trabalho reconhecidamente "influyente" de Radcliffe-Brown (cf. COTTERRELL, 1992:323). As lições desse autor, embora hoje em grande parte ultrapassadas¹⁹⁷, são particularmente úteis para que se possam compreender certos preceitos básicos que regem a aplicação das teorias da função como consequências positivas nas Ciências Sociais.

¹⁹⁷ Aliás, o funcionalismo como um todo é frequentemente tido como superado nas Ciências Sociais, sobretudo por seus adversários. Isso não impede, porém, que ele seja ainda hoje apontado como uma das "principais tradições teóricas" da Sociologia (cf. BRYM, 2006:14ss), nem que se considere que as explicações funcionais estão "amplamente presentes" na "melhor ciência social" atualmente produzida (cf. KINCAID, 2007:213).

Em um célebre artigo, publicado originalmente no distante ano de 1935, Radcliffe-Brown conceitua *função* como sendo a correspondência existente entre uma dada atividade periódica e as condições de existência (exigências funcionais) da respectiva sociedade, compreendidas estas através de uma analogia com os organismos vivos:

"Para maior elucidação do conceito [de função] é conveniente empregarmos a analogia entre a vida social e a vida orgânica. Como todas as analogias isto deve ser feito com cautela. (...) Se considerarmos qualquer parte cíclica do processo vital, tal como a respiração, digestão etc., sua *função* é o papel desempenhado, a contribuição dada à vida de todo o organismo. (...) Podemos observar [por exemplo] que a função de um processo fisiológico cíclico é assim uma correspondência entre ele e as necessidades (isto é, condições necessárias de existência) do organismo. (...) Deixando a vida orgânica de lado e voltando à vida social, se examinarmos uma comunidade como a tribo africana ou australiana, podemos reconhecer a existência de uma estrutura social. (...) A continuidade da estrutura é mantida pelo processo da vida social, que consiste de atividades e interações dos seres humanos. A vida social da comunidade é definida aqui como o *funcionamento* da estrutura social. A *função* de qualquer atividade periódica, tal como a punição de um crime, ou uma cerimônia fúnebre, é a parte que ela desempenha na vida social como um todo e, portanto, a contribuição que faz para a manutenção da continuidade estrutural." (RADCLIFFE-BROWN, 1935:221ss)

Ou seja, para Radcliffe-Brown, (quase que) da mesma forma que a função de um órgão corresponde à contribuição que ele dá para a vida do organismo (vida orgânica), a função de uma dada atividade social periódica corresponde à contribuição que ela dá para a vida da sociedade (vida social), entendida como o funcionamento da <<estrutura social>> (manutenção da <<continuidade estrutural>>). Mais à frente no mesmo trabalho, sintetizando estas idéias, Radcliffe-Brown afirma:

"Pela definição aqui dada, <<função>> é a contribuição que determinada atividade proporciona à atividade total da qual é parte. A função de determinado costume social é a contribuição que este oferece à vida social total como o funcionamento do sistema social total. Tal modo de ver implica que certo sistema social (toda a estrutura social de uma sociedade juntamente com a totalidade dos costumes sociais nas quais aquela estrutura aparece, e da qual depende para sua existência continuada) tem certo tipo de unidade a que podemos chamar de unidade funcional. Podemos defini-lo como condição pela qual todas as partes do sistema social atuam juntas com suficiente grau de harmonia ou consistência interna, isto é, sem

ocasionar conflitos persistentes que nem podem ser solucionados nem controlados."
(RADCLIFFE-BROWN, 1935:224)

Perceba-se a lógica do pensamento funcional de Radcliffe-Brown, antes já presente, de certa forma, nos trabalhos de Durkheim, e depois reproduzida (com naturais adaptações e variações terminológicas) pela maior parte das teorias funcionalistas: a função desempenhada por cada um dos elementos sociais é contribuir para o funcionamento do sistema social total (vida social), o qual, por sua vez, é aquele estado (de suficiente harmonia ou consistência interna) do sistema em que todos os elementos desempenham (têm condições de desempenhar) suas funções¹⁹⁸.

Tem-se, assim, na doutrina de Radcliffe-Brown, com de resto nas teorias funcionalistas em geral, uma espécie de *círculo virtuoso*: a harmonia interna do sistema social (equilíbrio, estabilidade, coesão: estado de bom funcionamento) habilita (e demanda) a produção pelas práticas, estruturas e instituições sociais de efeitos que contribuem para a própria harmonia interna do sistema. É na dinâmica desse círculo virtuoso que reside o caráter *etiológico* dessas teorias: as conseqüências positivas produzidas pelo elemento estudado alimentam a presença do próprio elemento na sociedade (*e.g.* coesão social que alimenta o elemento estudado que alimenta a coesão social que alimenta o elemento estudado e assim sucessivamente *ad aeternum*). Daí que se detecte "o aparecimento, não raro, de termos como 'retroalimentação' (*feedback*) nos trabalhos de caráter funcionalista" (cf. GIDDENS, 1979:171; cf. também KINCAID, 1990:417s).

Ao contrário de Radcliffe-Brown, no entanto, a maior parte dos teóricos funcionalistas rejeita a idéia de que exista sempre uma inequívoca <<unidade funcional>> (*i.e.* elevado grau de harmonia) nos sistemas sociais.

De fato, parece mesmo intuitivo, ao menos no contexto multifacetado e complexo das sociedades contemporâneas, que nem "todo item social ou cultural (uso, crença, padrão de comportamento, instituição)" contribui para a harmonia social total (cf. MERTON,

¹⁹⁸ Compare-se com a lição de Bobbio: "Limito-me a empregá-lo [o conceito de função] no uso corrente das teorias funcionalistas: um uso, como foi inúmeras vezes repetido, que nasce no terreno das ciências biológicas, por meio da analogia da sociedade humana com o organismo animal, e no qual por 'função' se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é do organismo considerado como um todo" (BOBBIO, 1975:103).

1968:92ss)¹⁹⁹. Ao contrário, como bem se sabe, nessas sociedades (talvez fosse diferente nas pequenas comunidades agrárias estudadas por Radcliffe-Brown), "certos itens podem ser funcionais para alguns indivíduos e subgrupos e disfuncionais [ou simplesmente não funcionais] para outros" (MERTON, 1968:118), ou seja, nem tudo necessariamente produz *consequências positivas* para (o funcionamento da) sociedade como um todo.

Atento a essa questão, Robert King Merton (1910-2003), num trabalho que temos citado ao longo dessa dissertação²⁰⁰ e que é, nas palavras de um crítico, um "reconhecido clássico da moderna sociologia" (ELSTER, 1990:129), onde se encontram "lições [que] apresentam [até hoje] um [significativo] grau de abertura e modernidade" (FERRARI V., 1989:39), sugeriu a incorporação dos conceitos de *disfunção* e de *não funcionalidade* ao arsenal teórico das abordagens funcionalistas:

"Funções são aquelas consequências observadas que propiciam a adaptação ou ajustamento de um dado sistema e **disfunções** são aquelas consequências observadas que diminuem a adaptação ou o ajustamento do sistema. Há também a possibilidade empírica de consequências **não-funcionais** as quais são simplesmente irrelevantes ao sistema em consideração." (MERTON, 1968:118)

Assim, por exemplo, segundo Merton, a religião é um elemento <<disfuncional>> quando, numa dada sociedade, ao contrário de contribuir para a estabilidade social, *incita* o conflito entre adeptos de doutrinas diferentes; de forma similar, quando, num certo contexto, a religião se mostra irrelevante para a coesão social, ela é um elemento <<não-funcional>>; já naqueles casos em que a religião é funcional para alguns grupos e disfuncional ou não-funcional para outros, pode-se pensar que ela apresenta um <<saldo líquido>> de consequências funcionais positivas que explicam sua presença naquela sociedade (cf. MERTON, 1968:94ss).

¹⁹⁹ Por conta disso, Henry Mendras produziu uma dura crítica à idéia de unidade funcional, tratando-a de "visão paradisíaca do funcionamento harmonioso da sociedade" que conduz a "conclusões ridículas" (MENDRAS, 1967:123). Entre nós, no âmbito do Direito Constitucional, o postulado da unidade funcional foi em alguma medida inadvertidamente abraçado por Meirelles Teixeira: "É importante notar-se que *a cultura de qualquer povo, em qualquer momento histórico, constitui um 'todo funcional'*", uma 'unidade organizada', neste sentido de que todas as partes da cultura, material ou espiritual (Economia, Técnica, Ciência, Arte, Usos e Costumes, Direito, Moral, Religião) acham-se em íntima conexão, umas reagindo sobre as outras, numa verdadeira interação causal, todas se articulando e formando um *sistema* ou *unidade*" (TEIXEIRA, 1962:71).

²⁰⁰ *Funções Manifestas e Latentes*, originalmente publicado em 1949. Consultamos a versão ampliada e revisada de 1968.

Por conta dessas idéias, bem assim de outras críticas formuladas aos postulados centrais das doutrinas de Radcliffe-Brown e de Malinowski²⁰¹, costuma-se reconhecer a Merton o mérito de ter estabelecido as bases para uma (salutar) distinção entre <<funcionalismo absoluto>> e <<funcionalismo moderado>>, ou seja, entre, de um lado, o "funcionalismo" como uma abrangente "filosofia social" ou "teoria global da sociedade", e, de outro, a mera "análise funcional de um instituto" (cf. BOBBIO, 1975:92): enquanto aquele se volta a apresentar uma visão globalmente funcionalista dos sistemas sociais, na qual se assume que *todas* (ou quase todas) as práticas, estruturas e instituições sociais encontram-se de alguma forma inter-relacionadas e produzem efeitos típicos que as explicam em termos funcionais, esta sugere apenas que, em alguns casos, o conceito de função pode ser útil e aceitável para iluminar o entendimento dos fenômenos sociais, sem com isso necessariamente implicar que se deva conceber a sociedade como um todo em bases funcionais (cf. também, sobre essa distinção, ELSTER, 1983:404 e 1990:136s, BOURRICAUD/BOUDON, 1986:249ss, FERRARI V., 1989:19ss e KINCAID, 1990:415ss, 2002:60 e 2007:224s).

Embora (muito) mais se pudesse falar sobre a aplicação, nas Ciências Sociais não jurídicas, do modelo das teorias da função como conseqüências positivas, isso nos faria fugir do intuito não exaustivo desse <<olhar para fora>> (cf. item 1.3 *supra*). O quanto acima restou assentado, no entanto, é suficiente para pavimentar o caminho que leva à compreensão dos estudos funcionais da constituição de que falaremos mais à frente. Antes, no entanto, convém verificar, ainda que brevemente, como as idéias até aqui expostas repercutem no estudo do Direito como um todo.

5.4. Aplicações no Estudo do Direito.

A essência da análise funcional nas teorias da função como conseqüências positivas está relacionada, como vimos, à determinação dos efeitos produzidos por um dado elemento que

²⁰¹ Além do "postulado da unidade funcional" (a idéia de que todos os elementos sociais apresentam conseqüências positivas para a sociedade como um todo), Merton rejeitou também (i) o "postulado da indispensabilidade" (a idéia de que os elementos sociais desempenham funções indispensáveis e insubstituíveis – Merton propõe, ao contrário, que seja considerado "o conceito de *alternativas funcionais*, ou *equivalentes funcionais*, ou *substitutos funcionais*", decorrente do seguinte "teorema básico da análise funcional: *tal como a mesma coisa pode ter múltiplas funções, assim pode a mesma função ser diversamente preenchida por coisas diferentes*"); e (ii) o "postulado do funcionalismo universal" (a idéia de que todas as formas sociais ou culturais padronizadas, persistentes no tempo, existem porque desempenham uma função vital para a sociedade, o que conduz, dentre outras coisas, à inconveniente tendência de se atribuir funções aos mais variados elementos, até mesmo, por exemplo, aos "botões das mangas dos paletós") (cf. MERTON, 1968:93ss).

satisfazem exigências funcionais do sistema no qual ele está inserido, ou seja, os efeitos que ele produz que contribuem para o funcionamento adequado (equilíbrio, estabilidade, bem estar) do sistema. Na lição de Radcliffe-Brown, o sistema em questão é a *sociedade como um todo*, sendo seu funcionamento adequado concebido como aquele estado no qual há colaboração suficientemente harmoniosa dos vários elementos que a compõem, de tal sorte que cada qual pode desempenhar, e efetivamente desempenha, sua respectiva função. Para aquele antropólogo, essa harmonia só é possível (exigência funcional) quando não há conflitos persistentes que não possam ser solucionados ou superados no âmbito do próprio sistema. Se houver, estará em risco, em última instância, a própria *sobrevivência* (existência continuada) da sociedade²⁰².

É no contexto dessas idéias, mas em geral sem aderir ao funcionalismo absoluto de Radcliffe-Brown (cf. item 4.3 *supra*), que sociólogos e juristas de diferentes escolas concebem a função primordial do Direito como estando relacionada à solução e superação (harmonização) dos conflitos que de outra forma abalariam a <<existência continuada>> da sociedade política, pensada esta, em regra, como sendo o Estado-nação moderno²⁰³.

Em outras palavras, embora, como é natural, manejando essas idéias no contexto de suas respectivas convicções e abordagens, diferentes sociólogos e juristas oferecem "uma

²⁰² Registre-se que Radcliffe-Brown estava ciente de que "as sociedades não morrem no mesmo sentido que os animais" (RADCLIFFE-BROWN, 1935:225). Nesse sentido, a idéia de *sobrevivência da sociedade* diz respeito à manutenção do seu "tipo estrutural" tal qual ele existe num dado momento: "De modo que talvez possamos dizer que, enquanto um organismo atacado por doença virulenta reagirá, e se a reação falhar, morrerá, uma sociedade que seja arrastada à condição de desunidade ou inconsistência funcionais (o que chamamos provisoriamente de disnomia) não morrerá, exceto em casos relativamente raros (como uma tribo australiana subjugada pela força destrutiva do homem branco), mas continuará a lutar no sentido de uma espécie de eunomia, algo como a saúde social, e poderá, enquanto isto, alterar seu tipo estrutural" (RADCLIFFE-BROWN, 1935:225s).

²⁰³ Sociedades políticas são, na definição de Dallari, "todas aquelas que, visando a criar condições para a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupam-se da totalidade das ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum. (...) Entre as sociedades políticas, a que atinge um círculo mais restrito de pessoas é a família, que é um fenômeno universal. (...) Mas a sociedade política de maior importância, por sua capacidade de influir e condicionar, bem como por sua amplitude, é o Estado" (DALLARI, 1991:41). É de registrar, porém, que os blocos regionais supranacionais, cujo melhor exemplo é a União Européia, têm progressivamente se colocado como candidatos a substituir o Estado-nação no posto de sociedade política de <<maior importância>>. Daí, por exemplo, que, ao apontar os "níveis de relação" que podem ser distinguidos "no discurso jurídico" sobre a integração, Frankenberg observe a existência, além da literatura sobre a "integração social [que caracteriza um processo específico intra-social (socialização) e situação de agregação da relação indivíduo/sociedade]" e a "integração organizacional-estatal [que] pode ser caracterizada a bem sucedida delimitação funcional e de competência dos órgãos estatais", de "uma literatura sempre crescente [que] ocupa-se com a integração supranacional ou com a internacional (Comunidade Européia/União, 'integração ocidental', 'family of nations', Estado mundial)" (FRANKENBERG, 2003:153s).

concepção do Direito como um mecanismo de integração²⁰⁴; um meio de lidar com as tensões e fricções que ameaçam a natureza basicamente coesa da sociedade" (cf. COTTERRELL, 1992:73).

Renato TREVES (1977:84ss e 1993:179ss), Roger COTTERRELL (1992:71ss) e Niklas LUHMANN (1993a:182s) dão cada qual vários exemplos de autores que, em maior ou menor medida (e cada qual a seu modo)²⁰⁵, pensam as funções do Direito desde a perspectiva aqui exposta. Os três citam, por exemplo, o trabalho do sociólogo Harry C. Bredemeier (?-1997), para quem o Direito é o "mecanismo de integração" por excelência, tendo por função própria "a solução ordenada de conflitos" na sociedade (cf. BREDEMEIER, 1962:73s). Cotterrell destaca ainda as doutrinas do já citado Durkheim²⁰⁶, de Roscoe Pound (1870-1961)²⁰⁷ e de Karl Llewellyn (1893-1962)²⁰⁸. Treves acrescenta diversos trabalhos europeus da primeira

²⁰⁴ "Integração, *lato sensu*, significa a superação das divisões e rupturas e a união orgânica entre os membros de uma organização. De regra, esta organização é, atualmente, o Estado-nação; trata-se, então, de dissensões entre os vários grupos que fazem parte do Estado" (PASQUINO, 1983:632). Nesse tocante, "há que se perceber que integração caracteriza tanto um processo, ou seja, o fomento de coesão/união, como também um resultado (coesão, unidade, socialização eficaz, comunidade)" (cf. FRANKENBERG, 2003:152).

²⁰⁵ É interessante destacar, nesse tocante, que a crença de que a integração está no centro teleológico do Direito é compartilhada tanto por autores apegados à uma visão *institucional* do Direito (ordem jurídica vinculada às formas culturais (consciente ou inconscientemente) assimiladas pelo indivíduo), quanto por autores adeptos da visão *normativista* do Direito (ordem jurídica como meio de coerção utilizado pela sociedade, notadamente através do Estado, para controlar os desvios de comportamento). No contexto da exposição aqui desenvolvida, no entanto, a distinção entre as duas concepções se mostra "irrelevante (...), posto que, mesmo quando o Direito é tomado como significando o quadro regulatório do Estado [visão normativista] (...), as funções do Direito são elaboradas através do exame dos problemas de integração" (cf. COTTERRELL, 1992:96). Sobre as visões institucional e normativista do Direito, cf., em especial, REALE, 1970:203ss, COTTERRELL, 1992:16ss e TAMANAHA, 1997:93ss. Sobre a divisão das teorias da integração entre correntes funcionais (sistêmicas) e correntes normativas (estatais), cf. PASQUINO, 1983:632s e FRANKENBERG, 2003:154s.

²⁰⁶ Conforme acima observado, Durkheim "entende integração primariamente como solidariedade – coesão social espontânea decorrente de crenças ou atitudes compartilhadas ou cooperação mútua" (COTTERRELL, 1992:96), o que *de per se* "contribui para a manutenção da ordem social" (BRYM, 2006:14). Para Durkheim, "o direito assume uma função integrativa essencial na passagem de uma sociedade calcada na solidariedade mecânica para outra diferenciada em termos ocupacionais (solidariedade orgânica). É com auxílio de instrumentos jurídicos que se consolida a passagem de uma unidade social baseada na coesão de valores para uma unidade social construída a despeito da interdependência funcional de diferentes grupos e papéis sociais" (CAMPILONGO, 2002:143). Ou seja, segundo Durkheim, nas "sociedades avançadas o direito não se limita a uma intervenção repressiva, mas que nele crescem as normas que atendem a uma função reparadora, normas que prevêm uma 'sanção' reintegradora, tendente a restaurar o *status quo ante*, a reconstituir as condições de um equilíbrio de funcionamento comprometido pelo ilícito" (PALOMBELLA, 1996:248).

²⁰⁷ "O conceito do Direito de Roscoe Pound como controle social através da força por uma sociedade politicamente organizada (...) foi e ainda é (com certas variações) o conceito dominante de Direito na sociologia jurídica" (TAMANAHA, 1999:100). Sua teoria "realça diversas preocupações centrais das principais teorias sociológicas do Direito como um mecanismo de coesão social" (COTTERRELL, 1992:76).

²⁰⁸ O trabalho de Llewellyn (*The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method*, 1940) é "teórica e historicamente muito importante" (FERRARI V., 1993:267). Nele o autor americano sustenta que a estrutura de regulação normativa de todo e qualquer grupo – desde as complexas sociedades até crianças brincando em conjunto – atende quatro funções básicas (*law-jobs*): resolução dos conflitos (a principal delas), orientação preventiva de condutas e expectativas para evitar conflitos, alocação de autoridade no grupo e, por fim, o que ele chama de *net drive*, consistente na organização e na harmonização das atividades no grupo para dar direcionamento e incentivo aos seus componentes (cf. COTTERRELL, 1992:80 e FERRARI V., 1993:267).

metade do século passado, incluindo os de M. Rehbinder²⁰⁹. Luhmann, por sua vez, enfatiza, depois de citar outros autores, que "hoje em dia temos que mencionar sobretudo a Jürgen Habermas [1929-] como representante de uma função sócio-integradora do direito" (LUHMANN, 1993a:183)²¹⁰.

Em todos os casos, ao colocarem o tema da <<integração>> no centro de suas reflexões funcionais sobre o Direito²¹¹, esses autores estão, cada qual a seu modo, sugerindo que aquele clássico *enigma* que Frankenberg chama de *questão de Tocqueville*²¹² e que Cotterrell descreve como o *problema de ordem de Hobbes*²¹³ encontra resposta, ao menos na modernidade, nas instituições jurídicas – vale dizer, segundo eles, é o Direito, produzido no âmbito da sociedade, quem permite haver a existência continuada da própria sociedade, a despeito dos (inúmeros) conflitos que latejam em seu interior; a sua *função*, portanto, no sistema social, é precipuamente <<integrativa>>²¹⁴.

5.5. Aplicações no Direito Constitucional.

Depois de analisar onze diferentes teorias da constituição (oito das quais defendidas por autores alemães), Canotilho assevera a existência de certos "*topoi* categoriais" que julga essenciais para uma adequada teoria constitucional, dentre os quais (*i*) o de que a constituição

²⁰⁹ "Rehbinder, que está vinculado aos ensinamentos do americano Llewellyn, sustenta que o direito contribui para reforçar a coesão social ao desenvolver determinadas funções: resolução dos conflitos, regulação dos comportamentos, organização e legitimação do poder na sociedade, estruturação das condições de vida da sociedade e administração da justiça" (TREVES, 1977:95).

²¹⁰ Especialmente no campo constitucional, as idéias de Habermas acerca de uma função integradora do Direito ganharam uma interessante formatação na figura do chamado *patriotismo constitucional*, o qual pressupõe que "os valores e as regras do jogo constitucionais" sejam vistos como a "razão de ser da convivência, que se vive e se interioriza pelos participantes no sistema. É a razão central do pacto social, a razão central pela qual integram-se neste pacto os cidadãos e pela qual convertem a Constituição em um referente da vida em comum" (PECES-BARBA, 2004:243). Para uma aplicação prática dessa idéia na defesa de uma constituição para a União Européia (integração supranacional), cf. HABERMAS, 2001:5ss.

²¹¹ Sobre a atualidade da discussão do tema da integração, sobretudo por conta da "explosiva reetnização cultural", da "rasante globalização econômica", da formação de blocos regionais e da "multiculturalização por meio da imigração", cf. FRANKENBERG, 2003:149ss.

²¹² "O que separa a sociedade? O que (ainda) a mantém unida?" (cf. FRANKENBERG, 2003:149).

²¹³ "O problema de explicar o que proporciona às sociedades politicamente organizadas (tais como os Estados modernos) (...) suficiente coesão para tornar possível pensá-las como entidades" (COTTERRELL, 1992:71).

²¹⁴ O enigma da unidade social, como bem se sabe, é tema recorrente da literatura, não apenas no âmbito jurídico constitucional ("As Teorias da Constituição e do Direito não são as primeiras a dar respostas às questões da integração" – FRANKENBERG, 2003:150). Assim, para dar um exemplo, as principais reflexões político-filosóficas de John Rawls dizem respeito justamente à apuração de "como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, mas que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis", o que ao final ele vai responder com socorro da figura do *consenso sobreposto* (cf. RAWLS, 1993:45ss). Perceba-se, porém, que, à diferença de Rawls, autores como Durkheim e Radcliffe-Brown não estão necessariamente preocupados com a questão da sociedade *justa*, mas tão apenas da sociedade *estável*.

surge do, depende de e produz *consenso*, (ii) o de que existe uma unidade de constituição (não apenas no sentido de unidade do documento normativo, mas sobretudo no de *unidade político-social*) e (iii) o de que a constituição expressa uma (e tem a função de) <<ordem>>, dentre cujas "variantes fundamentais" inclui-se a dimensão "integrativa" (cf. CANOTILHO, 1982:130ss)²¹⁵.

Um dos arranjos mais usuais dos *topoi* categoriais mencionados por Canotilho – que sendo alguns dentre outros "pontos de partida de séries argumentativas" (cf. FERRAZ JR., 2003:329) não necessariamente conduzem sempre aos mesmos lugares – revela uma forma de pensar a constituição algo similar àquela em que os autores mencionados no item precedente pensam o conjunto do Direito: um *mecanismo de integração*.

"A relação entre Constituição e integração caracteriza o problema da auto-atuação social, que atinge, em geral, a integração social e política dos membros de uma sociedade organizada de forma nacional-estatal e constituída politicamente. Ambas as integrações – social e política – dizem respeito, complementarmente, ao problema de como, em uma sociedade secularizada, se cria um laço simbólico entre seus membros que constitua, para todos, um contexto de filiação (*cadre d'appartenance* ou *sense of belonging*) que posicione seu *status* de membro, assim como também determine seus direitos e obrigações, fundamentais, recíprocos." (FRANKENBERG, 2003:155)

As diversas teorias constitucionais que centram sua atenção na questão da integração, privilegiam, em geral, a idéia de que ela constitui, fundamentalmente, um *processo contínuo*, tido como inerente à vida em sociedades democráticas, sendo a constituição necessária justamente para viabilizá-lo – esta é, em última análise, a razão principal de sua existência, este é o problema social posto para sua solução; numa palavra, esta é a sua *função*.

Essas idéias se mostram especialmente claras naquele conjunto de doutrinas da tradição alemã da Teoria do Estado e da Constituição²¹⁶ que se usa classificar sob a denominação de "cultural-dialéticas" (cf. NEVES, 1994:59)²¹⁷ e que, segundo Frankenberg, enquadram-se nos

²¹⁵ O autor fala ainda das categorias "historicidade", "processo" e "abertura" da constituição (cf. CANOTILHO, 1982:131ss).

²¹⁶ "A idéia de integração, realizada ou a realizar por uma <<ordem constitucional>>, é um dos *topoi* mais radicados no pensamento constitucional germânico" (CANOTILHO, 1982:110).

²¹⁷ "A integração dinâmica-dialética é aquela na qual se verifica a fixação dos fins políticos desejados pela vontade geral, mediante as lutas da opinião pública, as eleições, as discussões parlamentares, ou plebiscitos etc." (REALE, 1970:43).

"modelos teóricos-unitários nos quais a Constituição firma-se como ordem de integração (ordem/unidade por meio de contrato, consenso fundamental, ordem de valor ou decisão, como construção nivelada normolgia ou sistema de equilíbrio)" (FRANKENBERG, 2003:156). São todas doutrinas que, cada qual a seu modo (o que naturalmente importa diferenças), orientam os seus pensamentos e as suas propostas em torno sobretudo das questões relativas à contribuição dada pela constituição para o processo de integração das complexas sociedades contemporâneas: "a constituição como <<ordem jurídica da integração estadual>> (Smend)²¹⁸, (...) a constituição como <<programa de integração nacional>> (H. Krüger)²¹⁹, a constituição como tarefa de <<unidade política e de ordem jurídica>> (K. Hesse)" (CANOTILHO, 1982:143s).

No núcleo dessas teorias, reside uma aversão tanto às concepções *formais* do Estado e da constituição, nas quais há em geral uma completa separação entre *ser* e *dever ser* e se nega à constituição, enquanto norma pura, qualquer vínculo significativo de dependência com a realidade social (pense-se logo em Kelsen), quanto às concepções ditas *sociológicas* ou *decisionistas*, as quais, em sentido oposto, submetem inteiramente a constituição à realidade social, olvidando ou minimizando a sua força normativa (nas linhas, por exemplo, de Lassalle ou de Schmitt). Conceber a constituição como mecanismo de integração, ao contrário, é trilhar caminho que requer pensá-la sob a perspectiva da (delicada) convergência (dialética) entre *fatos* (ser) e *normas* (dever ser), privilegiando o seu <<sentido funcional>> ("funções são um ponto natural de contato entre fatos e normas" – EHRENBURG, 2005:227)²²⁰.

²¹⁸ "Smend procura revelar-nos a integração em seu aspecto essencial, como processo de participação ininterrupta das consciências individuais à realidade total do Estado, ou seja, a adesão sempre renovada dos membros de uma comunidade às idéias e aos valores que constituem a razão de ser da própria existência da comunidade. (...) Sem essa adesão de consciências ao regime, a Constituição nunca chega a ser um sistema de leis vitais. Segundo Smend, em verdade, a Constituição é o ordenamento jurídico do Estado e, mais exatamente, da vida na qual o Estado tem a sua realidade, ou seja, do processo de integração. O sentido desse processo é o da incessante renovação da vida total do Estado, e a Constituição é o ordenamento legal das partes singulares desse processo." (REALE, 1970:41 e 47). Percebe-se, assim, que "a doutrina de Smend, como ressaltou um de seus críticos [Ehmke], representa a tentativa de superar o contraste rígido entre norma e fato, deslocando o problema para o debate sobre estática e dinâmica na teoria do Estado" (BONAVIDES, 2001:155).

²¹⁹ "Partindo da compreensão da constituição como <<programa de integração nacional>> e como <<programa de representação nacional>>, o autor [Krüger] considera que ela só cumprirá a sua missão <<entrando na consciência de todos os cidadãos>>" (CANOTILHO, 1982:110).

²²⁰ "Deve-se rechaçar tanto uma concepção unicamente <<decisionista da Constituição, entendida como decisão global sobre o tipo e a forma da unidade política>> (C. Schmitt), quanto uma transcrição puramente formalista da mesma, como uma <<lei de difícil modificabilidade>> (Kelsen). Em conexão com Smend, Heller e Hesse, a Constituição se deve entender mais bem em um sentido funcional: *é o estatuto jurídico fundamental para a formação da unidade política, a atribuição do poder estatal e a configuração social da vida*; por conseguinte e antes de tudo, um instrumento de controle social do processo de consociação" (SCHNEIDER, 1974:42).

Interessam-nos, aqui, em particular, as formulações contemporâneas dessa linha de pensamento que vazam suas idéias especificamente em termos de <<funções da constituição>>. É uma conexão ilustrativa de teorias (das funções) da constituição com o modelo das teorias da função como conseqüências positivas que estamos tentando estabelecer. Para tanto, mostram-se especialmente úteis (e suficientes) as importantes lições de Konrad Hesse (1919-2005), cuja teoria constitucional é há tempos reconhecida como uma das "mais representativas e influentes da moderna juspublicística germânica" (CANOTILHO, 1982:13).

5.5.1. Fórmula de Hesse: Ordem Jurídica Fundamental, Material e Aberta.

Canotilho sintetiza a essência da teoria da constituição de Hesse numa *fórmula* objetiva: "*a constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade*" (CANOTILHO, 1982:13). Nos próximos itens verificaremos como essa fórmula embute uma concepção funcional da constituição na linha dos efeitos ou conseqüências (positivas) que contribuem para a existência contínua e adequada da sociedade.

5.5.2. Tarefa: Unidade Política e Ordem Jurídica.

Conforme anteriormente observado (item 2.5.2 *supra*), a *tarefa* da constituição, para Hesse, é a unidade política e a ordem jurídica. Importa compreender essas figuras (fim último) antes de tratar da função da constituição (fim relativo).

Unidade política é expressão que Hesse emprega com o sentido de *unidade de ação*. Unidade de ação, por sua vez, outra coisa não é que a coesão social cuja explicação de existência Cotterrell diz representar o objeto do <<problema de ordem>> das sociedades politicamente organizadas (item 5.4 *supra*):

"(...) a unidade política, (...) no sentido aqui tomado por base, é uma *unidade de ação* possibilitada e produzida por acordo ou compromisso, por aprovação tácita ou mera aceitação e respeito, eventualmente, até por coação exercida exitosamente, portanto, uma unidade de índole *funcional*. Essa é pressuposto para isto, que no interior de um determinado território decisões obrigatórias possam ser tomadas e sejam cumpridas, que, portanto, exista 'Estado' e não anarquia ou guerra civil." (HESSE, 1995:30)

Estado, portanto, em Hesse, como em Hobbes e tantos depois dele²²¹, é conceito que se opõe ao de anarquia e guerra civil. Quando há ordem, há Estado. Quando há unidade de ação, há Estado. Quando há unidade política, há Estado. Logo, para haver Estado, há de haver sucesso na união da "pluralidade de interesses, aspirações e modos de comportar-se, existentes na realidade da vida humana" (HESSE, 1995:29) – de outra forma, haverá anarquia ou guerra civil²²².

Na tradição de Smend, Hesse crê que "essa fusão da pluralidade nunca está definitivamente concluída" (HESSE, 1995:29)²²³. Trata-se de um processo sem fim. Hoje, *há* unidade política – as tensões inerentes à pluralidade social foram harmonizadas num todo único. Amanhã, *poderá haver* unidade política – desde que se logre manter harmonizadas essas tensões da pluralidade.

Hesse reconhece que a aprovação coletiva dos resultados alcançados com a unidade política contribui para manter e renovar a própria unidade política. Em outros termos: a satisfação com aquilo que a unidade política oferece – representado sobretudo pelo resultado das atividades dos Poderes estatais constituídos sob a base da unidade política – é, em si mesma, um importante elemento de alimentação do processo de formação da unidade política. Hesse desdobra então o conceito de Estado nessas duas dimensões "relacionadas mutuamente em múltiplos acoplamentos de reação": o processo sem fim de formação e conservação da unidade política e a atividade dos Poderes estatais sobre ela estabelecidos (HESSE, 1995:33)²²⁴. Numa (livre) leitura esquemática:

²²¹ Não por acaso, Hobbes já foi chamado de "pai genealógico involuntário do projeto moderno de integração" (FRANKENBERG, 2003:181; em sentido algo similar, mas aplicado ao estudo das semelhanças entre as concepções institucional e normativista do Direito, cf. TAMANAHA, 1997:103s).

²²² Compara-se a posição de Hesse com aquela de um dos autores que mais o influenciaram, Hermann Heller: "A função do Estado consiste, pois, na organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um *status vivendi* comum que harmoniza todas as oposições de interesses dentro de uma zona geográfica, a qual, enquanto não exista um Estado mundial, aparece delimitada por outros grupos territoriais de dominação de natureza semelhante" (HELLER, 1934:245).

²²³ "O Estado (para empregar aqui a célebre caracterização da Nação, segundo Renan) vive de um plebiscito que se repete todos os dias. Este fato da vida estatal é, por assim dizer, a sua substância medular, e é este fato que eu denomino *integração*" (SMEND, *apud* Reale, 1970:42). A referência completa é: SMEND, Rudolph. *Verfassung und Verfassungsrecht*, Lipsia – Munique, 1928.

²²⁴ Com objetivos de "aclarar", mas que levam a uma certa confusão (porquanto os termos vinham sendo empregados com outros sentidos), Hesse passa desde esse ponto a designar a primeira dimensão do Estado (o processo de formação da unidade política) de <<unidade política>> e a segunda dimensão do Estado (as atividades dos Poderes constituídos) de <<Estado>>. A diferença entre estatal e não-estatal fica assim: <<coletividade>> abrange ambas as coisas; <<Estado>> abrange apenas as atividades dos Poderes constituídos (cf. HESSE, 1995:33s).

um processo bem sucedido de formação de unidade política => torna possível a atividade dos Poderes estatais; uma atividade bem sucedida dos Poderes estatais => alimenta o processo de formação de unidade política; um processo bem sucedido de formação de unidade política => torna possível a atividade dos Poderes estatais; uma atividade bem sucedida dos Poderes estatais => alimenta o processo de formação de unidade política; [.....] *ad aeternum*

Numa outra formulação:

Estado = processo sem fim de formação de unidade política $\Leftrightarrow$ atividade dos Poderes estatais

Faltam, porém, nesses esquemas – que são nossos, não de Hesse –, dois elementos importantes: a organização e a ordenação. (Melhor dizendo: não faltam, estão *implicados* nos esquemas, inerentes que são ao que neles se retrata). *Organização* é a organização da "colaboração que deve conduzir à formação da unidade política e na qual deverão ser cumpridas tarefas estaduais"; *ordenação* é a ordenação do processo permanente de formação da unidade política, que "não deve ficar a cargo da causalidade das lutas pelo poder sem regras" (HESSE, 1995:35). É da necessidade dessa "colaboração organizada, procedimentalmente ordenada" que surge, como resposta, a *ordem jurídica* (*i.e.* aquela é *causa* desta) – sem ordem jurídica, aliás, numa perspectiva mais ampla, a própria "convivência humana" não seria possível (HESSE, 1995:35s), logo *Estado* não seria possível²²⁵.

Ordem jurídica, portanto, em Hesse, é conceito que se relaciona à organização e à ordenação da convivência humana com vistas a tornar possível e existente o Estado em suas duas dimensões – o processo ininterrupto de formação de unidade política (<<unidade política>>) e a atividade estatal propriamente dita (<<Estado>>).

²²⁵ Compare-se novamente com Heller: "Entendemos por organização a ação concreta de dar forma à cooperação dos indivíduos e grupos que participam no todo, mediante a supra-, sub- e co-ordenação dos mesmos. A constituição de um Estado coincide com a sua organização enquanto esta significa a constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela. Ambas referem-se à forma ou à estrutura de uma situação política real que renova constantemente por meios de atos de vontade humana. Em virtude desta forma de atividade humana concreta, o Estado transforma-se em uma unidade ordenada de ação e é então quando adquire, em geral, existência" (HELLER, 1934:295). A ênfase na idéia de <<atividade humana consciente>> quer significar essencialmente que a unidade política não surge de forma espontânea, mas antes por esforço concertado dos homens (o que pode parecer hoje espontâneo tem raízes em convenções ou imposições de tempos remotos) (sobre as idéias de "ordem social espontânea" e "ordem social concertada", cf. MARTÍNEZ, 1995:96ss).

Feitas essas considerações – e só agora – podemos apreciar a consagrada (mas nem sempre *conhecida*) definição de constituição de Hesse:

"A Constituição é a *ordem fundamental jurídica da coletividade*. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais serem exercidas. Ela regula procedimentos de vencimentos de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica." (HESSE, 1995:37)²²⁶

Brilha, nessa definição – antecipando assim o ponto para o qual nos direcionamos –, um elemento chave de tudo que se tem discutido no presente capítulo: *vencimento de conflitos*.

De fato, do quanto até aqui foi dito e repetido, já sabemos: a unidade, a integração, a <<existência continuada>> da sociedade são ameaçadas se os conflitos entre as *facções* (Madison)²²⁷ degenerarem em descontrolada *guerra de todos contra todos* (Hobbes). Vencer conflitos é necessário. Para isso, o Direito. Para isso, a constituição.

Note-se, porque importante, que unidade política e ordem jurídica *não* significam, em Hesse – como tampouco significam em Radcliffe-Brown, já vimos – *inexistência* de conflitos. Ao contrário. Hesse chega mesmo a *enaltecer* os conflitos: "Conflitos são capazes de preservar do entorpecimento, de um ficar parado em formas superadas; eles são, embora não sozinhos, força movente, sem a qual transformação histórica não iria se efetuar" (HESSE, 1995:30). Nada obstante, para que haja unidade política, importa, tanto quanto a existência dos conflitos que empurram para mudanças, que seja possível regulá-los e vencê-los:

²²⁶ Veja-se, nas palavras do próprio autor, a relação desse conceito com a tradição da doutrina cultural-dialética alemã: "Em particular, esse conceito está próximo ao conceito de Constituição desenvolvido por R. Smend, como ordem jurídica do processo de integração estatal; ele procura compreendê-lo, entretanto, com H. Heller, em primeiro lugar, como um processo de colaboração consciente, conforme o plano, organizado. Ele se toca com a compreensão de Constituição de R. Baumlin, como de um projeto de conduta estabilizador, sempre necessitando de atualização, sob a idéia do 'exato', procura, porém, acentuar mais a concretude individual dos princípios materiais da ordem constitucional, assim como o elemento normativo, a força vinculativa da Constituição e, com isso, a estática e constância relativa da Constituição. Nessa tendência, ele coloca-se próximo à compreensão da Constituição sustentada por W. Kagi, como processo da ordem fundamental jurídica do Estado; todavia, ele procura compreender mais intensamente os elementos da historicidade, da abertura estrutural do 'dinâmico'. Concordância essencial existe, por fim, com a compreensão da Constituição de H. Ehmke, como restrição e racionalização do poder e como garantia de um processo vital político livre; todavia, é tentado tornar visível mais claramente as particularidades da Constituição escrita e seu alcance" (HESSE, 1995:28).

²²⁷ "Entendo como facção um grupo de cidadãos, representando que a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade" (MADISON, 1787:78).

"O conflito como tal ainda não contém a nova configuração, senão somente o resultado ao qual ele conduz. E sozinho o conflito não é capaz de possibilitar vida e convivência humana. Por isso, é importante, tanto dar lugar ao conflito e seus efeitos como, – não em último lugar, pelo modo de regulação de conflitos –, garantir a produção e conservação da unidade política, nem ignorar ou reprimir o conflito por causa da unidade política, nem abandonar unidade política por causa do conflito." (HESSE, 1995:30)

Recapitulemos, então, a nosso modo, tudo que restou até aqui dito:

- (i) Tarefa da constituição é a unidade política.
- (ii) Unidade política só há onde há bem sucedida fusão de pluralidades (convivência humana num Estado).
- (iii) Fusão de pluralidades bem sucedida só há onde é possível superar conflitos.
- (iv) Esses conceitos todos não aludem a elementos estáticos, mas a um *processo*, um processo sem fim.
- (v) A organização e a ordenação *desse* processo requer uma ordem jurídica fundamental da *coletividade* (conjunto do estatal e do não estatal).
- (vi) Tarefa da constituição é também a ordem jurídica.

5.5.3. Estrutura: Abertura e Clausura.

A estrutura da constituição, para o mestre alemão, se apreende pela dicotomia abertura-clausura, traduzível como *assuntos não definitivamente resolvidos* e *assuntos definitivamente resolvidos*, respectivamente.

Começemos pela abertura. Ela se estabelece numa fórmula de *humildade* constitucional: "As regulações da Constituição não são completas nem perfeitas" (HESSE, 1995:38).

Três são as razões de base identificadas pelo autor para que a constituição não regule determinadas matérias (incompletude) ou regule-as apenas de forma pontual e em traços fundamentais (imperfeição) (cf. HESSE, 1995:39):

- (1) Há assuntos que simplesmente *não precisam* de regulação constitucional. Na medida em que demandem disciplina normativa, poderão encontrá-la em

legislação infraconstitucional. A constituição não esgota a ordem jurídica. Exemplo (nosso, bem prosaico): as regras de trânsito²²⁸.

- (2) Há assuntos que *não devem* ter regulação constitucional. É melhor para o sucesso da fusão de pluralidades que fiquem abertos para livre discussão, decisão e configuração. Exemplo (de Hesse): a constituição econômica²²⁹.
- (3) Há assuntos para os quais *não se consegue* dar regulação constitucional. A peculiaridade de certas matérias deixa-as, por sua própria natureza, alheias a qualquer tentativa sensata de exaustiva normalização jurídica. Exemplo (de Hesse): política externa.

As conseqüências práticas e teóricas da abertura constitucional são bem conhecidas. De um lado, uma constituição que limita os temas com relação aos quais *fecha questão* tem maior facilidade de angariar aceitação pelos diferentes grupos que formam a pluralidade que se pretende fundir. De outro, onde a constituição silencia, a Política impera. Há de se encontrar, portanto, um ponto de equilíbrio entre abertura e clausura (mais sobre isso no item 5.5.5 *infra*).

Antes de passarmos para a clausura, convém promover uma *ligeira correção* - dissemos três, mas as razões da incompletude constitucional, na lição de Hesse, são, a rigor, *quatro*. A quarta razão perpassa as três já citadas, tocando mais de perto o que nos interessa no presente trabalho:

- (4) "Em cruzamento com tais razões especiais e mais além delas, deve a Constituição, então, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida, que ela quer ordenar, é vida

²²⁸ Um (contra-)exemplo extraído da Constituição Brasileira é o (famoso) parágrafo 2º do artigo 242: "O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal". Era mesmo necessário um dispositivo constitucional para manter o Colégio Pedro II na <<órbita>> federal?

²²⁹ Nesse ponto, Hesse aproxima-se da posição de Kruger. Segundo este último, "Todas aquelas ordens que se designam como <<constituições>> (<<constituição econômica>>, <<constituição do trabalho>>, <<constituição social>>), mas que não podem considerar-se <<constituição do Estado>> porque apenas devem respeito a certos grupos ou, pelo menos, não se referem à <<nação>> ou <<comunidade>>, devem considerar-se como <<constituições subconstitucionais>>, mesmo quando formalmente foram elevadas a nível constitucional. Outorgar dignidade constitucional às <<subconstituições>>, ou melhor, às <<constituições subconstitucionais>>, implica, desde logo, uma perda da capacidade de ação do Estado" (CANOTILHO, 1982:111). Sobre o tema, cf. também STERN, 1983:207. Para uma crítica (orientada para a defesa de uma *constituição programática*, portanto, abrangente), cf. CANOTILHO, 1982:120.

histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. (...) Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente '*aberto para dentro do tempo*'" (HESSE, 1995:40).

Em outras palavras, a constituição precisa ficar aberta porque os conflitos mudam e as soluções de *ontem* não serão necessariamente as soluções para *hoje* ou *amanhã*. A dinâmica das situações problemáticas exige uma constituição não comprometida com soluções imutáveis se o que se busca alcançar, ao fim e ao cabo, é <<unidade política>> (fusão de pluralidades que se sobrepõe aos conflitos e resulta em unidade de ação).

Vejamos agora a clausura da constituição. Ela se estabelece numa fórmula de *pretensão* constitucional: "A Constituição deixa não só aberto, senão ela também determina com obrigatoriedade o que não deve ficar aberto" (HESSE, 1995:40).

Segundo o autor, três são os temas acerca dos quais a constituição invoca para si responsabilidade normativa exclusiva e definitiva – sempre com vistas a gerar "efeito estabilizador e alivante" (cf. HESSE, 1995:40s):

- (i) *As bases da ordem da coletividade*. O que já foi decidido e resolvido acerca das duas dimensões do Estado e da ordem jurídica total retira-se do âmbito do processo político ordinário por meio de sua constitucionalização²³⁰.
- (ii) *A construção estatal*. A segunda dimensão do conceito de Estado (a atividade dos Poderes estatais estabelecidos) implica a necessidade de prévia (*i.e.* constitucional) criação de órgãos e distribuição de competências.
- (iii) *Os procedimentos de vencimento de conflitos*. Unidade política só se forma onde é possível fundir pluralidades. Fundir pluralidades requer mecanismos para

²³⁰ Numa linha algo similar, John Rawls observa que, numa sociedade democrática, certas questões são retiradas da agenda política porque, à luz do consenso fundamental ali existente (o "consenso sobreposto", como ele prefere), "essas questões são razoavelmente consideradas fixas, corretamente resolvidas de uma vez por todas. Fazem parte da carta pública de um regime constitucional, não constituindo um tópico adequado para o debate público constante e para a legislação, como se pudessem ser mudadas, de uma forma ou de outra, pelas maiorias requeridas. Além disso, os partidos políticos mais estabelecidos também consideram essas questões resolvidas" (RAWLS, 1993:197s).

superação dos conflitos. Esses mecanismos são os procedimentos fixados na constituição. Como serão resolvidas as disputas, como as questões que ficaram abertas serão decididas? É a constituição quem diz.

Pode-se talvez *complementar* a lição de Hesse observando que não só temas resolvidos, mas também temas controversos de significativo potencial disruptivo (ou seja, temas *incendiários* para os quais não se vislumbra solução de curto prazo) são retirados da pauta política ordinária pela constituição – são as chamadas *gag rules* ou regras do silêncio, as quais, se utilizadas com parcimônia, podem ser de decisiva importância para tornar possível a unidade política (controvérsias intensas sobre temas excessivamente polêmicos podem inviabilizar a convivência pacífica e democrática num Estado) (cf. HOLMES, 1988:19ss, SUNSTEIN, 1988:338ss e NEVES, 1994:110ss)²³¹.

Podemos agora comparar o que Hesse diz sobre a abertura e a clausura da constituição: matérias ficam abertas e matérias ficam fechadas na medida do que isso for necessário por conta da tarefa da constituição (unidade política e ordem jurídica). Ou seja, o critério de abertura e de clausura da constituição (a estrutura da constituição) é o critério da conveniência para o desempenho da função que mira a tarefa. A estrutura vincula-se à função. Assim também é no epíteto atribuído ao arquiteto modernista americano Louis Sullivan (1856-1924): *a forma segue a função (form follows function)*²³².

²³¹ Stephen Holmes ensina que "a forma da política democrática é inquestionavelmente determinada pela estratégica remoção de certos temas da agenda democrática", constituindo tal limitação da pauta política "condição necessária para o surgimento e a estabilidade das democracias" (HOLMES, 1988:24s). O mesmo autor realça, no entanto, que "a democracia não é feita apenas possível, mas imperfeita" pela sistemática exclusão de temas da agenda política (HOLMES, 1988:56). Explorando o assunto, HOLMES (1988:56s) e SUNSTEIN (1988:339ss) apontam os seguintes potenciais problemas que podem ser ocasionados por um excessivo recurso constitucional às *gag rules*: (i) o processo político pode tornar-se estéril e inútil se sua agenda for esvaziada de todas as questões de elevada relevância moral, sendo certo que a política às vezes funciona no seu melhor quando as questões fundamentais são abertas ao conflito e à deliberação coletivas; (ii) as regras do silêncio são raramente neutras, vale dizer, elas implicitamente endossam uma posição e solapam a construção de alternativas (a supressão de um tema da agenda política pode por si só representar a vitória política de uma facção, ainda que temporária); (iii) se a prioridade política de uma nação ou de uma constituição for simplesmente a de evitar rupturas, impondo silêncio acerca de qualquer tema mais conflituoso, as facções podem passar a ameaçar (ou simular) conflito como estratégia política para obter silêncios que as beneficiem; e (iv) a estratégia de evitar temas disruptivos pode exacerbar as tensões sociais na medida em que implique negar expressão política legítima a crenças e valores profundamente enraizados, o que, ao final, mais cedo ou mais tarde, tende a resultar em ruptura, que era justamente o que se pretendia evitar com o recurso às regras do silêncio.

²³² Nesse sentido, registra Jorge Miranda que "a função que [a constituição] desempenha determina (ou determina quase sempre) uma forma própria, embora variável consoante os tipos constitucionais e os regimes políticos" (MIRANDA J., 2002:320). A propósito, conforme antes já mencionado (item 4.4), uma interessante reflexão sobre a progressiva variação da *estrutura* das normas jurídicas por conta da progressiva modificação da *função* do Direito nas passagens do Estado Absolutista para o Estado Liberal e deste para o Estado Social pode ser encontrada no trabalho de Helmut WILLKE, 1985:280ss.

5.5.4. Função: Peculiaridade.

Do que se disse até aqui, não surpreende a afirmação do autor estudado: "Tanto por aquilo que ela deixa aberto, como por aquilo que ela não deixa aberto, a Constituição produz efeitos que formam sua *função* na vida da coletividade" (HESSE, 1995:42).

Qual seja essa função, na lição de Hesse, é algo que já anteriormente anotamos (itens 1.1 e 2.5.2 *supra*) e que agora podemos *compreender*: (i) possibilitar e garantir um processo político livre, (ii) constituir, estabilizar, racionalizar e limitar o Poder, e (iii) assegurar liberdade individual. São todos efeitos que se produzem por conta da estrutura (aberta e fechada) e que se voltam para a tarefa (unidade política e ordem jurídica) da constituição. São todos efeitos para os quais a constituição se volta por conta das <<exigências funcionais>> do processo de integração.

Começamos pelo processo político livre²³³. Os assuntos que a constituição deixa em aberto podem ser objeto de "discussão livre e decisão livre", conduzida nos termos das "fixações materiais, organizacionais e procedimentais" estabelecidas pela própria constituição, ou seja, nos termos daquilo que ficou fechado (cf. HESSE, 1995:42). A constituição contribui (consequência positiva), assim, para a formação da unidade política, de duas formas decisivas: não bloqueia sua dinâmica (a fusão de pluralidades como processo sem fim pressupõe contínua deliberação sobre conflitos e problemas – a abertura da constituição *garante* isso), e, ao mesmo tempo, lhe dá um substrato de desenvolvimento *material* (temas que não ficam em aberto porquanto já decididos), *organizacional* (organização da colaboração humana) e *procedimental* (ordenação do processo para que não se transforme num embate sem regras).

A constituição do Poder significa aquilo que no estudo da estrutura da constituição Hesse chama de construção estatal, de que há pouco falamos. Interessa mais, agora, perceber os efeitos *estabilizador* e *racionalizador* dessa construção:

"Por suas fixações materiais, como também pela determinação da construção estatal e regulação constitucional do processo de formação da unidade política e da atividade estatal,

²³³ Registre-se, a propósito, que a "inclusão mais acentuada do processo político no Direito Constitucional" é uma marca da doutrina de Smend (cf. STERN, 1983:208).

constitui a Constituição unidade estatal, dá ela forma à vida da coletividade, assegura ela continuidade suprapessoal e produz ela, por causa disso, efeito estabilizador. Ao mesmo tempo, torna ela, desta maneira, visível e inteligível formação da unidade política e atividade estatal, possibilita ela participação consciente, preserva ela de uma recaída no não-formado e não-diferenciado e produz ela, por causa disso, efeito racionalizador." (HESSE, 1995:42)

Estabilização e racionalização do Poder, portanto, querem significar, em última instância, ao menos no que toca à construção estatal, que a *normatividade* constitucional transforma-se em *normalidade* (padrão estável de relação social)²³⁴ – sem o que, aliás, a existência continuada da unidade política seria impensável. Embora a unidade política seja um processo, não é um processo que se inicia toda vez *do zero*, até porque se alimenta, já vimos, dos resultados alcançados no seu desenvolvimento.

Inerente a isso tudo, o efeito limitador do Poder: um Poder ilimitado não seria capaz de permitir a colaboração humana voluntária para o processo democrático de formação de unidade política (a qual, já registramos, não se produz de forma espontânea). Simplesmente não há processo político livre onde há Poder ilimitado.

Liberdade individual, por fim, é efeito que decorre de todos os outros efeitos. Onde o Poder constituído é estável, racionalizado e limitado, há liberdade individual, sendo esta condição para que o processo político seja livre. São, em verdade, faces de uma mesma moeda.

Tomando todos esses elementos em conta – os quais têm como marca constituírem conseqüências positivas para o funcionamento regular do processo de integração (*função*) –, Hesse afirma, com propriedade, que, "em sua função, que possibilita e garante um processo político livre, constitutivo, estabilizador, racionalizador, limitador do poder e, em tudo isso, que assegura liberdade individual, consiste a *peculiaridade da Constituição*" (HESSE, 1995:43).

²³⁴ Ainda uma vez mais Heller: "A Constituição permanece através da mudança de tempos e pessoas graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana que com ela concorda. Esta probabilidade baseia-se, de uma parte, em uma mera normalidade de fato, conforme à Constituição, da conduta dos membros, mas, além disso, em uma normalidade normada dos mesmos e no mesmo sentido" (HELLER, 1934:296).

5.5.5. Coordenação: Rigidez e Mobilidade.

Acima mencionamos a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre abertura e clausura da constituição – no dizer de Hesse, trata-se de encontrar a "coordenação 'exata' desses elementos" (HESSE, 1995:45)²³⁵.

A relevância do problema torna-se mais clara quando nos damos conta de que os efeitos que a constituição produz que conformam sua função decorrem justamente dessa dicotomia estrutural da constituição. Noutra forma de dizer: os graus de abertura e de clausura condicionam os efeitos que a constituição produz. Se a forma segue a função, a função depende da forma²³⁶. Abertura e clausura em graus diferentes tendem a implicar efeitos diferentes, eventualmente tirando a constituição da rota de sua tarefa (unidade política e ordem jurídica). Os ajustes reclamados ao longo da jornada, quando possíveis, são levados a cabo por meio da *mutação* ou da *modificação* da constituição. Modificação constitucional é a alteração do texto da constituição (via emendas). Mutação constitucional não implica modificação do texto da constituição, mas tão apenas uma *diferente leitura* do que nele se estabelece, conduzindo a "concretização do conteúdo das normas constitucionais (...) a resultados diferentes" (HESSE, 1995:46). Sobretudo no primeiro caso, porém, alerta Hesse, não se deve olvidar que a "frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua [da constituição] inquebrantabilidade", razão pela qual ele diz que "a estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição" (HESSE, 1959:22).

Assim sendo, não estranha que o mestre alemão privilegie (encoraje mesmo) a *mutação constitucional* (conduzida no seu modelo <<hermenêutico-concretizador>> de interpretação, do qual não trataremos aqui) como o caminho apropriado para que a constituição mantenha-se permanentemente em condições de atender as exigências funcionais postas pelo sistema

²³⁵ No dizer de Canotilho, trata-se de estabelecer um *compromisso* entre a estabilidade e a dinâmica normativas: "Por um lado, o *desenvolvimento constitucional* pressupõe núcleos materiais essenciais alicerçados sobre consensos (normativos) em torno de um concentrado de 'valores e princípios fundamentais' (limitação jurídica do poder, liberdade e autodeterminação do indivíduo, socialidade, organização do poder político, princípios estruturais). Por outro lado, o 'núcleo essencial' não deve ser retrospectivamente (a partir de arquétipos do passado) entendido: a constituição é também tarefa de renovação; não é o passado mas o futuro o 'problema do direito constitucional' (P. Kirchhof)" (CANOTILHO, 1993:108).

²³⁶ "Desse modo, as funções e as estruturas da Constituição se mantêm em uma relação de permanente referência mútua, segundo o critério de umas funções o mais adequadas possíveis às estruturas, e de uma estrutura normativa adaptável às funções, como condição necessária para a eficácia ótima do Direito constitucional na democracia social" (SCHNEIDER, 1974:51).

sociedade²³⁷. Ou seja, o texto da constituição é, a rigor, sempre o mesmo (a constituição *é* sempre a mesma), mas as soluções que dela se obtêm para casos concretos podem variar na medida em que as <<situações problemáticas>> variam ao longo do tempo (a constituição *não é* sempre a mesma).

Para Hesse, então, "aquela elasticidade relativa e aquela estabilidade relativa, que são importantes por causa da função apropriada da Constituição" (HESSE, 1995:46s), dependem de que nem tudo fique em aberto e nem tudo fique fechado. Daí se compreende que, para que os efeitos produzidos pela constituição sejam aqueles que são necessários para o funcionamento do processo de formação da unidade política (função), tenha de haver uma precisa coordenação de abertura e clausura constitucional. "O persistente não deve converter-se em impedimento onde movimento e progresso estão dados: senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível" (HESSE, 1995:45). Se não há *fórmula mágica* para o estabelecimento dessa coordenação, há, ao menos, da parte de Hesse, algumas constatações:

- (i) O conteúdo da constituição deve estar em sintonia com a "natureza singular do presente", o que significa que a constituição deve levar em conta não só as suas condicionantes naturais ("elementos sociais, políticos e econômicos dominantes"), mas também o "estado espiritual" de seu tempo, de sorte a assim obter "o apoio e a defesa da consciência geral" (cf. HESSE, 1959:20)²³⁸.
- (ii) Para que possa acompanhar às mudanças das suas condicionantes naturais, a constituição, além das disposições de índole técnico-organizatória, "deve limitar-

²³⁷ Na mesma linha, não surpreende que Hesse coloque-se avesso ao *rompimento constitucional*, entendido como o afastamento do texto constitucional (cf. HESSE, 1995:46).

²³⁸ A doutrina de Hesse faz lembrar, nesse ponto, aquilo que Loewenstein chama de *sentimento constitucional*: "Com a expressão <<sentimento constitucional>> (*Verfassungsgefühl*) se toca um dos fenômenos psicológico-sociais e sociológicos do existencialismo político mais difícil de captar. Poder-se-ia descrevê-lo como aquela consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões existentes político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou de outro tipo, integra os detentores e destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, justamente a constituição, submetendo o processo político aos interesses da comunidade" (LOEWENSTEIN, 1964:200). Para um detalhado estudo do sentimento constitucional como modo de integração política, cf. VERDÚ, 1985.

se, se possível, ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais*" (HESSE, 1959:21)²³⁹.

- (iii) A constituição não deve se assentar numa <<estrutura unilateral>>. "Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo" (HESSE, 1959:21). Vale dizer, a constituição tem que levar em conta os *dois lados de cada moeda*²⁴⁰.
- (iv) A *práxis* constitucional, a ser incorporada por todos os seus partícipes, deve ser no sentido de sobrepor aos "interesses momentâneos" o "respeito à constituição" (HESSE, 1959:21s).
- (v) A interpretação constitucional deve levar em conta "os fatos concretos da vida", aceitando-se, assim, que "uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição", ressalvado o limite dado pelo "sentido da proposição jurídica" (HESSE, 1959:22s).

Na doutrina de Hesse, todos esses elementos tocam a *realização* da constituição, a qual gira em torno de suas (famosas) idéias de *força normativa* e de *vontade de constituição*. Passemos, então, a elas.

5.5.6. Realização e Retroalimentação: Força Normativa e Vontade de Constituição (Consenso Fundamental).

O modelo funcional das teorias da função como conseqüências positivas, já vimos, reputa como função do elemento apenas efeitos ou conseqüências que ele efetivamente produz (cf. item 5.2 *supra*). Consistente com essa abordagem (mas olvidando, talvez, em alguma medida,

²³⁹ Hesse toca aí em tema que é dos "mais polêmicos do direito constitucional" (CANOTILHO, 1993:68), qual seja, "a questão muito debatida do alcance da constituição em sentido material" (STERN, 1983:207). Embora não sejam poucos os autores que propugnam que o texto constitucional deve restringir-se exclusivamente ao essencial, ao fundamental, àquilo que precisa e pode ser base de consenso em um contexto democrático-pluralista, fato é que hoje a prolixidade é a regra das constituições adotadas "pela maior parte dos países" (TAVARES A., 2006:72). Sobre as causas do fenômeno, cf. BONAVIDES, 2001:73s e HÄBERLE, 2001:109s.

²⁴⁰ "A vida coletiva, desde o ponto de vista do constitucionalismo atual, não é apenas o conjunto dos direitos individuais e dos atos que constituem o seu exercício, senão que é também uma ordem objetiva que corresponde a idéias objetivas de justiça que impõem deveres" (ZAGREBELSKY, 1992:95).

o potencial meramente *simbólico* de certos dispositivos constitucionais), Hesse afirma que a constituição somente é "capaz de cumprir sua função na vida da coletividade" quando suas disposições normativas são concretamente realizadas (cf. HESSE, 1995:47).

Mas o que é necessário para que isso aconteça? Não basta, para a concretização da constituição, que, em seguida à sua edição por um (bem intencionado e legítimo) Poder Constituinte, seja ela aplicada pelos detentores do Poder através da "frequente utilização do aparelho de coação estatal", ou seja, não se trata da questão de haver "determinação política do poder público em sobrepor-se à [eventual] resistência" (cf. BARROSO, 2003:86)?

Não, diria Hesse. A constituição não é um mero artefato do Poder. A sua concretização não é uma questão de imposição de sanções, qualquer que seja o lado de onde provêm²⁴¹. Nem em sua gênese, nem em sua aplicação a constituição se reduz a um problema de meras decisões ou determinações políticas, passadas ou presentes (intenções). Em posição diametralmente oposta às dos chamados *interpretativistas*, por exemplo, para os quais, como vimos no capítulo precedente (item 4.5.2), valem as idéias de "direito constitucional como simples <<instrumento de governo>> (concepção instrumental)" e da "constituição como produto de uma <<vontade>> constituinte historicamente situada" (cf. CANOTILHO, 2003:1197), Hesse sustenta que a "vontade do constituinte histórico não é capaz de fundamentar e, de todo, de manter a validade real da Constituição" (HESSE, 1995:48). Ao contrário, a relação entre o *dever ser* da norma constitucional e o *ser* da realidade social é antes intrincada e complexa, de mútua dependência, de "condicionamento recíproco" (HESSE, 1959:13). Na tradição inaugurada por Smend, a relação é, numa palavra, *dialética* (cf. COELHO, 1999:121).

Mas o que isso quer dizer, *na prática*?

Quer dizer que, para a concretização das previsões jurídicas abstratas da constituição, há de haver, no meio social, certa *predisposição* para essa concretização. Esta predisposição, por sua vez, será alimentada por aquela concretização, de tal forma que, ao fim e ao cabo, uma *interage com e depende da* outra (retroalimentação).

²⁴¹ Algo na mesma linha, diz Schneider: "a livre consociação na comunidade democrática descarta qualquer regime arbitrário <<imposto desde cima>>, assim como toda violência <<imposta desde baixo>>, com o que logra evitar fenômenos de ruptura equivalentes às guerras civis, e garantir ao mesmo tempo uma participação ativa o mais alta possível (princípio da participação)" (SCHNEIDER, 1974:40).

A capacidade que tem a constituição de influir na realidade recebe em Hesse a denominação de *força normativa*. A <<predisposição social>> para que a constituição influa na realidade, ele rotula de *vontade de constituição*, a qual se baseia no (e se confunde com o) chamado *consenso fundamental* (cf. HESSE, 1995:49)²⁴². A força normativa será tão maior quanto maior for a vontade de constituição e o consenso fundamental. E vice-versa. Ou seja: "a Constituição é um conjunto normativo que opera em um plano distinto ao da realidade, sofrendo sua influência e condicionando suas manifestações, ao mesmo tempo" (AJA, 1983:59).

Presente na maior parte das abordagens funcionais do Direito como mecanismo de integração, esse caráter *dialético* (constituição e realidade político-social condicionando-se e alimentando-se reciprocamente) é a chave que permite compreender "como é possível para o Direito [e a constituição] atuar como um agente aparentemente autônomo na sociedade e ao mesmo tempo depender e refletir as particulares condições sociais e culturais" (cf. COTTERRELL, 1992:95):

"Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As *possibilidades*, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).\" (HESSE, 1959:24)

Mais ainda:

"A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em

²⁴² "Onde o consenso fundamental, no qual se assenta, ao fim e ao cabo, a força normativa da Constituição, falta ou deixa de existir, perde a Constituição a base de sua força de vida e eficácia e asseguramentos institucionais somente não mais são capazes de auxiliar" (HESSE, 1995:504).

primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).\" (HESSE, 1959:24)

Essa a estrutura do pensamento de Hesse:

- (i) A constituição somente desempenha sua função quando concretamente realizada.
- (ii) A constituição somente tem condições de ser concretamente realizada quando há no meio social uma vontade de constituição (consenso fundamental). A concretização da constituição revela sua força normativa e (retro)alimenta a vontade de constituição.
- (iii) O cerne da vontade de constituição mais não é que uma difusa e compartilhada crença na conveniência da existência de unidade política e de ordem jurídica (esta, como vimos, regula aquela), nos termos previstos na constituição²⁴³. Trata-se, no fundo, de uma <<exigência funcional>> do processo ininterrupto de formação da unidade política.
- (iv) A constituição tem por finalidade (*fim último*) justamente a unidade política e a ordem jurídica.

Percebe-se, assim, que <<vontade de constituição>> e <<consenso fundamental>> têm, na doutrina de Hesse, um papel proeminente, algo similar (não idêntico) àqueles que têm, por exemplo, a <<solidariedade social>> na obra de Durkheim e a <<harmonia ou consistência interna>> nos textos de Radcliffe-Brown: trata-se, em última instância, de uma condição de existência das sociedades contemporâneas que se pretendam democráticas (*i.e.* orientadas por e para um processo político livre), mas que abrigam em seu meio, para citar Rawls, uma "diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis" (RAWLS, 1993:45).

²⁴³ A "vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas", todas concernentes a um consenso compartilhado quanto aos fatos de que: (i) há necessidade e valor em haver uma ordem jurídica (sob pena de que o Estado seja contaminado por "arbítrio desmedido e disforme"), (ii) a ordem jurídica é "mais do que uma ordem legitimada pelos fatos", vale dizer, é uma ordem que "necessita estar em constante processo de legitimação", e (iii) a efetividade da ordem jurídica depende da "vontade humana", sendo que "todos nós [somos] permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado" (HESSE, 1959:19s).

Pode-se assim dizer que, algo na linha das teorias funcionalistas (cf. item 5.3 *supra*), Hesse acredita que o elemento que ele se põe a estudar (as normas constitucionais) lastreia-se fundamentalmente numa certa coesão social (vontade de constituição, consenso fundamental), pautada pela idéia da conveniência de se manter uma ordem jurídica que viabilize uma unidade política – as funções da constituição são dessa forma identificadas por Hesse não com recurso à "vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjativa) do legislador" (cf. HESSE, 1995:56), mas antes com base nas contribuições aportadas para a manutenção do funcionamento adequado (equilibrado, estável) do processo ininterrupto de formação *daquela* unidade política, o que, se se quiser, pode-se chamar de <<funcionamento adequado do sistema sociedade>> (*i.e.* um <<sistema>> cuja rotina operacional é formar sempre de novo unidade política – processo de integração)²⁴⁴.

É nesse contexto que, na doutrina de Hesse, a dialética do condicionamento recíproco constituição-realidade político-social estabelece um mecanismo de retroalimentação: o consenso alimenta a constituição e a constituição (através dos efeitos que produz que são suas funções) alimenta o consenso.

Em resumo, para Hesse: *sem* vontade de constituição (consenso fundamental), não há força normativa da constituição, logo a constituição não produz os efeitos necessários para assegurar unidade política e ordem jurídica e não se produz vontade de constituição, a qual desvanece; de outra sorte, *com* vontade de constituição, há força normativa, a constituição produz aqueles efeitos, forma-se unidade política e ordem jurídica e a vontade de constituição se reforça (retroalimentação).

²⁴⁴ Schneider discorda que se trate de manutenção de um sistema: "Se o objetivo de consociação da Constituição (...) não consiste em absoluto na criação de uma determinada situação constitucional, livre de toda mudança, tampouco pode ter por objeto a manutenção de um determinado <<sistema>> político, social ou econômico, a não ser que o núcleo essencial da <<ordem fundamental democrático liberal>> seja concebido em si mesmo como sistema (mas inclusive partindo-se de um conceito de sistema <<aberto>> se choca com consideráveis dificuldades reais e teórico-científicas). Frente a isso, o processo de consociação – que há de ser permanente – serve única e exclusivamente à produção constantemente renovada de uma convivência social regulada, assim como à criação conjunta de uma unidade de ação estatal de acordo com a vontade da maioria a cada momento. Por isto, o Direito constitucional é substancialmente Direito de consociação" (SCHNEIDER, 1974:40s). Schneider perde de vista, no entanto, que é a própria idéia de *consociação pacífica e democrática* quem introduz a idéia de que há um estado ideal (equilibrado, estável) cuja manutenção é buscada pela constituição: o estado pacífico e democrático. De forma esquemática: (a) sistema sociedade estável => (há condições de) adequada formação de unidade política (processo ininterrupto) => bem sucedida consociação democrática => sistema sociedade estável; ou (b) sistema sociedade perturbado (por conta, por exemplo, de conflitos políticos não vencíveis) => dificuldades para a formação de unidade política => mal sucedida consociação democrática => sistema sociedade perturbado.

5.6. Análise Crítica.

Conforme exposto ao longo desse capítulo, a idéia de <<funcionamento adequado>> da sociedade, central às teorias funcionalistas, tem a ver com a crença de que um dado grupo social somente constitui e permanece sendo uma *entidade* (problema de ordem) quando as perturbações surgidas (situações problemáticas, conflitos) podem ser vencidas no âmbito do próprio grupo (sistema auto-regulado). Nesse contexto, as *funções* de práticas, estruturas e instituições sociais, Direito inclusive, são pensadas desde a perspectiva das contribuições positivas aportadas para a manutenção (do sistema) da sociedade num estado de equilíbrio (estabilidade, bem estar). Ao fim e ao cabo, nessa linha de pensamento funcional, essas contribuições (consequências positivas) são apontadas, explícita ou implicitamente, como a *razão de ser* dos elementos estudados (*i.e.* aquilo que *explica* sua presença no sistema sociedade).

No campo específico do Direito Constitucional, isso significa pensar, na esteira de Smend, de Hesse e de tantos outros (cada qual a seu modo, por certo), que as funções da constituição (fim relativo) miram sobretudo a manutenção do funcionamento adequado de um processo sem fim de formação de unidade política (processo de integração), tido como a própria essência da vida social (fim intrínseco). Esse o *problema* da sociedade que a constituição se presta a resolver. Não se trata (apenas) de regular o procedimento político democrático, embora isso também. Não se trata tampouco de *eliminar* conflitos, embora vencê-los (sobretudo aqueles de natureza política). Trata-se, isso sim, fundamentalmente, de contribuir para evitar que as perturbações ponham em risco a própria existência continuada da sociedade num modelo (estrutura) de convivência democrática (contexto de filiação)²⁴⁵. A constituição (conjunto de normas constitucionais) é assim pensada precipuamente como uma espécie de *mecanismo de integração*, ou seja, um elemento cuja presença no sistema sociedade se explica pelos efeitos (consequências positivas) que ele produz que contribuem para (viabilizar) o bom funcionamento desse sistema, cuja atividade típica, acredita-se, é a contínua formação democrática de unidade política (processo de integração).

²⁴⁵ "O significado da Constituição não se esgota por isto na regulação de procedimentos de decisão e ação estatais (estatuto organizativo), nem, de outra parte, tampouco tem por finalidade criar uma integração harmônica alheia a qualquer conflito, nem superar as necessidades e interesses antagônicos para alcançar um sistema social homogêneo (estatuto de integração), mas se caracteriza substancialmente por fazer possível uma *consolidação democrática*, assegurando uma convivência social pacífica mediante a exclusão da violência para o alcance de objetivos políticos, estabelecendo o marco institucional para uma atividade estatal unificadora, e realizando uma liberdade, igualdade e solidariedade concretas" (SCHNEIDER, 1974:40).

Tendo em conta essas idéias, podemos adaptar a notação anteriormente citada (item 5.2 *supra*) para tentar refletir mais objetivamente os contornos que ganham os preceitos das teorias da função como conseqüências positivas quando aplicados ao estudo funcional da constituição:

A função da *constituição* (na *sociedade*) é *y* se e apenas se:

- (a) a *constituição* faz ou permite *y*; e
- (b) *y* satisfaz uma exigência funcional para o funcionamento adequado (equilíbrio, estabilidade, bem estar) da *sociedade*; ou seja, *y* satisfaz uma exigência funcional (para o funcionamento adequado) do processo democrático de integração (ininterrupta formação de unidade política);
de tal forma que
- (c) fazer ou permitir *y* explica a presença da constituição na *sociedade*.

Confrontando essa notação com os três critérios de que falamos no capítulo 2 *supra* (Distinção, Capacidade e Dimensão) poderemos apreciar criticamente, do ponto de vista formal, essa linha de abordagem funcional da constituição²⁴⁶, assentando as bases para uma subsequente análise substancial. É o que passamos a fazer:

5.6.1. Análise Formal.

5.6.1.1. Critério da Distinção – Metafísica do Equilíbrio.

O Critério da Distinção avalia se o modelo funcional estudado distingue adequadamente dentre os efeitos e conseqüências produzidos ou permitidos pela constituição aqueles que merecem figurar como suas *funções* (cf. item 2.5.2 *supra*).

Nesse tocante, funções da constituição, no modelo das teorias da função como conseqüências positivas, são somente aqueles efeitos que ela produz que são benéficos para o funcionamento adequado (equilíbrio, estabilidade, bem estar) do sistema sociedade, ou seja, para o

²⁴⁶ Perceba-se que a intenção *não é* construir uma crítica à teoria de Hesse em particular, a qual, como dissemos, escolhemos apenas para *ilustrar* a aplicação dos preceitos básicos do modelo das teorias da função como conseqüências positivas ao estudo funcional da constituição. A reflexão crítica que se pretende a seguir construir tem em mira *esses* preceitos de forma mais abrangente.

funcionamento do processo democrático de integração (formação de unidade política, contexto de filiação).

Pode parecer, assim, ao menos em uma primeira aproximação, que o Critério da Distinção encontra-se satisfeito: efeitos ou conseqüências que *não* contribuem para essa tarefa não conformam uma função da constituição.

Uma reflexão mais cuidadosa, no entanto, revela um intrincado problema dessa linha de abordagem funcional, ao qual Vincenzo Ferrari apropriadamente se refere como a "metafísica do equilíbrio": trata-se, essencialmente, da "impossibilidade de definir, senão com um parâmetro ideológico, o ponto de equilíbrio ótimo [do sistema social] e seus requisitos imprescindíveis" (FERRARI V., 1989:36). Vejamos:

(i) Imprecisão

O primeiro aspecto da metafísica do equilíbrio tem a ver com a *imprecisão* do parâmetro utilizado pelo modelo funcional das conseqüências positivas para identificar os efeitos do elemento que configuram sua função. Maurice Duverger apresenta essa imprecisão como sendo o "defeito principal da análise funcional":

"Quando falamos da função eleitoral dos partidos políticos, designamos uma necessidade precisa dum determinado tipo de sociedade, da qual podemos estudar as modalidades de satisfação através de tal ou qual órgão (na ocorrência os partidos). (...) Pelo contrário, quando falamos de funções de adaptação, de funções de regulação, de funções de integração, exprimimos noções muito gerais, muito amplas e muito vagas correspondentes sem dúvida a exigências concretas – pois uma organização, um sistema social não podem evidentemente durar se não estiverem completamente adaptados nem completamente integrados – mas exigências imprecisas, frouxas. Podemos encontrar em todos os elementos do sistema ou da organização algum aspecto que tenda para a regulação ou para a adaptação assim definidas. Mas isto não leva muito longe." (DUVERGER, 1973:253s)

Em outras palavras, nessa linha de crítica, o modelo das teorias das funções como conseqüências positivas *não* satisfaz o Critério da Distinção porque as <<exigências funcionais>> invocadas são baseadas em conceitos <<frouxos>>, sem definição precisa,

como <<integração>>²⁴⁷: basta um pouco de "imaginação do observador" para que qualquer efeito ou consequência do elemento estudado seja de alguma forma explicado com base em uma (suposta) contribuição para uma (suposta) integração (satisfação de suposta exigência funcional) (cf. DUVERGER, 1973:254)²⁴⁸.

Trazendo a crítica ao campo específico do Direito Constitucional, o que se está a sustentar é que um conceito como, por exemplo, <<consenso fundamental>> (componente essencial, nessas teorias, da integração para a qual a constituição supostamente contribui – cf. item 5.5.6 *supra*), é demasiadamente impreciso²⁴⁹ para que se possa com base nele atribuir (ou negar) à constituição as mais variadas *funções*. Vale dizer, em se querendo, quase todo efeito produzido pela constituição pode ser (ou não ser) visto (e justificado) como sendo originado de e/ou destinado a uma (suposta) integração consensual²⁵⁰.

²⁴⁷ Sobre alguns dos diferentes e abrangentes sentidos de integração (integração territorial, integração nacional, integração social), cf. PASQUINO, 1983:633ss.

²⁴⁸ Por conta disso, autores como Elster e Hallpike desdenham da análise funcional nos moldes das teorias da função como consequências positivas, alegando que "identificar benefícios de uma prática social é muito fácil, como o é encontrar 'pré-requisitos funcionais'" (cf. KINCAID, 1990:416). Giddens acrescenta observando que, nas teorias funcionalistas, a definição de sociedade como um sistema auto-regulado dependente de consenso e integração é ela própria tendenciosa "de forma a tornar os elementos supracitados [*i.e.* as exigências funcionais identificadas] conceitualmente necessários para tal sociedade" (cf. GIDDENS, 1979:136). Merton também reconheceu o problema: "Conceito de exigências funcionais (necessidades, pré-requisitos). Implantada em cada análise funcional, existe alguma concepção, tácita ou expressa, dos requisitos funcionais do sistema em observação. Conforme foi anotado em outro lugar, isto permanece como um dos conceitos mais nebulosos e empiricamente mais sujeitos a debate, na teoria funcional. Conforme é utilizado pelos sociólogos, o conceito de requisito funcional tende a ser tautológico; ou **ex post facto**; tende a ser limitado às condições de 'sobrevivência' de um dado sistema; tende, como no trabalho de Malinowski, a incluir as 'necessidades' biológicas, assim como as sociais" (MERTON, 1968:119).

²⁴⁹ Sobre a indeterminação das teorias do consenso, observa Frankenberg: "A questão de Tocqueville e suas reformulações nos conduzem, nos discursos da ciência política, da teoria do Estado e da teoria da Constituição, a uma resposta, a coesão é fomentada pela criação e disposição ao consenso. (...) Obviamente, essas teorias nos apontam enigmas, pois permanece indeciso se esse consenso ou consenso fundamental é entendido no sentido de um consenso mínimo ou máximo, de um consenso majoritário ou *consensus omnium* (Fraenkel), um 'overlapping' (Rawls) ou um 'underlying consensus' (Dahl), de um consenso substancial ou procedimental. Também permanece confuso se esse consenso é postulado prescritivamente ou introduzido de forma descritiva. (...) Seria prementemente necessário esclarece como, de que forma e em que processos pode-se instaurar e chegar a um consenso? Pode o consenso ser posto de forma autoritária (ou seja, pela Constituição, pelo Tribunal Constitucional, pelos órgãos estatais)? (...) A que se estende o consenso? (...) E, enfim, quão aberto, flexível é o consenso no tempo e na sociedade? (...) A essas questões que, no todo, têm em vista as condições de coexistência de uma 'sociedade pós-tradicional', faltam respostas conclusivas da teoria do Estado e da teoria da Constituição, bem como da dogmática constitucional. Onde domina o enigma, impera a crença" (FRANKENBERG, 2003:158ss).

²⁵⁰ Até uma eventual garantia constitucional da *escravidão*, por exemplo, pode ser eventualmente explicada com base em sua suposta contribuição para o processo <<consensual>> de integração e de formação de unidade política. É o que faz Stephen Holmes, ao observar que a admissão da escravidão na versão original da Constituição dos Estados Unidos era uma *gag rule* (cf. item 5.5.3 *supra*) indispensável naquele momento histórico (cf. HOLMES, 1988:31ss).

(ii) Apriorismo Conservador

O segundo aspecto da metafísica do equilíbrio é o problema de se saber se é possível ao cientista definir qual seja o estado de funcionamento adequado (equilíbrio, estabilidade, bem estar) do sistema sociedade (cuja <<exigências funcionais>> ele vai apurar para fixar a função do elemento estudado) sem com isso (consciente ou inconscientemente) expressar uma concepção *ideológica* (apriorística) sobre o que seja o <<bom>> funcionamento da sociedade.

Por exemplo: a própria sugestão de que a <<integração>> (superação de conflitos, coesão social) é necessária ou conveniente nas sociedades contemporâneas não é, no fundo, a expressão de uma ideologia conservadora, que prega a manutenção do *status quo* e obscurece os conflitos sociais, retratando-os como sendo um "sintoma patológico" da sociedade (cf. BOUDON/BOURRICAUD, 1986:245)? Ao comentar a crença de Radcliffe-Brown de que os *conflitos persistentes* põem em risco a vida social, Duverger sugere que sim:

"Mas, [e] se estes conflitos persistentes constituíssem o elemento essencial de qualquer sociedade, como pensam os marxistas e tantos outros? A questão é fundamental, sobretudo em sociologia política. Desde que os homens começaram a refletir sobre a sua vida em comum, duas concepções não mais cessaram de se afrontar a propósito do poder. Para uns, ele tem por fim promover e desenvolver o equilíbrio, a harmonia, a ordem, a fim de estabelecer a Cidade justa da qual falava Aristóteles. Para outros, tem por fim manter os privilégios dum pequeno número sobre a massa dos outros: graças ao aparelho jurídico e repressivo que constitui, a minoria que detém o poder pode manter a sua opressão sobre a maioria que explora em seu proveito. Esta se esforça por se libertar através de todos os meios: assim, os <<conflitos persistentes>>, constituem a trama do sistema social, seu elemento essencial, que não pode ser rejeitado nem afastado para segundo plano. Mesmo que pensemos que uma tal concepção é exagerada, não podemos afastá-la <<a priori>>. Que os sistemas sociais tendam para a integração, para o equilíbrio, para a harmonia, é possível e em certos casos provável. Mas que essa integração permaneça parcial, este equilíbrio frágil, esta harmonia superficial, é também possível e igualmente provável." (DUVERGER, 1973:252s)

Ainda que se possa eventualmente tentar rotular esse tipo de objeção como sendo produto da "visão da vulgata crítica ainda marcada pelo debate ideológico dos anos sessenta" (cf.

CAMPILONGO, 2002:128)²⁵¹, a qual talvez ignore, por exemplo, que o conceito de <<disfunção>> contribui para identificar "fontes de pressão ou atrito social que podem ser importantes para estimular mudanças" (cf. GIDDENS, 1979:146)²⁵², não se pode simplesmente descartá-la sem maiores cerimônias, em especial no campo do Direito Constitucional, ciência na qual parece prevalecer hoje (senso comum teórico) um certo "fetichismo da unanimidade e de mitos da concórdia coletiva" (cf. FRANKENBERG, 2003:170)²⁵³.

Aderir sem maiores reflexões a esses mitos pode levar o cientista a ignorar, por exemplo, que, nas complexas sociedades contemporâneas, marcadas por inúmeros conflitos de interesses e, em consequência, por uma certa tendência ao *dissenso* e às *diferenças* (cf. CANOTILHO, 2003:1359), a constituição nem sempre é fonte ou fruto de integração consensual²⁵⁴, sendo antes vista, em muitos casos, na terminologia do presente modelo funcional, como um elemento potencialmente <<não funcional>>²⁵⁵ ou mesmo <<disfuncional>>²⁵⁶ (cf. item 4.3 *supra*).

²⁵¹ Campilongo não nega, porém, que "a literatura funcionalista dos anos sessenta, especialmente Parsons, tenha supervalorizado o consenso. Não que tenha ignorado completamente o conflito (...), mas certamente atribuiu ao conflito um papel secundário" (CAMPILONGO, 2002:128). É sobretudo por essa razão (minimização da importância social dos conflitos) que as abordagens funcionais na linha das teorias da função como consequências positivas são usualmente tachadas de *teorias conservadoras* (cf. e.g. BRYM, 2006:15).

²⁵² Giddens observa, no entanto, que "disfunção não equivale a conflito, pois o primeiro conceito está relacionado à mesma exigência explicativa encontrada em função: necessidades de sistema ou a adaptação bem-sucedida do sistema" (GIDDENS, 1979:157; na mesma linha, cf. DUVERGER, 1973:253 e BOBBIO, 1975:93). Para uma defesa da idéia de que a "explicação funcional não é necessariamente conservadora", sobretudo quando associada ao "materialismo histórico" (teoria dos conflitos), cf. COHEN, 1978:395.

²⁵³ O próprio Hesse, como visto, embora cuidadoso na escolha das palavras e no lugar reservado aos conflitos em sua doutrina, enfatiza a necessidade de que não se perca de vista a importância de se garantir e *conservar* a unidade política (*i.e.* a integração) (cf. item 5.5.2 *supra*). Observa, nesse tocante, Canotilho: "É certo que a teoria da constituição [de Hesse] acolhe positivamente a <<existência de conflitos>> e reconhece a sua indissociabilidade da vida humana comunitária. Mesmo nesse aspecto se verifica, contudo, que eles são dimensionados, não na sua <<estrutura de tensão>>, mas como garantia da criação e manutenção da <<unidade política>>" (CANOTILHO, 1982:119).

²⁵⁴ Também o Direito nem sempre é tido como um elemento que contribui para a integração. Luhmann sustenta, por exemplo, que "a relevância social do direito é inegável; sua função integradora, sem embargo, pode ser posta em dúvida" (LUHMANN, 1993a:183). Cotterrell, de seu turno, registra a existência de uma vasta literatura sugerindo que "as relações sociais tendem a maior harmonia quando o Direito dos advogados [Direito Estatal] menos se intromete" (cf. COTTERRELL, 1992:96).

²⁵⁵ Para o professor suíço Jean-François Aubert, por exemplo, a "maioria da população jamais leu [a constituição] e talvez até ignora a sua existência" (AUBERT J., 2001:15), o que *de per se* impugna qualquer contribuição à integração que se possa a ela atribuir (para uma visão de que o conhecimento da constituição *não* é requisito para a sua função integradora, cf. VERDÚ, 1985:75). Aubert sustenta, nessa linha, que a "função integradora" que a doutrina costuma atribuir à constituição é, na verdade, desempenhada pelo "conjunto da ordem jurídica", em especial por normas que não versam sobre matérias propriamente constitucionais, como "o código civil, o casamento, a propriedade, e, também, em um nível mais modesto, a legislação sobre a circulação rodoviária" (AUBERT J., 2001:15). Ele diz, assim, de forma algo irônica, que "a prioridade da direita e as velocidades máximas nas vias públicas incluem-se dentre os elementos mais integradores do nosso Direito" (AUBERT J., 2001:15s), fazendo questão de ressaltar que, quando uma sociedade política se desintegra (ele dá o

5.6.1.2. Critério da Capacidade – Sucesso e Fracasso Funcional.

O Critério da Capacidade avalia se o modelo funcional apresentado considera, ao atribuir funções à constituição, as limitações postas a esse diploma normativo pela realidade circundante (cf. item 2.4 *supra*).

Essa questão tem a ver com o requisito de atribuição funcional expresso na letra (a) da notação apresentada no item 5.6, acima: segundo tal requisito, função da constituição somente são efeitos ou conseqüências por ela *efetivamente* produzidos ou permitidos.

Ao menos em princípio, esse requisito atende ao Critério da Capacidade: o que a constituição não produz de fato não será apontado como sendo sua função, não havendo risco de se tomar como função efeitos ou conseqüências que a constituição não tem condições de produzir (cf. itens 2.4 e 4.6.1.2 *supra*).

O problema é saber como essa restrição teórica do conceito de função ao que de fato a constituição produz pode se coadunar com o caráter etiológico desse modelo funcional, bem assim com as necessidades dogmáticas do Direito Constitucional (ciência na qual, conforme antes já observado, cabe certa especulação sobre como as coisas *podem ser*)²⁵⁷.

Explicamos: pode (ou deve) o cientista, diante, por exemplo, de uma constituição que estabeleça formalmente regras jurídicas de limitação do Poder, mas que, por conta das "condicionantes naturais" (cf. HESSE, 1959:24), de fato não o limite, afirmar que essa constituição tem por *função* limitar o Poder? Em caso afirmativo, se a função do elemento

exemplo de Weimar), "as causas desta desintegração são, na maior parte, exteriores à Constituição" (AUBERT J., 1995:17).

²⁵⁶ Dieter Grimm nos dá conta, por exemplo, de que, no recente processo de reunificação da Alemanha, parte da culpa pela instabilidade verificada no período que seguiu a junção daqueles distintos países (os quais nós aqui chamávamos simplesmente de *Alemanha Ocidental* e de *Alemanha Oriental*) foi atribuída à Lei Fundamental (<<imposta>> ao lado oriental) e aos órgãos encarregados de realizá-la (sobretudo, evidentemente, o Tribunal Constitucional Federal). "No esforço para deter o processo de desintegração", reporta Grimm, houve quem qualificasse "normas constitucionais e tribunais constitucionais como fatores de distúrbio", sobretudo por conta de suas respectivas ênfases nos Direitos Fundamentais, "os quais caíram na suspeita (...) [de] favorecer a desintegração por meio de um individualismo exacerbado" (GRIMM, 2001:100 e 102).

²⁵⁷ A questão, em verdade, não se restringe ao estudo funcional jurídico-constitucional. Ela tem a ver com a questão de saber se, de forma geral, se pode atribuir a um dado elemento (*e.g.* o coração de Pedro) uma certa função (*e.g.* circular o sangue) que por qualquer motivo (*e.g.* um acidente ou uma doença cardíaca) aquele elemento em particular não desempenha (sobre o assunto, no campo da Filosofia da Ciência, cf. *e.g.* WRIGHT, 1973:75s, ACHINSTEIN, 1977:348s, MILLIKAN, 1989:302 e SEARLE, 1995:19).

estudado representa, em última instância, a *causa* da existência do elemento no sistema, como compreender a existência dessa constituição em particular, que não desempenha sua função de limitação do Poder, *sem* recorrer às intenções conscientes de qualquer agente-autor (criador ou usuário)?²⁵⁸

Essas questões podem ser respondidas, em tese, de ao menos três formas: (i) negando que se trate, no caso, de uma *verdadeira* constituição; (ii) apontando a correspondência dessa constituição a um *tipo-ideal* para o qual a função de limitação de Poder se aplica; ou (iii) apurando a *verdadeira* função dessa constituição.

A primeira resposta é no sentido de negar que um determinado *elemento* pertence a uma *classe* quando esse elemento não desempenha certa função que se imagina inerente àquela classe²⁵⁹. Noutras palavras, o desempenho da função é *condição* para que se tome um elemento específico como pertencente àquela classe. A função *define* os elementos que a integram. Assim, por exemplo, um órgão humano que não faça circular o sangue não é, em verdade, o que chamamos de *coração* (ainda que tenha formato, estrutura, localização e aparência de um coração). Da mesma forma, uma constituição que estabeleça formalmente uma limitação do Poder, mas que de fato não o limite, não é uma *verdadeira* constituição (ao menos não uma da *classe* <<constituição do Estado Democrático de Direito>>)²⁶⁰. Não

²⁵⁸ Perceba-se que esse é um problema que não surge (ao menos não dessa forma) na concepção funcional da constituição como artefato (capítulo 4 *supra*), posto que ali há, como vimos, uma *intenção* que torna compreensível (mas não necessariamente aceitável) a atribuição funcional: "Por exemplo, podemos entender uma explicação funcional de uma legislação específica investigando seus propósitos. Essa explicação não é ameaçada pelo fato de que a legislação fracassa em alcançar seu propósito. Se uma lei estabilizando taxas de aluguel tem o propósito de reduzir a falta de moradias (*homelessness*), podemos entender essa lei em termos de seu propósito ainda que ela de fato tenha o efeito de aumentar a falta de moradias. Mas nesses casos há uma intenção consciente para a lei alcançar seu propósito. A explicação funcional é compreensível a despeito de seu fracasso porque a intenção liga o propósito com o item fracassado" (EHRENBERG, 2005:176).

²⁵⁹ Ao falar em *classe* e *elemento*, estamos, em alguma medida, nos orientando (melhor talvez dizer *inspirando*) na distinção entre *type* e *token* de SEARLE (1995:32s) (cf. também BOORSE, 2002:86ss), utilizada no âmbito jurídico por EHRENBERG (2005:174ss). Mas não nos preocupamos aqui em guardar fidelidade aos conceitos de Searle. Nem tampouco damos a eles o uso que lhes deu Ehrenberg. O sentido que temos em mente é ilustrado por Blackburn com o exemplo de uma montadora de automóveis: *types* são os modelos de veículos, *tokens* são cada um dos veículos (daí que se possa dizer que, em um ano, uma montadora comercializa meia dúzia de *types*, mas milhares de *tokens*) (cf. BLACKBURN, 1996:384).

²⁶⁰ Quando o disposto na constituição escrita não corresponde ao que se julga ser o teor natural (ideal) de uma constituição, então também se pode (e se costuma) dizer que não se trata de uma verdadeira constituição. Mas aí não se trata propriamente de uma questão funcional. Não é porque não faz circular o sangue que um pulmão não é um coração. Um pulmão não é um coração simplesmente porque são órgãos inteiramente diferentes, inclusive (mas não apenas) no que fazem. Da mesma forma, não é (só) porque não limitava o Poder que a Constituição do Brasil de 1967/69, por exemplo, não era uma *verdadeira* constituição, mas sim, dentre outras razões, porque ela própria estabelecia (por conta sobretudo do famigerado Ato Institucional nº 5) uma "ilimitação jurídico-positiva do órgão executivo supremo" (NEVES, 1994:153).

caberia, assim, tentar construir uma explicação funcional sobre sua existência no sistema, ao menos não no modelo das teorias da função como consequências positivas.

A segunda resposta trilha o caminho de tentar minimizar o fracasso do elemento no desempenho de sua função para a importância da atribuição teórica dessa função. Nessa ótica, por exemplo, a afirmação de que os corações em geral (a classe) têm a função de fazer circular o sangue não é prejudicada pelo fato de um coração em particular (um elemento), por qualquer motivo, não a desempenhá-la. Nem tampouco o fato desse coração não fazer circular o sangue faz com que ele deixe de ser um coração. A função que se lhe atribui deriva do *tipo-ideal* da classe que ele integra. Da mesma forma, dir-se-ia que um documento escrito chamado <<constituição>>, aprovado por uma Assembléia Constituinte legítima e democrática, que estabeleça regras de limitação do Poder, não deixa de ser uma *verdadeira* constituição e nem deixa de ter a *função* de limitar o Poder se, por conta de condicionantes naturais específicas da realidade em que ele se insere, ele de fato *não* limita o Poder. Ele não desempenha a sua função, isso é certo, mas ela não deixa de ser a *sua* função (posto que ele é uma constituição e é essa a função das constituições em geral).

A terceira resposta, fiel aos preceitos do modelo funcional ora considerado, caminha na direção de somente considerar como função aquilo que efetivamente o elemento estudado produz. É a abordagem mais usual nas Ciências Sociais não jurídicas (sobretudo a Antropologia e a Sociologia), como no exemplo já citado da dança da chuva. É a mais comum também na Sociologia do Direito. Adotá-la é refutar que *função* possa ser aquilo que *deveria* (ou *poderia*) *ser*. Função é o que é. Se um coração não faz circular o sangue, afirmar que sua *função* é circular o sangue não faz sentido²⁶¹. No âmbito do Direito Constitucional, essa é a opção daqueles que sustentam, por exemplo, para as chamadas "constituições nominais" (cf. LOEWENSTEIN, 1964:218), uma função meramente *simbólica*, em que, apesar de formalmente presentes no documento constitucional todos os dispositivos que caracterizam o "modelo institucional" do constitucionalismo contemporâneo (Direitos Fundamentais, divisão de Poderes, eleição democrática, etc.) (o que poderia levar a pensar que as suas *funções* são as mesmas das constituições ditas normativas), há uma "discrepância radical" entre o que

²⁶¹ Esse é um dos casos que o exemplo do coração não é dos melhores (embora utilizado, no mesmo contexto, por BOORSE, 2002:89). Insisto nele apenas para evitar introduzir novos exemplos, o que poderia desviar o foco da reflexão. Os interessados em aprofundar o estudo não terão dificuldades em encontrar exemplos mais criativos na literatura (e.g. Larry Wright especula sobre a atribuição de uma função a um botão no painel do carro que, quando apertado, *nada* acontece – cf. WRIGHT, 1973:57).

estabelecem as normas e o que acontece na realidade (cf. NEVES, 1994:96ss)²⁶². Afirmar a <<verdadeira>> função *simbólica* dessa constituição e negar-lhe outras funções (como, por hipótese, a limitação do Poder) é, nessa linha de abordagem, o papel do cientista, contribuindo inclusive, ao pôr a nu a realidade tal qual ela é, para (se for o caso) sensibilizar da necessidade de mudanças.

As três linhas de resposta oferecem interessante material para reflexão.

A primeira resposta sugere haver um conceito *funcional* de constituição: somente os conjuntos de normas jurídicas escritas que efetivamente desempenham tais e quais funções que aportam contribuições (consequências positivas) para o sistema social (bom funcionamento do processo de integração consensual) são dignas de serem tidas como <<verdadeiras>> constituições. De certa forma, essa abordagem parece refletir uma capitulação do jurista aos fatos, numa linha *lassalliana* (cf. item 4.5.3 *supra*): se o fato é, por exemplo, que os detentores do Poder num dado País não obedecem a folha de papel chamada constituição, então aquela não é uma <<verdadeira>> constituição, a despeito de quão legítimas e democráticas possam ser as suas origens ou o que nela se encontra disposto e das condicionantes naturais que ela tem diante de si.

A segunda e a terceira resposta não conduzem a conclusões substantivas necessariamente excludentes entre si, embora sejam, como visto, bastante distintas. Alguém que tome o rumo da segunda resposta, por exemplo, não precisa negar que a constituição produz efeitos simbólicos, limitando-se apenas a não aceitar que essa seja sua *função*, a qual continua sendo, no exemplo, limitar o Poder (cabendo investigar as causas para o seu fracasso funcional). Já alguém que prefira a terceira resposta não precisa negar que a constituição contém dispositivos formalmente atrelados aos princípios caracterizadores do constitucionalismo contemporâneo, embora sustente que os efeitos de fato produzidos que conformam a *função* da constituição naquela sociedade são outros.

A segunda resposta habilita a construção de juízos funcionais. Assim, por exemplo, da mesma forma que um coração pode ser *melhor* ou *pior* com base no quão adequadamente ele

²⁶² Apenas para que não pareça que estamos afirmando ser a abordagem de Marcelo Neves conduzida sob o modelo da função como consequências positivas, lembramos que o mestre pernambucano segue, conforme antes já mencionado (cf. item 2.5.8 *supra*), a teoria sistêmica de Luhmann, da qual falaremos logo adiante (item 5.7 *infra*).

desempenha sua função de fazer circular o sangue, poder-se-á dizer que a constituição é melhor ou pior (mais eficiente ou menos eficiente) com base na avaliação do grau de desempenho daquilo que se reputa ser sua *função*, definida desde o tipo-ideal da <<classe>> (*type*) constituição (cf. SEARLE, 1995:14ss).

Por certo, no entanto, que se abre aí todo um campo para eventuais especulações (as tais *utopias*, *ficções* ou *absurdos*), notadamente se o tipo-ideal da classe constituição for definido com base em realidades histórico, social, cultural, política e/ou economicamente muito diferentes daquelas em que se insere a constituição em particular (<<elemento>>, *token*) que o cientista esteja a estudar. Tal qual no modelo dos artefatos (capítulo 4 *supra*), o jurista poderá se ver levado a atribuir a essa constituição as mais variadas funções, algumas (ou muitas) das quais ela talvez simplesmente não esteja de fato em condições de desempenhar, armando-se o cenário para uma ampla <<frustração constitucional>>²⁶³. Se se deixar apanhar por essas armadilhas, o estudioso dificilmente encontrará algo útil para a ciência do Direito Constitucional.

Outro aspecto a ser avaliado na linha da segunda resposta é o de que não está claro como, ao afirmar que a função da constituição é a produção de um efeito que ela de fato não produz, pode-se tomar esse efeito como *causa* da presença da constituição no sistema sociedade sem invocar as intenções de um agente-autor que de alguma forma tenha desejado a produção desses efeitos. Voltaremos ao tema logo a seguir, ao tratarmos do Critério da Dimensão (item 5.6.1.3 *infra*).

Por outro lado, ao mesmo tempo em que evita essas questões (o que *de per se* é um mérito), o caminho da terceira resposta pode eventualmente condenar o estudioso a uma espécie de <<sociologismo jurídico>>²⁶⁴, em que as funções atribuídas à constituição não comportam considerações sobre o que *poderia ser*, limitadas que estão exclusivamente ao que *é*.

²⁶³ Entenda-se bem o nosso ponto: o fato das constituições em geral (*classe*) desempenharem uma determinada função, digamos, na Europa ou nos Estados Unidos, pode levar o cientista, na linha de abordagem discutida, a declarar que aquela é também uma função da Constituição Brasileira (*tipo*); sendo, no entanto, as condicionantes naturais desta tão distintas daquelas, uma tal atribuição funcional pode se revelar cientificamente inapropriada caso a Constituição Brasileira não tenha condições reais de desempenhar aquela função.

²⁶⁴ "Não existe nenhuma relação necessária entre a Sociologia Jurídica e o *sociologismo jurídico*, isto é, a concepção que tende a considerar como válidos, no estudo do Direito, apenas os métodos sociológicos e a reduzir a chamada ciência jurídica a uma simples técnica" (CAETANO, 1977:55).

5.6.1.3. Critério da Dimensão – Metafísica da Retroalimentação.

O Critério da Dimensão avalia se o modelo estudado produz uma análise funcional da constituição *bi-dimensional* (indivíduos e coletividade) (cf. itens 2.5.3 e 2.6 *supra*).

A seguinte assertiva de Peter Burke parece suficiente para concluir negativamente: "A análise funcional [no modelo das teorias das funções como conseqüências positivas] não se preocupa com pessoas, mas sim com estruturas" (BURKE, 1992:153).

De fato, uma das "críticas mais freqüentes" à análise funcional conduzida sob o modelo discutido no presente capítulo é a de que ela "tende a deixar os seres humanos de fora da perspectiva sociológica, tratando sistemas e estruturas normativas como tendo um tipo de existência independente quando, na verdade, as relações sociais e as estruturas normativas que as governam são criadas por indivíduos num processo contínuo de interação" (COTTERRELL, 1992:94).

Aliás, a completa ausência dos agentes sociais no discurso funcional conduzido sob o modelo das teorias da função como conseqüências positivas está no cerne daquilo que constitui o "enigma fundamental das explicações funcionais nas ciências sociais" (KINCAID, 2002:61): o problema da <<metafísica da retroalimentação>>. Quem melhor o sintetiza é Jon Elster:

"A tarefa principal para qualquer explicação-por-conseqüências é fornecer um mecanismo pelo qual as conseqüências sustentam ou mantêm o comportamento que se quer explicar. Na ausência de algum tipo de retroalimentação do efeito para a causa, a explicação por conseqüência permanece uma noção totalmente misteriosa. É metafisicamente impossível para um evento ser explicado por outro evento que ocorre depois." (ELSTER, 1990:133)

O que o autor norueguês está dizendo nesse excerto é que, ao contrário do que sugerem as teorias da função como conseqüências positivas, ao menos quando aplicadas nas Ciências Sociais, as exigências funcionais satisfeitas por um elemento não podem ser a *causa* da presença desse elemento no sistema, posto que, sem recurso às intenções de um criador (agente-autor) racional (teleologia externa), um evento *futuro* (os efeitos produzidos pelo elemento estudado) não pode ser responsável por um evento *passado* (o surgimento e a existência do elemento) (cf. item 3.2 *supra*).

Elster aceita que, nas Ciências Naturais, esse mecanismo de retroalimentação corresponda aos processos de seleção natural e de adaptação (o que validaria o modelo das funções como conseqüências positivas no âmbito daquelas ciências), sustentando, no entanto, que, nas Ciências Sociais, não há nada equivalente a esses processos:

"Elster rejeita o uso de explicações funcionais nas ciências sociais pela mesma razão pela qual ele e muitos filósofos da mente aceitam-nas nas ciências naturais: a Seleção natural oferece-se como um mecanismo de retroalimentação que pode explicar porque os efeitos de elementos de certo tipo podem ser causamente relevantes para a existência de outros elementos do mesmo tipo no futuro. Por não haver um mecanismo comparável geralmente disponível nas ciências sociais, explicações funcionais precisam permanecer misteriosas e não devem ser avançadas." (McLAUGHLIN, 2001:93)

Sem entrar aqui na discussão sobre se os processos de seleção natural e de adaptação são mesmo mecanismos de retroalimentação de partes e órgãos dos seres vivos – os especialistas dividem-se entre os que pensam que *sim* (cf. e.g. RUSE, 1986:147ss) e os que pensam que *não* (cf. e.g. NAGEL, 1977:223s, McLAUGHLIN, 2001:153ss, BOORSE, 2002:74s e CUMMINS, 2002:161ss) –, o que interessa destacar, com Elster, é o fato de que as abordagens funcionais que adotam o modelo das teorias da função como conseqüências positivas nas Ciências Sociais (Direito inclusive) *não* apontam claramente qualquer mecanismo de retroalimentação que, sem passar por intenções conscientes de agentes sociais (teleologia externa), liga os efeitos produzidos pelo elemento estudado à sua existência no sistema social. Ao contrário, essas teorias, em contradição com seus postulados, deixam *implícito* que é a ação consciente de agentes sociais que faz com que os elementos surjam e persistam na sociedade para desempenharem a sua função²⁶⁵, muito embora, nessas teorias, os agentes em questão não sejam geralmente identificados:

"De fato, esta é uma característica de ambos os paradigmas principal e forte [da análise funcional]: *postular um propósito sem um agente com um propósito*, ou, em termos

²⁶⁵ Em alguns casos, em verdade, o recurso à ação consciente dos agentes sociais é *explícito*. Stinchcombe, por exemplo, ao comentar sobre os "tipos de processo de seleção social" que retroalimentam os elementos funcionais, observa, ao lado das possibilidades de "seleção natural ou biológica" e de "sobrevivência diferencial", dentre outras, os casos em que o "comportamento pode ser selecionado por suas conseqüências quando essas são as que as pessoas necessitam": "Então as pessoas planejam seu comportamento para alcançar as conseqüências. Esse planejamento se pode dar em nível agregado, como na elaboração de uma constituição escrita, ou em nível individual e de grupo primário, como quando toda uma classe de indivíduos chega a soluções para seus problemas de sucessão" (STINCHCOMBE, 1968:104).

gramaticais, um predicado sem um sujeito. (Teóricos funcionalistas caracteristicamente usam a voz passiva)." (ELSTER, 1982:454)

Críticas similares ao modelo são formuladas por diversos outros autores, não apenas nas Ciências Sociais (cf. *e.g.* GIDDENS, 1979:132ss), mas também na Filosofia da Ciência (cf. *e.g.* HEMPEL, 1959:357ss, NAGEL, 1977:221ss, ENÇ/ADAMS, 1992:373ss e CUMMINS, 2002:157ss) e nas Ciências Naturais (cf. *e.g.* BIGELOW/PARGETTER, 1987:246ss e AMUNDSON/LAUDER, 1994:356ss).

Essas críticas são em geral respondidas, aos menos nas Ciências Sociais, de forma algo tergiversante (*i.e.* sem confrontar diretamente o problema no que concerne aos preceitos conceituais da teoria funcional apresentada), com alegações, por exemplo, de que a demonstração dos mecanismos de retroalimentação não são uma condição *sine qua non* para a validade das explicações funcionais, de que há casos específicos (nenhum dos quais claramente aplicável ao estudo da constituição) em que é possível demonstrar a presença de mecanismos desse tipo (inclusive com supostos equivalentes sociais dos processos de seleção natural e de adaptação), de que talvez seja mesmo verdadeiro que em alguns casos as análises funcionais não são adequadas nem recomendadas (*e.g.* quando existam informações históricas sobre a gênese da instituição) e de que as análises funcionais precisam ser complementadas por outros métodos de abordagem e estudo dos fenômenos sociais (cf. *e.g.* COHEN, 1978:392ss, BOUDON/BOURRICAUD, 1986:247, KINCAID, 1990:424ss, 2002:60ss e 2007:224, BURKE, 1992:152s e MITCHELL, 1995:398ss).

No que interessa mais de perto ao nosso trabalho, o problema da metafísica da retroalimentação leva a pensar que, ao contrário do que se supunha (cf. item 4.7 *supra*), a metafísica da intenção do locutor (item 4.6.1) *não* é necessária e inteiramente superada com a aplicação ao estudo da constituição do modelo das teorias da função como conseqüências positivas.

Constata-se, ao contrário, que, para poder afirmar que a constituição produz conseqüências positivas para o processo de integração que retroalimentam a presença da constituição naquela sociedade, há necessidade (lógica) de se supor que há (ou houve) um <<agente-autor>> que conscientemente deseja (ou desejou) a produção desses específicos efeitos pela constituição.

Agrava o problema o fato das teorias da função como conseqüências positivas em geral não apontarem claramente qual o <<agente-autor>> envolvido²⁶⁶. Hesse, por exemplo, alude, aqui e ali, de forma algo enigmática, aos "principais responsáveis pela vida da constituição" e às "forças em condições de violá-la ou alterá-la", conclamando-os a render "homenagem" à constituição, sobretudo em "tempos difíceis" (cf. HESSE, 1959:25)²⁶⁷.

Essas considerações parecem sugerir que, ao fim e ao cabo, os tais <<efeitos positivos>> produzidos pela constituição que conformam a sua função hão de ser intencionados (*i.e.* conscientemente percebidos e desejados) pelos agentes sociais (teleologia externa). Não se trata, de nenhuma forma, de *negar* a produção de efeitos <<latentes>> pela constituição, ou seja, efeitos dos quais não se tem, na sociedade, uma clara percepção consciente (ao menos até que eles sejam apontados pelos estudiosos da constituição), mas tão apenas de duvidar que tais efeitos possam *de per se explicar* a existência (persistência) da constituição. Sendo assim, o modelo das teorias da função como conseqüências positivas, nesse particular, revela-se uma espécie de *variação* do modelo do artefato discutido no capítulo anterior.

5.6.2. Análise Substancial.

As críticas ao modelo das funções como conseqüências positivas que defluem da análise formal acima empreendida apontam para muitas e diferentes direções.

O ponto-chave que as une, porém, naquilo que nos interessa mais de perto, parece ser a questão de saber se, em sede de Direito Constitucional, é conveniente (ou mesmo apropriado) tomar "como ponto de partida de uma teoria da constituição a idéia de <<integração>>" (cf. CANOTILHO, 1982:118).

Noutras palavras, a questão que o cientista há de considerar, antes de aderir a esse modelo funcional, é se a <<unidade política>>, o <<consenso>>, a <<integração>>, refletem

²⁶⁶ Giddens observa, nesse tocante, ao tratar do conceito de funções manifestas (cf. item 3.3 *supra*), que "Merton não especifica *quem* precisa ter a intenção e saber o que é a função de um item para que esta seja uma função manifesta. (...) é fácil imaginar [por exemplo] a existência de circunstâncias em que alguns participantes de um sistema social saibam quais são as conseqüências funcionais do comportamento de *outros*, e em que esses outros ignorem tais conseqüências" (cf. GIDDENS, 1979:131s).

²⁶⁷ Os agentes-autores invocados por Hesse lembram assim os <<fatores reais do Poder>> de Lassalle (cf. item 4.5.3 *supra*), razão pela qual há quem trace um paralelo entre as concepções constitucionais de ambos, chamando-as de "irmãs gêmeas, embora com rostos diferentes" (cf. COELHO, 1999:122).

adequadamente o fim intrínseco para o qual, sobre todas as coisas, a constituição se volta, seja ou não como resultado de ações intencionais (conscientes).

Nesse tocante, embora não se deva olvidar, como alerta Bobbio, que existem, na teoria e na prática, *consensos* e *consensos* e *dissensos* e *dissensos* (cf. BOBBIO, 1977b:47ss)²⁶⁸, nem tampouco que, como antes já observado, unidade, consenso e integração são relevantes *topoi categoriais* das contemporâneas teorias constitucionais (cf. item 5.5 *supra*), o cientista há de estar ciente de que a ênfase na unidade política como fim último da constituição envolve uma "exigência de abertura [da constituição] em nome da democracia [que] pode conduzir a um relativo esvaziamento da *função material de tarefa* da constituição e conduzir à <<desconstitucionalização>> de elementos legitimadores da ordem constitucional (constituição econômica, constituição do trabalho, constituição social, constituição cultural)" (CANOTILHO, 1993:85).

Em outras palavras, nessa linha de abordagem funcional, o escopo axiológico da constituição (e do Direito) tende a ser subordinado ao quanto é (ou que se supõe que é) exigido pelo objetivo maior de formação de unidade política, de tal sorte que, ao fim e ao cabo, a legitimidade da constituição (e do Poder nela assentado) estará sujeita apenas (ou precipuamente) a um (suposto e impreciso) <<consenso>> sobre a conveniência de formação daquela unidade política²⁶⁹.

Um risco potencial dessa linha de pensamento é o de que, no extremo, ela pode levar, "em primeira instância, a confundir o consentimento negativo – que se pode originar, por exemplo, do temor diante da anarquia e da guerra civil – com um consentimento afirmativo, que dentre diversas opções também poderia escolher a opção ideal" (MERLE/MOREIRA, 2003:9). Vale dizer, pode-se tomar como consenso acerca da legitimidade de uma dada ordem constitucional (e da unidade política que sobre ela se constrói) o que é mera *resignação*. Há quem acredite,

²⁶⁸ O mestre italiano enfatiza que "a democracia não se funda apenas no consenso nem tampouco no dissenso, mas sobre a simultânea presença de consenso e dissenso, ou mais precisamente sobre um consenso que não exclua o dissenso e sobre um dissenso que não exclua nem torne vão o consenso, dentro das regras do jogo", o que significa dizer que, ao menos no que concerne aos temas do consenso e do dissenso, "a democracia pode ser definida como o sistema político caracterizado pela legitimação do dissenso e, portanto, pela transferência do dissenso, se assim podemos dizer, de fora para dentro do sistema" (cf. BOBBIO, 1977b:48 e 55).

²⁶⁹ Hesse, por exemplo, afirma que a constituição "deve sua legitimidade à concórdia sobre seus conteúdos ou então, pelo menos, ao respeito de seus conteúdos" (HESSE, 1995:44s). Ele está ciente, porém, que "mesmo concórdia completa não é capaz de, entretanto, excluir a possibilidade de uma contradição entre a Constituição e princípios superiores de direito como o último fundamento de legitimidade" (HESSE, 1995:45).

neste tocante, por exemplo, que, "em geral, a massa dos indivíduos aceita a situação em que se encontra, contanto que se lhes ofereça um mínimo de ordem e segurança" (SILVA M., 1989:88). A unidade política e a ordem jurídica, nesse contexto, seriam aceitas apenas como uma espécie de <<mal menor>>, sem que disso necessariamente se aperceba o cientista²⁷⁰.

Existe, ainda, numa segunda instância, o risco de que o consenso que se toma como legitimador seja, em verdade, derivado de uma imperfeita compreensão da realidade, resultado, não raro, de *manipulação* dos dominados pelos dominadores²⁷¹. Alerta, a este respeito, Levi, que o "consenso em relação ao Estado nunca foi (nem é) livre, ao contrário, sempre foi (e é), pelo menos em parte, forçado e manipulado. (...) Inúmeras pesquisas sociológicas provaram, por exemplo, que o fenômeno da manipulação do consenso existe também nos países democráticos" (LEVI, 1983:678).

Por fim, aponta-se, ainda, numa terceira instância, o risco deste tipo de construção da legitimidade "não fazer jus à diversidade, não apenas cultural, dos cidadãos, e, por exemplo, não prever nenhum mecanismo [ou prever mecanismos insuficientes] de proteção a minorias como contraponto ao princípio majoritário" (MERLE/MOREIRA, 2003:9). Reflete-se, aqui, o temor de que ao rotular como legítimo aquilo sobre o que há generalizado consenso (atente-se que *consenso* não significa *unanimidade*), esteja-se admitindo alguma forma de opressão das minorias pelas maiorias consencientes.

Em tudo isso o que se constata é a imprescindibilidade de "integrar na definição [de legitimidade] o aspecto de valor, elemento constitutivo do fenômeno" (LEVI, 1983:679). Não

²⁷⁰ Nesse particular, o exemplo histórico mais freqüentemente invocado para demonstrar a fragilidade da tese da integração consensual é o dos regimes nazi-fascistas: "É um fato que não devemos esquecer, ainda que *ex post facto* se costuma negar, que os chamados regimes totalitários que dominaram a Europa antes da Guerra Mundial gozavam de uma massiva aceitação entre seus súditos" (SILVA M., 1989:88). Deve-se cuidar, porém, nesse tipo de análise, para não confundir *obediência* com *consenso*: "Obedecemos à lei apenas quando nos conformamos, quer por hábito quer por medo de sanção. Aceitamo-la quando estamos convencidos de sua excelência. O consenso obrigatório ou vicioso revela-se na obediência, não na aceitação. A propósito do fascismo foi usada, como se sabe, a expressão 'organização do consenso'. Mas seria muito mais exato e menos fora de propósito falar de 'organização da obediência'. O que aconteceu em 25 de julho de 1943 [queda de Mussolini] prova que a atitude da maior parte dos italianos perante o fascismo era de obediência e não de aceitação" (BOBBIO, 1977b:50). Outrossim, há de se lembrar que é "incorreto aplicar a uma época o critério de legitimidade adotado noutra época, pretendendo com isso mostrar a ilegitimidade – *a posteriori* – de poderes uma vez estabelecidos" (FERREIRA FILHO, 2005a:23).

²⁷¹ É importante ressaltar que, com certa freqüência, a incapacidade de apreender a realidade não decorre exclusivamente de "atividades conscientes das elites para alcançar seus fins", existindo, também, nas complexas sociedades humanas, um certo grau de (auto)"ilusão" coletiva (cf. NEVES, 1994:40), em que *tanto* dominadores *quanto* dominados são tomados (com maior ou menor grau de consciência) por falsas convicções acerca de suas relações. Manipulação consciente e (auto)ilusão, são, neste sentido, faces de uma mesma moeda.

qualquer consenso, não qualquer unidade política, não qualquer integração hão de ser tidas como fim intrínseco da constituição, mas somente aquelas nas quais se possam reconhecer *valores*.

Os (bons) autores que pregam uma função integradora para a constituição (e para o Direito) estão cientes desse fato, esforçando-se para achar lugar, em suas teorias, para os valores.

Assim, por exemplo, Hesse, ao mesmo tempo em que afirma que a ordem jurídica "não está determinada em um direito supra-histórico, depreendido da existência humana e atividade humana, existente em si e por si, ou nas objetivações de uma 'ordem de valores' encontrada; senão ela deve, como ordem histórica, pela atividade humana ser criada, posta em vigor, conservada e aperfeiçoada", ressalta que:

"Ordem jurídica, nesse sentido amplo, não está dada como ordem por causa da ordem, senão como *ordem determinada materialmente, 'exata' e, por isso, legítima*. Critérios de 'exatidão' são, nisto, tradição qualificada, mas também o seu contrário: experiências históricas, que demonstraram o que não é 'exato' e, por causa disso, não deve ser considerado como direito, em conexão com isso, princípios de direito que se formaram na experiência jurídica das gerações e por elas foram confirmados, assim como os ideais da geração vivente para a configuração do presente e a do futuro." (HESSE, 1995:36)

O sentido com que a constituição é <<ordem material>> na doutrina de Hesse (cf. item 5.5.1 *supra*), portanto, tem a ver com o fato de que ela contém certa <<ordem de valores>>. Apreendidos no curso da experiência humana, esses valores se compreendem (se justificam), nessa linha de abordagem, na medida em que vinculados ao objetivo maior de formação democrática da unidade política (integração) (cf. itens 5.5.2 e 5.5.3 *supra*)²⁷². Nessa ótica, o

²⁷² De certa forma, mas sob bases teóricas inteiramente distintas (cuja análise detida foge inteiramente ao escopo da presente dissertação), essa também é a linha de justificação (e aceitação) dos Direitos Fundamentais adotada por Habermas. Ciente de que, pelo menos até agora, "a teoria política não equacionou consistentemente a tensão entre a soberania do povo e os direitos humanos, entre a *liberdade dos antigos* e a *liberdade dos modernos*" (cf. HABERMAS, 1998:70), Habermas procura fornecer uma compreensão do tema da legitimidade afastada "quer do autismo da *validade* normativa quer à pura *facticidade* típica da objectivação sociológica" (cf. CANOTILHO, 2003:1361). Ele faz isso no contexto de uma "teoria geral da ação comunicativa", segundo a qual "democracia é a realização do princípio do discurso dentro de um *sistema legal*", competindo ao Direito tão só uma "função procedural" de assegurar a cada qual condições de participar desse discurso em igualdade de condições (autonomias pública e privada) (cf. PALOMBELLA, 1996:368 e 371): "O nexo interno entre a democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis"

parâmetro para se exigir (e aceitar) que valores constem da ordem constitucional é, ao final, a sua imprescindibilidade (e conveniência) para a integração²⁷³. "Os direitos fundamentais já não são concebidos à maneira individualista e liberal, com direitos de resistência ou oposição ao Estado, mas segundo os fins gerais integrativos da Constituição" (BONAVIDES, 2001:155s)²⁷⁴. Em suma: há valores (meios), sim, mas somente aqueles que estão articulados com a integração (fim).

A aceitação (e justificação racional) *dessa* premissa teórica é o que de mais fundamental se pede do cientista disposto a adotar o modelo funcional da constituição como mecanismo de integração²⁷⁵.

5.7. Reformulações do Modelo.

Parece haver certo consenso na literatura filosófica e sociológica de que as principais limitações das teorias da função como conseqüências positivas têm a ver, em última instância, com o fato delas utilizarem uma "concepção superficial da noção de sistema" (BOUDON/BOURRICAUD, 1986:252), o que se reflete na imprecisão de conceitos como <<integração>>, <<unidade>> e <<consenso>>.

Para reformular o modelo, o caminho natural parece ser então o de *rever* a questão do sistema de referência da atribuição funcional.

(HABERMAS, 1998:71s). Em outras palavras, algo assim como Hesse, Habermas entende que os Direitos Fundamentais se justificam porque são, e na medida em que são, necessários para viabilizar uma certa *integração* (expressa, no seu caso, na figura da "nação de cidadãos" – cf. STRECK, 2002:137).

²⁷³ Exemplo pátrio dessa corrente de pensamento pode ser encontrado na monografia de Oscar Vilhena Vieira sobre a <<reserva de Justiça>> da constituição. Influenciado pelas doutrina de Ely, Rawls e Habermas, o autor sustenta que as cláusulas constitucionais (ele chama de "superconstitucionais", para aludir à sua rigidez) que "constituem uma verdadeira reserva constitucional de Justiça" são aquelas que asseguram "os direitos que conferem autonomia privada a cada indivíduo", que tratam "da instituição do Estado de Direito", que promovem "um rol de direitos essenciais" para manter "a igualdade e a dignidade dos cidadãos" (os quais, no seu entender, são essencialmente os direitos políticos) e que reconhecem "os direitos sociais básicos" (cf. VIEIRA, 1999:230s). Algo assim como na doutrina de Hesse, esse conteúdo axiológico da constituição se subordina, em última instância, ao ideal de unidade política (integração), ao qual o autor se refere como <<associação política>>: "A legitimidade das cláusulas superconstitucionais está associada não apenas à sua origem, mas também ao seu conteúdo. Assim, além de derivarem de uma vontade democrática, devem poder ser justificadas racionalmente, como pressupostos essenciais de qualquer processo de associação política que se pretenda baseado na igualdade e na autonomia dos indivíduos" (VIEIRA, 1999:30).

²⁷⁴ A observação de Bonavides é dirigida especificamente à doutrina de Smend. Vale, no entanto, no nosso sentir, para as doutrinas integrativas de forma geral.

²⁷⁵ Além, evidentemente, do enfrentamento das dificuldades identificadas na análise formal acima conduzida.

Uma *primeira alternativa* é simplesmente eliminar do modelo a figura do sistema, o que automaticamente implicaria deixar de lado também a idéia de que a função se define com base nas (supostas) conseqüências <<positivas>> produzidas pelo elemento estudado.

Uma *segunda alternativa*, na direção oposta, é sofisticar a conceituação de sistema, o que parece exigir "imagens cada vez mais abstratas, abertas e anódinas, que tratam de formalizar ao máximo os conceitos e rechaçar a contaminação valorativa" (FERRARI V., 1989:36).

Uma *terceira alternativa*, por fim, é, ainda que eventualmente mantendo uma concepção frouxa de sistema, repensar a relação funcional existente entre o elemento estudado e o seu sistema de referência.

Destacam-se, na *primeira alternativa*, os trabalhos dos filósofos da ciência Larry WRIGHT (1973) e Ruth MILLIKAN (1989).

Na concepção de Wright, reconhecidamente uma das mais influentes abordagens nesse campo (cf., para análises e críticas, ACHINSTEIN, 1977:344ss, GODFREY-SMITH, 1993:1ss, SEARLE, 1995:16s, McLAUGHLIN, 2001:93ss e BOORSE, 2002:65s), o conceito de função é definido da seguinte forma:

A função de *X* é *Z* significa:

- (a) *X* está ali porque faz *Z*; e
- (b) *Z* é uma conseqüência (ou resultado) de *X* estar ali.

No caso da constituição, por exemplo, afirmar que ela tem uma função de limitação do Poder significa simplesmente, sob o modelo de Wright, que ela está onde está (no ordenamento jurídico ou na sociedade) porque limita o Poder e que a limitação do Poder é uma conseqüência (ou resultado) da constituição estar ali. Ao menos numa primeira aproximação, não parece haver qualquer necessidade, nesse caso, de se especular sobre as intenções de eventuais <<agentes-autores>> (modelo dos artefatos), nem tampouco de se proceder qualquer avaliação subjetiva (ideológica) sobre a natureza (supostamente) <<positiva>> da limitação do Poder (modelo das conseqüências positivas). Em princípio, portanto, nem a metafísica da intenção do locutor (item 4.6.1.1 *supra*), nem tampouco a metafísica do equilíbrio (item 5.6.1.1 *supra*), seriam, nessa abordagem, problemas para o cientista.

O que não é claro, porém, é se, nesse modelo, a metafísica da retroalimentação (item 5.6.1.3 *supra*) resta superada, o que pode implicar retomar, assim, também, a metafísica da intenção do locutor²⁷⁶ e/ou a metafísica do equilíbrio²⁷⁷. De fato, Wright não dedica maior consideração sobre o mecanismo pelo qual se pode aceitar que fazer *Z* levou *X* a estar onde está²⁷⁸, o que não ajuda na defesa de uma eventual aplicação de seu modelo ao estudo da constituição²⁷⁹.

A abordagem de Ruth Millikan (analisada também nos mesmos artigos acima citados com relação ao trabalho de Wright) propõe superar essa dificuldade "limitando os elementos para os quais se pode atribuir uma função àqueles elementos que existem em linhagens definidas por relações de reprodução e replicação" (GODFREY-SMITH, 1993:4):

"Colocando as coisas de forma grosseira, para um item *A* ter a função *F* como uma 'função própria', é necessário (e quase suficiente) que uma das duas seguintes condições seja satisfeita. (1) *A* originou-se como uma 'reprodução' (para dar um exemplo, como uma cópia, ou uma cópia de uma cópia) de algum item ou itens que, em parte *devido* a possuírem as propriedades reproduzidas, tenham efetivamente desempenhado *F* no passado, e *A* existe por conta (por conta historicamente causal) desse ou desses desempenhos. (2) *A* originou-se como o produto

²⁷⁶ Nagel, por exemplo, acredita que o modelo de Wright, quando aplicado ao estudo dos artefatos, não se sustenta, posto que a *causa* da presença do elemento estudado num dado lugar não é propriamente o efeito que ele produz, mas antes a convicção de quem o colocou ali de que o elemento tem condição de produzir esse efeito (cf. NAGEL, 1977:222).

²⁷⁷ McLaughlin, por exemplo, acredita que Wright "implicitamente" apela ao "benefício conferido a um sistema pela função, porque em todos os casos que ele efetivamente analisa, o benefício a alguém é de fato parte do mecanismo de retroalimentação pelo qual a função ajuda a fazer existir o elemento que a desempenha" (McLAUGHLIN, 2001:100s).

²⁷⁸ Isso leva os críticos a sustentarem, por exemplo, que o seu modelo conduz à equivocada conclusão de que são <<funções>> dos elementos *quaisquer* efeitos que eles produzem que possam de *qualquer* forma explicar a sua presença onde eles estão – e.g. suponha, por absurdo, que um paciente é mantido num quarto de hospital porque está espirrando em excesso; mas a verdade é que o paciente está sendo levado a espirrar porque ele é alérgico a algum elemento presente naquele quarto de hospital; no modelo de Wright, então, a *função* do paciente é espirrar muito (ele está ali porque espirra e espirrar é uma consequência dele estar ali) (cf. ACHINSTEIN, 1977:348; para outros exemplos, cf. GODFREY-SMITH, 1993:4 e SEARLE, 1995:18).

²⁷⁹ Uma variação da fórmula de Wright é sugerida por Kincaid para aplicação nas Ciências Sociais: "Duas precondições para essas alegações [de que *A* existe para fazer *B* ou de que a função de *A* é fazer *B*] parecem ser: 1. *A* causa *B*. 2. *A* persiste porque causa *B*" (KINCAID, 1990:418). A diferença é que Kincaid fala em *persistência*: "Eu uso 'persiste' ao invés de 'existe' para evitar algumas confusões comuns na literatura. 'Existe' implica que quando a atribuição funcional é feita, *A* existe naquele momento porque ele está correntemente causando *B*, o que é tipicamente falso, ou que ele existe por conta daquilo que ele faria, uma formulação igualmente problemática. Persiste não tem essas implicações" (KINCAID, 1990:427). A utilização do verbo persistir, no entanto, não parece superar as dificuldades do modelo de Wright, mesmo com o recente acréscimo, por Kincaid, de uma terceira condição à sua teoria funcional, a qual apenas explicita o que era antes uma premissa lógica do modelo: "3. *A* é causalmente anterior a *B*, i.e. *B* causa a persistência de *A* somente quando causado por *A*" (KINCAID, 2007:222).

de um dispositivo anterior que, dadas suas circunstâncias, tinha o desempenho de F como uma função própria e isso, naquelas circunstâncias, normalmente causa F ser desempenhado *através* da produção de um item como A ." (MILLIKAN, 1989:295)

No caso da Constituição Brasileira, por exemplo, dir-se-ia que ela tem a função própria de limitar o Poder se se concluir que ela é uma espécie de <<cópia>> de um modelo de constituição que logrou limitar o Poder no passado, sendo essa uma das razões que explicam porque a Constituição Brasileira existe na sua forma (estrutura) atual.

Dentre as dificuldades que o modelo de Millikan parece colocar ao estudioso da constituição, destaca-se o fato dele aparentemente não comportar, na definição de função, eventuais efeitos relevantes que uma dada constituição possa produzir que antes jamais foram produzidos por qualquer outra constituição (isso sem entrar no debate do que se deva considerar uma <<cópia>> para fins de atribuição de funções às constituições). Outrossim, não é claro como sem a intervenção de um agente consciente uma constituição possa ser tida como uma <<cópia>> de outra, o que mantém o problema da metafísica da intenção do locutor (*e.g.* como saber se o agente de fato estava copiando uma outra constituição, no sentido de buscar exatamente os *mesmos* efeitos?).

O principal nome da *segunda alternativa* de reformulação do modelo é hoje Niklas Luhmann (1927-1998)²⁸⁰.

No campo específico das Ciências Sociais (Direito inclusive), a teoria dos sistemas luhmanniana é provavelmente o esforço mais bem sucedido (pelo menos no tocante à conquista de entusiastas) de se tentar "responder às críticas lançadas ao funcionalismo" (FERRARI V., 1989:42) sem abdicar dos conceitos de <<função>> e de <<sistema>> e das analogias com os seres vivos.

Diante da metafísica do equilíbrio, ou seja, diante das "dificuldades existentes para tornar operacional empiricamente a noção de estabilidade (que uma ação funcional <<mantém>>)", Luhmann propõe redefinir o conceito de função nos seguintes termos:

²⁸⁰ Esse posto coube no passado a Talcott Parsons (1902-1979), expoente do chamado estrutural-funcionalismo. As concepções sistêmico-funcionais de Parsons encontram-se expostas sobretudo em seu consagrado *The Social Systems* (1952). Para análises objetivas dos seus preceitos essenciais, voltadas para sua aplicação no estudo do Direito, cf. COTTERRELL, 1992:81ss, TREVES, 1993:313ss e CAMPILONGO, 2002:121ss.

"Em ciências sociais, compreendemos hoje, por função, um problema de relação (ou ponto de vista relacional) ao qual são atribuídas diversas ações diferentes, funcionalmente equivalentes. As equivalências funcionais podem se substituir uma à outra. Mas freqüentemente também diversas ações funcionais funcionalmente equivalentes devem ser combinadas, posto que nenhuma pode assegurar inteiramente a função (por exemplo, a adaptação de um sistema ao seu ambiente)." (LUHMANN, 1993b:265)

Segundo Luhmann, essa linha de abordagem permite distinguir "análise estritamente causal e análise funcional": enquanto a primeira trata de uma "relação necessária (ou mais ou menos provável) entre causas e efeitos" (*i.e.* exigência funcional e elemento que a satisfaz), a segunda "tem por objeto a comparação entre diferentes causas com, de acordo com as circunstâncias, efeitos secundários diferentes" (cf. LUHMANN, 1993b:266).

Sendo assim, as críticas de enviesamento ideológico e de imprecisão dirigidas às teorias da função como conseqüências positivas (item 5.6.1.1 *supra*) não se aplicariam à teoria dos sistemas de Luhmann porque ela trabalha tanto com "a inversão entre estrutura e função" (passando assim de um estrutural-funcionalismo para um estruturalismo-funcional), o que (supostamente) permite não definir *a priori* as exigências funcionais do sistema (cf. FERRARI V., 1989:43)²⁸¹, quanto com a recusa da idéia de que exista (ou seja imprescindível) qualquer <<consenso>> nas sociedades contemporâneas (cf. TREVES, 1993:340 e CAMPILONGO, 2002:124s)²⁸².

O problema da metafísica da retroalimentação (item 5.6.1.3 *supra*), por sua vez, não se aplicaria à teoria luhmanniana por conta sobretudo de seu recurso às noções (i) de *autopoiesis*, a qual sugere pensar os sistemas sociais como sistemas vivos que se auto-reproduzem ("sociedade como um sistema fechado de comunicações conectadas que reproduzem comunicação por meio de comunicação"), e (ii) de "diferenciação social", sob a qual as "funções do sistema (...) são produzidas pela sociedade [ao longo do tempo] em contextos de

²⁸¹ Apoiado em Habermas, Ferrari sustenta que há, em verdade, um *apriorismo* ideológico na construção luhmanniana, consistente na escolha da "redução de complexidade" como "problema último" dos sistemas sociais; daí que Ferrari afirme não haver tanta diferença entre as teorias clássicas do funcionalismo e a teoria dos sistemas de Luhmann, a qual promoveria "uma nova metafísica" (cf. FERRARI, V., 1989:47s).

²⁸² "A nova teoria do sistema de Luhmann reformula a contradição entre integração/unidade e desintegração/diferença e antepõe integração à diferença entre cooperação e conflito" (FRANKENBERG, 2003:157).

alta contingência", o que implica dizer que "as funções nascem de seleções que poderiam ter sido feitas de modos diferentes" (cf. CAMPILONGO, 2002:69 e 152).

Já no que toca às críticas de exclusão dos indivíduos do campo de análise, Luhmann de alguma forma as contornaria ao conceber "o sistema social em um sistema de ações, que faz com que as ações de um indivíduo entrem em sistemas diversos" (cf. TREVES, 1993:339), de tal sorte que, segundo os seus entusiastas, "a teoria luhmanniana dá os passos do homem aos sistemas" (cf. CAMPILONGO, 2002:153)²⁸³.

Mais do que mera análise funcional, no entanto, a teoria de Luhmann qualifica-se como uma ampla <<filosofia social>>, cuja aplicação ao estudo da constituição depende da aceitação da premissa de que a sociedade contemporânea deve ser vista à luz do conceito de sistemas (e sub-sistemas) autopoieticos. Não sendo objeto deste trabalho uma investigação dessa natureza, não adentraremos aqui numa análise detalhada da (complexa) construção luhmanniana, nem tampouco da (acalorada) discussão sobre seus (supostos) méritos (cf. *e.g.* PALOMBELLA, 1996:345ss e CAMPILONGO, 2002:151ss) e suas (supostas) deficiências (cf. *e.g.* FERRARI V., 1989:42 e TREVES, 1993:328ss).

Não obstante, cumpre destacar o fato de que, mais do que apenas "duvidar da possibilidade de consenso – consenso esse no mínimo improvável nas sociedades altamente diferenciadas e complexas", Luhmann também suspeita "de uma fundamentação moral da democracia", insistindo, portanto, a seu próprio modo, na separação entre Direito e Moral (cf. CAMPILONGO, 2002:124s)²⁸⁴. Esse fato coloca Luhmann nas antípodas não só da teoria das funções como conseqüências positivas aqui explorada, mas também, conforme veremos, da *terceira alternativa* de reformulação do modelo.

²⁸³ "O modelo de Luhmann pressupõe uma grande ruptura com a tradição humanista e com boa parte da sociologia que considera o homem, enquanto unidade de sistema psíquico e orgânico, o elemento essencial da sociedade. Luhmann coloca o homem como ambiente da sociedade" (CAMPILONGO, 2002:68). Mas isso que para Campilongo é *virtude*, para Ferrari é *defeito* da teoria luhmanniana: "Sobre os sujeitos e seu mundo real se apresenta de fato uma esfera puramente ideal, uma rede de universos sistêmicos mais ou menos claramente separados que, certamente, não seriam pensáveis se não existissem os homens, mas que a sua vez possui uma estranha propriedade de mover os homens mesmos, em seu ambiente, como se fosse peões de um jogo que os transcende" (FERRARI V., 1989:48).

²⁸⁴ "Podemos então voltar a Luhmann: o direito, visto pela óptica funcional e sistêmica, não tem a ver com a ótima realização de um valor. Ao contrário, visa a 'otimizar' a relação entre os 'graus de realização de vários valores'; portanto, a 'justiça' não encontra mais em si mesma nenhum motivo de preferência por determinados valores, mas trata os valores de modo igual e indiferente" (PALOMBELLA, 1996:351).

De fato, a *terceira alternativa* é a que propõe repensar a relação funcional entre o elemento estudado e o sistema de referência, o que se faz com a substituição da idéia de auto-regulação pela idéia de orientação a objetivo. Nesse contexto, a *função* do elemento estudado passa a ser a contribuição aportada para que o sistema alcance seu objetivo (bem humano). Esse o <<modelo de compreensão>> a ser analisado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 6

CONSTITUIÇÃO COMO

JARDIM DE JUSTIÇA

6.1. Modelo Funcional.

O presente capítulo trata do *modelo de compreensão* sob o qual as funções da constituição correspondem aos efeitos produzidos que contribuem para que o sistema ordenamento jurídico satisfaça um bem humano (objetivo do sistema) (cf. item 3.6 *supra*).

Tal qual nos dois capítulos precedentes, examinaremos o modelo através do sucessivo exame de sua estrutura formal e de exemplos de aplicações que ele encontra nas Ciências Sociais não jurídicas, no estudo do Direito e no Direito Constitucional, para então passar à análise crítica e às propostas de reformulação.

6.2. Estrutura Formal – Função como Contribuições aos Objetivos do Sistema.

As diferentes teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema têm em comum a idéia de que a função de um dado elemento é determinada a partir dos efeitos que ele aporta para o sistema no qual atua que contribuem para a realização ou manutenção de um *objetivo* para o qual o sistema está direcionado; *contrario sensu*, efeitos que não contribuam para qualquer objetivo do sistema não são funções do elemento (cf. *e.g.* ACHINSTEIN, 1977:342, NAGEL, 1977:234s, BEDAU, 1992:264, McLAUGHLIN, 2001:118, BOORSE, 2002:68ss e PERLMAN, 2004:18).

A condição básica para aplicação desse modelo é, portanto, a de que o sistema de referência da atribuição funcional (cf. item 3.4 *supra*) seja (concebido como) um sistema naturalmente direcionado ou orientado para objetivos (*goal-directed system*)²⁸⁵. Ernst Nagel explica:

"O aspecto característico de tais sistemas é que manifestam de maneira permanente certo estado ou propriedade *G* (ou que mostram uma persistência de desenvolvimento 'na direção'

²⁸⁵ Segundo Boorse, a inspiração do modelo é a teoria dos sistemas "cibernéticos" (cf. BOORSE, 2002:69).

tendente a alcançar G) frente a uma classe relativamente ampla de mudanças ocorridas em seu meio ou em algumas de suas partes internas, mudanças que se não são compensadas dão como resultado o desaparecimento de G (ou uma direção modificada de desenvolvimento de tais sistemas)." (NAGEL, 1961:373)

Mark Perlman complementa:

"A idéia básica é a de que um sistema pode ser 'organizado diretamente' ou 'orientado a objetivo' em relação a certo resultado quando o sistema modificará seu comportamento para lidar com seu meio-ambiente de sorte a alcançar aquele resultado. O sistema demonstra flexibilidade para alterar seu plano inicial e superar obstáculos que aparecem." (PERLMAN, 2004:18)

Como se pode perceber, a abordagem resultante da aplicação desse modelo é, em certo sentido, "compatível com, mas mais geral que" as abordagens funcionais conduzidas sob o modelo das teorias das funções como conseqüências positivas discutido no capítulo anterior (cf. NAGEL, 1977:235): naquele caso, o sistema de referência tem também um <<objetivo>> para o qual ele naturalmente se direciona, que é a manutenção do seu estado de bem-estar (equilíbrio, estabilidade), sendo função do elemento estudado os efeitos (conseqüências positivas) que ele aporta para que o sistema alcance e se mantenha em tal estado (sistema auto-regulado), os quais, então, se reputa com sendo, de uma forma ou de outra, a *causa* da presença do elemento no sistema (etiologia, retroalimentação); já no presente modelo, a atribuição funcional se formula com base em *qualquer* objetivo para o qual o sistema se orienta e com relação ao qual o elemento estudado contribua com os efeitos que produz:

"Essas abordagens orientadas por objetivos (*goal-directed accounts*) diferem das abordagens evolucionárias na medida em que, embora os objetivos dos organismos sejam, no nível mais alto, sobrevivência e reprodução, nem todas as funções reduzem-se a esses objetivos evolucionários. Sistemas individuais podem ter muitos objetivos em níveis inferiores que não seriam corretamente caracterizados como dependentes de adaptação, seleção natural, ou evolução em geral." (PERLMAN, 2004:18)

Por conta desses fatores, no modelo ora considerado, ao contrário daquele discutido no capítulo anterior, os efeitos produzidos pelo elemento estudado que são considerados suas

funções não são necessariamente algo de bom *para o sistema*, mas antes algo de bom *para um objetivo* para o qual o sistema se direciona (cf. McLAUGHLIN, 2001:206)²⁸⁶.

Esse objetivo, por sua vez, segundo alguns autores, tende a ser algo que normalmente se reputa como sendo <<bom>> (*i.e.* um *valor*) (cf. *e.g.* BEDAU, 1992:265), o que faz da atribuição funcional, nesses casos, uma atitude "normativa", ou seja, que "é ou envolve um julgamento de valor" (BOORSE, 2002:67)²⁸⁷.

"Funções, em resumo, não são nunca intrínsecas, mas são sempre relativas ao observador (observer relative). Somos cegos quanto a esse fato pela prática, especialmente na biologia, de falar de funções como se elas fossem intrínsecas à natureza. Mas exceto por aquelas partes da natureza que são conscientes, a natureza nada sabe de funções. É, por exemplo, intrínseco à natureza que o coração bombeie o sangue, e cause seu fluxo através do organismo. É também um fato intrínseco à natureza que o movimento do sangue relaciona-se a grande número de outros processos causais que têm a ver com a sobrevivência do organismo. Mas quando, além de dizermos 'O coração bombeia sangue', dizemos 'A função do coração é bombear o sangue', estamos fazendo algo mais do que registrar esses fatos intrínsecos. Estamos situando esses fatos num sistema de valores que mantemos. (...) É porque tomamos como certo em biologia que a vida e a sobrevivência são valores que descobrimos que a função do coração é bombear o sangue. Se pensássemos que o maior valor do mundo era glorificar a Deus fazendo barulhos de batimentos, então a função do coração seria fazer barulhos de batimentos, e o coração barulhento seria o melhor coração." (SEARLE, 1995:14s)

Muito embora o modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema desenvolva-se sob um paradigma de teleologia interna, ou seja, sem necessidade teórica de recurso às intenções conscientes de qualquer agente (*e.g.* a função do coração é fazer circular o sangue porque, por exemplo, essa é a contribuição dada pelo coração para o objetivo do organismo de levar oxigênio aos tecidos), ele autoriza pensar que os objetivos do sistema em questão servem eles próprios aos interesses das pessoas que se relacionam com aquele sistema. Peter Achinstein ilustra esse aspecto com um exemplo simples:

²⁸⁶ Por exemplo, em certas espécies, o ato do acasalamento ou de dar à luz às crias conduz à *morte* do macho e/ou da fêmea – nesses casos, a função do elemento estudado (*e.g.* um órgão reprodutivo) é contribuir para o *objetivo* (reprodução) do sistema orgânico, objetivo esse, porém, que é *letal* para o próprio sistema (cf. McLAUGHLIN, 2001:79).

²⁸⁷ Em sentido contrário, Boorse sustenta que nem toda abordagem pautada pela contribuição para objetivos, dentre as quais a dele próprio, envolve o elemento valorativo (cf. BOORSE, 2002:67s).

"A função do termostato num sistema de aquecimento doméstico é ligar ou desligar o aquecimento porquanto isto contribui para um 'objetivo' do sistema de aquecimento, viz., manter a temperatura constante. Qualquer um que se recuse a atribuir objetivos a objetos inanimados pode ainda assim endossar a presente doutrina, desde que atribua o objetivo a um usuário, proprietário ou projetista (*designer*) vivo (*animated*) do objeto ou sistema." (ACHINSTEIN, 1977:342s)

Percebe-se, assim, que, tanto quanto <<compatível com, mas mais abrangente que>> o modelo das teorias da função como conseqüências positivas (capítulo 5 *supra*), o modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema é também de certa forma compatível com o modelo dos artefatos (capítulo 4 *supra*). Mas os modelos não necessariamente se confundem, posto que o presente modelo requer que o objetivo que orienta a atribuição funcional ao elemento estudado seja algo para o que o sistema de referência naturalmente se direciona. Assim, por exemplo, nem todo artefato encontrará uma função no presente modelo, mas tão apenas aqueles artefatos que integrem um sistema de referência direcionado a objetivos²⁸⁸.

Adaptando ACHINSTEIN (1977:342) e levando em conta as observações de NAGEL (1977:235), McLAUGHLIN (2001:118s), BOORSE (2002:68ss) e PERLMAN (2004:18s), podemos sintetizar as idéias *supra* no seguinte modelo de notação:

A função de x (em S) é y se e apenas se:

- (a) x faz ou permite y ; e
- (b) y contribui para G .

onde x é o elemento ao qual se atribui a função;

y é função (efeito) de x ;

S é o sistema no qual x atua; e

G é um objetivo de S .

²⁸⁸ Por outro lado, caso se desconsidere a figura do sistema de referência, ou caso se tome como <<sistema>> o conjunto usuário/artefato, haverá correspondência mais clara entre o modelo ora considerado e aquele aplicável aos artefatos em geral (cf. capítulo 4 *supra*). É o que sugere Boorse: "Comportamento humano proposital é uma espécie de orientação para objetivos" (BOORSE, 2002:76).

6.3. Aplicações nas Ciências Sociais.

A abordagem das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema tem em mira especialmente os "organismos vivos", o que a faz mais tipicamente (mas não exclusivamente) aplicável nas Ciências Naturais (cf. BOORSE, 2002:63s).

Nada obstante, uma das alternativas apresentadas para tentar superar a <<metafísica do equilíbrio>> nas análises funcionais das Ciências Sociais (cf. item 5.6.1.1. *supra*) é a que sugere seja abandonada a idéia de <<funcionamento adequado>> do sistema social, privilegiando-se, antes, tão apenas objetivos específicos de sistemas sociais de menor escala, como, por exemplo, as *organizações* (empresas especialmente):

"Alguns cientistas sociais duvidaram se a idéia de efeitos positivos pode ser objetivamente avaliada – ela não pressupõe a idéia de funcionamento adequado? Talvez ela o faça, mas não em qualquer maneira inaceitável que eu possa ver. Efeitos positivos precisam ser claramente definidos; eles freqüentemente terão relação com sobrevivência (e/ou reprodução). No entanto, sobrevivência não é um termo valorativo (*value-laden term*) como 'bom funcionamento'. A ecologia organizacional estuda a sobrevivência diferencial de organizações. Jornais, por exemplo, ou sobrevivem, ou não sobrevivem – decidir tal questão não parece ser um julgamento valorativo sobre o que constitui um bom jornal." (KINCAID, 1990:425)

A ecologia organizacional oferece assim, em certa medida, um exemplo concreto de abordagem funcional nas Ciências Sociais alinhada com o modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema: as organizações são metaforicamente comparadas com organismos vivos, cujos objetivos intrínsecos somente são alcançados através das contribuições aportadas pelos elementos estudados (*função*) (cf. KINCAID, 1990:423s, 2002:63s e 2007:236ss)²⁸⁹.

²⁸⁹ Um aspecto que distancia a ecologia organizacional do *tipo-ideal* do modelo ora estudado é o fato dela enfatizar em sua análise a questão da *seleção externa* das organizações. Nesse tocante, Kincaid expressa, nos artigos citados, a convicção de que a ecologia organizacional oferece uma resposta à <<metafísica da retroalimentação>> (cf. item 5.6.1.3 *supra*), pois sugere haver, no meio social, um processo análogo ao de seleção natural (Darwin) que é responsável pela sobrevivência das organizações (e conseqüente persistência dos elementos funcionais estudados). Conforme antes observado (item 6.2 *supra*), porém, a seleção natural *não* tem um papel relevante nas teorias da função como contribuição aos objetivos do sistema, uma vez que um elemento pode muito bem contribuir para o objetivo de sobrevivência do organismo em que se encontra (e assim ambos persistirem ao longo do tempo) mesmo na ausência de um processo de seleção natural (cf. BOORSE, 2002:73ss e 78s). Seja como for, o que queremos extrair do exemplo dado é a idéia de que, também nas Ciências Sociais, é possível focar a atribuição funcional com base em contribuições aportadas para objetivos outros que não o <<estado de funcionamento adequado>> característico do modelo discutido no capítulo precedente.

6.4. Aplicações no Estudo do Direito.

Para ilustrar a aplicação no estudo do Direito do modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema podemos citar dois trabalhos absolutamente distintos, separados por mais de um século: a teoria da finalidade do Direito do alemão Rudolf Von Jhering (1818-1892), considerada um dos marcos dos estudos funcionais na Ciência do Direito (cf. BATIFFOL, 1981:76s, COMPARATO, 1989:66 e TAMANAHA, 2006:3s), e a doutrina do direito como um tipo funcional do americano Michael S. Moore (1943-).

6.4.1. A Finalidade do Direito.

A doutrina de Jhering é em geral associada a uma visão puramente instrumental do Direito (Direito como artefato – capítulo 4 *supra*). Isso é assim especialmente porque, "não obstante o título de sua grande obra, *Lo scopo del diritto*²⁹⁰, [Jhering] concentrava toda atenção não no fim, mas no instrumento, isto é, na coação e na organização desta" (BOBBIO, 1975:86), sustentando, numa época em que isso ainda soava como novidade, que "somente as normas providas, pelo Estado, deste efeito, constituem normas de direito, ou que *o Estado é a única fonte do direito*" (JHERING, 1883:219)²⁹¹. Não surpreende, assim, por exemplo, que, ao tratar do tema da coação (uma parte central de sua doutrina), Kelsen tenha feito questão de deixar consignado que, "neste ponto, a Teoria Pura do Direito continua na tradição da teoria positivista do direito do século dezanove" (KELSEN, 1934:26; cf. também BOBBIO, 1971:60)²⁹².

Não obstante esses fatores, parece-nos possível uma leitura de Jhering que revela estar sua concepção funcional dos elementos integrantes do Direito (norma e coação) mais próxima do modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema do que do modelo das teorias da função como efeitos ou objetivos pretendidos (artefatos). Explicamos:

²⁹⁰ No original, *Der Zweck im Recht*. Em Português, na tradução de Heder K. Hoffman (Bookseller, 2002), *A Finalidade do Direito*. Em Inglês, segundo reporta TAMANAHA (2006:3), *Law as a Means to an End*.

²⁹¹ A teoria da *estatalidade* do Direito se contrapõe às concepções do Direito como fruto da sociedade (pluralismo jurídico) (cf. REALE, 1970:203ss, TREVES, 1977:58ss e COTTERRELL, 1992:16ss).

²⁹² Kelsen, no entanto, concebe a relação Estado-Direito em termos diferentes daqueles de Jhering – enquanto para este o Direito é criado pelo Estado (Poder) (cf. REALE, 1970:110), para aquele se tratam de termos sinônimos (cf. KELSEN, 1934:97ss).

Logo nas primeiras páginas de seu trabalho Jhering apresenta o que chama de lei da finalidade, em oposição à lei da causalidade:

"A pedra não cai com a finalidade de cair, mas porque deve, *i.e.*, por lhe ter sido retirado o apoio; o homem, entretanto, que age, fá-lo não em razão de um 'porquê', mas de um 'para quê' – para, desta forma, conseguir algo. Este 'para quê' é para a vontade tão indispensável quanto o 'porquê' para a pedra; assim como o movimento da pedra é impossível sem causa, tampouco é possível o movimento da vontade sem finalidade. No primeiro caso, falamos de uma lei *mecânica*, no último, de uma lei *psicológica* de causalidade. Passarei a designar a última como lei de *finalidade*, em parte por motivos de concisão, em parte para salientar, já pelo nome, que é finalidade que contém a única causa psicológica da vontade. Assim, o acréscimo atributivo é prescindível no que se refere à lei mecânica de causalidade, de forma que passarei a chamá-la simplesmente de lei da causalidade." (JHERING, 1883:16)

E, a seguir, sintetizando essas idéias, afirma:

"A lei da causalidade, neste último sentido, enuncia-se do seguinte modo: nenhum fenômeno no mundo sensível exterior sem outro precedente que o tenha produzido ou, na fórmula conhecida: *nenhum efeito sem causa*. A lei da finalidade traz o seguinte enunciado: *nenhum querer* – ou, o que vem a ser o mesmo – *nenhuma ação sem finalidade*." (JHERING, 1883:16)

Já daí se percebe que *finalidade*, para Jhering, tem a ver com um ato volitivo, um querer (humano ou animal) que orienta a ação intencional. Vejamos, então, como esse autor pode pretender falar de *finalidade do Direito*. Para tanto, iniciemos com a sua idéia de sociedade:

"Toda a nossa cultura, toda a nossa história repousa na valorização da existência humana individual para os fins da coletividade. Não há vida humana que exista meramente para si. (...) Toda a nossa vida, todas as nossas relações são, nesta acepção não jurídica, uma sociedade, com efeito: um obrar conjunto para fins comuns no qual cada um, ao agir por outros, também age para si e, ao agir por si, também age para o outro. É neste fenômeno recíproco das finalidades que repousa, a meu ver, o conceito de sociedade. Esta, conseqüentemente, pode ser definida como a organização efetiva da vida *para e através* dos outros e, de vez que o indivíduo é aquilo que é tão-só através dos outros, como a forma imprescindível da vida voltada para *si mesmo*. Ela é, em verdade, portanto, a forma da vida humana, simplesmente. Vida humana e vida social significam o mesmo." (JHERING, 1883:65 e 71)

Decorre naturalmente dessa concepção de sociedade uma questão que o próprio Jhering identifica: "que garantias possui a sociedade de que cada um, de sua parte, realiza a máxima sobre a qual se sustenta toda a sua existência – 'existes para mim'?", ou, de outra forma, "O que adstringe as forças elementares da sociedade à ordem e à cooperação? Quem lhes traça os caminhos e os movimentos?" (JHERING, 1883:74s). A resposta, acredita Jhering, é a utilização, pela sociedade, de quatro "alavancas do movimento social" que adstringem a vontade humana individual em prol do coletivo: a recompensa, a coação, o senso de dever e o amor (as duas primeiras ele chama de "alavancas sociais *inferiores* ou *egoístas*", as outras duas de "alavancas *morais* ou *éticas*") (cf. JHERING, 1883:76). Como já indica o comentário de Bobbio acima citado, Jhering associa o Estado e o Direito com a alavanca da *coação*:

"Partindo da questão de saber como a sociedade realiza a tarefa que tem a realizar, respondi, no Capítulo VII: primeiramente, através, da *recompensa*; para, em seguida, neste capítulo, acrescentado, como segundo meio, a *coação*. A organização social da coação, porém, significa o mesmo que *Estado* e o *Direito*. O Estado é a sociedade como detentora da força de coação regulada e disciplinada." (JHERING, 1883:211)

Ou seja, na concepção de Jhering, a coação, enquanto espécie de <<alavanca social>>, é um *meio* (não o único) de a sociedade, através do Estado e do Direito²⁹³, alcançar o objetivo de adstringir as vontades individuais em favor do interesse coletivo comum (ordem e cooperação)²⁹⁴.

²⁹³ Registre-se, nesse tocante, que, na concepção de Jhering, a finalidade ou função *do Estado* é viabilizar o *Direito*: "Somente no Estado é que o direito encontra o que ele buscava: a supremacia sobre a força. (...) Ao definir o Estado deste modo, não quero dizer que esta fórmula exaure sua essência, não quero afirmar que ele nada mais seja do que isso. (...) Todavia, por diversos e números que possam ser esse fins, que ele, Estado, já abarcou e que ainda abarcará, existe um objetivo que sobreleva todos os outros, uma meta que o acompanha desde o princípio, sim, uma finalidade que até mesmo o fez nascer e que jamais pode ausentar-se. Trata-se da finalidade do *direito*, a formação e o asseguramento do *direito*. Todos os outros propósitos do Estado passam para segundo plano diante deste, só emergindo, historicamente, quando aquela tarefa primeira e essencial já estiver satisfeita, sendo ela pressuposto necessário para as outras. Assim, o cultivo do direito é a *função* vital do Estado" (JHERING, 1883:211s).

²⁹⁴ A ênfase de Jhering nesse ponto enseja a crítica de que sua doutrina alinha-se com o *totalitarismo*: "Quando o nazismo professou a supremacia incondicional da coletividade sobre o indivíduo, os conciliadores puderam pensar que não se tratava de mais do que uma expressão mais ousada da subordinação dos interesses particulares aos interesses gerais, amplamente consagrada pela evolução dos últimos cem anos e já expressa sem ambigüidade depois de Hegel e Augusto Comte por Jhering: para este último a finalidade do direito é a conservação da sociedade, implicando o direito uma subordinação de interesses, uma vez que uma simples coordenação não é suficiente. (...) Trata-se do mesmo apelo que hoje é lançado contra os regimes comunistas pelos seus adversários que lhes censuram o sacrifício da liberdade individual pessoal em nome de um resultado igualitário que pretendem obter por meio de uma organização autoritária" (BATIFFOL, 1981:95). Não nos parece, no entanto, que, nesse particular, a crítica à doutrina de Jhering seja de todo procedente, por razões que ficarão claras a seguir.

Compreende-se, à luz dessas considerações, que Jhering endosse uma definição do Direito como sendo não mais que um "*complexo de normas coercitivas* vigentes em um determinado Estado", a qual encerra dois elementos centrais, aos quais toda a doutrina positivista posterior dedicou grande atenção: "a *norma* [estatal] e sua realização através da *coação*" (JHERING, 1883:218s).

Ao contrário dos positivistas, porém, não são esses dois elementos *estruturais* do Direito que nos interessam aqui. O que chama nossa atenção é antes o encaminhamento teleológico (*funcional*) que Jhering lhes imprime, algo que os positivistas do século XX deixaram inteiramente de lado.

De fato, sustenta Jhering, na única parte de sua teoria à qual os positivistas parecem ter prestado atenção, que "os dois elementos do direito, na acepção objetiva, desenvolvidos até o momento – a norma e a coação – são de natureza puramente formal, nada nos dizendo acerca do seu conteúdo", o qual é, "na realidade, variável", fazendo da "perene mudança (...) a essência do direito" e tornando-lhe inadequado para a "realização de algo *verdadeiro em si*" (*i.e.* de um valor moral absoluto e imutável) (JHERING, 1883:289).

Ao mesmo tempo, no entanto, segundo Jhering, e aqui os positivistas já não estavam mais escutando, o Direito incorpora, em seu âmago, aquilo que, ao longo do tempo, demonstrou-se "conveniente", ou seja, as "instituições" que "passaram pela prova da história":

"É o conveniente, que resistiu à prova de vários milênios, a sua [do Direito] camada mais profunda, que jaz no subsolo, suportando todas as outras, estando, por isso, inteiramente consistente." (JHERING, 1883:293)

Impregnado, assim, pelo que o longo transcurso do tempo provou ser <<conveniente>>, o Direito acaba se transformando num elemento intrinsecamente destinado a perseguir uma finalidade certa, à qual, ao contrário do que depois viriam a pregar os postulados positivistas do século XX (cf. item 4.4.1 *supra*), cumpre ao cientista do Direito atentar:

"Tudo o que brota sobre o solo do direito, nasceu através da sua finalidade e em função da sua finalidade. Todo o direito outra coisa não é, senão uma única criação teleológica, ressaltando-se que a maior parte dos atos criadores recuam até um longínquo passado, tão longínquo que a

humanidade não consegue lembrá-los. É objeto da ciência reconstituir, tanto em relação à formação do direito, os reais fenômenos, e o meio para isso lhe é dado pela finalidade. Para quem não se esquiva da busca e da reflexão, em nenhum campo é tão certa a descoberta da finalidade como no âmbito do direito – buscá-la é a suma missão da ciência jurídica, tanto no que diz respeito à dogmática, quanto à história do direito." (JHERING, 1883:293s)

No entender de Jhering, essa finalidade intrínseca do Direito mais não é que o já citado <<interesse comum>> para o qual se voltam as alavancas sociais, coação inclusive:

"Ora, qual a finalidade do direito? Anteriormente, ao formular a questão do direito da ação do ser vivente, eu já dera a resposta: a realização de suas condições existenciais, e a isso, doravante, me aterei, ao definir o direito, em seu aspecto intrínseco, como a forma de *asseguramento das condições vitais da sociedade*, produzido através do poder coercitivo do Estado. (...) Esse conceito é relativo, determinando-se segundo o que a vida reclama. (...) Viver, entretanto, não significa simples existência física. (...) Por condições vitais entendo, portanto, não somente as da existência física, mas todos aqueles bens e gozos que, conforme o modo de pensar do sujeito, emprestam à vida seu verdadeiro valor." (JHERING, 1883:294s)

Mais à frente, complementando essas idéias, registra Jhering:

"Todo o direito se relaciona com estes cinco sujeitos finais [o indivíduo, o Estado, a sociedade, a Igreja e as associações], sendo eles os *centros* teleológicos do direito, em tornos dos quais se agrupam todas as suas normas. Nas relações, fins, tarefas destes cinco sujeitos finais, representa-se toda a vida da sociedade. É o esquema teleológico do direito, válido para todos os tempos." (JHERING, 1883:308)

É no contexto dessas idéias que parece possível afirmar que, para Jhering, o Direito é algo assim como um sistema orientado para um objetivo (*goal-directed system*): criado pelo homem numa época tão remota que da qual já não se tem mais lembrança, o Direito encontra-se intrínseca e definitivamente condicionado a perseguir o objetivo (bem humano) que lhe foi assinalado pela <<prova da história>>, qual seja, o <<asseguramento das condições vitais da sociedade>>, entendidas estas não no sentido de um processo de integração ou de consenso social (cf. capítulo 5 *supra*), mas antes no de promoção do <<interesse comum de todos>> e dos <<bens e gozos que asseguram a vida o seu verdadeiro valor>> (vida boa), algo ao que

hoje não raro se costuma referir como <<Bem Comum>>²⁹⁵. Sendo assim, a função da coação, por exemplo, na doutrina de Jhering, enquanto elemento formal do Direito, mais não é que contribuir para que o ordenamento jurídico possa, ao fim e ao cabo, servir ao Bem Comum.

Reside aí, a nosso ver, a diferença essencial entre a concepção de Jhering e a proposta daqueles que, como Kelsen, advogam uma concepção instrumental do Direito desvinculada de qualquer finalidade axiológica intrínseca (cf. item 4.4.1 *supra*). Ao contrário destes, Jhering vê a finalidade do Direito (Bem Comum) como um elemento que condiciona e orienta as suas possíveis utilizações. Brian Tamanaha tem uma leitura similar:

"Este é o ponto chave. A noção de que o Direito é um instrumento foi defendida por seus primeiros proponentes [Jhering, Dewey, Pound] como uma proposição de duas partes integradas: o Direito é um instrumento *para servir ao bem social*. A modificação crucial é que, no curso do século vinte, a primeira parte dessa proposição dominou a cultura jurídica, enquanto a segunda parte tornou-se crescentemente insustentável. Ao longo do século, a aparentemente inexorável penetração do relativismo moral, combinada com a multiplicação de grupos agressivamente perseguindo suas próprias agendas, convencidos da correção de suas pretensões, promoveu uma ferida profunda na noção de um bem social compartilhado." (TAMANAHA, 2006:4)

Algo na mesma linha, Miguel Reale, depois de afirmar "cabem razão aos que o apontam [Jhering] como um precursor do culturalismo contemporâneo" e enfatizar que Jhering "não liga o seu *estatalismo jurídico* a nenhuma concepção política absolutista" (REALE, 1970:217 e 219), registra, com generosidade:

"Em verdade, não obstante a sua imprecisão e as suas conclusões de desabusado estatismo – consequência da aceitação da tese sobre o Estado produtor do Direito – Jhering revela um admirável realismo, estudando o problema dos limites da soberania jurídica e

²⁹⁵ Assim, por exemplo, a definição de Barzotto: "Esses bens necessários à vida boa, quando considerados na perspectiva da comunidade, são chamados de valores. Os valores integram o bem comum, o conjunto de condições que permite a todos os membros da comunidade alcançarem a vida boa." (BARZOTTO, 2003:194). Já na difundida lição do Papa João XXIII, o Bem Comum é o conjunto de todas as condições de vida social que permitem e favorecem o desenvolvimento integral da pessoa humana (cf. AGESTA, 1974:90 e DALLARI, 1991:91). Na lição de Reale, por sua vez, tem-se que "o bem comum é o fundamento último do Direito assim como o é da soberania, desde que por bem comum se entenda a própria ordem social justa" (REALE, 1970:102).

metajuridicamente, mostrando que o guarda verdadeiro do Direito é o povo, é a Nação, consciente de seus valores de cultura." (REALE, 1970:240)

E, ainda no mesmo sentido, Gianluigi Palombella, ao comentar que a doutrina de Jhering pode ser dividida em duas fases bastante distintas, na primeira das quais prevalecia uma concepção "essencial [do Direito] como simples forma", registra:

"Talvez seja exatamente o caráter extremo dessas conclusões que induz o chamado 'segundo' Jhering a uma famosa autocritica (cuja fase célebre é a obra *Der Zweck im Recht*, 1884), que evidencia o caráter teleológico do direito, sua orientação para fins, valores e interesses, reavaliados como sua real razão de ser que, por conseguinte, não concebe os institutos jurídicos como vazios de conteúdo, ou seja, como simples nexos lógico-sistemáticos. A definição do direito essencialmente como forma é, portanto, superada, visto que ao direito cabe também uma consideração substancial que identifique sua relação com concepções de justiça e objetivos sociais." (PALOMBELLA, 1996:127s)

6.4.2. Direito como Tipo Funcional.

Outro exemplo, bastante diferente, de aplicação ao estudo do Direito do modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema é oferecido pelo jusfilósofo americano Michael S. Moore.

Moore declara-se um adepto do "realismo moral", o que significa, no âmbito da Ciência do Direito, pregar a existência de uma "conexão necessária" entre Direito e Moral (cf. MOORE, 1994:188), numa linha, portanto, diametralmente oposta àquela dos positivistas, tais como KELSEN (cf. 1934:15ss) e HART (cf. 1958:49ss), conhecidos por defender uma rígida separação entre esses dois universos (cf. item 4.4.1 *supra*).

Moore se interessa em particular pela "doutrina jusnaturalista que se desenvolveu depois da Segunda Guerra Mundial e que pode ser vista em parte como uma reação às atrocidades cometidas pelos Nazistas em nome da lei alemã" (MOORE, 1994:188)²⁹⁶. Dentre as

²⁹⁶ Ao defender a separação entre o Direito e a Moral, Hart, com uma ponta de ironia, diz que os autores que vivenciaram o nazismo são como Ulisses ou Dante, que "desceram ao inferno, e (...) trouxeram de lá uma mensagem aos homens", qual seja, a de "descartar a separação entre direito e moral" (cf. HART, 1958:72). Contestando este entendimento, Hart argumenta que não se pode atribuir os horrores nazistas à separação liberal-positivista do Direito e da Moral (consagrada na Alemanha pelo slogan "*Gesetz as Gesetz*"), haja vista que essa

características principais desse renovado jusnaturalismo, ao qual Palombella se refere como "neojusnaturalismo" (PALOMBELLA, 1996:226)²⁹⁷, incluem-se, na visão de Moore, as convicções de que (i) "a essência do Direito em geral é encontrada nas funções (ou fins) do Direito, não em suas estruturas distintivas (ou meios)", (ii) a função do Direito é "algum valor que é tanto um verdadeiro valor moral quanto um valor que pode ser servido pelo Direito de forma única e que pode ser assim apontado como o fim distintivo do Direito", e (iii) para algo ser Direito "precisa necessariamente não ser injusto" (cf. MOORE, 1994:188s).

É a crença nesses alegados atributos que levam Moore a afirmar ser o Direito um "tipo funcional (*functional kind*)", ou seja, um elemento que se define "por uma função, não por uma estrutura"²⁹⁸: "a própria idéia de que o Direito é um tipo funcional depende de haver algo bom que o Direito pode unicamente servir. Isso é o que permite o funcionalista definir o Direito por seus fins (funcionais), e não por seus meios (estruturais)" (MOORE, 1994:208 e 223).

Moore explica essa sua concepção a partir de uma analogia com o organismo humano, entendido este também como um tipo funcional, o qual, dentre "todas as coisas boas que existem", está direcionado a promover, por exemplo, a "saúde física" ("saúde física é o bem que o organismo humano pode contribuir – ele não pode contribuir justiça ou liberdade ou bem-estar econômico – então saúde física é o objetivo do organismo humano"):

"Imagine que nós somos ignorantes da moderna medicina ou biologia, mas temos a sensação de que talvez o organismo humano é um sistema funcional. Os passos que devemos seguir para testar nossa intuição devem ser como segue:

separação não pretende (e não implica) *de per se* transformar em moralmente válida uma lei imoral (ou seja, a questão da legitimidade da lei não é respondida pela constatação positiva de que "a lei é a lei") – para Hart, prova irrefutável de que a proposta positivista não tem relação com as atitudes nazistas é o fato de que, em outros países, como a Inglaterra, ela sempre conviveu com "as mais iluminadas atitudes liberais" (cf. HART, 1958:73ss). Em resposta a Hart, talvez se possa dizer que se a neutralidade axiológica pregada pelas teorias jurídicas prevalentes de então, como o decisionismo de Schmitt e o positivismo de Kelsen, não foi a *causa* das atrocidades cometidas pelos nazistas, supor que ela *nada teve a ver* com aqueles eventos é ignorar a força prática e ideológica que teve o "legalismo nazista, segundo o qual deveriam ter sido consideradas juridicamente vinculantes normas moralmente aberrantes, ainda que formalmente válidas" (PALOMBELLA, 1996:226).

²⁹⁷ "Neojusnaturalismo é o rótulo que reúne experiências teóricas mais uma vez heterogêneas, porém interligadas por um repúdio comum ao juspositivismo formalista ou científico, ou, em todo caso, ao juspositivismo em qualquer de suas acepções" (PALOMBELLA, 1996:226).

²⁹⁸ Blackburn define "tipo funcional" (*functional kind*) como "uma classe de objetos associados por compartilharem a mesma função: facas, garfos, colheres" (BLACKBURN, 1996:151).

1. Isolamos algumas partes ou processos que estamos relativamente certos são partes ou processos do sistema. Esses são apenas palpites provisórios, porque sabemos que se estivermos certos sobre o sistema como um todo – ele é um tipo funcional, um tipo cuja essência é dada por sua função e não por sua estrutura – podemos estar errados quanto a qualquer estrutura particular de fato pertencer ao sistema. No exemplo que estou usando, começamos com o coração e o ato de dormir como partes ou atividades do organismo humano.
2. Isolamos os efeitos das atividades do coração, ou os efeitos da atividade de dormir. Essa é nossa lista de possíveis funções de cada uma dessas partes ou atividades.
3. Determinamos dentre os bens humanos qual ou quais podem ser servidos pelo organismo humano. Sendo a saúde física um desses bens, tomamos por hipótese que a saúde física é o objetivo do organismo, i.e., aquilo de bom para o que ele se presta.
4. À luz dessa hipótese sobre o objetivo do organismo humano, descobrimos quais dentre as várias atividades do coração, e quais dos vários efeitos do ato de dormir, contribuem por si mesmos causalmente para a manutenção do organismo num estado de saúde. Essas atividades e efeitos são as funções do coração e do ato de dormir.
5. Continuamos a mesma análise de quatro passos 'de baixo para cima' e de 'cima para baixo'. A estratégia de baixo para cima seleciona outras partes ou processos que estamos relativamente certos pertencem ao organismo humano e sonda seus efeitos que dão alguma contribuição à saúde. Essa estratégia pode mudar o que pensamos ser saúde física. A estratégia de cima para baixo começa com nossa crescentemente bem definida noção de saúde e procura partes ou processos que precisam existir se o objetivo geral de saúde há de ser mantido. Tal procedimento pode descartar certas partes do organismo que não são essenciais no sentido de que não desempenham nenhuma função (...)." (MOORE, 1994:211ss).

Ao final desse procedimento, acredita Moore, o cientista estará em condições de escrever "um compreensivo livro texto médico sobre o organismo humano", no qual cada "aspecto essencial (estrutural) terá seu lugar (funcional) na organização teleológica do organismo" (MOORE, 1994:213). Para Moore, esse será um livro de "ética aplicada", uma vez que "ele afirma (ou mais freqüentemente, pressupõe) a bondade da saúde e então cataloga em detalhe a habilidade única do organismo humano de realizar esse bem" (MOORE, 1994:213).

Moore sustenta que essa mesma metodologia pode (e deve) ser empregada no estudo do sistema jurídico. Embora ao custo de uma transcrição bastante longa, vale ouvir o que tem a

dizer esse autor para que se possa bem compreender a sua aplicação do modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema ao estudo do Direito²⁹⁹:

"1. Quais são, ao menos provisoriamente, as características do Direito? (...) Podemos razoavelmente pensar que o Direito é caracterizado por sanções coercitivas e o hábito de obediências que essas sanções induzem nas pessoas [Austin e Bentham]. Alternativamente, podemos nos fixar na idéia de que o Direito regula sua própria criação [Kelsen], ou que o Direito é marcado pela existência de uma regra secundária especial que legitima todas as outras regras do Direito [Hart]. Podemos pensar que o 'Direito tem autoridade', e querer dizer com isso que ou o Direito é moralmente obrigatório [Finnis], ou que o Direito é *tido* pelos seus cidadãos e/ou juízes como obrigatório [Soper], ou que do ponto de vista do profissional jurídico o Direito é obrigatório [Raz]. Ou, ainda, podemos nos fixar naquelas características comumente chamadas as características da regra de Direito – características como regras gerais, prospectivas, públicas, claras, estáveis, consistentes que apenas comandam o possível e que as autoridades aplicam quando adjudicam as reclamações dos cidadãos [Fuller]. Outros pensam que o Direito é marcado por características formais, tais como a continuidade das entidades legais ao longo do tempo, o tratamento de atos passados como tendo autoridade presente, a inexistência de lacunas no Direito, ou sua habilidade de gerar uma regra autoritativa sem haver qualquer outra regra autorizando-a [Finnis], enquanto ainda outros pensam que o Direito é mais unicamente caracterizado por sua justificação da coerção estatal presente por decisões políticas passadas ou por sua natureza inerentemente controversa [Dworkin]. (...) Para facilitar a ilustração, vamos tomar uma característica simples, a de que o sistema jurídico é caracterizado pelo fato de seus cidadãos ao menos acreditarem que suas normas têm legítima autoridade prática sobre eles.

2. Precisamos agora isolar os efeitos típicos dessa (provisória) característica estrutural do Direito. Podemos supor, por exemplo, que os efeitos da crença dos cidadãos na autoridade do Direito incluem (a) que ele faz os cidadãos menos propensos a pensarem por si mesmos em questões morais; (b) que ele libera o tempo dos cidadãos para mais atividades recreativas; (c) que ele aumenta a tendência de revolta nos jovens, os quais em virtude dessa difundida crença precisam se revoltar contra o Direito, assim como contra seus pais, para se desenvolverem como adultos; (d) que ele permite a solução de problemas de coordenação porque a autoridade percebida das leis as fazem características salientes de qualquer problema de coordenação

²⁹⁹ Chamamos a especial atenção do leitor para o item 3 da lista de Moore, onde o autor relaciona diversas concepções teóricas sobre qual seja o verdadeiro objetivo do Direito (apontamos [entre colchetes] os autores que as advogam, assim como o fizemos no item 1, quando Moore lista diferentes concepções sobre as estruturas características do Direito).

enfrentado pelos cidadãos. A lista poderia obviamente ser estendida consideravelmente mesmo a partir dessa única característica do Direito.

3. Para dizer qual a função da crença dos cidadãos na autoridade do Direito, precisamos a seguir de alguma hipótese sobre o objetivo geral do Direito. Assim como com relação às características estruturais do Direito, não há escassez de sugestões aqui. O Direito, tem se sugerido, tem como seu objetivo submeter a conduta humana à orientação das regras [Fuller]; o aumento da liberdade e da autonomia das pessoas através das oportunidades de escolha que o Direito pode criar quando ele tem sanções legais previsíveis [Hayek]; a promoção do bem comum, o qual, em uma de suas concepções, é o modo de se realizarem bens humanos substantivos tornados possíveis pela vida em comunidade [Finnis]; a maximização do bem comum noutro sentido, a saber, o sentido de agregação que combina as preferências dos cidadãos numa função de bem-estar social [Wasserstrom]; a promoção do bem comum ainda num outro sentido, a saber, os bens dos indivíduos que como indivíduos tem cada qual em comum com outros indivíduos [Finnis]; o aumento da simples sobrevivência dos indivíduos [Hart]; a obtenção de integridade no governo, um modo desejável do governo alcançar resultados substancialmente bons através de meios compreensivos, coerentes, e respeitosos da igualdade [Dworkin]; a manutenção da paz e da ordem [Hobbes]; a resolução pacífica de disputas entre cidadãos [Llewellyn]; o controle social não pela obrigação efetiva ou pela força mas pela obrigação *prima-face* [Soper]. Para compreender essa lista (*to get a handle on such list*) exige-se nada menos que uma teoria completa do bem e do certo. Ou seja, tem-se que saber o que objetivamente é bom e tem-se que saber os meios permissíveis de alcançá-lo através da ação. (...) Poder-se-ia então tecer hipóteses sobre qual desses objetivos sugeridos do Direito é de fato seu objetivo. Para ilustração, permita-me continuar com Finnis, já que seu sistema é tão bem trabalhado. Finnis argumenta que o bem comum é algo bom – ele consiste em (i) o bem da coordenação de bens individuais conflitantes para benefício mútuo, (ii) o bem da coordenação de bens individuais quando fazer isso tem mérito intrínseco (...), e (iii) o bem da coordenação quando isso realiza os bens da amizade e do amor. Finnis sustenta ademais que esse tríplice bem comum é o único bem que o Direito pode alcançar, sendo assim o objetivo do Direito.

4. Armado com uma visão do objetivo do Direito, pode-se então isolar quais os efeitos de certos elementos do Direito são as funções desses elementos. No caso de Finnis, isso seria selecionar a consequência, coordenação, como a função servida pelo fato do Direito ser tido como autoritativo pelos seus cidadãos. Tal coordenação, e não a obediência dos cidadãos, nem os padrões de rebelião dos jovens, seria a função servida porque tal coordenação por si só faz com que o bem comum seja realizado.

5. Tendo uma teoria provisória do objetivo de um sistema jurídico e as características formais e funcionais de certas partes desse sistema, a doutrina funcionalista então repete os

passos 1-4 para cada parte plausível de um sistema jurídico, perguntando em cada caso se tal parte pode desempenhar uma função na obtenção do objetivo do Direito. Trabalhar de baixo para cima é começar com uma característica como as sanções coercitivas e perguntar se essa característica é uma parte necessária do Direito (necessária no sentido de necessária para atingir o objetivo do Direito). Sanções, por exemplo, não são uma característica obviamente necessária do Direito se o objetivo do Direito é o bem comum no sentido de Finnis, porque problemas de coordenação não exigem sanções para suas soluções. Trabalhar de cima para baixo é começar com o objetivo do sistema jurídico e procurar descobrir quais estruturas se precisaria ter para realizar tal objetivo. Herbert Hart, por exemplo, uma vez especulou que um objetivo do sistema jurídico acerca do qual todos poderiam concordar era a sobrevivência e desse objetivo se poderia inferir que o Direito teria que ter um 'conteúdo mínimo' de proibições criminais e de garantias de propriedade." (MOORE, 1994:213ss)

Resumindo, então, a metodologia proposta por Moore, temos os seguintes passos: (i) a escolha do elemento que se supõe ser integrante do sistema jurídico; (ii) a identificação dos efeitos típicos produzidos por esse elemento; (iii) a definição de um objetivo do Direito; (iv) a verificação de quais daqueles efeitos contribuem para esse objetivo, definindo-se assim a função do elemento estudado; e (v) a repetição em ambas as direções dos quatro passos anteriores para a determinação da função de outros elementos do sistema jurídico.

Como se percebe, essa metodologia é, em linhas gerais, consistente com os preceitos do modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema, o qual, conforme descrito acima (cf. item 6.2), pressupõe que o sistema de referência da atribuição funcional encontra-se direcionado a um (ou mais) objetivo(s), sendo a função do elemento estudado os efeitos que ele produz que contribuem para a realização ou manutenção desse(s) objetivo(s) pelo sistema.

Moore está interessado, com sua metodologia, em explicar *o que é* o Direito (ou seja, ele quer responder perguntas como <<sanções coercitivas fazem parte da definição de Direito?>>). É questionável se Moore de fato alcança esse objetivo, em especial porque, ao que tudo indica, para poder apontar qual o objetivo do Direito (um dos passos de sua metodologia) é logicamente necessário saber *antes* o que é o Direito (cf. MOORE, 1994:219ss e TAMANAHA, 1997:105ss).

De qualquer forma, a aplicação do modelo no âmbito da Ciência do Direito, sobretudo quando o que se estuda não é o Direito como um todo, mas um elemento específico dele sabidamente integrante (*e.g.* a constituição escrita), não exige que se adote a exata metodologia proposta por Moore (a qual aqui se apresenta apenas como um exemplo), nem tampouco que se compartilhem as convicções filosófico-ideológicas desse autor (*i.e.* não é necessário ser um <<realista moral>>).

Tudo o que se requer (e não é pouco) é pressupor que o Direito é um sistema naturalmente direcionado para um (ou mais) objetivo(s) (*goal-directed system*), definindo-se, assim, a função do elemento estudado (parte integrante do sistema ordenamento jurídico) a partir das contribuições que ele aporta para a realização ou manutenção daquele(s) objetivo(s) pelo Direito (cf. item 4.2 *supra*). Mais do que explicar se o elemento em questão é parte integrante do Direito, portanto, o que o modelo sugere permitir alcançar é uma explicação do que *faz* o elemento no Direito.

6.5. Aplicações no Direito Constitucional.

Para ilustrar o que acreditamos ser a aplicação do modelo das teorias da função como contribuições para o objetivo do sistema no âmbito do Direito Constitucional, parece-nos suficiente dar aqui dois exemplos: a Teoria da Justiça, que encontra na doutrina constitucional do espanhol Gregorio Peces-Barba (1938-) um desenvolvimento expressamente formulado em termos funcionais, e a Teoria Culturalista, tal qual sustentada, na década de 1960, pelo brasileiro José Horácio Meirelles Teixeira (1907-1972).

Para iluminar o aspecto axiológico dessa linha de abordagem constitucional, no entanto, convém antes apresentar, em breves linhas, o seu <<pano de fundo>>, ou seja, a contextualização histórica que permite compreender porque a "fixação, mediante normas constitucionais, de princípios de justiça material destinados a informar todo o ordenamento jurídico" é um "traço característico do constitucionalismo de nosso tempo" (ZAGREBELSKY, 1992:93).

6.5.1. A Busca pela Justiça.

Uma das mais antigas aspirações humanas é a de que a Justiça transcenda ao próprio homem, ou seja, que aquilo que é *justo* (os valores morais justos) não possa ser negado ao homem pelo homem.

Isto implica pensar ser possível criar (ou encontrar) uma ordem normativa que diga o que é o *justo* e à qual *todos* os homens (em especial os que detêm o Poder) estejam obrigados:

"Na verdade, tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma 'hierarquia' das leis, e de garanti-la. É a própria ânsia – ou um seu aspecto – de sair do contingente, de 'fazer parar o tempo', de vencer, em suma, o humano destino de perene transformação e de morte: as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem os Valores Fundamentais." (CAPPELLETTI, 1968:11)

Quando a religião proporcionava um sentido (mais ou menos) compartilhado sobre o certo e o errado, o bom e o mal, o *justo* e o *injusto*, a aspiração talvez não soasse tanto como utopia. A lei divina estava acima dos homens, estando todos (ou quase todos) de acordo com isso. Legítima e superior, assim, nesse tempo, era a ordem normativa posta por Deus e encontrada pelo homem na natureza. O *jusnaturalismo* viveu nesse tempo o seu auge.

O Renascimento e, em especial, a Reforma Protestante (século XVI), "primeira revolução social do mundo moderno" e "fator de profunda divisão e contenda social" (COMPARATO, 2006:167 e 183), estabelecem, porém, o início da derrocada da religião como fonte balizadora de valores comuns (cf. LALLEMENT, 2000:32s):

"Com a Reforma, há uma cisão na cosmovisão ocidental. No mesmo espaço geográfico, encontram-se agora indivíduos com visões de mundo e valores diversos. Não há mais valores 'objetivos', que recebam a adesão generalizada. O dissenso em relação aos valores fez com que estes fossem relegados à esfera privada, tornando todo o juízo avaliativo apenas a expressão de uma preferência subjetiva. A modernidade traz à luz a sociedade pluralista, aquela onde impera, para utilizar a expressão de Weber, o 'politeísmo dos valores'." (BARZOTTO, 1999:13s)

Confrontado com este novo cenário, o homem³⁰⁰ se viu progressivamente obrigado a reformular sua antiga aspiração, dando-lhe, aos poucos, um novo norte: a neutralidade axiológica da ordem normativa.

Noutras palavras, diante do reconhecimento do politeísmo dos valores e da conseqüente pluralidade de concepções de Justiça, o homem trocou, ao menos temporariamente, sua pretensão de criar ou encontrar uma ordem normativa apta a assegurar o *justo*, pelo ideal mais modesto (mas nem por isso de fácil alcance) de viver sob uma ordem normativa capaz de apontar a todos, com previsibilidade e estabilidade, a diferença entre o *lícito* e o *ilícito*, o *aceito* e o *não aceito*. O que se queria então era precipuamente *unidade e segurança* (cf. BARZOTTO, 2004:18 e COMPARATO, 2006:185).

Tornou-se essencial, para tanto, que uma única (e supostamente neutra) <<autoridade competente>> estivesse autorizada a atuar como *fonte* da ordem normativa. É nesse contexto que se estabeleceu o Estado Moderno – primeiro, Absolutista, com a ordem normativa sendo posta pelo soberano (*governo dos homens*); depois, Liberal, com a ordem normativa sendo posta pelo Parlamento, na condição de *representante* do *Povo* (na formulação americana) ou da *Nação* (na formulação francesa) (*governo das leis*)³⁰¹.

Ao contrário do Estado Absolutista, porém, caracterizado pela ilimitação do Poder, o Estado Liberal consagrou também a <<novidade>> da constituição escrita como meio de <<juridicizar>> ou <<juridificar>> (limitar juridicamente) o Poder (cf. HABERMAS, 1985:206s e item 4.5.5 *supra*):

"No Estado Liberal, o valor dado à segurança alcança um patamar superior àquele realizado pelo Estado Absolutista. Neste último, o Estado fornece segurança contra a ação dos outros indivíduos. No Estado Liberal, a ordem jurídica garante a segurança do indivíduo contra a ação do próprio Estado." (BARZOTTO, 1999:15)

³⁰⁰ Falamos em <<o homem>> num sentido absolutamente figurado; com isso não estamos sugerindo que o processo histórico seja racionalmente controlado, nem tampouco que o que acima se descreve aplica-se à história de toda a humanidade. Falamos em <<o homem>> para aludir tão apenas ao que se passou, *grosso modo*, no mundo *ocidental* (berço do constitucionalismo moderno) Falamos em <<o homem>> no espírito de uma resumida e necessariamente simplificadora "reconstrução típico-ideal do processo histórico" (cf. BARZOTTO, 1999:13).

³⁰¹ "<<o liberalismo é constitucionalismo; é o governo das leis e não dos homens>> (Mc Ilwain)" (CANOTILHO, 1993:64).

A ordem jurídica do Estado Liberal, portanto, *não* era de todo axiologicamente neutra, prestigiando, antes, um típico valor burguês, qual seja, a limitação do Poder e conseqüente "eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos" (ZAGREBELSKY, 1992:24)³⁰². A expressão jurídico-normativa dessa axiologia se deu, em especial, através da consagração do chamado *princípio da legalidade* e dos seus correlatos direitos individuais clássicos à liberdade e à autonomia individual (*e.g.* direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, às liberdades de consciência e de expressão), encartados já nas primeiras *declarações de direitos*, dentre as quais a sempre citada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789)³⁰³.

Ainda que não se olvide estar aí o marco da "primeira tentativa (...) de uma 'positivação' de algo, que está fora e acima da lei normal, e de quem a elabora" (CAPPELLETTI, 1968:12), há de se reconhecer, porém, que a liberdade e a igualdade formais que conformavam, à época, o núcleo da ideologia liberal, não tinham propriamente uma pretensão de abrangente <<Justiça>>, voltando-se, antes, precipuamente, às almejadas <<unidade>> e <<segurança>>, num marco de exercício *limitado* do Poder. Palombella bem sintetiza esse aspecto:

"O Estado [Liberal] exprimia, portanto, na relação com o cidadão, a vertente autocrática da autoridade e do poder, mas não tinha como exercê-la a não ser delimitando fronteiras, áreas de intervenção, princípios organizativos, disciplinas homeostáticas da sociedade civil da burguesia. (...) Não se admite que o Estado intervenha nessa ordem desequilibrando as estruturas, que ele deve, ao contrário, conservar, nem se admite que se dêem legítimas pretensões de justiça, reivindicáveis 'voluntaristicamente' por inspiração de uma liberdade 'abstrata' e 'racional': esta constitui um perigo capaz de dissolver a ordem orgânica da comunidade, em si necessária e justificada. Para esse Estado, é conveniente a elaboração de categorias formais e universais do direito, que para terem validade e/ou cientificidade não demandam conotações conteudísticas específicas nem são conformadas por um direito pensado como projeção de valores compartilhados, comunitários. De resto, a fórmula da igualdade jurídica sustentava-se apenas com base num direito que pudesse aparecer como

³⁰² "Ingressou, assim, o termo Constituição na linguagem jurídica para exprimir uma técnica de organização do poder aparentemente neutra. No entanto, encobria ela, em profundidades invisíveis, desde o início, a idéia-força de sua legitimidade, que eram os valores ideológicos, políticos, doutrinários ou filosóficos do pensamento liberal" (BONAVIDES, 2001:22s). Vale dizer: "o constitucionalismo moderno é, sob o ponto de vista histórico, um <<produto da ideologia liberal>>" (CANOTILHO, 1993:64).

³⁰³ Reconhece-se essa declaração como "um documento fundamental na estruturação do Direito Constitucional moderno, e o disposto em seu art. 16 representa o modelo de organização fundamental do Estado que, a partir de então, se pretendeu adotar. Reza o art. 16 daquela declaração: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution*" (ROCHA, 1991:23).

rigorosamente neutro, *super partes*, portanto indiferente à irreprimível desigualdade substancial." (PALOMBELLA, 1996:149)

Nesse contexto, pode-se dizer que, ao menos em tese, em ambas as versões do Estado Moderno (Estado Absolutista e Estado Liberal), o Direito produzido pelo Estado "não precisa corresponder a nenhum ideal valorativo [que não a segurança] para ser considerado como tal", sendo suficiente, ao menos no Estado Liberal, para identificar a ordem normativa, "verificar a conformidade da sua produção com as regras que determinam a criação normativa no âmbito do sistema" (BARZOTTO, 1999:16).

Em outras palavras, legítima e superior, no Estado Moderno, era a ordem normativa posta pela autoridade competente, de acordo com as regras da própria ordem normativa, fosse qual fosse seu conteúdo. Legitimidade, legalidade e validade tornaram-se termos essencialmente *sinônimos* (cf. FERRAZ JR., 1989:20). O *positivismo jurídico* viveu nesse tempo o seu auge (cf. item 4.4.1 *supra*).

Aos poucos, no entanto, no transcorrer do século XX, a ordem jurídica supostamente <<asséptica>> e <<formal>> do Estado Liberal³⁰⁴ passou a ser pressionada por diversos fatores e eventos, dentre os quais (não necessariamente nessa ordem):

- (i) o crescente prestígio e influência das doutrinas democráticas, a reclamar abrangentes (e efetivos) *direitos políticos* (sufrágio universal e direitos de reunião, de greve, de associação, de participação, de informação, etc.), culminando nas contemporâneas *democracias de massa*³⁰⁵;
- (ii) o impacto das já citadas atrocidades <<legalmente>> cometidas pelos regimes nazi-fascistas (cf. item 4.3 *supra*), bem assim por ditaduras de direita e de

³⁰⁴ Falamos <<supostamente>> por que, conforme acima anotado, tal ordem jurídica servia uma ideologia específica, ou seja, um conceito particular de <<Justiça>>. Logo, já era ela orientada para um objetivo.

³⁰⁵ "Consolidou-se [no século XX] a idéia de Estado Democrático como o ideal supremo, chegando-se a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governante, mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos. Uma síntese dos princípios que passaram a nortear os Estados, como exigências da democracia, permite-nos indicar três pontos fundamentais: A *supremacia da vontade popular*, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários. A *preservação da liberdade*, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado. A *igualdade de direitos*, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre as classes sociais" (DALLARI, 1991:128).

esquerda pelo mundo afora, a reclamar arranjos jurídicos nacionais e transnacionais aptos a efetivamente proteger os Direitos Humanos, num processo histórico ainda em curso e que teve como marco inicial a histórica Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)³⁰⁶;

- (iii) o surgimento do Estado Social de múltiplas tarefas, vocacionado, sob influência do socialismo, a intervir no meio social e a reconhecer os chamados *direitos sociais, culturais e econômicos* (e.g. a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a previdência social)³⁰⁷;
- (iv) o crescente prestígio e influência das doutrinas pluralistas, a reclamar, dentre outras coisas, uma distribuição mais efetiva do Poder (não apenas no âmbito estatal)³⁰⁸;
- (v) a globalização (econômica e cultural), com inegável (e relevante) repercussão constitucional³⁰⁹; e
- (vi) a *brutal* proliferação legislativa, fruto perverso da instrumentalização do Direito³¹⁰.

³⁰⁶ "Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (...) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens" (BOBBIO, 1968:47s).

³⁰⁷ O Estado Liberal "pressupunha uma distinção entre Estado e sociedade como entidades autônomas, o que obrigava as constituições a circunscreverem-se a regras gerais limitativas da atividade do Estado. Agora, as tarefas postas ao Estado não só se multiplicaram, mas também se modificaram. Exige-se do Estado a responsabilidade pela conformação social adequada da sociedade, ou seja, colocam-se para ele outras funções que não se casam plenamente com os tradicionais limites do Estado de Direito" (FERRAZ JR., 1989:11).

³⁰⁸ A importância das concepções pluralistas é destacada por Bobbio ("Trinta anos atrás éramos todos democratas. Hoje somos todos pluralistas"), o qual aponta serem "três as correntes que se autodefiniram como pluralistas", derivadas "dos três mais importantes sistemas ideológicos do nosso tempo: o socialismo, o cristianismo social e o liberalismo democrático": (i) o socialismo sindicalista, (ii) a democracia cristã, e (iii) a liberal-democracia norte-americana, cada qual interpretando o conceito de pluralismo a seu modo, mas tendo sempre por norte a conveniência da existência de múltiplos centros de Poder (cf. BOBBIO, 1976:15ss).

³⁰⁹ "Não obstante as discussões que rodeiam o tema da 'globalização', e as críticas ideológicas que lhe são dirigidas pelos mais diversos grupos sociais, impõe-se reconhecer a magnitude e a presença cada vez mais constante da integração econômica e cultural dos povos no mundo atual. (...) Ora, em síntese, tem-se uma fase 'final' do constitucionalismo, que é justamente a de propagar-se e alcançar todas as nações, unificando os ideais humanos a serem consagrados juridicamente" (TAVARES A., 2006:15).

Isso tudo para citar apenas alguns dos acontecimentos mais importantes dos últimos cento e poucos anos. E isso tudo sem falar na pós-modernidade, no comunitarismo regional (formação de comunidades jurídicas supranacionais e multiculturais, regidas por uma mesma constituição), nos confrontos ocidente-orient e norte-sul, na crise do Estado Social³¹¹ e tantos outros fenômenos recentes cujos efeitos ainda estão por se sentir de todo.

Em tudo isso, e por tudo isso, o homem parece estar sendo instigado a retomar a busca pela transcendência da Justiça e dos valores, em recusar a sinonímia de legitimidade e de legalidade, em não se contentar viver sob uma ordem normativa que distingue o lícito do ilícito sem que seu conteúdo tenha qualquer *verdadeira* consideração intrínseca sobre o justo e o injusto, o certo e o errado.

Descartado, nesta altura, o recurso à religião, as esperanças passam a ser (ou podem vir a ser) depositadas, em grande medida, na *constituição*³¹².

Na condição de estalão máximo da ordem jurídica, parece-se demandar dela, com o auxílio dos seus intérpretes e aplicadores (notadamente o Tribunal Constitucional), o oposto da neutralidade axiológica: a produção de efeitos concretos que contribuam para a salvaguarda

³¹⁰ Zagrebelsky observa que, enquanto no Estado Liberal "a lei por excelência era o código", as leis que conhecemos hoje são "numerosas, cambiantes, fragmentárias, contraditórias, ocasionais", o que impõe à constituição assumir uma "*função unificadora*" (ZAGREBELSKY, 1992:32 e 39). Na visão do mestre italiano, "as razões do atual desaparecimento das características <<clássicas>> da lei podem ser buscadas sobretudo nas características de nossa sociedade, condicionada por uma ampla diversificação de grupos e extratos sociais que participam do <<mercado das leis>>" (ZAGREBELSKY, 1992:37). Como resultado da existência de tais grupos, a produção legislativa atual tem por características (i) a prevalência de um conceito de igualdade que pede para cada caso uma resposta normativa adequada "a suas particularidades", (ii) a pressão exercida sobre o legislador pelos interesses corporativos, (iii) a tentativa de regular situações sociais de rápida transformação, e (iv) a participação de numerosos grupos sociais, o que se reflete numa "contratualização dos conteúdos da lei" (ZAGREBELSKY, 1992:37). Brian Tamanaha discute o mesmo fenômeno, registrando, dentre outras coisas, que, nos Estados Unidos, as atividades de *lobby* dos interesses privados junto ao Poder Legislativo e às agências reguladoras movimentaram mais de US\$ 2.3 bilhões só em 2005, e que, a cada ano, a publicação de *novas* normas jurídicas (naquele que é um País de *common law*) consome mais de 75.000 páginas (cf. TAMANAHA, 2006:190ss).

³¹¹ "O caráter mais relevante e portanto também o sinal mais evidente dessa crise é constituído, segundo me parece, do fenômeno do enfraquecimento da imagem do Estado soberano, que emana as leis e dispõe do monopólio da força para fazer com que sejam respeitadas, e o aparecimento da imagem pluralista e policêntrica de um Estado que desenvolve a função de mediador, do garantidor e, às vezes, do simples espectador nos contrastes entre grupos, organizações, associações políticas, econômicas e sociais que disputam o campo e são às vezes mais fortes que o próprio Estado" (TREVES, 1993:349).

³¹² Evidentemente, em cada jurisdição o grau de expectativa constitucional é diferente. Como diz Peter Häberle: "Atualmente se espera demais das Constituições, embora com matizes nacionais: na República Federal da Alemanha, a Constituição é quase um 'substituto da religião', enquanto a Inglaterra possui outras possibilidade de identificação, a Áustria dá à Constituição muito pouco, a Suíça mantém uma afortunada média, não em último termo graças a sua doutrina constitucional" (HÄBERLE, 2001:113s).

de valores moralmente justos (os tais Valores Fundamentais de que fala Cappelletti). Daí que se fale, agora, na "aspiração constitucional à ordem justa" (cf. ZAGREBELSKY, 1992:95). Abre-se, assim, ao que se tem (provisoriamente) chamado de *pós-positivismo*, a *expectativa* de viver o seu auge:

"A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana." (BARROSO, 2003:290s)

É nesse contexto que se há de compreender os esforços teóricos em apontar, para o Direito em geral e a constituição em particular, uma vinculação substancial a certos ideais de Justiça, cuja legitimidade dependerá, ao fim e ao cabo, da satisfatória resposta aos desafios postos pelo desenvolvimento histórico acima tão sucintamente resumido. Passemos, então, aos exemplos.

6.5.2. Teoria da Justiça em Espanhol.

Estabelece o Artigo 1º da Constituição Espanhola de 1978 que "A Espanha se constitui num Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político"³¹³.

Considerado um dos patronos daquele texto constitucional, Peces-Barba julga que esse dispositivo "supera o idealismo jusnaturalista" e, ao mesmo tempo em que "vincula o Direito ao Poder do Estado", não desconhece "os valores e por isso não cai no reducionismo do positivismo estatal" (cf. PECES-BARBA, 1980:23):

"Hoje, Direito, no sentido pleno do termo, é apenas Direito positivo, e é neste que se realizam os ideais jurídicos que formam a justiça como reguladora do Direito que deve ser. Com este enfoque que se há incorporado ao texto constitucional espanhol se supera o enfoque

³¹³ Inspirado nesse dispositivo, o preâmbulo da Constituição Brasileira, em tom mais solene e abrangente, anuncia que o "Estado Democrático" ali instituído está "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

jusnaturalista que considera os ideais jurídicos como Direito e também o enfoque de um positivismo extremo que se fecha à teoria da justiça ou que, em alguns casos radicais, vincula a justiça à positividade (o Direito é justo pelo fato de ser Direito positivo)." (PECES-BARBA, 1980:66)

O entusiasmo desse autor com a essência (mas não necessariamente com a forma³¹⁴) do Artigo 1º da Constituição Espanhola só se compreende à luz de sua <<Teoria da Justiça>>.

Teoria da Justiça, como explica o próprio Peces-Barba, é expressão que alude ao campo da Filosofia do Direito dedicado ao "problema do Direito justo", apresentando valores que possam, em tese, "justificar o Direito positivo": "sua reflexão se concentra, pois, no Direito que deve ser, nos elementos de moralidade que deve conter um Ordenamento" (cf. PECES-BARBA, 1983:305ss).

A abordagem de Peces-Barba ao tema da Justiça desenvolve-se precipuamente desde uma "perspectiva historicista", "sem pretensões de racionalização abstrata", ou seja, procura na própria "cultura jurídica e política do mundo moderno", e não numa especulação teórica (e.g. a <<posição original>> de Rawls)³¹⁵, o seu "fundamento histórico" (cf. PECES-BARBA, 1983:308)³¹⁶.

³¹⁴ Barba julga desnecessária, por exemplo, a qualificação do Estado Democrático de Direito como sendo "social" (cf. PECES-BARBA, 1980:26s).

³¹⁵ A partir de uma criativa concepção de uma hipotética *posição original*, na qual, sob um *véu de ignorância* (i.e. sem que saibam quais as posições que ocupariam na sociedade que estão sendo chamados a conceber), um grupo de pessoas igualmente informadas seria instada a indicar racionalmente "princípios de justiça que sirvam de diretrizes para a forma pela qual as instituições básicas devem realizar os valores de liberdade e igualdade" e a especificar "um ponto de vista com base no qual estes princípios sejam considerados mais adequados do que outros princípios conhecidos de justiça" (RAWLS, 1993:47), o consagrado autor americano sustenta, em sua conhecida (e importante) Teoria da Justiça, que acabariam selecionados os seguintes dois princípios, tendo o primeiro prioridade sobre o segundo: (i) "Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto esse compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido"; e (ii) "As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade" (cf. RAWLS, 1993:47s). Ao fim e ao cabo, na teoria de Rawls, cuja análise foge ao escopo da presente dissertação, a legitimidade do Direito positivo é dada na exata medida de sua compatibilidade com esses dois princípios substanciais de Justiça.

³¹⁶ A abordagem de Peces-Barba ao tema situa-se, portanto, na linha daquela tradição jusfilosófica da qual Jhering é um dos <<precursores>> (cf. item 6.4.1 *supra*) e que encontra desenvolvimentos importantes (e diferentes) nos trabalhos de autores como os brasileiros Meirelles Teixeira (a seguir comentado) e Miguel Reale (cuja teoria <<tridimensional>> do Direito é construída desde o prisma do que se veio a chamar de *historicismo axiológico*).

Diz ele, nesse sentido, que "a Teoria da Justiça é herdeira do Direito Natural", mas que as duas se diferenciam porque aquela, ao contrário desta, "parte da distinção entre Direito válido e Direito justo. Vale dizer, assume que um Direito possa ser válido sem ser justo" (PECES-BARBA, 1983:305):

"O ponto de partida [da Teoria da Justiça] será uma dupla constatação: de um lado, a constatação da relação entre Direito e Poder, e, de outro lado, o fracasso do modelo jusnaturalista. A primeira constatação nos levará a integrar dentro da Teoria da Justiça, junto com a reflexão sobre o Direito justo, a reflexão sobre o poder legítimo. A segunda nos levará a oferecer um modelo distinto ao jusnaturalista, mais vinculado à fundamentação histórica, o que, por suposto, não quer dizer abandonar as justificações e as abordagens crítico-rationais, senão, simplesmente, inseri-las no contexto histórico da cultura política moderna." (PECES-BARBA, 1983:319)

Quanto à primeira constatação, o legado histórico ocidental é no sentido de que "Poder legítimo, no mundo moderno, é o apoiado e mantido com a participação dos cidadãos" (PECES-BARBA, 1983:320). A soberania popular, exercida por vias democráticas, é, assim, condição inerente de legitimidade do Poder e, por consequência, da Justiça do ordenamento jurídico por ele posto. Democracia, no entanto, só existe onde há <<regras do jogo>> que assegurem adequada participação popular e permitam a modificação pacífica do Poder e do Direito.

"A primeira afirmação da Justiça formal do Direito será, por consequência, a seguinte: o fundamento de um Direito justo é um poder democrático. (...) A segunda afirmação da Justiça é a necessidade de regras do jogo, vale dizer, de uma organização jurídica da mudança do Direito, em sua relação com o poder." (PECES-BARBA, 1983:323s)

Para aqueles que, diante do <<politeísmo dos valores>>, crêem na impossibilidade de fixação normativa do conceito do <<justo>>, "a Teoria da Justiça teria que se deter aqui", limitando-se à proposição das regras do jogo democrático para a legitimidade do Poder e do Direito (cf. PECES-BARBA, 1983:325).

O autor, no entanto, ambiciona dar um passo além dessa que considera ser a Justiça *formal*. Embora "consciente das dificuldades de dar esse passo, e, sobretudo, de dá-lo desde o modelo historicista, sem recorrer ao jusnaturalismo", ele entende imprescindível levar também em

conta o que chama de Justiça *material*, ou seja, os "conteúdos materiais de moralidade do Ordenamento" (PECES-BARBA, 1983:325).

É nesse ponto de sua doutrina que acham lugar os <<valores superiores> de que fala o Artigo 1º da Constituição Espanhola. Para Peces-Barba, a "reflexão sobre a evolução histórica do mundo moderno" não permite duvidar que os valores conquistados pela "razão humana" no contexto do "desenvolvimento da cultura jurídica moderna da dignidade da pessoa humana" são justamente:

- (a) *tolerância e pluralismo político*, os quais se fazem essenciais diante da constatação do "fracasso da construção de um conteúdo de justiça único" e das mazelas associadas às tentativas históricas de "imposição aos demais da própria verdade pela força"; e
- (b) *liberdade e igualdade* (ou, conjuntamente, *liberdade igualitária*), os quais se colocam, à luz tanto de suas heranças liberal (formal) quanto socialista (material), como requisitos indispensáveis para o "desenvolvimento das possibilidades da condição humana na sociedade e na história" (cf. PECES-BARBA, 1983:327s).

Do ponto de vista prático-dogmático, articulam-se esses valores no amplo conjunto de Direito Fundamentais³¹⁷ consagrados pelas constituições contemporâneas:

"Poderíamos identificar, por consequência, justiça material, vale dizer, os valores tolerância, pluralismo, liberdade e igualdade, com direitos fundamentais. Daí seria razoável sustentar que o conteúdo material da teoria da justiça se identifica com a Teoria dos direitos fundamentais, na cultura jurídica moderna. Ou dito desde outro ponto de vista, os direitos fundamentais são a idéia central que integra, que unifica, no mundo moderno os valores que através deles se realizam e que constituem o que chamei de justiça material." (PECES-BARBA, 1983:329)³¹⁸

³¹⁷ Por ele definidos como "faculdade que a norma atribui de proteção à pessoa no que concerne à sua vida, à sua liberdade, à igualdade, à sua participação política ou social ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete a seu desenvolvimento integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres exigindo o respeito dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado e com possibilidade de colocar em marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração" (PECES-BARBA, 1980:69s).

³¹⁸ Dito de outro modo: "Todos [os Direitos Fundamentais] são, em última instância, consequência do valor liberdade, os individuais, civis e políticos em linha direta, as garantias processuais fundamentam-se ademais no valor segurança, e os sociais, que compreendem os econômicos e os culturais, nos valores igualdade e solidariedade" (PECES-BARBA, 2004:237).

Soberania popular exercida através de regras do jogo democrático (*Justiça formal*) e asseguramento dos valores da tolerância, do pluralismo político, da liberdade e da igualdade (Direitos Fundamentais), frutos da evolução histórica da cultura jurídica (*Justiça material*), são assim as *finalidades intrínsecas* que a Teoria da Justiça de Peces-Barba avalia pertencerem aos ordenamentos jurídicos contemporâneos (notadamente o espanhol).

Não por acaso são esses os valores centrais das três correntes ideológicas que *histórica e culturalmente* informam o constitucionalismo contemporâneo: o Liberalismo, a Democracia e o Socialismo.

"No constitucionalismo, se não se desvirtua o conceito e não se usa o termo constituição fora dos limites coerentes com sua história, não qualquer moralidade é suscetível de ser incorporada como conteúdo material da Constituição. É um depósito de moralidade constituído pelas aportações racionais de uma série de autores que se identificam com o pensamento liberal, com o democrático e com o socialista e que constituem a ideologia do constitucionalismo, que é a ética da liberdade, da igualdade e da solidariedade, construída, como a história põe em relevo, pelas aportações plurais de origem liberal, democrática ou social." (PECES-BARBA, 2004:233)

É no contexto dessas idéias que o autor espanhol concebe as funções que julga serem desempenhadas pela constituição, num modelo que segue, no essencial, as teorias da função como contribuições ao objetivo do sistema: a função de segurança (*Justiça formal*), a função de justiça (*Justiça material*) e a função de legitimidade (do Poder e do Direito, resultado natural do desempenho acurado das outras duas funções) (cf. PECES-BARBA, 2004:226ss). Em cada uma delas, a constituição orienta o Direito (sistema ordenamento jurídico) na direção das exigências da Teoria da Justiça acima brevemente exposta.

A *função de segurança*, por exemplo, compreende, para Peces-Barba: (i) a organização dos poderes públicos, suas competências e os procedimentos a serem adotados para a tomada de decisões, dentre os quais se destacam os corolários da separação de poderes e os mecanismos de controle recíproco dos mesmos (*checks and balances*)³¹⁹; (ii) o direito de resistência, entendido de forma abrangente, o que inclui, por exemplo, as garantias processuais e os

³¹⁹ O sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) é um traço característico da "forma republicana de governo", consistente essencialmente num "arranjo de competências e funções dos órgãos políticos em termos de balanceamento" (CANOTILHO, 2003:229), de tal sorte que, idealmente, cada qual venha "a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências" (DALLARI, 1991:185).

sistemas de recursos; (iii) as regras do jogo para acesso ao Poder (e retirada forçada do mesmo, como o instituto do *impeachment*), com mecanismos que assegurem a participação popular democrática (eleições periódicas por sufrágio universal, referendo, iniciativa legislativa popular, direito de petição); (iv) as "normas que estabelecem critérios de tranquilidade frente a possíveis abusos", ou seja, a limitação do Poder público e privado, dentre as quais as normas constitucionais que estabelecem o princípio da irretroatividade da norma prejudicial, o princípio da legalidade na atuação dos poderes públicos e a proteção de usuários e consumidores em situações de abusos de posição dominante; (v) as "normas de identificação de normas", voltadas a regular o processo legislativo ordinário e reformador da constituição (incluem-se aqui os princípios inerentes à supremacia da constituição, tais como a hierarquia normativa e as restrições ou requisitos das emendas constitucionais) e a disciplina das fontes autorizadas do Direito (*e.g.* modos de incorporação dos tratados internacionais ao Direito interno); e (vi) as normas que regulam o uso da força, vale dizer, os órgãos competentes, o conteúdo e os limites para o uso legítimo da força (*e.g.* finalidade das penas, princípio do *non bis in idem*, vedação à pena de morte) (cf. PECES-BARBA, 2004:230ss).

A função de justiça, por sua vez:

"Refere-se às decisões constituintes fundamentais no âmbito axiológico. Recolhe através das normas constitucionais a ética política, constituída em ética jurídica. São os conteúdos de moralidade, o objetivo de justiça que uma sociedade se propõe em um momento histórico concreto. É o que temos chamado de ética pública positivada ou legalizada em seu nível normativo máximo e que, na denominação tradicional, desde ARISTÓTELES em diante, se chama justiça." (PECES-BARBA, 2004:233)

A função de legitimidade, por fim, conforme já se observou, é o resultado natural do "correto desenvolvimento" das funções de segurança (Justiça formal) e de justiça (Justiça material):

"Tanto os [elementos] formais da primeira como as propostas axiológicas da segunda são assumidos, em geral, e criam consenso, com o qual a esse sistema se chama legítimo, porque os cidadãos chegam ao convencimento psicológico de sua bondade e de que é adequado para o momento histórico. Por seu intermédio se legitima o poder, fato fundante básico, que permite a eficácia do sistema, se outorga legitimação aos operadores jurídicos, juízes e restantes funcionários, e se sustenta a validade das suas normas a partir da Constituição." (PECES-BARBA, 2004:238)

6.5.3. Teoria Culturalista em Português.

A doutrina de Meirelles Teixeira oferece um exemplo de abordagem funcional da constituição que, embora sob bases teóricas diferentes daquelas que orientam Peces-Barba, não é substancialmente distinta da doutrina desse último, estando também alinhada, ao seu próprio modo, com o modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema.

Declarando-se influenciado pela Filosofia dos Valores³²⁰, Teixeira desenvolve uma concepção *culturalista* da ordem jurídica, baseada na convicção de que "se o Direito não pertence ao reino da natureza, nem é objeto ideal, e também não é um valor puro, somente pode ser *objeto cultural*, isto é, uma *parte da Cultura*" (TEIXEIRA, 1962:73).

Segundo Teixeira, compreender o Direito como um objeto cultural implica, dentre outras coisas, presumir que ele se orienta para a realização de certos valores (bens humanos) prestigiados no ambiente histórico-social em que se insere e do qual ele é fruto: "como objetivações que são da vida humana, os objetos culturais possuem uma *estrutura teleológica* análoga à desta; correspondem sempre a um *porquê* ou *motivo*, dirigem-se, orientam-se sempre para uma certa *finalidade*, com uma referência a *valores*" (TEIXEIRA, 1962:70).

Dizendo de outra forma, o Direito, enquanto objeto cultural, é produto da ação humana, mas uma ação humana que se desenvolve num certo contexto histórico-social específico que a condiciona e orienta axiologicamente:

"Considerado como um objeto cultural, como uma das partes da Cultura, *o Direito é, ao mesmo tempo, produto histórico e racional, ser e dever-ser*. O Direito nem é puro fato, nem é dever ser puro, mas, ao mesmo tempo, norma e fato social. Se a História lhe fornece os dados reais em que se funda, a realidade social a que se dirige (a natureza humana com seus instintos, suas necessidades morais e materiais, a sociedade com sua organização, suas necessidades, sua economia, seus costumes, crenças, aspirações, etc.), a Razão lhe assinala os

³²⁰ "A expressão <<filosofia dos valores>> tem servido de cobertura às mais diversas concepções", abrangendo ao menos quatro grandes correntes filosóficas: a "corrente psicológica, desenvolvida na Áustria, para a qual os valores objetivos resultam de revelações emocionais", a "corrente dita neo-kantiana, que reduz os valores a uma validade meramente lógica", a "corrente fenomenológica", na qual "a idéia de valor é afastada do subjetivismo relativista", e a corrente dos que "adotaram soluções neo-escolásticas, neo-tomistas", numa posição que "acaba por conduzir a uma visão metafísica dos valores" (MARTÍNEZ, 1995:284s). Meirelles Teixeira invoca, em seu trabalho, a corrente fenomenológica (cf. TEIXEIRA, 1962:60).

valores a atingir, as finalidades a realizar, os ideais jurídicos específicos, e ainda as formas e conceitos jurídicos 'a priori' e as técnicas jurídicas que, em cada conjuntura histórica, parecem mais adequadas à consecução ou realização daqueles valores e daquelas finalidades." (TEIXEIRA, 1962:75s)

Perceba-se como, sob o prisma das teorias da função, esse aspecto da doutrina de Teixeira ilumina os pontos de intersecção entre o modelo ora estudado e aqueles tratados nos dois capítulos precedentes (cf. item 6.2 *supra*): o Direito é uma espécie de artefato, no sentido de que é uma criação humana, mas um artefato decisivamente moldado pelo meio histórico-cultural em que se insere, de tal sorte que ele se vê naturalmente orientado para a consecução ou realização de certos valores (*goal-directed system*). O próprio Teixeira indica quais são esses valores:

"Os valores que ao Direito cumpre realizar são vários, mas o valor jurídico, por excelência, é a *Justiça*. A missão do Direito é realizar a *Justiça*, e todo Direito positivo, todo sistema jurídico, nada mais representa que uma tentativa, mais ou menos feliz, mais ou menos bem-sucedida, de realizar a *Justiça*, ideal até hoje inatingido, em qualquer lugar ou em qualquer época da história. Mas o Direito deve ainda realizar ou assegurar a *Ordem*, organizar e assegurar também a *Liberdade*, e ainda a *Segurança* dos direitos e dos cidadãos. (...) Ao conjunto desses valores especificamente jurídicos, pois, ao Direito e ao Estado cumpre realizá-los tanto quanto possível, nas atuais condições do homem e das sociedades humanas, já São Tomás de Aquino, e com ele, hoje, a filosofia tomista e o pensamento político-social católico denominam *Bem Comum*, noção que encerra, em sua excelsa magnitude e sentido profundo, as noções de Ordem, Segurança, Liberdade e *Justiça*." (TEIXEIRA, 1962:64)

É interessante observar, nesse ponto, como Teixeira preocupa-se, a todo tempo, em estabelecer claramente o papel do jurista (cientista do Direito) com relação àquilo que acredita ser uma "*necessidade de contínua adaptação das técnicas jurídicas aos fins essenciais da convivência humana*, para que o Direito se torne um melhor servidor da humanidade" (TEIXEIRA, 1962:195). Em outras palavras, segundo Teixeira, o cientista do Direito há de verificar se as técnicas jurídicas selecionadas pela ação humana num dado contexto histórico-social guardam adequada <<relação de referência>> (cf. item 2.5.7 *supra*) com os valores e finalidades que constituem os objetivos intrínsecos do Direito, aos quais, acredita, se pode resumidamente referir como o <<Bem Comum>> (síntese dos valores Ordem, Segurança, Liberdade e *Justiça*). Ou seja, tal qual Jhering, Moore e Peces-Barba, mas em oposição a

Kelsen e aos positivistas, Teixeira entende fazer parte do escopo da Ciência do Direito a consideração da finalidade intrínseca do Direito.

Pode-se pois dizer que, para esse importante constitucionalista brasileiro, o Direito deve ser compreendido precipuamente como um objeto cultural, produto da História e da Razão, que tem no valor fundamental do <<Bem Comum>> o norte de sua inerente orientação teleológica:

"O Direito define-se, pois, como *um produto humano, ou cultural, consistente em uma forma normativa da vida social, coativamente imposta mediante sanções sociais organizadas, tendo em vista realizar certos valores, especialmente a paz social e o Bem Comum.*" (TEIXEIRA, 1962:77)

É no contexto dessas idéias que Teixeira apresenta a sua "concepção culturalista de Constituição", a qual, segundo ele próprio afirma, permite avaliar problemas tais como o "das funções da Constituição, configurando a vida política e social, tentando submetê-la conscientemente a determinados valores e finalidades, e ainda realizando uma integração de tantos fatores diversificados e por vezes contraditórios, numa síntese político-social" (TEIXEIRA, 1962:78).

Nesse sentido, ao tratar do que chama de "elementos das Constituições", agrupados "em quatro categorias, segundo a sua *natureza* e a *finalidade* visada", Teixeira aponta o que corresponde, na sua doutrina, às específicas funções de qualquer constituição: (a) "orgânicos" são os elementos que "organizam o Estado como unidade de poder"; (b) "limitativos" são os elementos que tratam da "*organização da liberdade*", estabelecendo os limites da ação estatal; (c) "programático-ideológicos" são os elementos que "assinalam os *fins do Estado*, o *sentido da atividade estatal*"; e (d) "formais, ou de aplicabilidade" são os elementos que, enquanto técnicas constitucionais, "*podem participar, ao mesmo tempo, da natureza orgânica, limitativa ou programático-ideológica*" (TEIXEIRA, 1962:183ss).

Em tudo isso, os efeitos produzidos pela constituição que caracterizam cada um desses elementos constitucionais (organização do Estado, limitação do Poder, fixação dos fins do Estado) só se compreendem e aceitam à luz de sua pretendida contribuição para aquele objetivo maior (o Bem Comum) do objeto cultural que é o Direito:

"As Constituições positivas serão, portanto, partes vivas da Cultura total, determinações históricas e humanas que representam esse esforço de realização, nas comunidades políticas, mediante técnicas e instituições adequadas à conjuntura sócio-histórica, dos valores supremos da Ordem, Segurança, Liberdade e Justiça, que a filosofia tomista sintetiza, esplendidamente, na noção de Bem Comum." (TEIXEIRA, 1962:78)

Noutras palavras, na doutrina de Teixeira, as técnicas constitucionais consagradas nos elementos das constituições (e.g. "técnica da liberdade, técnica da estrutura política, (...) técnica da guarda da Constituição", dentre outras), representam mecanismos pelos quais a constituição procura contribuir para que sejam alcançados os valores supremos do sistema jurídico, sintetizados na figura do Bem Comum (cf. TEIXEIRA, 1962:195)³²¹. Daí que ele proponha uma distinção, no âmbito das constituições, entre <<valores-fim>> e <<valores-meio>>:

"Os primeiros consistem naqueles bens, naquelas finalidades últimas visadas pela Constituição, como instrumento e expressão máxima e fundamental da organização estatal: a Ordem, a Segurança, o Processo Social, a realização dos ideais de Justiça, o respeito pela suprema dignidade da Pessoa Humana, a felicidade e o bem-estar de todos os cidadãos, o aprimoramento das faculdades físicas, morais e espirituais de todos os homens. Mas, para consecução desses objetivos podem apresentar-se meios diversos, diferentes, sobre cuja adequação aos fins visados nem sempre existirá acordo, unanimidade de opiniões. (...) A esses meios, técnicas ou sistemas, quando adotados na Constituição, denominaremos valores-meios. (...) E enquanto os valores-fins são fundamentalmente os mesmos, para a generalidade das Constituições dos povos civilizados, os valores-meios, isto é, as técnicas constitucionais adotadas para realizá-los, podem variar ao extremo." (TEIXEIRA, 1964:194s)

Para Teixeira, enquanto os valores-meios (técnicas constitucionais) podem ser objeto de livre deliberação, de tal sorte que, quando não estiverem contribuindo para que sejam alcançados os valores-fim, sejam prontamente modificados³²², os valores-fim são, em última análise,

³²¹ Teixeira não olvida as interferências recíprocas que os elementos apontados exercem entre si. Mas sustenta que "as Constituições, apesar dessa multiplicidade de elementos, de fins, de tendências de natureza diversa, são um todo funcional e harmônico, numa vinculação e condicionamento recíprocos, de elementos reais e ideais político-sociais, filosóficos e jurídicos, uns visando, de modo especial, mas todos, de modo geral e orgânico, estruturar e organizar o Estado, estabelecer a liberdade, fixando-lhes os limites de atuação e, finalmente, determinar os fins que deve atingir" (TEIXEIRA, 1962:190).

³²² "Tarefa relevante do jurista será, portanto, inquirir e verificar, a cada momento, se as técnicas constitucionais e legais adotadas correspondem, efetivamente, na prática, aos fins em vista, a fim de que, na hipótese negativa,

expressões de "valores ideais eternos", inerentes ao objetivo próprio do Estado e do Direito (o Bem Comum) (cf. TEIXEIRA, 1962:78)³²³. Colocando essas lições em termos de uma teoria funcional: os efeitos que as técnicas constitucionais hão de produzir – a *função* da constituição – são aqueles que contribuem para que o ordenamento jurídico como um todo satisfaça os <<valores ideais eternos>>, aos quais, em conjunto, Teixeira se refere como <<Bem Comum>>.

6.6. Análise Crítica.

Com base no quanto restou acima registrado, pode-se concluir que o modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema, quando aplicado ao estudo da constituição, apresenta uma estrutural formal que é essencialmente na seguinte linha:

A função da *constituição* (no *ordenamento jurídico*) é *y* se e apenas se:

- (a) a *constituição* faz ou permite *y*; e
- (b) *y* contribui para *G*.

onde *y* é função (efeito) da *constituição*; e

G é um objetivo (valor, bem humano) do *Direito* (sistema ordenamento jurídico).

Tal qual nos dois capítulos anteriores, passamos agora a analisar esse modelo, tanto do ponto de vista formal (Critérios da Distinção, da Capacidade e da Dimensão), quanto substancial.

sejam modificadas na medida das necessidades políticas e sociais, resultantes da conjuntura histórica de cada país e de cada época, pois são simples 'expedientes racionais' para atingir os fins do Estado" (TEIXEIRA, 1962:195).

³²³ Em monografia dedicada à relação entre moralidade e constituição, Marcelo Figueiredo afirma ser possível identificar na Constituição Brasileira quatro grandes grupos de normas constitucionais referentes à moralidade: (i) normas constitucionais advindas da moral social para a ordem jurídica (as quais, na visão do autor, representam "as verdadeiras súmulas da civilização ocidental, tidas como padrões do 'moral'; enfim, padrões morais sociais transfundidos para a ordem jurídica"); (ii) normas constitucionais que sancionam a improbidade dos agentes estatais; (iii) normas constitucionais que disciplinam o princípio da moralidade administrativa; e (iv) normas constitucionais atinentes ao princípio da moralidade na atividade legislativa (FIGUEIREDO, 2003:17). Fazendo um paralelo com a lição de Meirelles Teixeira, o primeiro desses grupos corresponderia aos <<valores-fim>>.

6.6.1. Análise Formal.

6.6.1.1. Critério da Distinção – Metafísica da Justiça.

Conforme antes já observado, o Critério da Distinção exige do modelo funcional a ser aplicado ao estudo da constituição um parâmetro (critério) adequado para distinguir, dentre os efeitos e conseqüências produzidos pela constituição, aqueles que configuram sua função, daqueles que não o fazem (cf. itens 2.5.2, 4.6.1.1 e 5.6.1.1 *supra*).

A proposta teórica do modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema, nesse tocante, é bastante clara: somente os efeitos ou conseqüências produzidos pela constituição que contribuam para o objetivo (bem humano) ao qual o sistema ordenamento jurídico está intrinsecamente direcionado constituem funções da constituição.

As principais objeções que se pode formular ao modelo são mais ou menos óbvias, oriundas que são dos seculares ataques ao jusnaturalismo:

- (i) A *primeira objeção* é a de que não há evidência de que o Direito seja de fato uma espécie de *goal-directed system*, ou seja, um sistema direcionado a um objetivo que seja um <<valor moral>>. Dizendo de outra forma: o Direito *não* tem uma finalidade intrínseca.
- (ii) A *segunda objeção*, relacionada à primeira, é a de que as finalidades morais que se costuma apontar para o Direito são arbitrárias e imprecisas (*e.g.* a Justiça, o Bem Comum, a Paz, a Ordem). Se assim é, peca o modelo por não oferecer ao cientista um parâmetro suficientemente claro e objetivo para uma *desideologizada* identificação dos efeitos da constituição que configuram suas funções³²⁴.

Especialmente a segunda objeção, como se vê, é algo similar às objeções formuladas ao modelo funcional abordado no capítulo anterior (metafísica do equilíbrio) (cf. item 5.6.1.1 *supra*). Daí que se possa talvez falar, no presente modelo, de uma <<metafísica da Justiça>>.

³²⁴ O que se critica aí, portanto, é o caráter *normativo* da atribuição funcional nesse modelo (cf. item 6.2 *supra*).

Os principais artífices dessas duas objeções são os positivistas, sobretudo Kelsen³²⁵.

Conforme antes já observado, Kelsen sustenta ser o Direito um instrumento apto a servir os mais variados propósitos de quem o tenha sob controle, sendo uma de suas marcas características justamente a de *não* possuir qualquer finalidade intrínseca que condicione ou limite sua livre utilização (cf. item 4.4.1 *supra*).

Kelsen argumenta, nesse tocante, que aqueles que, em sentido contrário, pregam ter o Direito uma finalidade absoluta, tal qual a *Justiça*, "mascaram, de forma tipicamente ideológica, a dolorosa verdade" de que "justiça *qua* valor absoluto é irracional", uma vez que não há, nem nunca houve, em nenhum lugar ou tempo, uma única Moral válida:

"Se houvesse justiça no sentido que se usualmente a invoca quando se quer afirmar a prevalência de certos interesses sobre outros, então o Direito positivo seria completamente supérfluo, sua existência inteiramente incompreensível. Dada uma ordem social absolutamente boa decorrente da natureza, da razão ou da vontade divina, a atividade do legislador seria tão tola quanto iluminação artificial na mais clara luz do dia." (KELSEN, 1934:17)

Em outras palavras, para Kelsen, o <<politeísmo dos valores>> impede que se possa apontar de forma concreta e objetiva (vale dizer, de forma *científica*) qual seja a <<Justiça>> que supostamente constitui a finalidade do Direito. O que é o justo para um, não o é para outro (essa, aliás, a razão da necessidade do Direito). Nesse particular, segundo crê Kelsen, as tentativas de se provar o contrário, isto é, as tentativas de se apresentar um conceito de Justiça universalmente aceitável que se pudesse tomar como finalidade do Direito, apenas *confirmaram* a inexistência desse conceito, posto terem resultado sempre "em fórmulas completamente vazias", operacionalmente inúteis para o cientista do Direito, "tais como 'faça o bem e evite o mal', 'a cada qual o de cada qual', 'manter-se em equilíbrio' (*hold to the golden mean*), e que tais" (KELSEN, 1934:17).

Essa parte da argumentação kelseniana parece ser endossada pelo fato de que proliferam, na literatura jurídica, *diferentes* teorias sobre qual seja a finalidade do Direito (e sobre o que

³²⁵ Segundo Batiffol, somente uma doutrina, na história do pensamento jurídico, "não parece poder relacionar-se, direta ou indiretamente, com a procura e com a apreciação de resultados [do Direito]. Trata-se do formalismo kelseniano" (cf. BATTIFOL, 1981:74). Conforme adiante se verá, no entanto, até mesmo na doutrina kelseniana há uma implícita consideração sobre a finalidade do Direito.

sejam a Justiça, o Bem Comum, etc.). No terceiro passo de sua metodologia funcionalista, por exemplo, Moore cita nada menos do que *dez* diferentes concepções sobre o assunto (cf. item 6.4.2 *supra*), numa relação que se poderia facilmente ampliar³²⁶. A divergência entre os mais renomados juristas seria, assim, ela própria, uma evidência da *inexistência* de uma finalidade do Direito, ou, pelo menos, da *impossibilidade* de se apontar essa finalidade sem influência de valores, pressupostos ou deformações ideológicas.

6.6.1.2. Critério da Capacidade – Sobrecarga Constitucional e Tipos de Constituição (Constituição-Lei, Constituição-Moldura e Constituição-Total).

O Critério da Capacidade, conforme anteriormente observado, reclama a manutenção da abordagem funcional da constituição nos quadrantes da realidade em que se insere a constituição, muito embora não se tolha espaço às especulações científicas sobre aquilo que <<pode ser>> (cf. item 2.4 *supra*).

A discussão do Critério da Capacidade no tocante ao modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema faz vicejar, uma vez mais, a (difícil) questão dos *limites da constituição*, antes já posta no modelo funcional dos artefatos (cf. item 4.6.1.2 *supra*).

Ao contrário daquele modelo, no entanto, o presente modelo de compreensão restringe as funções da constituição apenas ao que ela de fato efetivamente desempenha (item "a" da notação acima apontada). Sendo assim, (supostas) intenções ou expectativas, de quem quer que seja, não são levadas em conta, pondo-se o cientista, em princípio, a segura distância de meras especulações quanto à capacidade da constituição.

³²⁶ O próprio Kelsen, por exemplo, "não obstante todos os preconceitos antiteleológicos, não obstante as repetidas afirmações do postulado de que o direito é um meio, e não um fim", deixou "escapar", de certa feita, "em uma passagem [da primeira edição americana] de *General Theory of Law and State*, a afirmação de que 'o direito é indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz'" (BOBBIO, 1971:58). É verdade que anos mais tarde ele renegaria essa assertiva, substituindo a finalidade do Direito, em sua teoria, pela "segurança coletiva": "A substituição do conceito de paz pelo de segurança coletiva faz com que retroceda um passo o fim mínimo do direito, mas não o elimina; torna-o mais vago, menos específico, mas não o suprime. Em relação à paz, a segurança coletiva é um meio ('visa à paz'), mas em relação ao direito, definido como ordenamento da força, é um fim. (...) Uma vez mais o direito não apenas é um meio adequado para qualquer fim, mas tem, ele mesmo, um fim próprio e específico" (BOBBIO, 1971:59).

Esse fato, por outro lado, pode levar ao risco do <<sociologismo>> mencionado quando da análise do modelo das teorias da função como consequências positivas. Em outras palavras, se deixar seu estudo limitar-se <<ao que é>> (efeitos efetivamente produzidos), o cientista estará abdicando de avaliar <<o que pode ser>> (efeitos que poderiam ser produzidos) (cf. item 5.6.1.2 *supra*).

O ponto médio entre essas duas posições é o que envolve recorrer à distinção entre *classe* e *elemento* (*type* e *token*), de que também se falou no capítulo anterior (cf. item 5.6.1.2 *supra*): a <<função>> da constituição corresponde aos efeitos que as constituições *em geral* (*i.e.* o <<tipo-ideal>> da <<classe>> constituição) produzem que contribuem para que o Direito satisfaça a sua finalidade intrínseca (bem humano, valor moral).

Ao tentar definir os contornos do <<tipo-ideal>> de constituição que tomará em conta, no entanto, o cientista se deparará com um debate vinculado ao Critério da Capacidade que tem atormentado a Teoria da Constituição e o Direito Constitucional nos últimos anos, e que pode ser sintetizado, no contexto do modelo funcional que ora se analisa, nos seguintes termos: as constituições, de forma geral, estão hoje em condições de produzir efeitos que contribuam para uma finalidade tal qual a *Justiça* ou isso seria lhe impor uma <<sobrecarga>>?

Para compreender a dimensão do problema, nada mais produtivo, ainda que ao custo de transcrições mais longas, que verificar a evolução do pensamento sobre a matéria de um autor da importância de J.J. Gomes Canotilho (1941-). Dizia ele, em 1993, no *Direito Constitucional*:

"A 'medida de justiça' para a ordenação da vida comunitária andou ancorada, durante longos séculos, a 'padrões de conduta' e de orientação heterônomos (religiões, cosmovisões, ideologias) e preexistentes. Estes 'padrões de conduta' transformados, muitas vezes, em 'verdades' e 'regras fundamentalistas' ou em 'leis da história', revelam-se hoje premissas claudicantes num mundo plural, anti-totalizante, anti-iluminista. (...) A responsabilidade do direito constitucional, e, sobretudo da constituição, como reserva de justiça, radica no facto de no 'direito legal' (ou em algum direito legal) se verificar uma tendência para a 'standardização' e 'tecnicização' das normas (pense-se no direito urbanístico, no direito estradal, no direito de seguros) com a conseqüente subvalorização, por parte dos cidadãos e dos órgãos aplicadores, do conteúdo 'justo' das mesmas. A 'routinização' da aplicação do direito desloca, progressivamente, o controlo do conteúdo das normas jurídicas para o plano constitucional,

tornando a constituição numa 'reserva de justiça' (é constitucional a utilização do 'radar' para controlo da velocidade dos veículos?; é constitucional o 'teste de alcoolemia' para controlo dos condutores?; é constitucional a distinção entre marido e mulher para efeitos de montantes de pensões?)." (CANOTILHO, 1993:110)

Mais recentemente, no *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (2003), o autor reformula estas idéias:

"Até há poucos anos a idéia de Constituição como '*reserva de justiça*' tinha o sentido de as normas constitucionais se afirmarem como garantidoras da 'justiça' e do 'direito justo' num determinado ordenamento jurídico. (...) Pressupunha-se que esta função de reserva de justiça do direito positivo só poderia ser desempenhada por uma constituição também materialmente justa. De certo modo, a elevação da constituição a 'jardim de justiça' transportava a idéia, já velha, da sub-rogação da '*higher law*' jusnaturalista por normas constitucionais jusnaturalisticamente iluminadas. Por outras palavras: a constituição 'constitucionalizou' a idéia ou idéias de justiça inerentes ao direito superior. Ao incorporarem os 'princípios do direito natural' e os 'princípios da razão', ao definirem as regras para a 'felicidade' individual e dos povos, ao afirmarem o princípio da igualdade, ao positivarem direitos e liberdades, ao obedecerem ao procedimento legitimador contratualista, as constituições foram reservando para si as 'idéias de justiça' ou os princípios de justiça que a *experiência* comunitária dos homens ia revelando." (CANOTILHO, 2003:1358)

A seguir desabafa o mestre português:

"A idéia de 'reserva de justiça' atribuída à constituição parecia mesmo reforçar-se em consequência da 'tecnicização' do direito positivo e da emergência de novos problemas carecidos de resolução justa numa *comunidade de inclusão*. Em termos práticos, (...) procurou-se no texto constitucional, sobretudo na sua mensagem 'quase bíblica', a resposta, ou, pelo menos, a primeira resposta, para os novos maquinismos 'a-in-justos'. Como é de calcular, se isto dignificava materialmente o direito constitucional também aumentava a sua *responsabilidade* e intensificava a pressão da *reflexividade* sobre ele mesmo. Em vez de a problemática das *expectativas* de justiça se concentrar sobre todo o sistema social deslocava-se obsessivamente para a lei fundamental. (...). Ora, se à teoria da constituição pertence discutir, descobrir e criticar os limites, as possibilidades e a força normativa do direito constitucional, ela vê-se confrontada com a *sobrecarga do próprio direito constitucional* e com a *questionabilidade legitimatória de algumas decisões constitucionais* (ex.: sobre a

interrupção da gravidez, sobre o tratado de Maastricht, sobre a utilização de tropas fora das fronteiras) que talvez se situem mais num outro mundo – o mundo da *justiça não metafísica* – do que no mundo constitucional da '*justiça constitucional*'." (CANOTILHO, 2003:1358s)

Da leitura desses excertos, percebe-se que se antes Canotilho parecia mais confiante na possibilidade da constituição assumir a responsabilidade de atuar, na sua expressão, como um <<jardim de Justiça>>, pronto a dar resposta aos desafios postos pela recente evolução histórica (cf. item 6.5.1 *supra*), constata ele hoje a violenta sobrecarga que este processo pode acarretar, repercutindo, em última análise, na própria *legitimidade* da constituição e das decisões que a partir dela (*i.e.* de sua interpretação e aplicação) se constroem: cada vez mais chamado a concretizar (ou a demonstrar como podem ser concretizados) valores abstratos em situações conflituosas e (extremamente) complexas, os hermeneutas e aplicadores da constituição são rotineiramente assaltados por "uma espécie de angústia", que eles "assume[m] e incorpora[m], quando pressente[m] a dimensão política de sua atividade" (cf. FERRAZ JR., 1989:12). Do ponto de vista institucional, esse fenômeno se traduz, na prática, numa desconfortável "intranquilidade discursiva da jurisdição constitucional" (cf. CANOTILHO, 1996:885)³²⁷.

A Teoria da Constituição e o Direito Constitucional não têm ainda respostas definitivas para essa problemática. Algumas posturas, no entanto, podem ser identificadas:

- (i) a postura *legalista*, presente nas doutrinas que, por conta de uma desconfiança na capacidade e/ou na legitimidade da constituição e/ou dos Tribunais Constitucionais de darem resposta às questões morais, pregam a completa *renúncia* a qualquer pretensão de se encontrar <<Justiça>> na constituição, preferindo antes *tudo* relegar à decisão das <<maiorias>> (<<*everything is up for grabs*>>)³²⁸;

³²⁷ No estudo citado, Canotilho aponta o que julga serem os atuais "problemas fundamentais da justiça constitucional", dentre os quais o dilema entre "justiça de normas ou justiça de valores", o conflito entre "<<superlegislador>> e <<superjurisdição>>" e a relação entre "interpretação e ponderação" (cf. CANOTILHO, 1996:871ss).

³²⁸ Jeremy Waldron (1953-), jusfilósofo neozelandês, radicado nos Estados Unidos, é hoje um dos principais teóricos dessa corrente de pensamento. Waldron sustenta que, nas sociedades pluralistas contemporâneas, "somos muitos, e discordamos a respeito da justiça", razão pela qual a "posição [que] deve prevalecer e ser aplicada em nome da comunidade", em *toda e qualquer* questão (inclusive aquelas pertinentes ao próprio funcionamento do processo democrático), é aquela definida através do princípio majoritário (*regra da maioria*), única maneira "eqüitativa" de proceder num contexto em que as pessoas divergem sobre o que deve ser feito (cf. WALDRON, 1999:43s e 179ss). Waldron desdenha, nesse sentido, por exemplo, das declarações constitucionais de Direitos Fundamentais, tomando-as como demasiadamente abstratas para que se possa com base nelas estabelecer soluções para casos concretos difíceis (embora não negue que possam servir de ponto de apoio para

- (ii) a postura *procedimentalista*, presente nas doutrinas que sugerem pensar a constituição precipuamente como um mecanismo voltado a assegurar as condições necessárias para a formação democrática da opinião política, de tal sorte que o conjunto de valores a serem salvaguardados pela constituição (reserva de Justiça) limitam-se ao que for essencial para assegurar um "processo de criação democrática do Direito" (STRECK, 2002:138)³²⁹; e
- (iii) a postura *substancialista*, presente nas doutrinas que sugerem haver um conteúdo axiológico mais amplo que apenas aquele atinente ao processo democrático de associação política, cuja guarda e garantia compete precipuamente à constituição³³⁰.

Pode-se esboçar uma relação dessas três posturas com certos <<tipos-ideais>> de constituição:

- (a) a postura legalista apresenta uma concepção da constituição como "constituição-lei", em que há igualdade hierárquica entre norma ordinária e norma constitucional e, portanto, o grau de liberdade do legislador ordinário é *máximo* (cf. SILVA V., 2005:111s);
- (b) a postura procedimentalista apresenta uma concepção de "constituição como ordem-quadro" (cf. CANOTILHO, 2003:1436) ou "constituição-moldura", em que os limites da liberdade do legislador ordinário são dados pelas extremidades do <<quadro>> ou da <<moldura> (cf. SILVA V., 2005:115ss)³³¹; e

que essas soluções sejam alcançadas *pelas maiorias*) (cf. WALDRON, 2006:1368s). Na contramão do processo histórico acima brevemente delineado (cf. item 5.6.1 *supra*), o que Waldron está a defender, portanto, no fundo, é a "supremacia do parlamento" (<<dignidade da lei>>) (cf. SILVA V., 2005:111s).

³²⁹ Assim, por exemplo, a doutrina dos autores que concebem a constituição como um mecanismo de integração (cf. capítulo 5 *supra*).

³³⁰ Assim, por exemplo, a doutrina dos acima citados Pêces-Barba e Meirelles Teixeira (cf. item 6.5 *supra*).

³³¹ "Basicamente, a idéia de constituição como moldura significa que a constituição e os direitos fundamentais não só impõem deveres e vedações, mas também deixam 'espaços abertos', para os quais a constituição não tem uma resposta e que devem, por conseguinte, ser preenchidos pelo legislador e, subsidiariamente, pelos operadores do direito e pelos particulares nas suas operações entre si. Nesse sentido, Alexy resume que aquilo que a constituição deixa em aberto é o que se encontra no interior da moldura e aquilo que ela impõe ou proíbe constitui a moldura em si. Todas as teorias constitucionais que se encaixem nesse modelo podem ser consideradas como teorias que concebem a constituição como moldura" (SILVA V., 2005:120).

- (c) a postura substancialista divide-se dentre (c.1) aquelas que também apresentam uma concepção de constituição-moldura (com limites geralmente mais estreitos que aqueles concebidos pela postura procedimentalista)³³², e (c.2) aquelas que apresentam concepções de "constituição-fundamento", "constituição-total" ou "constituição dirigente", onde a "constituição é lei fundamental, não somente de toda atividade estatal e das atividades relacionadas ao Estado, mas também a lei fundamental de toda a vida social", restringindo-se assim de tal forma "a liberdade legislativa e, especialmente, a liberdade de conformação dos outros ramos do direito" que, ao final, "todo o direito e toda a atividade legislativa" são "encarados como meros instrumentos de realização da constituição", vale dizer, a liberdade conferida ao legislador ordinário é nula ou quase nula (cf. SILVA V., 2005:112ss)³³³.

O tipo-ideal de constituição que parece guardar melhor correspondência com o modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema é aquele do item (c.1), ou seja, um tipo-ideal de postura substancialista desenvolvida nos quadrantes de uma constituição-

³³² Assim é, por exemplo, a doutrina de Gustavo Zagrebelsky (1943–). Ao mesmo tempo em que sustenta que nas sociedades pluralistas contemporâneas existe uma "exigência de justiça geral, existe uma ordem que está acima tanto das vontades individuais particularmente consideradas quanto do acordo das mesmas que se expressa através do princípio da maioria, uma ordem que deve ser perseguida como tal" que é consagrada pelos "princípios de justiça" incorporados às constituições contemporâneas, Zagrebelsky ressalta que "o conteúdo da lei não está estritamente vinculado a estes princípios, como ocorreria se os mesmos fossem unívocos, sua composição necessária, suas conseqüências de sentido único, seus equilíbrios imodificáveis. Se assim fosse, a vida política se veria imediatamente petrificada, destruída sua colocação em jogo. A lei expressa, ao contrário, as combinações possíveis entre os princípios constitucionais, que se limitam a estabelecer os pontos irrenunciáveis de qualquer combinação. A lei mantém assim seu caráter de ato criador do direito e não vem degradada a mera execução da Constituição" (ZAGREBELSKY, 1992:94 e 97).

³³³ Assim é, por exemplo, a doutrina de Lenio Luiz Streck. "Para estranheza de muitos constitucionalistas", como ele próprio reconhece, Streck prega um "constitucionalismo-compromissário dirigente" para os "países de modernidade tardia", sobretudo o Brasil, onde o "assim chamado Estado Social foi um simulacro" (cf. STRECK, 2002:106, 113, 117 e 119). Streck esforça-se em diferenciar a sua concepção de <<constituição dirigente>> e de <<função transformadora>> ("mudança do *status quo* da sociedade") do Direito daquelas tradicionalmente encontradas na literatura das décadas de 1960, 1970 e 1980 (cf. itens 4.4.2 e 4.5.2-i *supra*) sustentando, dentre outras coisas, que "o paradigma do Estado Social-Intervencionista trabalha com a perspectiva de um Estado que intervém através de políticas que não são – ou raramente o são – escolhas motivadas por um querer genético da sociedade, refletindo, antes disso, os interesses dos grupos eventualmente no poder" (cf. item 4.5.2-ii *supra*) e que "se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do *Welfare State*. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais", os quais devem assumir "um lugar de destaque (intervencionista, no sentido de – no limite, isto é, na omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e para evitar o solapamento da materialidade da constituição – concretizar os direitos fundamentais-sociais)" (cf. STRECK, 2002:128, 145, 661 e 664).

moldura³³⁴. A especificação de quais os efeitos que esse tipo-ideal de constituição pode produzir para contribuir que o Direito alcance uma sua finalidade intrínseca equivale à demonstração de quais os limites da <<moldura>> posta ao legislador ordinário, o que envolve apontar quão mais *estreita* e quão mais *larga* ela é em comparação com aquelas advogadas pelos adeptos da postura procedimentalista e pelos defensores da constituição-total, respectivamente. Em última instância, a especificação desses efeitos e limites depende antes de uma precisa conceituação do que se toma como sendo a <<Justiça>> que a constituição (e o Direito como um todo) pode oferecer. Retoma-se, assim, o problema da <<metafísica da Justiça>> (cf. 6.6.1.1 *supra*).

6.6.1.3. Critério da Dimensão – Metafísica da Justiça (Reprise).

O Critério da Dimensão avalia se a proposta de análise funcional da constituição abrange tanto uma dimensão individual quanto uma dimensão coletiva (cf. itens 2.5.3 e 2.6 *supra*).

Essa é uma questão que os adeptos do modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema respondem afirmativamente. Afinal, as finalidades morais que se costuma atribuir ao Direito (Justiça, Bem Comum, Paz, etc.) são sempre (ou quase sempre) formuladas de sorte a expressar os mais elevados ideais humanos no contexto da vida social e política do homem com o homem³³⁵.

Não se pode descartar, porém, a possibilidade de que uma ou outra concepção específica de <<Justiça>> ou de <<Bem Comum>> privilegie a dimensão individual em detrimento da dimensão coletiva, ou vice-versa³³⁶.

³³⁴ Os tipos-ideais da constituição-lei e da constituição-total, por sua vez, são exemplos de abordagens no modelo funcional dos artefatos (cf. capítulo 4 *supra*). A constituição-moldura dos procedimentalistas (salvo os originalistas), por sua vez, como já se anotou, segue o modelo funcional do mecanismo de integração (cf. capítulo 5 *supra*).

³³⁵ Assim, por exemplo, Batiffol, após anotar que "se encontra uma tradição antiga que atribui ao direito a missão de procurar o <<bem comum>>", observa que "os seus partidários consideram (...) que ela [a noção de Bem Comum] é capaz só por si de dar conta do objetivo final do direito no que respeita à conciliação das exigências da vida em sociedade com o respeito que é devido à pessoa humana" (BATIFFOL, 1981:101s).

³³⁶ Assim, por exemplo, conforme acima observado, uma concepção de <<Bem Comum>> tal qual aquela que deflui da doutrina de Jhering já foi acusada de favorecer a coletividade em detrimento do indivíduo (cf. item 6.4.1 *supra*). De outra sorte, um certo individualismo exacerbado era a tônica da idéia de <<Justiça>> subjacente aos Direitos Fundamentais do constitucionalismo liberal clássico (cf. ZAGREBELSKY, 1992:95ss e CANOTILHO, 1993:64s).

Dáí que, do ponto de vista de uma análise formal do modelo funcional, a avaliação do Critério da Dimensão dependa, essencialmente, do que se venha a tomar como sendo a finalidade intrínseca do Direito para a qual a constituição contribui através do desempenho de suas funções. Em outras palavras: depende da resposta que se dê à <<metafísica da Justiça>> (cf. 6.6.1.1 *supra*).

6.6.2. Análise Substancial.

A análise formal acima desenvolvida sugere que o principal problema associado à aplicação ao estudo da constituição do modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema está relacionado ao que acima denominamos de <<metafísica da Justiça>> (cf. item 6.6.1.1).

Para se socorrer do modelo, o cientista terá que demonstrar tanto que o Direito é um sistema orientado para uma finalidade específica não arbitrária (valor moral, bem humano), quanto que os contornos dessa finalidade são suficientemente precisos para orientar a atribuição funcional da constituição. Em ambas as tarefas, o cientista se verá desafiado a vencer também uma certa resistência *cultural*, fruto das idéias hoje prevalentes na academia e na prática jurídicas (senso comum teórico).

De fato, conforme apontam, dentre outros, STRECK (2002:43s)³³⁷, FERRAZ JR. (2003:48s)³³⁸ e TAMANAHA (2006:101ss)³³⁹, as concepções sobre o Direito atualmente

³³⁷ "Nesse sentido, é possível dizer que se estabeleceu no país uma 'cultura' jurídica *standard*, dentro da qual o jurista *lato sensu* vai trabalhar no seu dia-a-dia com soluções e conceitos lexicográficos, recheando, desse modo, metafisicamente, suas petições, pareceres e sentenças com ementas jurisprudenciais que são citadas, no mais das vezes, de forma descontextualizada. (...) Com esse tipo de procedimento, são ignorados os contextos histórico e social no qual estão inseridos os atores jurídicos (acusado, vítima, juiz, promotor, advogado, etc.), bem como não se indaga (e tampouco se pesquisa) a circunstância da qual emergiu a ementa jurisprudencial utilizada. (...) Consequência disso é que o processo de interpretação da lei passa a ser um jogo de cartas marcadas. Ainda se acredita na ficção da *vontade do legislador*, do *espírito do legislador*, da *vontade da norma*" (STRECK, 2002:43s).

³³⁸ "Em verdade, nos últimos 100 anos, o jurista teórico, por sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização, fechada e formalista" (FERRAZ JR., 2003:48).

³³⁹ "Quase todas as principais perspectivas teóricas e empíricas sobre o Direito que circulam hoje [nos Estados Unidos] se desenvolveram nos anos 1960 e 1970 ou têm raízes naquele período, e caracterizam o Direito fundamentalmente em termos instrumentais. (...) Muitas dessas escolas também assumem uma visão instrumental sobre suas próprias doutrinas (*scholarship*) e sobre a doutrina dos outros. Vale dizer, como uma consequência do ceticismo generalizado sobre a capacidade de se alcançar objetividade, há uma difundida percepção de que as teorias do Direito, e o conhecimento do Direito, são inevitavelmente coloridos pela política, de forma semelhante à presunção de que os julgamentos são influenciados pela política" (TAMANAHA, 2006:118).

prevalentes entre os mais variados operadores jurídicos são ainda muito vinculadas à herança intelectual do positivismo formalista, notadamente no que tange à percepção do Direito como um instrumento disponível, em última instância, para que sejam alcançadas *quaisquer* finalidades que interessem ao <<legislador>> (cf. capítulo 4 *supra*). Batiffol registra, nesse tocante, ao dissertar sobre o tema da "busca dos valores" no Direito, que, na cultura jurídica contemporânea:

"Existe uma atitude hostil a qualquer análise conceptual, que reclama, para orientar a escolha entre as várias soluções que se oferecem para um problema, o exame conclusivo dos seus respectivos resultados. (...) Tal atitude retoma em certo sentido a posição do positivismo voluntário: uma vez que a lei é a vontade do legislador, a sua explicação reside no objetivo que esse legislador se propôs a atingir." (BATIFFOL, 1981:73)

Conforme já se teve oportunidade de observar (cf. itens 4.4.1 e 6.5.1.1 *supra*), a atitude positivista está relacionada à convicção, esposada sobretudo por Kelsen, de que, dado o politeísmo dos valores, qualquer consideração sobre supostas finalidades morais do ordenamento jurídico contaminará o trabalho do cientista, ideologizando-o e impedindo o conhecimento do Direito efetivamente existente:

"Circunscrever a tarefa de uma teoria do direito à análise estrutural [em oposição à análise funcional] era [para Kelsen] um modo de salvaguardar a pesquisa teórica da intrusão dos juízos de valor e de evitar a confusão entre o direito positivo – o único objeto possível de uma teoria científica do direito – e o direito ideal." (BOBBIO, 1971:55)

Um caminho interessante (não o único, nem necessariamente o melhor) para (tentar) contestar essas idéias e, assim, (ajudar a) minar a resistência cultural de que acima se falou, é observar que mesmo ele, Kelsen, o *mâitre-penseur* do positivismo formalista, não logrou produzir uma teoria do Direito de todo liberta de considerações sobre valores últimos para os quais o Direito se direciona.

Em verdade, olhando retrospectivamente, pode-se dizer que a idéia kelseniana do Direito como um <<sistema dinâmico>>, em que o *conteúdo* das normas derivadas não está previamente determinado pela <<norma fundamental>> (cf. item 4.5.4 *supra*), sugere, ainda que de forma sutil e implícita (e talvez algo insuficiente, dado seu apego à concepção da norma como fruto de ato de vontade), que o Direito se orienta em direção aos mesmos valores

da democracia, no sentido de que, alinhado com o <<politeísmo dos valores>>, o sistema jurídico rejeita uma (pré)seleção definitiva de alternativas (conteúdo), admitindo antes a *alternância*, dentro das regras do jogo.

Compreende-se, assim, por exemplo, que um autor importante como Renato Treves (1907-1992) exorte "os sociólogos do direito, enquanto intelectuais", a permanecerem "fiéis ao relativismo de Kelsen", o que, acredita, lhes habilitará "seguir e, se possível, favorecer o desenvolvimento de alternância de ideologias e de utopias sabendo que essa alternância pode ocorrer se for mantido o jogo democrático no qual somente os ideais conjuntos do liberalismo e do socialismo podem encontrar seu fundamento" (cf. TREVES, 1993:360).

Compreende-se, da mesma forma, que Palombella, depois de observar que "o vazio axiológico da norma fundamental talvez seja mais postulado do que resultado de um efetivo e objetivo descompromisso 'moral' por parte de Kelsen", aluda a um "sentido profundo, oculto" da Teoria Pura:

"Essa irredutibilidade do direito [ao irracional da força e do poder] esconde uma íntima convicção do 'valor', do desempenho *axiologicamente* avaliável que o próprio direito, na sua autonomia, na sua 'infundada' circularidade, oferece à convivência civil, mesmo – e sobretudo – em tempos difíceis, como serão os do totalitarismo alemão." (PALOMBELLA, 1996:179)

(Não sendo nosso objetivo aqui analisar a Teoria Pura, nem tampouco resolver a *milénar* questão da finalidade do Direito) Essas breves considerações (melhor dizer *especulações*) têm em vista tão apenas colocar em questão se é mesmo possível *negar* uma finalidade intrínseca ao Direito: até na aparente negativa (pelo menos naquela que é tida como a mais bem estruturada negativa), talvez se esteja implicitamente afirmando (ou reconhecendo) uma tal finalidade.

E se assim é, fica mais fácil considerar, mesmo num ambiente cultural que prestigia a concepção formalista do Direito, as possíveis contestações do argumento de que se esteja necessariamente sustentando uma *única* Moral ao se pregar, no tempo presente, quase um século depois que Kelsen deu início à estruturação da Teoria Pura (cf. KELSEN, 1934:1), a existência de uma finalidade intrínseca do Direito. Assim, apenas para dar um exemplo, Comparato:

"O argumento é falso. Ninguém pressupõe que todos os sistemas jurídicos vinculam-se a um único conjunto de valores ou princípios éticos, mas que cada um deles tem a sua própria orientação axiológica, a qual representa aquele 'espírito das leis' de que falou Montesquieu. E é somente à luz dos valores éticos que animam o ordenamento jurídico, que as suas normas e instituições podem ser compreendidas e explicadas. Na verdade, a evolução histórica aponta para a progressiva constituição de uma ordem jurídica superior, fundada nos mesmos valores de respeito integral à dignidade humana, ordem que é o sistema mundial de direitos humanos, o qual se expressa em normas internacionais e nacionais." (COMPARATO, 2006:361)

Não é difícil perceber que a lição de Comparato ecoa, ao seu próprio modo, as lições de Peces-Barba, de Meirelles Teixeira, de Cappelletti, de Zagrebelsky, de Bobbio e de tantos outros. Em todas elas o que há, ao final, é a idéia de que, no estágio atual das coisas, no ponto em que se encontra desenvolvida a <<globalizada>> cultura jurídico-constitucional, não há (mais) <<heresia científica>> em pensar o Direito como um sistema intrinsecamente orientado a uma finalidade (bem humano), cujo cerne gira em torno do núcleo aglutinador da idéia de <<dignidade da pessoa humana>>³⁴⁰.

A aceitação desse fato, segundo nos parece, resolve, em grande medida, a metafísica da Justiça, cabendo à doutrina delimitar e especificar (como ela de fato tem feito) o que a Ciência do Direito Constitucional pode concretamente *operacionalizar* como finalidade do ordenamento jurídico, seja na forma de conceitos de <<Justiça>> e/ou de <<Bem Comum>>, seja nas fórmulas mais concretas dos Direitos Fundamentais, seja ainda numa combinação de ambas as coisas (veja-se, uma vez mais, exemplificativamente, as lições antes citadas de Peces-Barba e de Meirelles Teixeira – cf. item 6.5 *supra*).

Na medida em que logre apontar uma tal finalidade, desvinculando-a quer de meros atos de vontade (modelo dos artefatos), quer da idéia de que a <<integração>> encerra a finalidade intrínseca do Direito (modelo do mecanismo de integração), correlacionando as contribuições que a constituição *pode* para ela aportar (Critério da Capacidade), o cientista estará habilitado

³⁴⁰ Nesse contexto, a divergência de opiniões sobre qual seja a finalidade do Direito perde relevância. Assim, por exemplo, a lição de Moore: "Essa objeção [de que a pluralidade de concepções sobre a finalidade do Direito implica a inexistência de uma tal finalidade] pode ser posta de lado rapidamente. A última coisa que um realista moral quer dizer com objetividade é acordo universal. O realismo moral não é a doutrina de que certos valores, como o valor do Direito, são aceitos universalmente. Ao contrário, é a tese de que tais valores existem e de que sua existência não depende do que nós ou qualquer grupo de pessoas acha. Não se deve esperar acordo sobre as finalidades do Direito, mas tampouco é a questão desse acordo relevante" (MOORE, 1994:218).

a compreender funcionalmente a constituição desde o prisma das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema (modelo do jardim de Justiça).

6.7. Reformulações do Modelo.

No campo da Filosofia da Ciência, uma importante variação ao modelo das teorias da função como contribuições aos objetivos do sistema é apresentada por Robert CUMMINS (2002:157ss).

Cummins rejeita a idéia de que o sistema de referência da análise funcional seja um sistema orientado para objetivos, bem assim que a atribuição de funções aos elementos tenha qualquer caráter etiológico. Segundo ele, "a análise funcional procura ao contrário explicar as capacidades do sistema contendo o objeto ao qual se atribui a função", vale dizer, a função do elemento corresponde à "contribuição que 'ele' dá para as capacidades do sistema que o contém" (CUMMINGS, 2002:158). Assim, no caso do estudo constitucional, por exemplo, em se verificando que o Direito tem uma capacidade qualquer (e.g. resolver conflitos, satisfazer o Bem Comum), a função da constituição será a contribuição que ela oferece para que essa capacidade seja satisfeita.

A principal crítica formulada à abordagem de Cummins é a de que ela se mostra incapaz de distinguir, dentre os efeitos produzidos pelo elemento, aqueles que correspondem à sua <<verdadeira>> função daqueles que são meramente acidentais ou irrelevantes (Critério da Distinção); isso porque, em sua doutrina, a seleção da capacidade do sistema a ser estudada é uma atitude *arbitrária* do cientista (cf. NEANDER, 1991:327s, McLAUGHLIN, 2001:122ss e PERLMAN, 2004:11ss). Para ilustrar, podemos retomar um exemplo que demos no capítulo 2, acima: a função da constituição, na abordagem de Cummins, pode ser um efeito que ela produz que contribui para que os Tribunais se desobriguem de resolver as questões mais melindrosas, se o interesse do cientista for estudar essa específica <<capacidade>> do Direito (cf. item 2.3 *supra*).

O desconforto em ver efeitos desse tipo rotulados como <<funções>> dos elementos conduz os teóricos à idéia de que as funções são aqueles efeitos que contribuem *ou* para a existência do próprio elemento (etiologia, retroalimentação), *ou* para um bem humano que se julga

satisfeito pelo sistema. Da primeira alternativa, tratamos no capítulo anterior; da segunda, no presente capítulo. Sendo assim, não há outros <<modelos de compreensão>> a considerar.

Antes de darmos por encerrada nossa tarefa, porém, cabe consignar, no capítulo que segue, algumas (poucas) palavras a título de *Conclusão*.

Passemos a isso.

CAPÍTULO 7

CONCLUSÃO

7.1. O Caminho Percorrido.

Em 1923, Herculano de Freitas (1865-1926) afirmava, *sem* utilizar a palavra função, que a constituição "é a lei fundamental que organiza o Estado no seu governo, limita a sua ação, proclama os direitos fundamentais dos indivíduos e assegura as correspondentes garantias" (FREITAS, 1923:34).

Setenta anos depois, na edição de 1993 do seu consagrado *Direito Constitucional*, J.J. Gomes Canotilho dizia que a *função* da constituição é o "constituir normativo da organização estadual" (organização estatal), a "racionalização e limite dos poderes públicos" e a "fundamentação da ordem jurídica da comunidade" (consubstanciada num catálogo de Direitos Fundamentais e respectivas garantias) (CANOTILHO, 1993:73s)³⁴¹.

Qual a diferença entre as duas afirmações (isoladamente consideradas)?

Vale dizer, o que, em tese, o recurso ao conceito de <<função>> introduz na assertiva de Canotilho que não está dito (ao menos não explicitamente) na lição de Herculano de Freitas?

A presente dissertação sugere três possíveis respostas.

A *primeira possibilidade* é a de que Canotilho esteja a sugerir que a organização do Estado, a limitação do Poder e a fundamentação da ordem jurídica são fins conscientemente buscados por um agente-autor da constituição. A constituição seria assim, essencialmente, um *meio de ação* desse agente-autor. E o modelo funcional aplicado teria a seguinte estrutura formal:

³⁴¹ Naquela obra, o autor acrescentava que a constituição também "pode" exercer uma função programática, consistente na "*imposição de tarefas e programas* que os poderes públicos devem concretizar" (CANOTILHO, 1993:74; cf. também CANOTILHO, 1982:151). No *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, o mestre português reviu substancialmente o catálogo funcional da constituição, mantendo, com novas denominações, as três funções acima mencionadas, acrescentando outras e excluindo a função programática (cf. CANOTILHO, 2003:1435ss).

A função da constituição (em *S*) é *y* se e apenas se:

- (a) a constituição foi (intencionalmente) concebida ou é (intencionalmente) utilizada por *A* para produzir *y*; e
- (b) *y* é (ou contribui para) *G*.

onde *S* é o sistema de referência (a sociedade, o ordenamento jurídico, as relações sociais);

y é a função atribuída à constituição;

A é o agente-autor (orador normativo) que concebeu ou utiliza a constituição com vistas a alcançar *G*; e

G é um objetivo de *A*.

A *segunda possibilidade* é a de que Canotilho esteja a sugerir que a organização do Estado, a limitação do Poder e a fundamentação da ordem jurídica são contribuições aportadas pela constituição para o bom funcionamento das sociedades políticas contemporâneas. A constituição seria assim, essencialmente, um mecanismo destinado a viabilizar o bom funcionamento do sistema sociedade. E o modelo funcional aplicado teria a seguinte estrutura formal:

A função da constituição (na *sociedade*) é *y* se e apenas se:

- (a) a constituição faz ou permite *y*; e
- (b) *y* satisfaz uma exigência funcional para o funcionamento adequado (equilíbrio, estabilidade, bem estar) da *sociedade*;
de tal forma que
- (c) fazer ou permitir *y* explica a presença da constituição na *sociedade*.

onde *y* é a função atribuída à constituição.

A *terceira possibilidade* é a de que Canotilho esteja a sugerir que a organização do Estado, a limitação do Poder e a fundamentação da ordem jurídica são contribuições aportadas pela constituição para que o ordenamento jurídico possa satisfazer um bem humano (a Justiça, o Bem Comum, a Paz, etc.). A constituição seria assim, essencialmente, uma fonte de efeitos necessários para esse bem humano possa ser alcançado. E o modelo funcional aplicado teria a seguinte estrutura formal:

A função da constituição (no *ordenamento jurídico*) é y se e apenas se:

- (a) a constituição faz ou permite y ; e
- (b) y contribui para G .

onde y é a função atribuída à constituição; e

G é um objetivo (valor, bem humano) do *Direito* (sistema ordenamento jurídico).

Uma avaliação global da obra de Canotilho permitiria apurar qual das três respostas melhor se coaduna com a sua doutrina, bem assim seus eventuais méritos e deficiências.

Por exemplo, se se concluir que se aplica, no caso, a primeira possibilidade aventada, interessará verificar *quem* é o agente-autor cujas intenções orientam a atribuição funcional promovida pelo mestre português, bem assim compreender em que sentido a organização do Estado, a limitação do Poder e a fundamentação da ordem jurídica configuram em si mesmos seus *objetivos últimos*. Curiosidade haverá, também, em verificar como Canotilho pôde cientificamente determinar essas intenções e objetivos.

Já na segunda possibilidade, interessará, em especial, apurar o que Canotilho toma por <<bom funcionamento>> da sociedade política e de que forma as contribuições aportadas pela constituição *explicam* sua existência (ou persistência) no sistema, se é que o fazem.

Por fim, na terceira possibilidade, a atenção será atraída para a avaliação do bem humano que Canotilho reputa ser o objetivo último do Direito, interessando saber de que forma as funções atribuídas à constituição com ele concretamente se relacionam.

Sem que caiba analisar aqui em detalhes a doutrina de Canotilho, essas breves considerações são suficientes para ilustrar, de forma sintética e objetiva, a essência do que se discutiu no presente trabalho, bem assim para demonstrar que o objetivo originalmente proposto – contribuir para a compreensão dos significados e desafios postos à análise científico-funcional da constituição, habilitando o desenvolvimento adequado e a apreciação crítica de doutrinas sobre as <<funções da constituição>> (cf. item 1.1 *supra*) – foi plenamente alcançado. Senão, vejamos:

- (i) *Concluimos* que função é termo ambíguo, de múltiplos significados, cuja utilização nas ciências é tão atraente quanto perigosa (cf. capítulo 2 *supra*). É isso que faz a assertiva de Canotilho soar talvez mais *interessante* que aquela de Freitas, embora não seja muito claro, ao menos não numa primeira aproximação, no que exatamente elas são diferentes.
- (ii) *Concluimos* que três <<modelos de compreensão>> (tipos-ideais) sintetizam as possíveis implicações que o termo função pode ter quando empregado num estudo científico da constituição (constituição como artefato, constituição como mecanismo de integração e constituição como jardim de Justiça), definindo critérios para avaliação formal de cada modelo (Critério da Distinção, Critério da Capacidade e Critério da Dimensão) (cf. capítulos 2 e 3 *supra*). Sendo o trabalho de Canotilho uma análise científica das funções constituição, há de estar em um desses modelos a resposta sobre o conteúdo diferencial de sua assertiva.
- (iii) *Concluimos* que, no primeiro modelo, a constituição é um *meio* para que objetivos racionalmente perseguidos por um agente-autor sejam alcançados, sendo que, do ponto de vista do Direito Constitucional, os desafios postos ao modelo giram sobretudo em torno da chamada <<metafísica da intenção do locutor>> (cf. capítulo 4 *supra*). Daí o interesse em saber *quem* é o agente-autor escolhido por Canotilho e como suas verdadeiras intenções foram determinadas.
- (iv) *Concluimos* que, no segundo modelo, a constituição satisfaz as exigências de funcionamento do sistema social em que se insere, sendo que, do ponto de vista do Direito Constitucional, os desafios postos ao modelo giram sobretudo em torno das chamadas <<metafísica do equilíbrio>> e <<metafísica da retroalimentação>> (cf. capítulo 5 *supra*). Daí o interesse em saber como Canotilho concebe o bom funcionamento da sociedade política que é o referente da constituição, bem assim em que medida se pode estar a oferecer, nessa abordagem, uma explicação válida sobre a persistência da constituição.
- (v) *Concluimos* que, no terceiro modelo, a constituição é um dos elementos do sistema jurídico que contribui para que o Direito satisfaça (ou possa satisfazer) um bem humano relevante, sendo que, do ponto de vista do Direito Constitucional, os

desafios postos ao modelo giram sobretudo em torno da chamada <<metafísica da Justiça>> (cf. capítulo 6 *supra*). Daí o interesse em saber qual é e como foi apurado esse bem humano, bem assim sua operacionalidade prática em termos de qualificação funcional dos efeitos da constituição.

7.2. O Caminho a Percorrer.

O presente trabalho não se encerra em si mesmo, vale dizer, não representa o desfecho de uma linha de pesquisa. Ao contrário, pode ser seu ponto de partida: com lastro no arsenal teórico aqui recolhido e sistematizado, outros interessantes estudos de análise funcional da constituição podem ser eventualmente desenvolvidos. Ocorrem-nos, em especial, os seguintes exemplos:

- (i) Avaliação das relações entre análise funcional da constituição e hermenêutica constitucional: os <<modelos de compreensão>> aqui identificados impactam ou condicionam a interpretação da constituição?
- (ii) Apreciação crítica e específica de doutrinas existentes sobre as funções da constituição, tomadas em si mesmas ou em confronto com outras doutrinas. A lição de Canotilho acima invocada é um exemplo: à luz do <<modelo de compreensão>> aplicável, quais as relações estabelecidas com as teses e concepções *estruturais* da constituição desenvolvidas por esse autor? E como essa específica análise funcional se compara com outras análises funcionais da constituição?
- (iii) Desenvolvimento de um catálogo de funções da constituição consistente com os Critérios da Distinção, da Capacidade e da Dimensão, numa abordagem *conscientemente* situada num dos <<modelos de compreensão>> aqui identificados: **quais, afinal, as funções da constituição?**

BIBLIOGRAFIA

ACHINSTEIN, Peter. *Function Statements*. In.: *Philosophy of Science*, volume 44, número 3, pp. 341-367. Chicago: University of Chicago Press, **1977**. ISSN: 0031-8248.

AGESTA, Luis Sanchez. *Princípios de Teoria Política*. 5ª edição. Madrid: Nacional, 1974. ISBN n/d.

AJA, Eliseo. *Introducción al Concepto Actual de Constitución (1984)*. In.: LASSALE, Ferdinand. *Qué es una constitución?*, pp. 7-72. 5ª edição. Barcelona: Ariel, 1997. ISBN 84-344-1010-9.

ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George. *Introduction*. In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 1-26. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

AMUNDSON, Ron. LAUDER, George V. *Function without Purpose: The Uses of Causal Role Function in Evolutionary Biology (1994)*. In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 335-369. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

ARGAN, Giulio Carlo. *Arte Moderna*. Tradução de Denise Bottmann e Federico Carotti de *L'Arte Moderna (1970)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. ISBN 85-7164-251-6.

ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia – Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*. Barcelona: Ariel, **1993** (2ª reimpressão, 1995). ISBN 84-344-1110-5.

AUBERT, Jean-François. *Nécessité et fonctions de la Constitution*. In: BIEBER, Roland. WIDMER, Pierre (orgs.). *L'espace constitutionnel européen*, pp. 15-24. Zürich: Schulthess, **1995**. ISBN n/d.

_____. *Notion et fonctions de la Constitution*. In.: THÜRER, Daniel, AUBERT, Jean-François. MÜLLER, Jörg Paul (orgs.). *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, pp. 3-16. Zürich: Schulthess, **2001**. ISBN n/d.

AUBERT, Vilhem. *The Rule of Law and the Promotional Function of Law in the Welfare State*. In.: TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*, pp. 28-39. Berlim, Nova Iorque e de Gruyter: European University Institute, **1985**. ISBN 3-11-010495-4.

AVELINO, Pedro Buck. *Constitucionalismo: definição e origem*. Dissertação de Mestrado (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). São Paulo, **2007**.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, **2004**. ISBN 85-7420-581-8.

AYALA, Francisco J. *Teleological Explanations in Evolutionary Biology (1970)*. In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 29-49. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

BARAK, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, **2005**. ISBN 0-691-12007-2.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, **2003**. ISBN 85-7147-353-6.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo – Uma Introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, **1999** (4ª reimpressão, 2004). ISBN 85-7431-006-9.

_____. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, **2003**. ISBN 85-7431-146-4.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Do Poder Constituinte*. In.: BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1º volume, pp. 139-161. São Paulo: Saraiva, **1988**. ISBN n/d.

BATIFFOL, Henri. *A Filosofia do Direito*. Tradução de Eugênio Cavaleiro de *La Philosophie du Droit* (6ª edição, **1981**). Lisboa: Editorial Noticias, s/d. ISBN n/d.

BIGELOW, John. PARGETTER, Robert. *Functions* (**1987**). In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 241-259. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

BLACKBURN, Simon. *Oxford Dictionary of Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, **1996**. ISBN 0-19-283134-8.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti de *Teoria della Norma Giuridica* (**1958**). 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2003. ISBN 85-7283-327-7.

_____. *Presente e Futuro dos Direitos do Homem* (**1968**). In: *A Era dos Direitos*, pp. 45-65. Tradução de Carlos Nelson Coutinho de *L'età dei Diritti*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN 85-352-1561-1.

_____. *As Sanções Positivas e Em Direção a uma Teoria Funcionalista do Direito* (**1971**). In.: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*, pp. 23-32 e 33-79, respectivamente. Tradução de Daniela Beccaria Versiani de *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto* (1977). Barueri: Manole, 2007. ISBN 85-204-2556-9.

_____. *Estrutura e Função na Teoria do Direito de Kelsen* (**1973**). In.: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*, pp. 181-210. Tradução de Daniela Beccaria Versiani de *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto* (1977). Barueri: Manole, 2007. ISBN 85-204-2556-9.

_____. *A Análise Funcional do Direito: Tendências e Problemas*. (1975). In.: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*, pp. 81-113. Tradução de Daniela Beccaria Versiani de *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto* (1977). Barueri: Manole, 2007. ISBN 85-204-2556-9.

_____. *O que é o pluralismo?* (1976). In.: BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*, pp. 15-19. Tradução de João Ferreira de *Ideologie e il potere in crisi* (1982). 4ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. ISBN 82-230-0262-6.

_____. *Prefácio*. In.: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*, pp. XI-XVII. Tradução de Daniela Beccaria Versiani de *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto* (1977a). Barueri: Manole, 2007. ISBN 85-204-2556-9.

_____. *Existe Consenso e Consenso e Há Dissenso e Dissenso* (1977b). In.: BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*, pp. 47-56. Tradução de João Ferreira de *Ideologie e il potere in crisi* (1982). 4ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. ISBN 82-230-0262-6.

_____. *A Constituição não tem culpa* (1978). In.: BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*, pp. 187-191. Tradução de João Ferreira de *Ideologie e il potere in crisi* (1982). 4ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. ISBN 82-230-0262-6.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001. ISBN 85-7420-248-7.

BOORSE, Christopher. *A Rebuttal on Functions*. In.: ARIEW, André. CUMMINS, Robert. PERLMAN, Mark (orgs.). *Functions: New Essays in the Philosophy of Psychology and Biology*, pp. 63-112. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002. ISBN 0-19-925581-4.

BOUDON, Raymond. BOURRICAUD, François. *Dicionário Crítico de Sociologia*. Tradução de Maria Letícia Guedes Alcoforado e Durval Ártico de *Dictionnaire Critique de la Sociologie* (2ª edição, 1986). São Paulo: Ática, 1993. ISBN 85-080-4317-1.

BREDEMEIER, Harry C. *Law as an Integrative Mechanism*. In.: EVAN, William M. (org.). *Law and Sociology, Exploratory Essays*, pp. 73-90. Nova Iorque: Free Press of Glencoe, **1962**. ISBN n/d.

BREWER-CARÍAS, Allan. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo I. 4ª edição. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, **2004**. ISBN 980-365-074-2.

BRYM, Robert J. *et al. Sociologia: sua bússola para um novo mundo*. São Paulo: Thomson Learning, **2006**. ISBN 85-221-0467-0.

BURKE, Peter. *História e Teoria Social*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer de *History and Social Theory* (**1992**). São Paulo: Unesp, 2002. ISBN 85-713-9380-X.

CABO MARTIN, Carlos de. *La Función Histórica del Constitucionalismo y sus Posibles Transformaciones* (**1978**). In.: *Contra el Consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el Constitucionalismo del Estado Social*, pp. 176-195. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. ISBN 968-36-5890-3.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional. Volume 1. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, **1977**. ISBN n/d.

CAMPBELL, Kenneth. *Droits Subjectifs* (verbete, sub-item 8, tradução do inglês por Nicole Arnaud-Duc). In.: ARNAUD, André Jean (org.). *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, p. 213. 2ª edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), **1993**. ISBN 2-275-00601-x.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, **2002**. ISBN 85-7549-002-8.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, **1982** (reimpressão, 1994). ISBN 972-32-0063-5.

_____. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, **1993**. ISBN n/d.

_____. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*. In.: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Volume I, pp. 871-887. Coimbra: Coimbra Editora, **1996**. ISBN 972-32-0752-4.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, **2003**. ISBN 972-40-2106-8.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves de *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (**1968**). 2ª edição. Porto Alegre: Fabris, 1984. ISBN n/d.

CARCOVA, Carlos Maria. *Las Funciones del Derecho*. In: *Revista de Direito Público*, ano XXI, número 85, pp. 140-147. São Paulo: Revista dos Tribunais, **1988**. ISSN 0034-8015.

CARVALHO, Kildare Golçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 12ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, **2006**. ISBN 85-73-08855-9.

CASAL H., Jesús Maria. *Constitución y Justicia Constitucional*. 2ª edição. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), **2004**. ISBN 980-244-243-7.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Konrad Hesse/Peter Häberle: Um Retorno aos Fatores Reais de Poder*. In.: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 7, número 26, pp. 119-126. São Paulo: Revista dos Tribunais, **1999**. ISSN 1415-630x.

COHEN, G.A. *Functional Explanation: In Marxism* (**1978**). In.: MARTIN, Michael e MCINTYRE, Lee C. (orgs.). *Readings in the Philosophy of Social Sciences*, pp. 391-402. Cambridge: MIT Press, 1994. ISBN 0-262-63151-2.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. In.: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXV (nova série), número 63, pp. 71-79. São Paulo: Revista dos Tribunais, **1986**. ISSN n/d.

_____. *Funções e Disfunções do Resgate Acionário*. In.: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXVIII (nova série), número 73, pp. 66-73. São Paulo: Revista dos Tribunais, **1989**. ISSN n/d.

_____. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, **2006**. ISBN 85-359-0823-4.

CORREAS, Óscar. *Introducción a la Sociología Jurídica*. México: Coyoacán, **1994**. ISBN 970-633-032-1.

COTTERRELL, Roger. *The Sociology of Law: An Introduction*. 2ª edição. Londres: Butterworth & Co., **1992**. ISBN 0-406-51770-3.

_____. *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Clarendon Press, **1995**. ISBN 0-19-826-490-9.

CUMMINGS, Robert. *Neo-Teleology*. In.: ARIEW, André. CUMMINS, Robert. PERLMAN, Mark (orgs.). *Functions: New Essays in the Philosophy of Psychology and Biology*, pp. 157-172. Nova Iorque: Oxford University Press, **2002**. ISBN 0-19-925581-4.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, **2004**. ISBN 85-02-04677-2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, **1984**. ISBN n/d.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, **1991**. ISBN 85-02-00344-5.

DAVIS, Kingsley. *The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology*. In.: *American Sociological Review*, volume 24, número 6, pp. 757-772. Washington: American Sociological Association, **1959**. ISSN 0003-1224.

DINIZ, Maria Helena. *Vigência e Eficácia da Norma Constitucional*. In.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. DINIZ, Maria Helena. GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson (orgs.). *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, pp. 59-87. São Paulo: Atlas, **1989**. ISBN 85-224-0491-7.

DUVERGER, Maurice. *Sociologia da Política – Elementos de Ciência Política*. Tradução de *Sociologie Politique – Éléments de Science Politique* (**1973**). Coimbra: Almedina, 1983. ISBN n/d.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo de *Law's Empire* (**1986**). São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN 85-336-1012-2.

EHRENBERG, Kenneth Mark. *A Functional Methodology for General Jurisprudence*. Tese de Doutorado (PhD) (Columbia University, NY). Ann Arbor: ProQuest, **2005**.

ELSTER, Jon. *Marxism, Functionalism, and Game Theory: The Case for Methodological Individualism*. In.: *Theory and Society*, vol. 11, nº 4, pp. 453-482. Springer Netherlands, **1982**. ISSN 0304-2421.

_____. *Functional Explanation in Social Science* (**1983**). In.: MARTIN, Michael. MCINTYRE, Lee C. (orgs.). *Readings in the Philosophy of Social Sciences*, pp. 403-414. Cambridge: MIT Press, 1994. ISBN 0-262-63151-2.

_____. *Introduction*. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change)*, pp. 1-17. Cambridge: Cambridge University Press, **1988**. ISBN 0-521-45721-1.

_____. *Merton's Functionalism and the Unintended Consequences of Action*. In.: CLARK, Jon. MODGIL, Celia. MODGIL, Sohan (orgs.). *Robert Merton: Consensus and Controversy*, pp.129-135. Londres e Nova Iorque: Falmer Press, **1990**. ISBN 1-850-00982-1.

_____. *Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris* (1993). In.: ROSENFELD, Michel (org.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, pp. 57-83. Durham: Duke University Press, 1994. ISBN 0-8223-1516-5.

ENÇ, Berent. ADAMS, Fred. *Functions and Goal Directedness* (1992). In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 371-394. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

ESTEBAN, Jorge de. *La Constitución en el Mundo Actual* (1976). In.: ESTEBAN, Jorge de (org.). *Constituciones Españolas y Extranjeras*, tomo I, pp. 9-47. Madrid: Taurus, 1977. ISBN 84-306-3996-9.

EVAN, Willian M. *Law as an Instrument of Social Change*. In.: GOULDNER, Alvin W. MILLER, S.M. (orgs.). *Applied Sociology: Opportunities and Problems*, pp. 285-293. New York: Free Press, 1965. ISBN n/d.

FEREJOHN, John. RAKOVE, Jack. RILEY, Jonathan. *Editor's Introduction*. In.: FEREJOHN, John. RAKOVE, Jack. RILEY, Jonathan (orgs.). *Constitutional Culture and Democratic Rule*, pp. 1-37. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. ISBN 0-521-79022-0.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas – Normatividade, Operatividade e Efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ISBN 85-203-2052-X.

FERRARI, Vincenzo. *Funciones del Derecho*. Tradução de Maria José Añon Roig e Javier de Lucas Martin de *Funzioni del Diritto*. 2ª edição. Madrid: Debate, 1989. ISBN 84-7444-376-8.

_____. *Fonctions du Droit* (verbete). In.: ARNAUD, André Jean (org.). *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, pp. 266-268. 2ª edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1993. ISBN 2-275-00601-x.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, **1977**. ISBN n/d.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, **1986**. ISBN n/d.

_____. *Legitimidade na Constituição de 1988*. In.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. DINIZ, Maria Helena. GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson (orgs.). *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, pp. 13-58. São Paulo: Atlas, **1989**. ISBN 85-224-0491-7.

_____. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, **1990**. ISBN 85-224-0560-3.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, **2003**. ISBN 85-224-3484-0.

_____. *O Pensamento Jurídico de Norberto Bobbio (s/d)*. In.: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, pp. 7-18. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos de *Teoria dell'Ordinamento Giuridico* (1959). 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. ISBN 85-230-0276-6.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, **2003**. ISBN 85-02-03994-6.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, **2005a**. ISBN 85-02-05173-3.

_____. *O Poder Constituinte*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, **2005b**. ISBN 85-02-05211-X.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, **2003**. ISBN 85-7420-099-9.

FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Tradução de Elisete Antoniuk de *Autorität und Integration Zue Grammatik Von Recht und Verfassung* (2003). Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN 85-7308-885-0.

FREITAS, Herculano de. *Direito Constitucional* (1923). Edição feita no Ano do Centenário do Nascimento do Autor. São Paulo, 1965. ISBN n/d.

GODFREY-SMITH, Peter. *Functions: Consensus without Unity* (1993). Disponível [online] em <http://www.people.fas.harvard.edu/pgs/OnlinePapers>. Acessado em 6 de abril de 2006.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo, Malheiros: 1996. ISBN n/d.

_____. *Realismo e Utopia Constitucional*. In.: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. MORAES, Filomeno (orgs.). *Direito Constitucional Contemporâneo – Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, pp. 117-126. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. ISBN 85-7308-764-1.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho de *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen* (2001). Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 85-7308-867-2.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro (sem nome e data do original). México: Unam, 2001 (reimpressão, 2003). ISBN 968-36-9069-6.

HABERMAS, Jürgen. *Law as Medium and Law as Institution*. In.: TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*, pp. 203-220. Berlim, Nova Iorque e de Gruyter: European University Institute, 1985. ISBN 3-11-010495-4.

_____. *Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos*. Tradução de Cláudio Molz de *Zur Legitimation durch Menschenrechte* (1998). In: MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e Legitimidade*, pp. 67-82. São Paulo: Landy Editora, 2003. ISBN 85-87731-82-3.

_____. *Why Europe Needs a Constitution*. In.: New Left Review 5, setembro-outubro de **2001**, pp. 5-26. Disponível [online] em <http://newleftreview.org>. Acessado em 7 de agosto de 2006.

HART, H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals* (**1958**). In.: HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp. 49-87. Oxford: Clarendon Press, 1983 (reimpressão 2001). ISBN 0-19-825388-5.

_____. *The Concept of Law* (**1961**). Oxford: Oxford University Press, 1997. ISBN 0-19-876123-6.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta de *Staatslehre* (**1934**). São Paulo: Mestre Jou, 1968. ISBN n/d.

HEMPEL, Carl Gustav. *The Logic of Functional Analysis* (**1959**). In.: MARTIN, Michael. MCINTYRE, Lee C. (orgs.). *Readings in the Philosophy of Social Sciences*, pp. 349-375. Cambridge: MIT Press, 1994. ISBN 0-262-63151-2.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes de *Die normative Kraft Der Verfassung* (**1959**). Porto Alegre: Fabris, 1991. ISBN 85-88278-18-9.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (20ª edição, **1995**). Porto Alegre: Fabris, 1998. ISBN 85-88278-05-7.

HILPINEN, Risto. *Artifact (Revised Version)*. In: ZALTA, Edward (org.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2004 Edition)*. Disponível [online] em <http://plato.stanford.edu/archives/fall2004/entries/artifact>. Acessado em 25 de novembro de 2006.

HOLMES, Stephen. *Gag Rules or the Politics of Omission*. In: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change)*,

pp. 19-58. Cambridge: Cambridge University Press, **1988** (reimpressão 1997). ISBN 0-521-45721-1.

_____. *Foreword*. In: SAJÓ, András. *Limiting Government - An Introduction to Constitutionalism*. Budapeste: Central European University Press, **1999**. ISBN 963-9116-24-6.

HOUKES, Wybo. VERMAAS, Pieter. *Actions versus Functions: A Plea for an Alternative Metaphysics of Artifacts*. In.: *The Monist*, volume 87, número 1, pp. 52-71. Illinois: Hegeler Institute, **2004**. ISSN 0026-9662.

JHERING, Rudolph von. *A Finalidade do Direito*. Tomo I. Tradução de Heder H. Hoffmann de *Der Zweck im Recht* (**1883**). Campinas: Bookseller, 2002. ISBN 85-7468-145-8.

KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Tradução de Bonnie e Stanley Paulson de *Reine Rechtslehre* (1ª edição, **1934**). Oxford: Clarendon Press, 1992 (reimpressão 2002). ISBN 0-19-826565-4.

_____. *The Function of a Constitution*. Tradução de Iain Stewart de *Die Funktion der Verfassung* (**1964**). In.: TUR, Richard. TWINING, Willian (orgs.). *Essays on Kelsen*, pp. 109-119. Oxford: Oxford University Press, 1986. ISBN 0-19-825470-9.

KINCAID, Harold. *Assessing Functional Explanations in the Social Sciences* (**1990**). In.: MARTIN, Michael. MCINTYRE, Lee C. (orgs.). *Readings in the Philosophy of Social Sciences*, pp. 415-428. Cambridge: MIT Press, 1994. ISBN 0-262-63151-2.

_____. *Functionalist Successes and Excesses in Social Sciences*. In.: *Analyse & Kritik* 24, pp. 60-71. Stuttgart: Lucius & Lucius, **2002**. ISSN 0171-5860.

_____. *Functional Explanation and Evolutionary Social Science*. In.: TURNER, Stephen. RISJORD, Mark (orgs.). *Philosophy of Anthropology and Sociology*, pp. 213-248. Holanda: Elsevier, **2007**. ISBN 0-444-51542-9.

LALLEMENT, Michel. *História das Idéias Sociológicas: das origens a Max Weber*. Tradução de Ephraim F. Alves de *Histoire des idées sociologiques: des origines à Weber* (2002). 3ª edição. Petrópolis: Vozes, 2003. ISBN 85.326.2918-0.

LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una constitución?* (1862). Tradução de Wenceslao Roces. 5ª edição. Barcelona: Ariel, 1997. ISBN 84-344-1010-9.

LEVI, Lucio. *Legitimidade* (verbete). In.: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*, pp. 675-679. Tradução de Carmem C. Varrialle et al. de *Dizionario di Politica* (1983). Brasília e São Paulo: Editora Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado, 2000. ISBN 85-230-0310-x.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002. ISBN 85-86456-40-3.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte de *Verfassungslehre* (1959/1964). 2ª edição. Barcelona: Ariel, 1970. ISBN n/d.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate de *Das Recht der Gesellschaft* (1993a). 2ª edição. México: Herder, 2005. ISBN 968-5807-10-8.

_____. *Fonction* (verbete). In.: ARNAUD, André Jean (org.). *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, pp. 265-266. 2ª edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1993b. ISBN 2-275-00601-x.

MADISON, James. *O Federalista No. 10* (1787). In.: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*, pp. 77-83. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama de *The Federalist*. 2ª edição. Campinas: Russell Editores, 2005. ISBN 85-89251-07-01.

MARTÍNEZ, Pedro Mário Soares. *Filosofia do Direito*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1995. ISBN 972-40-0818-5.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 3ª edição (1940). Rio de Janeiro: Forense, 1981. ISBN n/d.

McLAUGHLIN, Peter. *What Functions Explain: Functional Explanation and Self-Reproducing Systems*. Cambridge: Cambridge University Press, **2001**. ISBN 0-521-78233-3.

_____. *On Having a Good and Having a Function*. In.: *Analyse & Kritik* 24, pp. 130-143. Stuttgart: Lucius & Lucius, **2002**. ISSN 0171-5860.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, **2000**. ISBN 85-203-1863-0.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, **1993**. ISBN 85-7420-325-4.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, **2002**. ISBN 85-7420-325-4.

MENDRAS, Henri. *Princípios de Sociologia – Uma Iniciação à Análise Sociológica*. Tradução de Patrick Davos de *Éléments de Sociologie (Une Initiation à l'Analyse Sociologique)* (**1967**). Rio de Janeiro: Zahar, 1975. ISBN n/d.

MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz. *Introdução*. In: MERLE, Jean-Christophe. MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e Legitimidade*, pp. 9-17. São Paulo: Landy Editora, **2003**. ISBN 85-87731-82-3.

MERLE, Marcel. *Sociologie Politique et Droit Constitutionnel*. Comunicação apresentada ao Seminário de Filosofia do Direito (Paris, **1968**). In.: *Archives de Philosophie du Droit*, pp. 227-236. Paris: Sirey, 1969. ISSN n/d.

MILLIKAN, Ruth Garret. *In Defense of Proper Functions* (**1989**). In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 295-312. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, **1991**. ISBN 85-224-0681-2.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, **2002** (reimpressão 2005). ISBN 85.309.1679-4.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 3. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, **2000**. ISBN 85-7468-025-7.

MITCHELL, Sandra D. *Function, Fitness, and Disposition* (**1995**). In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 395-415. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

MOORE, Michael S. *Law as a Functional Kind*. In.: GEORGE, Robert P. (org.). *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, pp. 188-242. Oxford: Clarendon Press, **1994**. ISBN 978-0198235521.

NAGEL, Ernest. *La Estructura de la Ciencia. Problemas de la Lógica de la Investigación Científica*. Tradução de Néstor Míguez de *The Structure of Science* (**1961**). Buenos Aires: Paidós, 1968. ISBN n/d.

_____. *Teleology Revisited* (**1977**). In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 197-240. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

NEANDER, Karen. *Functions as Selected Effects* (**1991**). In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 313-333. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. ISBN n/d.

NOVELLI, Flávio Bauer. *A Eficácia do Ato Administrativo*. In.: *Revista de Direito Administrativo*, volume 60, pp. 16-26. Rio de Janeiro: Serviço de Publicações da Fundação Getúlio Vargas, **1960**. ISSN n/d.

OST, François. *Science du Droit* (verbetes). In.: ARNAUD, André Jean (org.). *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, pp. 540-544. 2ª edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), **1993**. ISBN 2-275-00601-x.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti de *Filosofia Del Diritto* (**1996**). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. ISBN 85-336-2093-4.

PASQUINO, Gianfranco. *Integração* (verbetes). In.: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*, pp. 632-635. Tradução de Carmem C. Varrialle *et al.* de *Dizionario di Politica* (**1983**). Brasília e São Paulo: Editora Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado, 2000. ISBN 85-230-0310-x.

PECES-BARBA Martinez, Gregório. *Reflexiones sobre la Constitución Española desde la Filosofía del Derecho* (**1980**). In: *La Constitución y los Derechos*, pp. 17-74. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2006. ISBN 958-710-038-7.

_____. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Debate, **1983** (terceira reimpressão, 1991). ISBN 84-74444-096-3.

_____. *La Constitución en la Cultura Política y Jurídica Moderna* (**2004**). In: *La Constitución y los Derechos*, pp. 167-271. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2006. ISBN 958-710-038-7.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Privatização e Parcerias: Considerações de Ordem Constitucional, Legal e de Política Econômica*. In: *Revista de Direito Mercantil* nº 119, julho-setembro de 2000, pp. 9-25. São Paulo: Malheiros Editores, **2000**. ISSN n/d.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume I – Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, **2004**. ISBN 85-309-1962-9.

PERLMAN, Mark. *The Modern Philosophical Resurrection of Teleology*. In.: *The Monist*, volume 87, número 1, pp. 3-51. Illinois: Hegeler Institute, **2004**. ISSN 0026-9662.

PERRY, Stephen R. *Interpretation and Methodology in Legal Theory* (1994). In.: MARMOR, Andrei (org.). *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, pp. 97-135. Oxford: Clarendon Press, 1997. ISBN 0198264879.

PREUß, Ulrich. *Patterns of Constitutional Evolution and Change in Eastern Europe*. In.: HESSE, Joachim J. JOHNSON, Nevil (orgs.). *Constitutional Policy and Change in Europe*, pp. 95-126. Oxford: Oxford University Press, 1995. ISBN 0198279914.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. Tese de Doutorado (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). São Paulo, 1999.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Sobre o Conceito de Função em Ciências Sociais* (1935). In.: RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Estrutura e Função na Sociedade Primitiva*, pp. 220-231. Tradução de Nathanael C. Caixeiro de *Structure and Function in Primitive Society* (1952). Petrópolis: Vozes, 1973. ISBN n/d.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979. ISBN 0198254938.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo de *Political Liberalism* (1993). 2ª edição. São Paulo: Ática, 2000. ISBN 85-08-07394-1.

REALE, Miguel. *Teoria do Estado e do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Martins, 1970. ISBN n/d.

RENNER, Karl. *The Institutions of Private Law and their Social Function*. Tradução de Agnes Schwarzschild de *Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts* (1904). Londres: Routledge & K. Paul, 1949. ISBN n/d.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991. ISBN n/d.

RUSE, Michael. *Teleology and the Biological Sciences* (1986). In.: RUSE, Michael. *The Darwinian Paradigm: Essays on Its History, Philosophy and Religious Implications*, pp. 146-154. Londres: Routledge, 1989. ISBN 0415089514.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *A Elaboração da Pesquisa e da Monografia Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-530-3.

SCALIA, Antonin. *Originalism: The Lesser Evil*. In.: 57 University of Cincinnati Law Review 849 (1989), pp. 849-865. Cincinnati: University of Cincinnati, 1989. ISSN n/d.

SCHNEIDER, Hans Peter. *La Constitución: Función y Estructura* (1974). In.: SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*, pp. 35-52. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ISBN 84-259-0897-3.

SCHMITT, Carl. *Teoria de La Constitución*. Tradução de Francisco Ayala de *Verfassungslehre* (1928). Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934 (reimpressão, s/d). ISBN n/d.

SEARLE, John R. *The Construction of Social Reality*. Londres: Penguin Books, 1995. ISBN 0-14-023590-6.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. ISBN 85-7420-045-X.

SILVA, Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da. *Aspectos da Legitimidade da Constituição de 88 e suas Implicações no Exercício do Poder* (1989). In.: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 3, número 10, pp. 87-96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. ISSN 1415-630x.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN 85-7420-696-2.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Tradução parcial de Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón do Tomo I de *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (1983). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. ISBN 842590770-5.

STINCHCOMBE, Arthur L. *La Construcción de Teorías Sociales*. Tradução de Marta Rivalta de *Constructing Social Theories* (1968). Buenos Aires: Nueva Visión, 1970. ISBN n/d.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. ISBN 85-7348-225-7.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992. ISBN n/d.

SUNSTEIN, Cass R. *Constitutions and democracies: an epilogue*. In.: ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune (orgs.). *Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change)*, pp. 327-356. Cambridge: Cambridge University Press, 1988 (reimpressão 1997). ISBN 0-521-45721-1.

TAMANAH, Brian Z. *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997 (reimpressão, 1999). ISBN 0-19-829825-0.

_____. *Law as a Means to an End – Threat to the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2006. ISBN 0-521-68967-8.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 85-02-04992-5.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN 85-02-05470-8.

_____. *O fim da Constituição*. In.: *Folha de S. Paulo*, Tendências e Debates, 8 de janeiro de 2008, p. A-3. ISSN 1414-5723

TAVARES, Íris Eliete Teixeira Neves de Pinho. *O Conceito de Funções e de Órgãos de Exercício do Poder*. In.: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 81, julho de 1995, pp. 77-89. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, **1995**. ISSN n/d.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia a partir de apostilas acadêmicas (**1962**). Rio de Janeiro: Forense, 1991. ISBN 85-218-0056-8.

TREVES, Renato. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Tradução de Manuel Atienza de *Introduzione alla Sociologia del Diritto* (**1977**). Madrid: Taurus, 1978. ISBN 84-306-1159-2.

_____. *Sociologia do Direito: Origens, Pesquisas e Problemas*. Tradução de Marcelo Branchini de *Sociologia del Diritto* (**1993**). 3ª edição. Barueri: Manole, 2004. ISBN 85-204-1855-4.

VALDÉS, Martha Prieto. *Funciones de la Constitución*. In.: *Revista Cuba Siglo XXI*. Número XXIV, pp. 1-10, **2002**. Disponível em <http://www.nodo50.org/cubasigloXXI>. Acessado em 30 de agosto de 2006.

VALADÉS, Diego. *Constitución y Democracia*. México: Unam, **2000**. ISBN 968-36-8552-6.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Uma Visão Atualizada do Poder Constituinte*. Entrevista concedida a Celso Ribeiro Bastos e Gastão Alves de Toledo. Tradução de Susana Maria Pereira dos Santos de Nóbrega. In.: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano I, número 1, pp. 11-25. Rio de Janeiro: Forense, **1983**. ISSN n/d.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassiz Almeida Filho de *El Sentimiento Constitucional: aproximación a el estudio del sentir constitucional como modo de integración política* (**1985**). Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN 85-309-1834-7.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Constituição* (verbete). In.: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*, pp. 258-268. Tradução de

Carmem C. Varrialle *et al.* de *Dizionario di Politica* (1983). Brasília e São Paulo: Editora Universidade de Brasília e Imprensa Oficial do Estado, 2000. ISBN 85-230-0310-x.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo: Malheiros, 1999. ISBN 857420091-3.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges de *The Dignity of Legislation* (1999). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. ISBN 85-336-1896-4.

_____. *The Core of the Case against Judicial Review*. In: *The Yale Law Journal*, volume 115, edição 6, pp. 1346-1406. New Haven: The Yale Law Journal Company, 2006. ISSN 004-0094.

WILLKE, Helmut. *Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program*. In: TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*, pp. 280-298. Berlim, Nova Iorque e de Gruyter: European University Institute, 1985. ISBN 3-11-010495-4

WRIGHT, Larry. *Functions* (1973). In.: ALLEN, Colin. BEKOFF, Marc. LAUDER, George (orgs.). *Nature's Purposes – Analysis of Functions and Design in Biology*, pp. 51-78. Cambridge: MIT Press, 1998. ISBN 0-262-51097-9.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón de *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia* (1992). Madrid: Editorial Trotta, 1995. ISBN 84-164-071-9.

APÊNDICE
TABELA DE
FUNÇÕES DA CONSTITUIÇÃO

Com intuito meramente ilustrativo, e sem nenhuma pretensão de exaustividade, a tabela abaixo aponta exemplos de trabalhos de autores de diferentes escolas e países³⁴² que intentaram relacionar, de forma objetiva, as funções desempenhadas pelas constituições³⁴³.

Embora as denominações adotadas nem sempre revelem *de per se* a extensão de cada uma das funções³⁴⁴, basta passar os olhos pela tabela para se ter uma idéia da diversidade dos catálogos funcionais apresentados pela doutrina. Esse o principal objetivo deste Apêndice.

País	Autor e Obra	Funções da Constituição Identificadas
Alemanha	Grimm, 2001:203ss	Juridicização do Poder (abrange (i) Legitimação do Poder Político, (ii) Organização do Poder Público, (iii) Limites do Poder e (iv) Integração Social).
	Häberle, 2001:115ss	(i) Razão e Emoção, (ii) Processamento do Tempo, (iii) Consenso Básico e Pluralidade, (iv) Limitadora e (v) Referência à Realidade e Configuração da Realidade.

³⁴² A referência ao país de origem de cada autor visa apenas ilustrar a repercussão internacional do tema.

³⁴³ Não foram incluídos na tabela trabalhos que invocam funções da constituição sem aparente intenção de sistematização exaustiva, como, por exemplo, nos casos de ZAGREBELSKY (1992:39s), que trata de uma *função unificadora*, e de CABO MARTIN (1978:173ss), preocupado em demonstrar uma *função histórica* de manutenção do *status quo*. Outrossim, a tabela não contempla trabalhos que, apesar de tratarem das funções da constituição, não apresentam uma relação delimitada das mesmas, como são os casos, por exemplo, no Brasil, de FERRARI R. (2001:59ss), e, em Cuba, de VALDÉS (2002:1ss). A tabela tampouco inclui trabalhos classificatórios de normas constitucionais não formulados em termos especificamente funcionais, como são, por exemplo, os casos de SILVA J. (1998:183ss) (o qual trata de normas constitucionais orgânicas, limitativas, sócio-ideológicas, de estabilização e de aplicabilidade) e de BARROSO (2003:93ss) (o qual alude às normas constitucionais de organização, de definição de direitos e programáticas), ambos preocupados precipuamente com questões relacionadas à eficácia e efetividade dos dispositivos constitucionais, não com a formulação de um quadro de funções da constituição.

³⁴⁴ Em alguns casos (Dallari, Grimm, Hesse, Sánchez Agesta), os autores não dão nomes específicos às funções que identificam, razão pela qual, para fins de apresentação na tabela, adotamos termos que correspondem à idéia central de cada função na obra do respectivo autor.

País	Autor e Obra	Funções da Constituição Identificadas
	Häfelin, 1974:81ss ³⁴⁵	(i) Estabelecimento Normativo da Organização Estatal, (ii) Limitação do Poder Estatal, (iii) Garantia do Estatuto Jurídico dos Cidadãos, (iv) Fundamento da Ordem Jurídica Estatal e (v) Fixação dos Valores Fundamentais do Estado.
	Hesse, 1995:38ss	(i) Possibilitar e Garantir um Processo Político Livre, (ii) Constituir, Estabilizar, Racionalizar e Limitar o Poder e (iii) Assegurar Liberdade Individual.
	Preuß, 1995:95ss	(i) Limitação do Poder, (ii) Autorização, (iii) Legitimação e (iv) Integração.
	Schneider, 1974:35ss	(i) Formação da Unidade Política, (ii) Coordenação do Poder Estatal e (iii) Integradora do Comportamento Social.
	Stern, 1983:220ss	(i) Ordem, (ii) Estabilidade, (iii) Unidade (Integração), (iv) Limitar e Controlar o Poder, (v) Garantir a Liberdade, a Autodeterminação e a Proteção Jurídica do Indivíduo, (vi) Fixar a Estrutura Organizativa Fundamental do Estado e (vii) Fixar Ordem Material Básica.
<i>Áustria</i>	Kelsen, 1964:109ss	Fundamentação da Validade.
<i>Brasil</i>	Cunha, 2004:40ss ³⁴⁶	(i) Auto-Definição do Povo, (ii) Representação Jurídica da Sociedade, (iii) Auto-Limitação do Poder Soberano e (iv) Estado de Direito.

³⁴⁵ *Apud* Aubert J., 2001:14. A referência completa é a seguinte: HÄFELIN, Ulrich. *Verfassungsgebung*, RDS 1974 II.

³⁴⁶ O autor fala, em verdade, em *finalidades* da constituição (cf. item 2.5.2 *supra*).

País	Autor e Obra	Funções da Constituição Identificadas
	Dallari, 1984:7ss ³⁴⁷	(i) Declarar e Assegurar os Direitos Fundamentais, (ii) Disciplinar o Uso do Poder, (iii) Organização Racional da Sociedade e do Governo e (iv) Limitar o Poder Econômico.
	Ferreira Filho, 2003:63ss	(i) Estritamente Jurídica, (ii) Garantia, (iii) Organizativa (Estruturante), (iv) Limitativa, (v) Procedimental, (vi) Instrumental, (vii) Conformadora da Ordem Sociopolítica, (viii) Legitimadora/Legitimante, (ix) Legalizadora, (x) Simbólica e (xi) Prospectiva.
	Neves, 1994:69ss	(i) Institucionalização dos Direitos Fundamentais e (ii) Estabelecimento Constitucional do Estado de Bem-Estar.
	Rocha, 1991:25ss	(i) Informar e Conformar os Fundamentos da Organização Política da Sociedade e do Direito, (ii) Ordenadora da Organização Estatal, (iii) Racionalização e Estabilização do Poder, (iv) Garantidora de Direitos, (v) Transformadora e (vi) Definir Linhas de Ação Futura do Estado.
	Silva V., 2005:111ss	(i) Lei, (ii) Fundamento, ou (iii) Moldura ³⁴⁸ .
Espanha	Agesta, 1974:320ss	(i) Unidade Formal e de Valores, (ii) Organização de Poder e (iii) Unidade de Ordem.
	Aja, 1984:42ss	(i) Regulação da Estrutura, Competências e Procedimentos das Instituições, (ii) Norma Primária da Produção Jurídica, (iii) Fonte Direta dos Direitos Fundamentais, e (iv) Legitimação do Sistema e Integração dos Grupos Sociais.

³⁴⁷ Também este autor fala em *finalidades* da constituição (cf. item 2.5.2 *supra*).

³⁴⁸ Trata-se de classificações dos tipos possíveis de constituição tendo em conta o que autor ora chama de *função*, ora de *papel* da constituição no ordenamento jurídico.

País	Autor e Obra	Funções da Constituição Identificadas
	Esteban, 1976:11ss	(i) Legitimadora, (ii) Política, (iii) Organizativa, (iv) Jurídica, (v) Ideológica e (vi) Transformadora.
	Peces-Barba, 2004:226ss	(i) Segurança, (ii) Justiça e (iii) Legitimidade.
Holanda	Maarseveen e Tang, 1978:275s ³⁴⁹	(i) Transformação, (ii) Informação, (iii) Regularização e (iv) Canalização.
Itália	Mortati, 1940:131ss ³⁵⁰	(i) Unificação, (ii) Garantia e (iii) Identificação.
	Vergottini, 1983:258ss	(i) Garantia, (ii) Constitutiva (Legitimadora), (iii) Estabilização e Racionalização do Sistema de Poder, (iv) Legitimação e (v) Propaganda e Educação Política.
México	Valadés, 1998:107ss	(i) Jurídica, (ii) Política e (iii) Simbólica.
Peru	Landa, 2002:109ss ³⁵¹	(i) Legitimadora, (ii) Ordenadora, (iii) Temporal, (iv) Essencial, (v) Integradora, (vi) Limitadora e (vii) Libertária.
Portugal	Canotilho, 1982:150ss e 1993:73s	(i) Constituir Normativo da Organização Estadual, (ii) Racionalização e Limites dos Poderes Públicos, (iii) Fundamentação da Ordem Jurídica da Comunidade e (iv) Programa de Ação.

³⁴⁹ Apud Miranda, 1988:21. A referência completa é MAARSEVEEN, Hen Van e TANG, Ger Van Der. *Written Constitutions – A Computerized Comparative Study*, 1978.

³⁵⁰ Apud CARVALHO, 2006:259.

³⁵¹ Landa fala, em verdade, das funções da dignidade humana, as quais, sustenta, correspondem às funções da constituição.

País	Autor e Obra	Funções da Constituição Identificadas
	Canotilho, 2003:1438ss	(i) Consenso Fundamental, (ii) Legitimidade e Legitimação da Ordem Jurídico-Constitucional, (iii) Garantia e Proteção, (iv) Organização do Poder Político, (v) Ordem e Ordenação, (vi) Autovinculação, (vii) Inclusividade Multicultural, (viii) <i>Bootstrapping</i> e (ix) Controle Débil e Difuso.
<i>Suíça</i>	Aubert J., 1995:16ss	(i) Fundamento Jurídico do Estado, (ii) Identidade Política, (iii) Legitimação Democrática, (iv) Limitação do Poder e (v) Integração.
	Aubert J., 2001:13ss	(i) Estabilização, (ii) Atribuição do Poder, (iii) Limitação do Poder, (iv) Programática, (v) Psicológica, (vi) Histórica e (vii) Integração.
	Eichenberger, 1991:178ss ³⁵²	(i) Ordem, (ii) Controle do Poder, (iii) Organização, (iv) Integração e (v) Orientação.
<i>Venezuela</i>	Brewer-Carías, 2004:127ss	(i) Integração Política, (ii) Normação da Sociedade e (iii) Organização do Estado.
	Casal, 2004:24ss	(i) Consolidar a Unidade Política e a Unidade do Ordenamento Jurídico, (ii) Limitar e Controlar o Exercício do Poder, (iii) Garantir o Pluralismo Político e Social e (iv) Salvaguardar Certos Valores.

³⁵² *Apud* Aubert J., 2001:14. A referência completa é a seguinte: EICHENBERGER, Kurt. *Sinn und Bedeutung einer Verfassung*, RDS 1991 II.