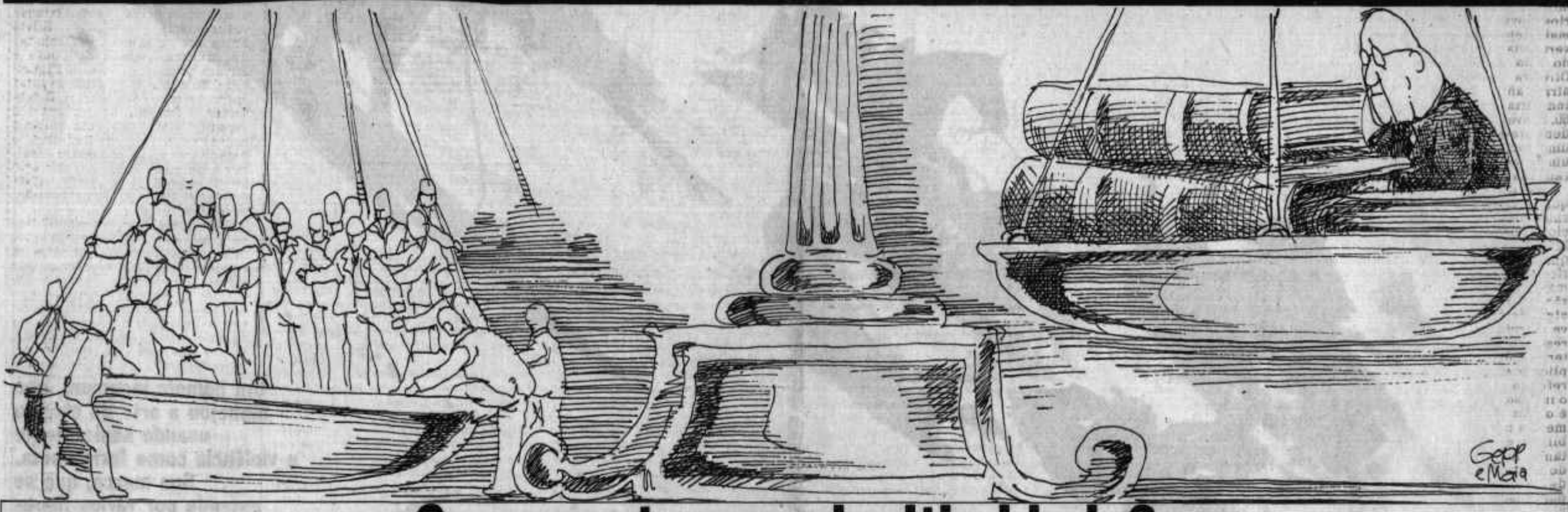


CONSTITUINTE

Seus riscos. E seus muitos desafios.



Como restaurar a legitimidade?

José Eduardo Faria

"A massa do povo ficou indiferente a tudo, parecendo perpetuar como o burro da fábula: não terei a vida toda de carregar a albarda?"

Saint-Hilaire

"Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra."

Sérgio Buarque de Holanda

Em que medida existem condições para a legitimação de uma ordem democrática no Brasil contemporâneo? A resposta a esta indagação, objetivo deste trabalho, à primeira vista parece desanimadora. A medida que o País vem vivendo uma ampla crise estrutural, da qual se destacam a falta de credibilidade do regime, a fragmentação de seu aparelho burocrático, a desorgani-

zação de seus procedimentos administrativos, a anomia de sua ordem constitucional e a demoralização de sua autoridade, a legitimação do poder está a exigir um novo pacto, um novo contrato, uma nova Carta Magna. Esta, por sua vez, somente será possível a partir da convocação de uma Assembleia Constituinte, cuja grande tarefa é a de fornecer o enquadramento formal das bases nacionais de convivência política emergentes do atual processo de redemocratização.

No entanto, desde já é preciso advertir-se para os riscos inerentes a uma eventual redução do problema da legitimação do poder à simples positividade de uma nova ordem legal. Não há dúvida de que, diante do desafio da reordenação institucional e da reorganização jurídica nacional, a consecução dessa ordem se apresenta como condição necessária. Não é, contudo, condição suficiente. Isto porque o efetivo exercício

da democracia exige algo mais do que sua mera regulamentação formal. Requer, por exemplo, ao lado da correção das desigualdades sociais, o fortalecimento das instituições legislativas e o adensamento das diferentes formas de participação política, em condições de propiciar aos grupos, categorias e classes economicamente desfavorecidos maior representatividade nos círculos de poder.

Se, hoje, as instituições políticas brasileiras encontram-se em crise, isso se deve, justamente, à crescente incompatibilidade entre as regras formais de procedimento decisório e as estruturas sociais, econômicas e culturais do País. Como o Brasil se tornou mais complexo, pleno de contradições e paradoxos e estigmatizado por dilemas não enquadrados nos rígidos modelos normativos vigentes, tais regras foram perdendo eficácia e credibilidade. As decisões de rotina revelam-se agora cada vez

mais incapazes de lidar com os desafios da inovação política, inerentes à transição do autoritarismo para um regime um pouco mais aberto, suscitando dúvidas e discordâncias em torno do problema da validade dos procedimentos decisórios ao nível do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Em face do aumento de conflitos inéditos, fatos originais e matérias novas, podem-se visualizar com nitidez sérios riscos de continuidade para a própria ordem constitucional.

Tal ordem, pela sua própria natureza, tem um caráter curiosamente ambivalente. Por um lado, todas as vezes em que decisões têm de ser tomadas, elas devem ser presuostas como inquestionavelmente válidas. Por outro lado, todavia, tais decisões somente podem ser presuostas como válidas à medida que suas presunções de validade sejam capazes de resistir a um questionamento contínuo. Afinal, em que po-

deriam elas basear sua estabilidade a não ser no fato de que essas presunções, submetidas ao teste prático de uma eleição, um plebiscito ou uma consulta popular, foram vistas como justificadas? A discussão sobre essas exigências de justificação pode ser considerada secundária numa cultura jurídica tão positivista como a nossa, na qual o problema da legitimidade tem sido desprezado por controversias muitas vezes estereis sobre o caráter sistêmico da ordem legal. Contudo, tal discussão é importantíssima para o exame das condições de possibilidade de reordenação institucional do País, por meio da convocação de uma Constituinte. Daí a necessidade de se explicitar um pouco mais o conceito de legitimação das instituições políticas e jurídicas, a fim de se desmistificar a própria idéia de Constituinte como fonte inesgotável de soluções para a crise brasileira.

Este trabalho, que o JT começa

a publicar hoje, desenvolver as comunicações Mudança Social e Mudança Jurídica no Brasil, preparada para a 20ª reunião anual da Law and Society Association, realizada em Boston e Legalidade e Legitimidade: a reordenação institucional do país, preparada para o VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, no Rio de Janeiro, e para a VII Reunião Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais, em Aguas de São Pedro, realizados ao final do ano passado.

(José Eduardo Faria é professor-adjunto do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP. Ex-professor-visitante da Universidade de Brasília e visiting scholar da University of Wisconsin Law School.)

O problema da legitimação é, tanto em termos empíricos quanto analíticos, um dos mais tradicionais da sociologia política e do direito público. Até a Revolução Industrial, entre os séculos XVIII e XIX, ele era tratado basicamente como uma questão de definição de pautas: o poder seria legítimo à medida que estivesse em conformidade com a tradição ou com o jusnaturalismo racionalista. A crescente estratificação da moderna sociedade de classes, contudo, gradativamente esvaziava tanto o papel da tradição, enquanto repositório de experiências a funcionar como força orientadora por meio da qual as novas gerações captam o sentido das transformações históricas, quanto a importância do jusnaturalismo racionalista, enquanto ideologia justificadora de uma ordem constante, imutável e invariável.

Como decorrência desse esvaziamento, a legitimidade vai perdendo seu caráter essencialista e metafísico, tornando-se um construído histórico, passível de permanente produção e reprodução em contextos determinados. Com o advento da modernidade, portanto, os ditames da reta razão não são mais reveladores de uma ordem universal. Pelo contrário, passam a destacar um cálculo de utilidade e eficiência inerente a uma vida social entendida como um permanente confronto de classes e, por isso mesmo, sujeita às exigências de funcionalidade. Parte-se assim da fé em Deus e da crença numa invariante natureza das coisas para a dúvida, para a insegurança e para a incerteza, relativizando-se os cânones religiosos, os padrões políticos e os paradigmas jurídicos. É nesse momento, justamente, que se descobre toda a ambigüidade do Estado moderno, à medida que ele pode ser guardião e, ao mesmo tempo, opressor.

Após a Revolução Industrial, o problema da legitimação passa a ser visto como uma questão de reconhecimento de pautas: para tornar-se legítimo, o poder depende então de um critério externo aos legisladores e aos governantes, ou seja, de uma explícita aprovação popular obtida por procedimentos formais. A legitimação se converte dessa maneira num processo de interação entre os detentores do

poder (os legitimados) e os cidadãos (os legitimantes), resultando de um acordo em torno de valores delineados como modelo de vida de uma comunidade. Como em todo sistema de dominação sempre existe em maior ou menor grau um componente de receio e medo por parte dos governados, temerosos do arbítrio dos governantes, a legitimidade se converte numa ponte capaz de propiciar a superação dessa incerteza entre o poder e os grupos sociais, tornando a vida pública mais segura.

Eis, pois, a função legitimadora de um contrato social, estabelecendo os limites da participação política, garantindo a emanção de opiniões comuns no espaço soberano da palavra e da ação e fazendo das obrigações jurídico-políticas uma espécie de auto-obrigação para os governados — desde que estes possam escolher livremente seus representantes ou ter vez na elaboração de um pacto. E nesse momento que se descobre a importância da limitação jurídica dos poderes, enfatizando-se, de um lado, o exato alcance de seu campo de ação e, de outro, a importância de seu equilíbrio.

PREVENÇÃO E DESARME

Por trás da idéia de legitimidade, como se vê, está a necessidade de cada sistema político de institucionalizar formas e procedimentos capazes de regular, disciplinar e reprimir conflitos. As funções específicas de seu ordenamento jurídico consistem assim quer na resolução de antagonismos e tensões entre indivíduos, grupos e classes, quer na tentativa de ordenação racional das vidas pública e privada — o que se dá mediante um intrínseco processo de prevenção e desarme dos conflitos desagregadores da ordem estabelecida. Essa prevenção e esse desarme são obtidos por meio da legislação, dos múltiplos acordos normativos de caráter contratual, da jurisprudência cautelar e das decisões judiciais. Na dinâmica dos códigos e da legislação, tais funções não visam necessariamente à superação das contradições sociais — como isso é impossível, as leis geralmente procuram mantê-las em estado de relativa latência por meio de um articulado conjunto de mecanismos de regulamentação e repressão.

Ao forjar as regras processuais que abrem caminho para decisões, os mecanismos de regulamentação normalmente são operados mediante uma estratégia de generalização, trivialização e neutralização dos conflitos. Isso significa que uma das condições de efetividade do direito consiste na dispersão das tensões e das clivagens, ou seja, na tentativa de evitar a coletivização dos antagonismos por um complexo processo de sistematização de normas, tipificação de comportamentos discrepantes e individualização de julgamentos. Ao excluir formalmente certos conflitos de espaço público, eliminando-os da agenda política em consequência de uma ação coercitiva, os mecanismos de repressão apontam explicitamente os limites das regras do jogo. Sendo utilizáveis separada, conjunta ou sequencialmente, ambos os mecanismos determinam o ritmo, a intensidade e a forma dos antagonismos sociais, da estrutura do aparelho estatal e da própria área da ação social em que as tensões e as clivagens se manifestam. Um problema de natureza político-constitucional, como o que estamos vivendo no Brasil de hoje, aparece justamente no momento em que as regras processuais estabelecidas já não conseguem mais nem regular nem reprimir a emergência de conflitos antes inimaginados pelo legislador ou para os quais ele não deu a devida atenção.

É óbvio que, em termos de racionalidade material, o conteúdo, os valores, os objetivos e o alcance de ambos os mecanismos não estão desvinculados do processo social, econômico e político que eles procuram disciplinar. Se o Estado moderno é a relação social em que se condensam as contradições de um determinado modo de produção e das lutas sociais que elas suscitam, o direito positivo não é uma instância autônoma e subsistente por si mesma, porém dependente de outras instâncias que o determinam e o condicionam, ao mesmo tempo que também acabam sendo por ele determinadas e condicionadas. A positividade do direito revela-se, assim, produto do conflito hegemônico entre grupos e classes que procuram manipular e adaptar os mecanismos de regulação e repressão a seus fins, impondo, mantendo e assegurando um padrão específico de relações sociais.

Ao tutelar esse padrão, e sendo por ele dialeticamente condicionado, o Estado se revela como uma forma aberta e contraditória. Como o nível de latência e de ativação das contradições sociais é sempre desigual, e como uma pacificação global das tensões decorrentes dessas contradições é sempre inatingível, para manter aquele padrão específico de relações sociais o Estado se vê obrigado a efetuar constantes e sucessivos ajustamentos no processo de dominação política. Decorre daí, por um lado, a crescente complexidade sistêmica dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, à medida que a utilização conjunta dos mecanismos de regulação e repressão encerra uma expressiva heterogeneidade dos modos de juridicidade ao nível de práxis normativa. Isso também exige, por outro lado, que o Estado seja visto quer como um aparelho de dominação, isto é, como correlação de forças e como expressão de interesses socialmente determinados, a partir de relações hegemônicas, quer como um aparato organizacional multifacetado e internamente diferenciado, em condições de atender de modo desigual às desigualdades e muitas vezes discrepantes pressões de todos os segmentos sociais.

Historicamente, portanto, o moderno problema da legitimação do poder está associado às múltiplas formas de organização política da sociedade de classe e aos diferentes modos de obtenção do consenso em torno de seus respectivos procedimentos decisórios. Evidentemente, a emergência desse problema encontra-se intimamente vinculada à consolidação da democracia liberal — como verso e reverso de uma mesma moeda. Deste modo, a questão da legitimidade não é mais condicionada a um critério de racionalidade material, dependente do conteúdo substantivo de cada decisão, como nas sociedades tradicionais. Torna-se, isto sim, crecientemente dependente da coerência lógico-formal do processo legislativo e das instituições de direito. Sem essa coerência, julgava-se não haver maneira objetiva e segura de superar-se o temor do arbítrio estatal por parte dos governados.

Eis aí, pois, a pedra-de-toque do liberalismo clássico: o reconhe-

cimento da importância de uma ordem constitucional imposta por uma vontade política soberana e independente, capaz de disciplinar o monopólio da força pelo aparelho estatal, de equilibrar os poderes, neutralizar os perigos do arbítrio, fixar competências, definir direitos e explicitar prerrogativas. Uma ordem democraticamente formulada a partir de um contrato, isto é, de uma constituição responsável pela institucionalização da lei, assegurando um mínimo de segurança e certeza das expectativas nas relações econômicas, políticas, administrativas e sociais. Na dinâmica dessa ordem, os cidadãos acabariam partilhando de uma crença inquestionável nas regras do jogo político, acatando e respeitando todas as premissas decisórias que regulam e reprimem os conflitos — independentemente da possibilidade de sua eventual discordância quanto ao sentido de cada decisão concreta isoladamente considerada.

CARÁTER FORMAL

E por essa razão que o moderno problema da legitimidade se destaca pelo seu caráter excessivamente formal, identificando o Estado como uma instituição neutra e suprapartes, em condições de responder com objetividade e imparcialidade a vontade dos governados. Na ótica liberal, excessivamente apegada à racionalidade formal, tudo parece resumir-se ao modo pelo qual as instituições convertem em aspirações individuais em decisões públicas. Somente normas explícitas e estáveis podem estabelecer os limites entre os direitos de cada um e os direitos comunitários. Sem liberdades públicas, sem certeza jurídica e sem a ficção da igualdade de todos perante a lei, em suma, não haverá condições para a legitimação de instituições abertas e estáveis.

No entanto, toda essa preocupação excessivamente formal não deixará de lado a questão social? Em que medida a ênfase ao mercado, onde os mais ricos e mais cultos têm condições substantivas de maximizar os direitos de cidadania, não perverte o princípio da igualdade? Até que ponto a reprodução contínua de um quadro de injusti-

ças sociais não corrói gradativamente as bases de estabilidade da democracia liberal? Se o império da lei transforma a legitimidade numa simples disposição generalizada para a aceitação de decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância, toda e qualquer ordem legal — mesmo as fascistas — não poderão ser justificadas como legítimas? O que garante que o consenso em torno das regras do jogo seja obtido democraticamente, e não forjado por mecanismos de violência simbólica? As finalidades deste trabalho não comportam uma resposta aprofundada para essas indagações. Embora devam ser de algum modo tratadas na análise da crise constitucional brasileira, sua simples enumeração revela um dos limites do liberalismo jurídico-político: o de não haver elaborado suficientemente a idéia de legitimidade em relação aos processos sociais que a tornam possível num contexto determinado. Como comprovar empiricamente quais os valores e procedimentos legítimos — e quais os ilegítimos? Como evitar a redução do problema de legitimidade à efetiva capacidade do aparelho estatal em detectar problemas e tensões, neutralizando-os mediante uma combinação de ameaças de sanção com hábitos de obediência?

Eis por que nem a questão da legitimidade é um problema exclusivamente jurídico, nem o desafio da Constituinte pode ser examinado do ponto de vista exclusivamente formal: do mesmo modo como todo esqueleto ósseo é revestido de um tecido orgânico, toda Constituição não é apenas um conjunto de regras ou mera síntese das condições formais de exercício do poder. Ela tem um caráter jurídico, é certo, mas também encerra uma natureza social — e ambos, o jurídico e o social, são conjugados por uma vontade política responsável pela regulação e pela repressão dos conflitos, pelas regras que procuram disciplinar a emergência de novas forças sociais, pelas normas que asseguram direitos às minorias e pelas leis que impõem limites e concedem prerrogativas ao sistema político. Toda Constituição encerra em suas prescrições, como veremos, valores e interesses socialmente determinados no processo histórico.

O risco de uma Constituição "idealista". E ineficaz.

Impossível negar, hoje, a necessidade de uma Constituinte entre nós. É possível, contudo, discutir os modos, o alcance e os limites de sua realização. Por que? A resposta é simples: qualquer que seja o procedimento adotado para a formulação e de votação de uma nova ordem constitucional, ele obviamente cria relações de favorecimento ou de exclusão para determinados temas, grupos ou interesses. Isso se dá à medida que tal procedimento confere a esses temas, grupos ou interesses um tratamento preferencial, assegurando-lhes prioridade no tempo, maiores possibilidades de realização, etc. Em outras palavras, não há procedimentos neutros — as

próprias regras destinadas a regular a própria Constituinte não são meros formalismos processuais; pelo contrário, enquanto tais elas prejudicam o possível conteúdo de uma nova Carta e o possível resultado do respectivo processo de reordenação institucional do País.

É por isso que a consolidação da estratégia legitimadora da "nova República" — o lugar-comum hoje dominante em nossa retórica política — não pode esgotar-se apenas na elaboração de mais uma fórmula legal, ao lado daquelas votadas ou outorgadas em 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1968. Se não propiciar instrumentos normativos mais abrangentes e flexíveis, em condições de abrir caminho para um efetivo equacionamento dos graves

desequilíbrios sociais, setoriais e regionais existentes, que hoje tornam uma caricatura o decantado princípio da igualdade perante a lei, a nova Constituição correrá o risco mortal de ser "idealista" (no sentido dado por Oliveira Vianna ao termo) (1) e, por conseguinte, ineficaz.

O idealismo é um processo de inversão da realidade mediante invocação de um pensamento aparentemente racional. Ao permitir uma aceitação acrítica do direito positivo, escondendo o fato de que o exercício do poder estatal sempre se encontra vinculado a interesses específicos e a processos sociais determinados, ele oculta as origens sociais, econômicas e culturais tanto de suas categorias quanto dos interesses políticos ne-

la subjacentes. Ao projetar um conhecimento pretensamente objetivo e imparcial, de um lado emoldurando-o em formulações a-históricas e, de outro, recusando questões metodológicas que articulam os planos de explicação e da realidade, o idealismo também transforma a aparência de neutralidade em estratégia de socialização dos valores dominantes tutelados pela ordem jurídica.

Esta ordem, pela sua própria natureza, é obrigada a esconder o caráter ideológico da dominação política, fazendo da legislação uma caixa de ressonância das esperanças prevalecentes e das preocupações dominantes daqueles que acreditam no governo do direito acima do arbítrio dos homens. Do ponto de vista funcional, tal cará-

ter de forma alguma pode ser assumido. Afinal a condição de possibilidade do direito moderno como força estabilizadora das relações sociais se assenta, justamente, na sua capacidade de dar um significado efetivo à idéia de império da lei como algo unificado e racional. É por esta razão que as instituições jurídicas dependem de uma certa ambigüidade, permitindo que valores e ideais contraditórios apareçam como coerentes, e fazendo com que a legislação seja simultaneamente segura e elástica, pretensamente justa e compassiva, tecnicamente eficiente, porém, aparentemente equitativa, digna e soberana, mas antes de tudo funcional. Caso contrário, isto é, assumindo-se publicamente ou o direito como um conjunto de símbolos e

ideais não coerentes, estar-se-ia diante de um sério risco: o da polarização dos grupos e classes em confronto hegemônico, seguido de uma politização total — e, portanto, não-controlável — dos conflitos.

Na sua polémica com o positivismo normativista, os críticos do idealismo têm concentrado suas objeções exatamente nesse aspecto: a dificuldade do liberalismo político-jurídico em lidar com o problema estrutural do Estado intervencionista contemporâneo — sua necessidade de praticar, e ao mesmo tempo de esconder, seu caráter classista. Por razões que serão vistas adiante, esse tipo de crítica, não pode ser desprezado. Numa sociedade tão estratificada