

ANC

ANC X



QUAL O FUTURO DA NOVA CONSTITUIÇÃO?

Quando a Constituinte encerrar seus trabalhos, o País terá um documento capaz de restaurar o império da lei? Qual a importância da legislação ordinária para realmente organizar uma sociedade dividida? Em que instante será travado o jogo decisivo? Uma séria questão política, que pode ser melhor conhecida a partir dos caminhos que os parlamentares irão percorrer.

Por JOSÉ EDUARDO FARIA

A vida coletiva requer certas, especialmente a certeza acerca do coletivo — afirma Norbert Lechner num pequeno e instigante artigo publicado há um ano por *Novos Rumos*, revista do Cebrap. "A incerteza", conclui, "é uma premissa da política, o ponto de partida da democracia. Assumi-la não implica, porém, ignorar as demandas por certeza. Ao contrário, um realismo político bem-entendido exige que analisemos com atenção redobrada em que medida a democracia consegue desenvolver referência de certeza. Talvez seja este um dos pontos cruciais na difícil institucionalização da democracia".

Marcada pelo estigma da incerteza, tal o caráter pontual e contingente de seus debates, e pelo risco de fracassar na formulação de um pacto institucional sobre as regras do jogo político, em face da disposição de alguns grupos e classes de não abrir mão de seus "interesses vitais" nessa negociação, a Constituinte tinha por objetivo dar ao País um quadro formal de referências jurídico-políticas — o que os juristas chamam de "segurança do direito". Mas será ela realmente capaz disso? Até que ponto a nova Constituição será eficaz? Produzirá ela todos os resultados sociais e econômicos pretendidos pelos seus autores ou, mais uma vez, será mantida a tradição brasileira, no sentido de que algumas normas valem, enquanto outras, apesar de formalmente vigentes, não são levadas a sério pela comunidade.

A eficácia é um tema importante no âmbito da teoria do direito. Segundo ela, uma ordem legal é eficaz quando tem o poder de produzir efeitos jurídicos na regulação de situações e relações previstos por suas normas. A eficácia diz assim respeito à exigibilidade e executoriedade das leis em vigor. De um ponto de vista estritamente jurídico, tais leis são eficazes quando são produzidas, aplicadas e exigidas pelos órgãos competentes dentro dos limites do sistema legal; neste caso, a eficácia é uma propriedade formal relativa ao processo de produção, aplicação e reconhecimento do direito positivo. De um ponto de vista sociológico, a eficácia tem um caráter experimental, referindo-se aos efeitos que as normas suscitam por meio de seu cumprimento; deste modo, o direito positivo é eficaz quando encontra na realidade sócio-

econômica as condições políticas e culturais para seu reconhecimento e aceitação por parte dos diferentes grupos e classes que compõem a sociedade.

Essa é uma distinção de natureza metodológica — na prática, longe de se excluírem, as duas definições se justapõem: deste modo, uma ordem jurídica não se torna eficaz apenas porque é um sistema internamente coerente, em termos lógico-formais, ou porque está sustentada no monopólio da violência por parte do Estado; ela também se torna eficaz porque os cidadãos incorporam em suas consciências a premissa de que as leis devem ser invioláveis. Sem a "internalização" de um sentido genérico de disciplina e respeito às leis, a eficácia de uma ordem legal acaba sendo comprometida, independentemente do poder repressivo do Estado que a impõe.

Esse esquema conceitual permite responder com maior precisão à indagação acima formulada — se a nova Constituição valerá como um todo ou não. Como toda Carta é o equilíbrio de interesses conflitantes entre grupos e classes antagonistas, os constituintes optaram, para evitar os impasses institucionais e os "buracos negros", pela conveniência das normas programáticas — aquelas que apenas enunciam intenções, recomendações e diretrizes. Tais normas, meras fórmulas vazias, além de não serem auto-executáveis, caracterizam-se pela abstração e vaguza de sua redação, pois sua finalidade é produzir um certo consenso em torno de alguns princípios gerais. Para produzirem efeitos concretos, elas exigem a determinação de seu sentido por parte da legislação ordinária ou complementar — determinação essa que, em termos objetivos, estabelece as condições de validade das normas programáticas. A regulamentação destas normas se situa assim no âmbito da discussão "técnica" das condições de aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da ordem jurídica. E o poder "persuasivo" das normas programáticas, graças à sua linguagem tópica e estigmatizada pelos lugares-comuns, como "interesse nacional", "função social" etc., se insere por sua vez no âmbito da discussão "socioló-

gica" das condições de eficácia da futura ordem constitucional.

Ora, a partir do momento em que os constituintes usaram e abusaram do recurso às normas programáticas, uma coisa ficou clara: em si mesma considerada, a nova Carta será pouco mais do que um mero símbolo — um documento necessário mas não suficiente para o resgate do "império da lei". Entre outras razões porque muitos direitos e prerrogativas concedidos por meio de normas programáticas ou foram sutilmente neutralizados por dispositivos que postergam a produção de efeitos para um futuro indefinido ou não tiveram asseguradas as condições para sua concreção, dada a disposição dos legisladores de concedê-los apenas retoricamente, para superar impasses de momento, obter consensos circunstanciais e pacificar suas clientelas. Por isso, mesmo quando a Constituinte encerrar formalmente seus trabalhos, o processo de reordenação jurídica do País continuará em aberto (isto é, sem condições de propiciar a certeza do direito e a segurança das expectativas), tendo como eixo de gravidade o Congresso no exercício de seu poder regulamentar; e os parlamentares, que até agora forjaram um mundo de aparências que consagra uma ordem social e política democrática imaginária e inexistente, não terão aí como evitar, por métodos tópicos e truques pragmáticos, o desafio da positividade do direito.

Como recorrerem massivamente às normas programáticas, eles sabem que certos valores não podem ser juridicamente tipificados; mas, ao mesmo tempo, também não têm como escapar tanto da obrigatoriedade de conceituação legal de regras constitucionais vagas e abertas quanto da necessidade de formular uma linguagem minimamente precisa e unívoca para as leis que as regulam. Se no plano constitucional o recurso à abstração conceitual lhes permitiu ganhar tempo para evitar crises e tentar reduzir as incertezas, no plano da legislação ordinária não se pode ignorar um dado óbvio: a impossibilidade de se organizar uma sociedade dividida e contraditória por meio de leis e códigos caracterizados pela ausência de lacunas e antinomias e em condições de equacionar equilibradamente os aspectos formais e materiais de todos os conflitos. Inerente a qualquer lei ou código existe, de fato, a afirmação de

uma vontade política, cuja formulação não se esgota na negociação entre os partidos, mas se estende às questões contraditórias do sistema econômico e do próprio controle das diferentes instâncias do aparelho estatal.

É esse, portanto, o momento em que estarão sendo decididas a eficácia jurídica (isto é, "técnica") e a eficácia real (isto é, "sociológica") da futura Constituição, uma vez que os grupos e classes sociais derrotados em suas pretensões na "batalha regulamentar" poderão optar pelo descumprimento de parte da nova Constituição, sob o argumento de que ela é ilegítima. "Não há como defender a ordem sem alterá-la profundamente, nas mais variadas direções e em um sentido democrático. Sentido democrático que quer dizer modificar em profundidade as relações dos oprimidos e dos excluídos com o poder, isto é, com a organização e o funcionamento da sociedade civil e do Estado. Os de cima têm de partilhar o poder com os de baixo, por mais que os considerem companhias indesejáveis, não confiáveis e perigosas" — afirmou Florestan Fernandes em "Constituição: continuidade ou ruptura" (artigo publicado em 1987 pela Folha de S. Paulo).

Traduzindo: quer os setores liberais e conservadores, que mandaram para a Constituinte representantes preparados para pôr as instituições de direito vigentes ao serviço de novos conteúdos, após terem identificado espaços "legais" e "judiciais" ainda não devidamente ocupados e explorados pelos códigos e leis em vigor, quer os grupos socialistas, que lutam na Assembleia pela aprovação de fórmulas legais alternativas fundadas em critérios de racionalidade material e voltadas à ampliação de condições históricas que favoreçam "a formação de uma consciência proletária rebelde e a conquista de uma sociedade socialista capaz de conjugar liberdade com igualdade" (cf. F. Fernandes), todos estão conscientes da importância do período pós-constituinte. Cientes de que a sociedade se encontra numa fase de renegociação e reacomodação nas relações entre seus diferentes grupos e classes e de que, por isso mesmo, o quadro legal-institucional que hoje regula essas relações é difuso e precário, insuscetível de se cristalizar numa governabilidade coerente, eles sabem que o jogo principal apenas está entrando em seu segundo tempo, tal o caráter decisivo — para seus respectivos interesses — tanto da regulamentação da nova Carta pelo Congresso quanto da adaptação da atual legislação ordinária a essa mesma Carta, por meio da Comissão de Transição prevista pelo artigo 3º do projeto da Comissão de Sistematização.

Como o Congresso foi fortalecido pela retomada das prerrogativas no plano fiscal e orçamentário e pelo fim do decreto-lei e do decurso de prazo, e como a Comissão de Transição será composta por seus representantes indicados pelos presidentes da Câmara e do Senado e três indicados pelo presidente da República, a "batalha regulamentar" será objeto de engenhosas manobras destinadas a fazer da regulamentação da nova Constituição e adaptação da legislação vigente a afirmação da vontade política de certos grupos e classes sobre toda a sociedade, objetivando assegurar as condições necessárias para a reprodução estabilizada de seus interesses. Dito de outro modo: empenhados em se apropriar dos instrumentos jurídicos de controle e direcionamento da vida social, os grupos e classes em confronto não concentrarão sua atenção apenas nas funções manifestas da lei — eles também estarão jogando com as funções latentes das normas. Trata-se de uma distinção sutil, mas a História mostra que leis aparentemente criadas para a consecução de certos fins muitas vezes, na sua aplicação, são postas a serviço de objetivos distintos e inconfessados. A pretexto de disciplinar um dado comportamento ou uma relação sócio-econômica, tais grupos e classes poderão adotar procedimentos que, de modo difuso e indireto, terão impacto sobre outros comportamentos e outras relações sociais, impacto esse não facilmente identificável a partir de uma simples leitura "técnica" da regra regulamentada ou adaptada.

Assim, como a nova ordem Constitucional somente será eficaz (no sentido sociológico do termo) caso as principais forças políticas do País se dispuserem de fato a implementá-la e se os setores conservadores, liberais e socialistas reconhecerem a nova Carta como uma "instituição" a ser preservada, a luta pela regulamentação poderá dar-se em torno do dito e não-dito, da lacuna e da omissão, do recurso a palavras extraídas do senso comum mas usadas com um sentido técnico — enfim, do texto que pretende expressar "juridicamente" o direito positivo, quando, na prática, pretende impô-lo e justificá-lo politicamente, por meio de uma linguagem que enfatiza os "interesses comuns" e os "valores gerais", ao mesmo tempo em que oculta sua vinculação com o poder político, econômico e social.

Os liberais e conservadores, por exemplo, insistirão na "técnicização" do direito, na trivialização de suas normas como um problema eminentemente "técnico" e no caráter "especializado" de sua aplicação aos casos concretos. Já os socialistas farão o oposto, insistindo na "materialização" da legislação ordinária e complementar, na "ideologização" de suas regras e na natureza "política" de sua interpretação e aplicação. Na regulação da ordem econômica, os primeiros tentarão embutir medidas disciplinares destinadas a manter sob tutela as reivindicações trabalhistas e medidas compensatórias voltadas à correção dos eventuais efeitos disfuncionais do processo econômico. Os segundos, por sua vez, atuarão com firmeza na regulamentação da ordem social, fortalecendo os mecanismos coletivos de negociação e contratação, consolidando as instituições estatais e sindicais encarregadas de vigiar o cumprimento das condições negociadas e impedindo que as relações salariais sejam convertidas em relações transitórias, contingentes e desprovidas de garantias. Eles procurarão, assim, contrapor o direito do trabalho ao direito econômico, tentando com isso influir de modo mais preciso na gestão empresarial (e, de modo indireto, na própria liberdade de iniciativa), adequando os quadros legais-institucionais a novas práticas sociais na relação capital/trabalho.

A Sociologia e a Antropologia mostram que, quando certas tribos indígenas organizam danças para solicitar chuva em tempo de secas, a função manifesta desse ato é pedir água aos deuses, enquanto a função latente é manter a coesão do grupo num momento de tensão e dificuldades. A lógica dessa "batalha disciplinar" depende, pois, da capacida-

de dos representantes de cada grupo e classe em jogar com as funções manifestas e latentes das normas reguladoras, o que os levará a concentrar o confronto numa dada parte da nova ordem constitucional para deixar outra livre, a firmar uma posição intransigente num tópico para facilitar a aprovação de outro, a propor redações por vezes utópicas mas capazes de dar expressão aos anseios de igualdade real. A dinâmica dessa batalha depende da percepção, pelos representantes de cada grupo e classe, do limite em que a intransigência e o arsenal de propostas explícitas conjugadas com propostas implícitas se aproximem do ponto de ruptura da própria ordem constitucional. A consciência de qual é esse momento, num locus político repleto de incertezas, isto é, estigmatizado pela diversidade de suas regras formais, pela assimetria de suas regras informais e pela imprecisão de suas fronteiras, consiste num extraordinário instrumento de poder.

Trata-se, assim, de um jogo sutil, que faz da regulamentação da nova Carta e da adaptação da legislação ordinária antes a expressão e catalisação de impasses e acordos específicos e forjados em tempos e espaços sociais distintos do que a cristalização e formalização do que é consensual. Trata-se de um jogo complexo, cujo resultado pode culminar numa ordem assimétrica, atravessada dialeticamente pelo descompasso entre forma e matéria, entre normas e realidade, entre texto legal e contexto sócio-econômico — enfim, entre formas diferenciadas e conflitantes de sociabilidade. Se é certo que o direito reflete (e incide sobre) uma realidade conflituosa e contraditória, jamais deixando de consagrar interesses particulares e sempre trabalhando sobre a diferença, definindo lugares hierárquicos e controlados para os indivíduos, grupos e classes, ele apenas parcialmente pode controlar e direcionar sociedades complexas, do mesmo modo como estas, em razão de suas divisões e contradições internas, também lhes podem impor certos limites.

Para ser respeitada, portanto, toda ordem jurídica precisa de lastro adequado nas condições estruturais e nas relações reais de poder político, econômico e social que se dão na sociedade. Isso significa que o direito pode ser, simultaneamente, um veículo para canalizar certos interesses e um obstáculo com relação a outros, razão pela qual o futuro das instituições jurídicas está, paradoxalmente, nas mãos dos derrotados na "batalha regulamentar": se eles, mesmo não aceitando as novas leis, ao menos as reconhecerem como válidas em função da legitimidade do processo legislativo, o País terá uma ordem constitucional e uma legislação ordinária razoavelmente estável; mas se, ao contrário, optarem pelo descumprimento deliberado dessas leis, sob o argumento de que são ilegítimas, tudo continuará como está — com algumas leis valendo de fato e outras não, ficando os problemas por estas regulados na dependência de um delicado e precário processo de negociação e arbitragem.

Diante disso, seria uma ilusão esperar uma Constituição coerente, do ponto de vista lógico-formal, e consistente, do ponto de vista de seus valores e de sua substância. No âmbito de uma sociedade marcada por profundas e iníquas desigualdades setoriais, regionais e sociais, em que 62,4% da população ganham até dois salários mínimos, 23,6% ganham de dois até cinco salários mínimos e apenas 1,6% ganham mais de vinte salários mínimos, é impossível o prevalecimento de uma racionalidade jurídica do tipo liberal-formal. Ou seja: uma ordem derivada fundamentalmente da previsibilidade por ela própria gerada ao ordenar a conduta mediante normas gerais e abstratas, assentadas nos princípios da igualdade formal, da livre disposição contratual e do *pacta sunt servanda* e ditadas por órgãos prestabelecidos pelo próprio direito; uma ordem formal resultante de procedimentos lógicos e dedutivos, baseados nos princípios do próprio sistema jurídico — e não em princípios de justiça substantiva.

Para ser eficaz, a nova ordem constitucional dependeria de um compromisso realista firmado por todos os grupos de classes em confronto, após terem testado, por erros e acertos, experimentação e aprendizado, os limites do possível no âmbito da Constituinte. Todavia, como as condições sócio-econômicas e políticas para esse compromisso recíproco ainda não amadureceram plenamente, o jogo constitucional e a "batalha regulamentar" talvez não terminem tão cedo — o primeiro tempo está no fim, o segundo tempo prestes a começar, mas esse jogo de redução das incertezas e produção da certeza jurídica tem muitos tempos e campos. Isso porque, em contextos complexos como o nosso, nem a ordem constitucional pode ser uma coisa perfeita e acabada nem a democracia pode ser limitada a uma simples cristalização de certas regras e liberdades; pelo contrário, o direito e a democracia são um vir-a-ser, que, fruto contraditório de sociedades contraditórias, se enriquecem e re-vigoram nos movimentos de questionamento contínuo do estabelecido, na luta por novos direitos que alargam, reformulam ou mesmo contradizem os já concedidos e na permanente reinstituição do social e do político. Como o fogo e a paixão, o direito e a democracia ressurgem a cada aumento da História, gerando a um só tempo solidariedade e repressão, liberdade e submissão, previsibilidade e insegurança, utopia e conformismo, participação e revolta.

Por isso, na ausência de um compromisso capaz de "calibrar" a experiência jurídica do País nestes dias de crise de hegemonia, legitimidade e motivação, isto é, de um contrato social em condições de servir como guia e garantia para o acatamento tanto dos códigos em vigor quanto da própria Constituição em elaboração, possivelmente continuaremos vivendo sob uma legalidade precária e instável, em cujo âmbito o que vale não é a letra da lei, o que está escrito e formalmente estatuído, mas o que de fato é praticado de maneira informal e negociado política, partidária e corporativamente, sempre sob o permanente risco da ruptura institucional. Se a percepção desse fato tem sido descartada pelos idealistas, que preferem a ilusão da boa ordem constitucional e do bom regime à visão da política como a arte do possível ou como o cálculo do dissenso tolerável, para os realistas ela apenas confirma uma antiga constatação — a de que a democracia é apenas uma possibilidade, um resultado sempre contingente dos conflitos.

O autor é jornalista e professor do Departamento de Filosofia e Teoria do Direito da USP.