

DIREITO E PODER NA FILOSOFIA PÓS-MODERNA

*Alessandro Severino Vallér Zenni**

SUMÁRIO: *1 Introdução. 2 Idéia Geral de Poder Político. 3 Poder, Estado e Direito. 4 Poder e Obediência. 4.1 Poder e Egoísmo – Corrupção no Estado Moderno. 5 Poder, Soberania e Direito – A questão do fim. 6 O Poder e o Direito nas Sociedades Funcionais. 6.1 A Sociedade Funcional, o Poder, o Jurídico e a Teoria da Comunicação. 7 Conclusões. 8 Referências bibliográficas.*

RESUMO: A teoria sobre Poder, Direito e Comunicação expressa como as relações de força se institucionalizaram através do racionalismo, universalizando comandos por esquemas binários, e desenhando sistema dinâmico de produção de poder pelo exercício puro das idéias, velando os ilegítimos detentores do poder.

PALAVRAS-CHAVE: poder; direito; sociedade funcional; teoria da comunicação.

LAW AND POWER IN POST-MODERN PHILOSOPHY

ABSTRACT: The theory on Power, Law and Communication shows how power relations are institutionalized through rationalism, universalizing commands for binary schemes, drawing a dynamic system of power production by the pure exercise of ideas, and protecting the illegitimate power holders.

KEYWORDS: power; law; functional society; communication theory.

* Doutor em Filosofia pela PUC-SP. Professor da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca revelar, ainda que de forma superficial, dadas as limitações temporais e espaciais próprias de um investigador humano, as implicações entre Direito e Poder nas sociedades funcionais diferenciadas constituídas a partir do projeto de modernidade e as repercussões da teoria da comunicação sobre o tema abordado.

Não disfarçamos nossa desconfiança do Direito como código de linguagem que busca ordenar interesses contrapostos e ocultados que se fermentam por trás das normas jurídicas e relegados cotidianamente em sua observação pelos receptores da comunicação jurídica.

Nesta perspectiva incursionaremos pela idéia geral de poder político, com a seqüente análise acerca do poder transmitido pelo Direito.

Averiguaremos os motivos pelos quais os receptores de comandos jurídicos consentem na observação das ordens emanadas, sem olvidar os interesses escusos a serviço do poder, gerando uma teoria difundida pela ciência política cognominada de teoria da corrupção no Estado Moderno.

É de se investigar a soberania no panorama da pós-modernidade, e como se configura o sistema jurídico atual, vincado no contrato social coexistindo com vários centros emanadores de normas.

Para tanto é fundamental que perpassemos por aspectos novos da sociedade contemporânea e as novas formas de linguagem, para, então, analisarmos a linguagem jurídica. Ousaremos nos imiscuir na teoria da comunicação para entender o processo de reprodução em cadeia do poder, tendo no Direito um código de comunicação que objetiva explicitar e validar o código de comunicação poder.

Ao final, emitiremos nossas conclusões sobre o assunto.

2. IDÉIA GERAL DE PODER POLÍTICO

O termo poder sugere relação e força, controle e submissão, e na medida em que o homem é o animal político¹, mantendo intersubjetividade no próprio existir, somente com ordem será possível escoimar da sociedade o caruncho do anarquismo que contraria todo o movimento corrente da própria natureza das coisas, entre elas, a humana.

É corrente exaurir-se o tema concernente ao poder nas relações sociais como fenômeno adjeto à economia, tanto que a teoria do liberalismo político iniciada

¹ Aristóteles. Política. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995, p. 97.

com Hobbes e incrementada por Locke legitimava a liberdade negativa através das normas jurídicas, verdadeiro arsenal de poder subjetivo², enquanto o marxismo surge como revolta da classe operária contra os exageros economicistas do movimento liberal, propondo um direito coartador de liberdades que retirasse os meios de produção de certa classe social e os distribuísse isonomicamente entre os integrantes da comuna³.

Enfim, há muito se enfatiza o poder político e sua genealogia tendo como ponto de convergência de movimentos absolutamente antagônicos - o cotejo entre os modelos liberal e marxista -, o economicismo, na teoria do poder.

O poder como fonte de manutenção e reprodução pura de relações econômicas extrema-se no fenômeno da força, cuja mecânica de repressão dos indivíduos, a par das normas, contratos e cessões, é, também a guerra, não só na batalha, mas no silêncio que há por trás das desigualdades econômicas que, em última análise, culminou e culminará sempre com a guerra das armas.

3. PODER, ESTADO E DIREITO

É certo, entretanto, que o sistema de vislumbre do poder na modernidade, como direito originário, remonta ao contrato social⁴, supremo documento de concessão da soberania popular, cujas cláusulas reservam à comunidade o direito natural de revolta⁵, mas não deixa de representar risco de exorbitação e opressão.

Na atualidade o poder deixa de ser encarado como um direito de alguém, tal qual o detentor de um bem que procura aliená-lo via cessão ou contrato, tal qual se o estudava poder político ou soberania política de um indivíduo estabelecida juridicamente pelo sinalagma; esta idéia cede a uma nova estrutura circular, funcionando em cadeia, sem localizar-se nas mãos de alguém especificamente como uma propriedade, exercendo-se em rede, no sentido de que sempre se está a sofrer ou exercer poder⁶.

² John Locke. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 196.

³ Marx vai além para ressaltar que as normas jurídicas asseguram o poder econômico nas mãos de poucos e, dessa forma, há uma perpetuação do *status quo*. Karl Marx. A Questão Judaica. Tradução de Paulo Ferreira Leite. 5ª. Ed., São Paulo: Centauro, 2000, p. 32.

⁴ O Contrato Social. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1.999, p. 21 e seguintes.

⁵ Locke. Segundo Tratado..., p. 93.

⁶ A esse propósito Foucault registra que o poder não deve ser tomado como fenômeno de dominação homogêneo, concentrado nas mãos de um indivíduo e que se exerce sobre os outros, mas visto como algo que funciona em rede. Esta, aliás, é uma precaução metodológica no estudo do poder. *In* Microfísica do Poder. 14ª. ed. Tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Editora Graal, 1.999, p. 183.

Em Maquiavel já se enuncia o poder como processo, portanto, de caráter transitório, e não como coisa conferida a alguém, embora àquela ocasião o filósofo conotasse aspecto diverso à questão, relativamente à possibilidade de um cidadão comum exercê-lo, desde que contasse com binômio: fortuna e virtú.⁷

Mas o que se pretende destacar é a relação entre poder/Direito e a institucionalização da verdade para possibilitar-se a produção da riqueza, sempre ocultando o poder através da linguagem jurídica.

Nota-se mesmo que a questão do poder, diluída na dogmática jurídica, mantém-se velada e oculta, e o próprio Kelsen ao referir-se à norma hipotética fundamental, situa-a abaixo do poder, este como a gênese de todo o Direito, vindo a tornar-se, posteriormente, o seu contraposto, requestando o necessário controle pelas normas jurídicas.

A sustentação do poder exigiu do Direito a edificação de normas, sendo os juristas, a princípio, os organizadores do poder real, ora para legitimá-lo, a despeito de todo o absolutismo, dando-lhe fundamento, ora para limitá-lo. Com efeito, ao torná-lo legitimado, o poder fica dissolvido nas regras jurídicas e faz crer uma eliminação de dominação – como fato – transmutado em obrigação e obediência.

No Direito, aliás, o poder é tratado com requinte e sutileza, pois a força que lhe decorre como efeito dilui-se em linguagem escamoteada, como a capacidade de produzir obediência, escondendo o poder sob uma roupagem tênue, no direito subjetivo⁸, por exemplo. Então o Direito funciona como instrumento que esconde o poder⁹. Aliás, a paisagem inequívoca do mundo é de uma planta exangue totalmente administrada, cujas relações são distribuídas entre riscos e cálculos e matizadas por relações de poder.¹⁰

A rigor, o poder em relação ao Direito tem duas conotações: a primeira, externa, como instrumento, remete à idéia de conjunto de órgãos ou aparelhos através

⁷ O Príncipe. Tradução de Maria Julia Goldwasser. São Paulo: Martins e Fontes, 2.001, p. 27 e seguintes.

⁸ Aliás, parece-nos apropriado o comentário de Michel Villey acerca do surgimento do direito subjetivo. Em uma pesquisa filosófico-histórica o jurista aponta que o precursor da idéia de direito como poder do indivíduo, precedente ao direito substancial e objetivo resulta da doutrina de Guilherme de Occam, um franciscano, que procura legar o poder divino à sua criação. Então Hobbes se apropria da ensinança para conter o absolutismo inglês e garantir o poder de liberdade individual, enquanto Locke o burila como fonte de legitimação do lucro através do direito ao fruto do trabalho. In *Seize Essais de Philosophie du Droit*. Paris : Daloz, 1969, p. 189.

⁹ Foucalut assinala que o direito deve ser notado como procedimento de sujeição e não como legitimidade a ser estabelecida. In *Microfísica do Poder*. 14ª. ed. Tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Editora Graal, 1.999, p. 182.

¹⁰ Jurgen Habermas. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins e Fontes, 2.000, p. 470.

do qual o Estado mantém sua soberania sobre o seio social; a segunda, como faculdade, refere-se à comunicação ou direito subjetivo, com os conseqüências de força, também, disposto aos sujeitos de direito, como algo interno. Dessa forma estabelecem-se as relações de obediência.

4. PODER E OBEDIÊNCIA

No que concerne à obediência, vale o registro de La Boétie no Discurso da Servidão Voluntária¹¹, desenvolvido a propósito de uma época de absolutismo, mas tão atual e adequado à pós-modernidade, em que se vive um momento de neofascismo, como preceituou Norberto Bobbio¹². O que mais intrigava o filósofo francês era compreensão de como tantos homens podem servir a um tirano? Complementaríamos, o que nos faz sermos subservientes às classes dirigentes que se valem da força e do Direito para dominar?

Impõe-se registrar que o Direito proveniente da natureza das coisas mantém a ordem perfeita de justiça, mas quando deslocado de seu eixo natural, transforma-se em um arsenal de normas artificiais que servem aos interesses daqueles que dirigem e comandam. Mesmo contrariando a ordem natural das relações, o homem acata os comandos sem resignar-se.

Gabriel Chalita procura denotar o que La Boétie designou como estado de servidão voluntária arraigada nos cidadãos de seu tempo, e o quanto essa subserviência avilta a natural liberdade humana, bem assim situar os aspectos pelos quais o homem se deixa servir voluntariamente, transformando a sua essência natural a partir de uma submissão moral que o deixa escravizado.

Especificamente sobre o porquê da servidão, denominada por La Boétie de obstinação pela servidão, argumenta que ela se arraiga no homem sem que o mesmo atente para o fato e mesmo procure opor alguma resistência, com agravo de que o poder concedido ao tirano resulta de vontade popular. A isso justifica com a quebra dos laços que unem o homem ao seu bem natural mais precioso, a liberdade que o faz para auto-realização, abandonada ao acaso por falta de cultivo.

De forma incisiva há uma conclamação à luta pela liberdade e renúncia ao estado de subserviência, até para evitar que a natureza humana deixe de existir no ser. Mas a vontade de servir pode ser explicada por preferibilidade diante da própria educação para a vida servil, pois distante do conhecimento e da sabedoria

¹¹ *Apud.* Gabriel Chalita. O Poder. São Paulo: Editora Saraiva, 1.998, p. 79 e seguintes.

¹² Igualdade e Liberdade. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 84.

o homem não experimenta outra coisa senão a servidão e passa a encarar com naturalidade a condição em que vive.

A par dessa razão fundada no costume, cujo conseqüente imediato é a própria covardia, destaca-se também que a vontade de servir encobre um desejo de participação na tirania, que associada à primeira motivação, marca um padrão na conduta de um indivíduo.

Gabriel Chalita, ao reportar-se a Reich, esclarece que a tirania pode constituir-se de forma molecular no seio da família, baluarte de um sistema social, conquanto a posição de patriarca e chefe político econômico da família repercuta nos demais membros desta, tanto que os filhos submetidos ao pai, incorporam o regime autoritário, tornando-se assim uma ideologia.¹³

A partir disso desenvolve-se um desejo de cada um no sentido de tornar-se também um concentrador de poder, submetendo o outro, cuja relação de dominação se pulveriza por toda a sociedade.

4.1 PODER E EGOÍSMO – CORRUPÇÃO NO ESTADO MODERNO

Na teoria da corrupção do Estado moderno, desenvolvida por John Patrick Dobel, cientista político americano, traçam-se as seguintes características que podem ser aliadas ao pensamento supra:

a). Há certos padrões de lealdade moral e virtude cívica, para que se mantenha a ordem justa e a paz social; mas ao tornar obsessiva a preocupação com o MEU do ser individual, sem compromisso com outrem¹⁴, ocorre uma privatização dos interesses aludidos, princípio cardeal da corrupção.

Rousseau alertava para a perda da solidariedade e misericórdia no instante em que o homem passava do estado natural para o estado civil por meio da razão, em seu juízo, egóica e individualista, fazendo com que o ser humano aspirasse ao poder e à riqueza.¹⁵

b). O segundo aspecto evidenciado na teoria da corrupção do Estado é justamente conseqüência reflexiva da privatização de padrões de lealdade por parte do homem, dado que passa a concentrar *status* e poder, geratriz da corrupção sistemática do Estado.

¹³ O Poder. Editora Saraiva: São Paulo, 1.998, p. 90.

¹⁴ Adverte Rousseau com a máxima: “Alcança o teu bem com o menor mal possível para o próximo”. In Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins e Fontes, 1.999, p. 193.

¹⁵ Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins e Fontes, 1.999, p. 191 e 192.

Tais atitudes egocêntricas levam o indivíduo a ocupar posições sociais e políticas que vêm a solapar o bem estar coletivo.

c). O poder e a riqueza geram a formação das FACÇÕES, que almejam posições políticas e governamentais estratégicas vitais. São grupos edificados em torno de um objetivo egóico comum, infiltrados no Poder, aqui referido como exercício estatal.

Há uma corrupção generalizada dos órgãos públicos e da própria lei. Não se relege que compactuar com a facção significa trair a lealdade social, tornar-se egoísta.

d). A partir disso, surgem os conflitos de facções, a contínua desigualdade, estendendo-se a corrupção a toda cidadania, no que a função pública, lei e justiça transformam-se em instrumentos das facções.

Surge aqui o fenômeno da COAPTAÇÃO, eis a amalgama com o pensamento de La Boétie, pois esta adesão de vendilhões que se identificam com as facções para cambiar favorecimentos, significa uma renúncia à liberdade por dinheiro, posição social e aliciamento ao poder.

e). Com a cooptação explode a socialização da corrupção, espalhando-se sobre as estruturas primárias da sociedade, tais como educação, família, religião e segurança, cujos esteios ruem inevitavelmente, propiciando o acesso irrestrito a toda a coletividade à corrupção.

O racionalismo, diz Habermas, ao premer o homem a não dever nada a ninguém e nada além dele mesmo, e mesmo fomentando uma dicotomia de ideal e ilusão, apropriando-se de Kant, produz no sujeito a impressão narcisista de um poder que subjuga a todos e a tudo que está ao seu redor, empenhado em autoafirmação e auto-intensificação particular.¹⁶

Essa essência do poder confunde-se com o elo perdido acerca da essência do próprio homem, explicando os motivos para um pequeno grupo que o detém tornar obediente um grupo maior de forma civilizada, mesmo nas chamadas sociedades funcionais em antípoda às sociedades estamentais, estas caracterizadas por Luhman de sociedades de exclusão/inclusão¹⁷, em que cada um sabia o seu lugar e detinha poder justamente por ocupar certo lugar no seio social, aquelas caracterizadas por um conjunto de funções abertas a qualquer indivíduo em que todos podem exercer e obedecer ao poder em nome da democracia, sem preocupações maiores com a sua explicação e atenção à sua justificação.

¹⁶ O Discurso Filosófico da Modernidade. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2.000, p. 425.

¹⁷ Sociologia do Direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983, p. 25 e seguintes.

5. PODER, SOBERANIA E DIREITO – A QUESTÃO DO FIM

Em toda teoria jurídica moderna do poder, há um dever ser remetido à obediência deixando-se à deriva as questões metafísicas do ato em si de obedecer. Poderia se redargüir de soberania como princípio e causa eficiente da obediência, que perde um pouco do seu sentido no instante em que se apura, nas sociedades funcionais, como as sedimentadas atualmente, os fins das funções dos que obedecem ao poder. Remanesce, ainda, a questão da legitimidade no exercício do poder como adjetivo característico da exigência de obediência, especialmente seu caráter absoluto e originário.

O direito cria um dever para ser obedecido por alguém, mas a quem remonta esta competência originária de um poder absoluto de comandar? No absolutismo era até simplista a justificação, desembocando na vontade divina; na democracia, há umbricação à vontade popular, praticamente escamoteada pela teoria jurídica.¹⁸

Em última *ratio* o poder permanece ocultado pelo Direito, segundo estabelece Canetti, embora reflexivamente se o observe nas categorias jurídicas de capacidade, domínio, propriedade etc., ou de maneira ainda mais expressa como poder público ou poder privado.¹⁹

E por que obedecer a alguns e não a outros, ou mesmo com que objetivo se obedece, são temas rematados pela soberania, justificadora e causa eficiente da obediência civil.

Conhece-se em Kelsen a rede seqüencial de delegações de poderes através do Direito, sobretudo na dinâmica jurídica em que o poder produz poder pelas normas jurídicas, confluindo força e Direito através do poder soberano, competente a plasmar o ordenamento jurídico hierarquizado. Todavia o poder originário é deslocado por se referir a fenômeno sincrético e não puramente normativo.²⁰

As normas postas de a par com o ordenamento seriam jurídicas por não decorrerem de um poder soberano, neste sentido de ordenamento hierarquizado kelseniano? É possível admitir normas jurídicas informais?

¹⁸ A vala comum está novamente no poder soberano como detentor da força coativa; quão não foi abalado o conceito de soberania interna com a globalização? Mais do que isso, nesse panorama de invasão armada, reprochada pelo Conselho de Segurança da ONU das tais “forças aliadas” anglo-americanas sob pretexto de desarmar e libertar o povo iraquiano da tirania e regime ditatorial a não sujeição à força externa quebranta o conceito de soberania na esfera internacional.

¹⁹ Elias Canetti. *Massa e Poder*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 96.

²⁰ Essa é a grande crítica que se faz à teoria pura do direito que, segundo Kelsen, visava escoimar da ciência jurídica qualquer resquício de sociologia ou filosofia. Quando a norma hipotética fundamental pugna pela obediência à Constituição, passa-se a um fato, o poder constituinte, ou quiçá um dogmatismo filosófico. *In Teoria Pura do Direito*. 5ª. Ed., São Paulo: Martins e Fontes, 1998, p. 28.

Por vias oblíquas, deve-se admitir que é o poder a fonte maior do Direito e como são vários os poderes é possível consentir a existência de várias normas, mas para tranquilizar e ordenar a sociedade criar-se o poder soberano como fonte originária e única, com os artifícios das normas reconhecidas oficialmente e normas delegadas também oriundas do poder soberano, que, ao nosso juízo, não passa de uma camuflagem para tentar canalizar o poder em uma única fonte, quando, em realidade, esse fenômeno está pulverizado por toda a sociedade.

A racionalização do Direito exigiu o poder originário do contrato social a partir de uma metáfora que o justificasse, qual seja, a passagem do estado da natureza ao estado civil²¹, todavia mesmo o poder originário percebe-se limitado pelos recursos do reconhecimento e da delegação, há um fator externo que o cerca, sem embargo de uma barreira interna culminada com a constitucionalização, onde os poderes tomando formas orgânicas de conformidade com a Carta Política se auto-obrigam a respeito mútuo na separação dos poderes.²²

Ao seguir as ensinações decisionistas de Carl Schmitt, estar-se-á a admitir que o detentor do poder originário é aquele que reúne forças para constituir a exceção, e a força se configura instrumento de exercício do poder, amainada pelo Direito como misto de força e consentimento, ou seja, o poder, confere pelo Direito²³, força a determinadas pessoas, todavia, limitada²⁴ em face à convivência com outras, através do contrato social, e, na sociedade funcional, compete a qualquer pessoa o exercício das funções, tornando o poder diluído.

Pensamos que o contrato social não passe de um artifício nominalista para conferir generalização e imposição de condutas através do Direito formal, mantendo a pseudo idéia de que o Direito remonta ao querer, quando, em realidade, está na natureza das coisas, nas relações e nos seres humanos que as encetam.

²¹ Em Rousseau o homem em estado de natureza é bom e piedoso, ao contrário do homem hobbesiano, mal e egoísta. In *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens*. J. J. Rousseau. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins e Fontes, 1.999, p. 191 e seguintes.

²² Em Hobbes se faz a leitura de um poder originário ilimitado externamente, pois segundo o filósofo o homem renuncia a todos os direitos, salvo o direito à vida, em favor do Leviatã e, a partir de então, haverá somente uma auto-limitação. De outra parte, Locke reserva ao poder uma série de limitações que seria o cabedal de direitos naturais, pois a essência do poder civil criado é assegurar melhor gozo desse arcabouço de garantias naturais.

²³ Em realidade o direito figura como um regulador de forças no contratualismo, colocando como relação de implicação e polaridade o exercício da força e o consentimento.

²⁴ Pode-se dizer que a limitação ao exercício do poder encontra o seu baluarte nos fins do poder, tanto assim que o direito à revolução era absolutamente legítimo na concepção de Locke, embora não se possa aceitar sem reservas os fins do poder nas sociedades funcionais.

6. O PODER E O DIREITO NAS SOCIEDADES FUNCIONAIS

Nas sociedades contemporâneas taxadas de funcionais²⁵ há uma distância entre o Eu do ser social e sociedade; as posições de cada um são conotadas pelos papéis sociais que exercem, cambiando-se o fator espaço, típico das sociedades estamentais (*status* social) de inclusão e exclusão, em categoria de tempo, pois no momento em que se ocupa um papel e até quando perdurar esse *munus*, define-se o exercente do poder e o que o obedece. Veja-se que nas sociedades estamentais o poder só poderia ser exercido, no império, pela realeza, ou dentro do feudo era detentor o senhor feudal, naqueles espaços, respectivamente, havia uma fonte de comando.

Como a sociedade moderna protagoniza-se por um conjunto de funções, todos os indivíduos podem estar incluídos e ninguém pode se sentir excluído nas relações de poder, bastando se faça remissão ao papel social do Presidente da República brasileira, eleito em 2.002, assumido temporalmente por um metalúrgico.

Aborda-se aqui ingrediente de capital importância ao estudo em tela, pois com o desenvolvimento do racionalismo, em que o homem toma consciência de si mesmo e passa a criar a sua liberdade, o poder, que anteriormente coincidia com a liberdade própria de quem detinha *status* de cidadania²⁶, passa a figurar como opressão em crescente descoincidência com o cidadão livre; assim o exercício do poder não se fundamenta mais no critério da liberdade do cidadão, mas no esquema de opressão, pois todos são livres e hipoteticamente podem exercer opressão uns sobre outros. É de bom alvitre atentar que, sendo todos livres, admite-se que exerçam poder, e a razão exige a construção da teoria contratualista para amainar as relações de vontades tendo no Estado seu ponto de convergência como agremiação de todo o poder dos integrantes da sociedade. É a centralização do poder funcionalizado da sociedade politicamente organizada,²⁷ que, não cansamos de denunciar, representa pura ficção criada pelos mecanismos racionais.

Bodin inaugura um capítulo novo no tratamento do tema da soberania, como atributo da vontade, desvinculada de uma pessoa, identificando-se não à pessoa do

²⁵ Luhman refere-se a Durkheim por ter verificado uma reorganização social funcionalmente diferenciada, em diferentes sistemas parciais que preenchem funções específicas aumentando a complexidade social. In Sociologia do Direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983, p. 25 e seguintes.

²⁶ No Direito Romano somente exercia poder aquele que era cidadão, locado na Civitas; o mesmo ocorreu na Grécia, onde cidadãos com exercício de poderes e direitos se fazia exclusivamente pelos integrantes da Polis.

²⁷ Rousseau. O Contrato Social. Tradução: Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins e Fontes, 1.999, p. 128 e 129.

soberano, mas ao exercente desse mister, papel social, tanto assim que destaca tratar-se o titular de um delegado da soberania.

6.1 A SOCIEDADE FUNCIONAL, O PODER, O JURÍDICO E A TEORIA DA COMUNICAÇÃO

O poder passa a ser vislumbrado não como substancia apropriada por alguém em um espaço físico, senão como algo que se determina pela função social desenvolvida. As possíveis teorias do poder conectam-se às tendências pós-modernas da sociedade formada pela comunicação²⁸, deixando à deriva todo o referencial ético, passando a estudar o poder como relação pura.²⁹ O fenômeno se dá entre todos, no âmbito da família, da escola, da igreja, da associação, da empresa e também no Estado, através de comandos válidos ou não, como se verá seqüencialmente.

Registre-se a infeliz constatação por nós delatada de que o Direito transmoderno abstrai completamente a questão ética, traduzindo-se como símbolo lingüístico cuja relevância está na validade ou invalidade, relegando-se o valor a um outro código de linguagem despercebido do poder jurídico, talvez locado no sistema comunicado da verdade.

a) Sistema de Comunicação e suas características:

Comunicação é troca de mensagem que abrange três cariz básicos: complexidade, seletividade e contingência.

Luhman³⁰ procura metafóricamente identificar a complexidade ao horizonte, esclarecendo que no horizonte se encontra o limite e, ao mesmo tempo, representa um sem limites. Transposta a idéia à comunicação, força-nos admitir tratar-se de possibilidades infindáveis de emissão de mensagens e no instante em que se determina um comando com a emissão de mensagem específica diante de uma gama delas, ocorre o fenômeno da seleção ou seletividade, sendo certo que, o receptor da

²⁸ Habermas vai enfatizar que a comunicação de uma linguagem estruturada peculiar a nossa forma de vida sociocultural constitui o estágio da reprodução genuinamente social da vida, complementando, adiante, que sua compreensão de racionalidade está na disposição dos sujeitos capazes de falar e agir para adquirir e aplicar um saber falível. *In O Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins e Fontes, 2.000, p. 434.

²⁹ Peters, citado por Habermas, menciona que o conteúdo moral do direito está na expectativa de que se obedeça à norma, independente do seu tegumento. *In Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1.997, p. 254.

³⁰ Sociologia do Direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1.983, p. 62. O próprio Lhuman, citado por Habermas, afirma que o sujeito foi eliminado do mundo da vida, na medida e que se estuda o funcionalismo sistêmico, arrematando que sistema social e pessoal são mundos circundantes um ao outro. *In O Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins e Fontes, 2.000, p. 489.

mensagem pode ou não acatar a seletividade do emissor, ou seja, dá-se a contingência, pois a complexidade não elimina as multifacetadas possibilidades de comunicação.

Como a comunicação supõe uma ilimitável gama de comandos, tornando-se extremamente complexa, através da codificação a seletividade, - essa escolha de um comando pelo emissor da comunicação-, se torna fortalecida e restringe o contexto de contingência (entendida, não se olvide, como a apreensão da seletividade pelo receptor da mensagem), pois a seletividade do emissor passa a coincidir com a seletividade do receptor, de maneira que o código passa a ser meio de comunicação, potencializando relações. Então aquele que domina o meio de comunicação é capaz de se comunicar em poder.

A ação comunicativa consistente em selecionar entre todo o contingente possível dentro de um sistema, a mensagem perseguida em relação a outro, requer uma breve explanação: a intenção da ação, os fins visados, segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior³¹, pertine a um outro código de comunicação, possivelmente a verdade como já alertamos, e ao poder resta somente a ação selecionada de uma pessoa em relação à ação selecionada de outra pessoa, ou seja, que o outro se mova sem sentir-se coagido, por isso a necessária possibilidade de seletividade de ambos.

Vamos notar a sutileza do poder na teoria da comunicação, as ordens não fazem com que o ordenado sinta-se compelido ao cumprimento, pois ao assentir à norma jurídica a fim de evitar as conseqüências da sanção, elimina o embate direto com o emissor do comando e, ao mesmo tempo, detentor do poder.

Em última análise as relações de poder estabelecem o que os relacionados estão pretendendo evitar através de opções de seletividade, contudo uma das partes anseia com maior razão evitar tal conduta mostrando a outra a alternativa seletiva para tal e se pode inferir dessa ilação que o poder regulamenta controle das alternativas a evitar, do excepcional, dirimindo potencialidades.

Ao combinar-se alternativa potencial positiva (imperativo **hipotético**) de um lado, portanto não efetiva, e ação negativa (acatamento ao comando) de outro, nas infinitas hipóteses complexas, há uma relação de poder. Assim o exercente do poder estrategicamente destaca-se na medida em que, potencialmente se apresentando, compele o outro a evitar o que os dois não desejam, provocando assim um não agir³².

³¹ Direito, Retórica e Comunicação. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 32.

³² Ação na teoria da comunicação não é de uma ação racional tendo em vista um fim pré-determinado, cingindo-se a puro movimentar-se, imputação de uma seletividade referida ao sistema diferenciado do meio ambiente, posto que os motivos da ação guardam implicação com o aspecto da vivência da ação, de um outro código de comunicação chamado de verdade.

Mas se o código de poder é potencialidade, afigura-se impossível que todas as circunstâncias sejam especificadas, atualizadas, vindo a se efetivar através do Direito, nas regulamentações do Estado de Direito kelseniano, em que a cláusula inclusiva regula tudo o que não está proibido, tornando o cidadão, em relação ao Estado, sempre alguém com dever e desprovido de poder.

Ao reputar o poder como potência, por vias inversas, considera-se o também como atuação, conquanto ao optarem os relacionados por certa atitude que ambos pretendem evitar, formalizada potencialmente, concretamente estar-se-á eliminando todas as demais alternativas. As normas jurídicas em sua grande maioria são permissivas e não teria sentido estabelecer que a ameaça coage um comportamento, a despeito de contar-se com uma teoria promocional do direito.³³ De fato, nas sociedades complexas, onde se desenvolvem inúmeros sistemas de comunicação a teoria jurídica do poder como ameaça ou sanção parece frágil para explicar o fenômeno das seletividades escolhidas e dos movimentos praticados.

Poder implica-se à ação, não no sentido racional, cujo fim é pré-constituído, senão como imputação de uma seleção em termos de efetividade do sistema, sobre o mundo circundante, rompendo com as teorias clássicas da sociologia que viam a intencionalidade como aspecto essencial do agir e o valor, dada a complexidade das situações na sociedade funcional, parecendo estar à margem de qualquer apreciação.

A teoria da comunicação rompe com a noção de finalidade como causa eficiente apresentada por Aristóteles³⁴, sem significar retirada completa do motivo pelo qual se age, mas não reputa-lo de capital importância no agir. Vai ser considerado tal agir como uma das possibilidades entre as tantas que se pode selecionar, contudo essa intenção pertencerá a um outro sistema (valor/verdade) e não propriamente ao poder como sistema de comunicação.

A proposta de uma sociedade funcional e o agir comunicativo retiram do centro da ação toda perspectiva de valoração. Ação é imputação ao sistema e o poder procura fazer com que se aja não sendo redutível à influência de quem manda sobre quem obedece, pois sempre existirá uma interação, não somente no sentido daquele que detém o poder e move o destinatário como também de quem é destinatário e move o detentor do poder a torná-lo eficaz.

³³ André Franco Montoro defende a natureza promocional da proposição jurídica introduzindo a idéia de perinorma positiva ou sanção premial. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44.

³⁴ O fim visado pelo homem em seu agir é o bem, havendo vários fins correspondendo a inúmeros bens até se encontrar com o bem supremo, o mais final dos bens. *In Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4ª. Ed., Brasília: Editora UnB, 2001, p. 23.

O poder, nessa perspectiva, não alenta uma vontade sobre a outra, nem tampouco influencia um movimento ou o motiva a agir, mas enquanto meio de comunicação codificada é instrumento que constitui vontades e as umbrica ou relaciona excluindo as demais alternativas coordenadamente.

Quando se alude à codificação pretende-se ressaltar a importância de uma comunicação simbolicamente generalizada tornando comum aos parceiros diferentes as representações significativas, reduzindo sensivelmente a liberdade de ajustes, já plasmada no código. As expectativas despertadas nos agentes comunicativos são comuns como o serão os seus comportamentos, refletindo-se negativamente, todavia, dada a característica da inflexibilidade relativa.³⁵

Os símbolos presentes nos códigos, por outra parte, representam interações de uma sociedade complexa expressa de modo simplificado pelo código mesmo, transmutando as diversidades em unidades. Evidentemente a generalização suprime as nuances do caso concreto. Os símbolos do poder, bom se diga, não são, via de regra, lingüísticos, postulam *status* e procuram antecipar potencialmente ações antes mesmo que ocorram, não revelando o sujeito, mas o que pode acontecer. Prescinde de demonstração da força na medida em que representa o que futuramente poderá ocorrer.

Ainda, a estrutura do poder está em combinar alternativas a serem evitadas tanto por emissor como receptor da mensagem, unindo-se querer do detentor com o não querer do submetido, reproduzindo um esquematismo binário presente em todos os códigos, com a função precípua de tornar célere a passagem do explícito ao implícito, ou seja, o submetido age a partir do que está expresso pelo detentor e o faz ainda mais independentemente de comunicação deste último.

O submetido estará livre para praticar o que se determina pelo detentor e dada a simbologia do poder, ainda que não haja comunicação expressa, evitar-se-á a comissão de certo ato nem sequer pensado pelo detentor. Deveras na comunicação explícita há potencialidade da sanção, todavia no comando implícito há uma difusão da conseqüência, algo, aliás, vital ao poder, eis que nem se imagina o que pode advir da prática de um ato.

Os símbolos utilizados no código de poder são assimilados com cargos, competências para decisões, embora se possa fazer alusão a algo distinto, embora implicado, denominado tema de poder, relativamente às características de quem está exercendo o cargo que simboliza o poder, possibilitando o cambio do exercente

³⁵ Habermas afirma que o direito codificado ou positivo reduz naturalmente a complexidade da comunicação. *In* Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1.997, p. 55.

do poder com a manutenção das relações de poder, conquanto o símbolo permanece intacto,³⁶ sem prejudicar a hierarquia constituída, cujo sentido está em conferir reflexividade ao próprio poder em uma série sucessiva e progressiva³⁷, exceção ao corifeu, que concentra mais poder do que efetivamente poderia exercer, tornando-se necessária a colmatação de um outro meio de comunicação para esclarecer a origem do poder.³⁸

Não nos passa despercebido, entretentes, a formação de códigos de poder inoficiais, com eficácia social e legitimidade contida contextualizada espacial e temporalmente, portando não compartilhados com o mundo circundante via de regra, à exceção de situações em que se depara com o poder formal de fachada, onde vige, de fato, o código paralelo, v.g., de corrupção, disseminado nas estruturas e organizações do poder oficial.

Informa o professor Tércio Sampaio Ferraz Junior que neste instante específico em que há cizânia em torno das codificações de poder sobre serem ou não oficiais, o direito surge como baluarte para cancelar a força do poder legítimo em relação ao poder ilegítimo. Inegável que o poder se pulveriza por toda a sociedade, seja nas relações familiares, econômicas, jurídicas etc.

Sendo certo que o direito constrói o seu código de comunicação em esquemas binários de integração paradoxal, separando conceitualmente e, por outro vértice, permitindo a passagem de um proibir a um permitir, ou vice-versa, sempre hipotéticos (normativos que se diferenciam das ações reais) sem confundi-los ou condensá-los, há inequívoco contributo à diferenciação social, no sentido de que algo seja jurídico e outro econômico e assim sucessivamente, à guisa de sedimentação ou localização de subsistemas.

Os esquemas binários jurídicos têm forte carga de completude, dada a cláusula inclusiva, sem embargo de que, o proibido não o deixa de ser, ainda que, na realidade, haja o descumprimento da norma hipotética e abstrata.

Não que o poder informal deixe de existir pelo seu jaez, pois está no plano da cognição e não da normatividade, sendo impensável excogitar de jurídico e antijurídico ao poder informal. O poder informal é *terceiro gênero*, não se quadrando em legitimidade ou ilegitimidade, licitude ou não, conquanto estas tendências remanescem no poder formal.

³⁶ É certo que em algumas situações o exercente do poder permanece no cargo por anos e no momento da mudança há uma identificação brutal entre símbolo do poder e tema do poder capaz de ruir a relação de poder.

³⁷ Aqueles que estão no ápice estendem seu poder sobre os que se situam na base sem mesmo manterem relações diretas.

³⁸ Basta recordar o poder constituinte como originário localizado fora da pirâmide kelseniana.

Quanto ao poder formal, ganha universalidade a partir do Direito, o permitido, proibido e autorizado se institucionalizam e se expandem socialmente sem embargo de as proposições jurídicas gozarem de credibilidade por decorrerem da vontade do detentor do poder, nos moldes da codificação do Direito.

Com efeito, encampando a norma jurídica conteúdos imperativos proibitivos ou obrigatórios com a conseqüente sanção pelo descumprimento do preceito, denota-se atuação do poder sob modalidade de coação.

7. CONCLUSÕES

Essa suscinta teoria sobre Poder, Direito e Comunicação pode expressar como as relações de força se institucionalizaram através do racionalismo, universalizando comandos por esquemas binários, e desenhando sistema dinâmico de produção de poder pelo exercício puro das idéias, velando os ilegítimos detentores do poder.

Atualmente não se pode negar valia ao poder informal, nem acoimá-lo de antijurídico pelo fato de não estar referido ao poder institucionalizado mediante regras jurídicas tendo como arrimo a ficção do contrato social, pois a cláusula inclusive do sistema kelseniano se dispõe a regular todos os comandos imagináveis.

A forma montada pela modernidade desencadeia um poder velado, que apropriando-se do código de comunicação Direito, exerce a força sob o pretexto de que a mesma decorra do próprio seio de quem a acata, a própria sociedade.

A abstração kelseniana ainda serve como luvas ao modelo de universalização do poder, mormente na ficção da completude jurídica, a partir da cláusula inclusiva, ganhando eficácia ainda maior com a codificação que reduz, de fato, as seletividades, embora, isso não figure senão como expediente de relegação de uma realidade maior, de que o poder está instalado em todos os recantos sociais e não provém de uma única fonte.

Notamos, ademais, que as normas jurídicas perdem referencia ao conteúdo ético, próprio de um sistema mental criado a partir de Kant que preceitua a quebra do mundo dos fatos com o mundo dos valores.

O poder espriado assume um aspecto de volatilização nas relações sociais ficando mascarado com a combinação de códigos de comunicação, do próprio poder e do Direito; essa receita engenhosa e puramente abstrativista mantém a sociedade sob esquemas de dominação e submissão, quando, em realidade, o dever não passa de um natural esforço de realização do homem no seu processo de acabamento tendo na ontologia o seu fundamento, embora a metafísica tenha sido relegada de todo o enfoque moderno.

8. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. Ed., Brasília: Editora UnB, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANNETI, Elias. *Massa e Poder*. São Paulo: Companhia das Letras.

CHALITA, Gabriel. *O Poder*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 14. ed. Tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Editora Graal, 1.999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1.997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1.997.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins e Fontes, 2.000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. Ed., São Paulo: Martins e Fontes, 1998.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 1997.

LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1.983.

MAQUIAVEL. *O Príncipe*. Tradução de Maria Julia Goldwasser. São Paulo: Martins e Fontes, 2.001.

MARX, Karl Marx. *A Questão Judaica*. Tradução de Paulo Ferreira Leite. 5. Ed., São Paulo: Centauro, 2000.

MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. Martins e Fontes: São Paulo, 1.999.

ROUSSEAU, Jean Jacque. *O Contrato Social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1.999.

VILLEY, Michel. Seize. *Essais de Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1969.