

"Vendo-os afundados no seu labor legisferante, a impressão que me dão esses construtores de Constituições é a de uma congregação de legociens... O que lhes importa é unicamente a norma legal, na

sua exclusiva formulação verbal, na abstração de seu conteúdo; a norma legal, ontologicamente considerada; o texto da lei, em suma, na sua pura expressão gramatical e com sua mens legis hermeneuticamente

determinada, de acordo com as regras clássicas. Só isto e nada mais. Pode-se dizer que têm uma mentalidade kelseniana sem terem lido Kelsen"
Oliveira Vianna

CONSTITUINTE

O caminho para a legitimidade. Áspero. Difícil.

A legitimação de uma ordem democrática no Brasil e a necessidade de percorrer o caminho de uma Constituinte, com seus riscos e desafios, eis o tema deste trabalho do jornalista e professor José Eduardo Faria. Na semana passada, publicamos os três primeiros capítulos e

continuamos neste sábado com os dois seguintes, mostrando as consequências da opção do regime militar no complexo universo jurídico. José Eduardo Faria é professor-adjunto do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP. Ex-professor da

Universidade de Brasília e visiting scholar da University of Wisconsin Law School e autor de Crise jurídica e práxis política, publicado pela Forense, Retórica política e ideologia democrática, publicado pela Graal, e Poder e Legitimidade, publicado pela Perspectiva.

O Direito, reduzido a meio de governo.

4 A simples existência de 30 a 35 milhões de brasileiros numa situação de pobreza absoluta e de 26 milhões de analfabetos, entre outros angustiados indicadores da dívida social, revela como o positivismo normativista, ainda hoje enraizado no senso comum teórico dos juristas brasileiros, não sabe lidar com uma terrível desigualdade real. Como situações desse gênero sempre encerram um alto risco de explosão social, o regime fez uma opção clara: para manter a ordem pública dentro de uma estratégia meramente pragmática de absorção da insegurança e neutralização das tensões, face ao alto nível de estratificação social, às mudanças na estrutura ocupacional, às alterações no nível de emprego e aos sempre crescentes índices de marginalidade, ele optou pela utilização incremental dos instrumentos jurídicos.

Apesar dos dispositivos constitucionais relativos às garantias individuais, controles políticos e liberdades públicas, o regime transformou o direito em simples meio de governo. Nesse sentido, a título de ilustração, embora a Constituição reconheça a livre iniciativa (artigo 153) e a função social da propriedade, a harmonia entre as categorias sociais de produção e a valorização do trabalho como pilares centrais da ordem econômica (artigo 160), admitindo a intervenção no processo produtivo apenas "quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição (artigo 163), a administração pública praticamente controla cada decisão empresarial sobre mercados, desenvolvimento tecnológico, créditos, juros, subsídios, autorização para produção, licenças para exportação, etc. Um simples projeto de expansão industrial chega, muitas vezes, a depender do nihil obstat de mais 20 organismos burocráticos do Executivo. O atual debate em torno do alcance e do grau de intervenção da Secretaria de Informática é, nesse sentido, apenas a parte mais visível desse imenso iceberg interventor.

Portanto, como foi dito antes, a crescente utilização da legislação dispositiva esvaziou o equilíbrio entre os poderes, a hierarquia das leis, o controle de constitucionalidade, o princípio de legalidade e a segurança jurídica, configurando, no limite, um quadro de "inutilidade das leis". Quanto mais a intrincada manipulação dos decretos, das portarias, das resoluções e das instruções normativas converteu-se num mecanismo kafkiano capaz de propiciar soluções conjunturais para conflitos estruturais, aprisionando o cidadão comum nas malhas do cipoal legislativo, menos a legislação ordinária e constitucional passou a ser respeitada por parte dos governantes — logo, mais se enfraqueceram os tradicionais princípios jurídicos subjacentes ao modelo liberal de organização política e administrativa do Estado.

Racionalidade técnica

Essa erosão não se limitou, porém, apenas a uma perversão de direito público como simples decorrência da adoção de critérios de "racionalidade técnica" por um regime patrimonialista, centralizador e burocratizante. Resultante das condições de vida urbana e do aumento dos bens de uso coletivo, acelerando a proliferação de novos dispositivos legais para conflitos não imaginados pelo legislador décadas atrás, tal perversão também é patente na interferência regulatória do Estado sobre a família, sobre a propriedade e sobre a responsabilidade — uma espécie de intromissão em domínios teoricamente reservados às relações interindividuais. Embora formalmente inseridos no Código Civil, tais institutos encontram-se de tal modo envolvidos pelo intrincado jogo das regulamentações em vigor que, na prática, já ultrapassaram de há muito os limites do direito privado. Diante das "metamorfoses econômicas, sociais e políticas do direito de hoje", para usar as célebres palavras de René Savatier, quanto de espaço resta para a vontade individual?

O fenômeno é, porém, bem mais complexo do que parece à primeira vista. Vejamos um caso importante: qual a possibilidade de eficácia do direito das obrigações no âmbito de uma economia estruturalmente desorganizada e instável? O alto percentual de desemprego da moderna força de trabalho, associado à pauperização das classes médias, vem explodindo literalmente a velha regra do *pacta sunt servanda*. De acordo com ela, todos os contratos devem ser necessariamente cumpridos, em face da autonomia da vontade dos contratantes. Isto significa que as partes se vinculam reciprocamente levando em consideração um horizonte previsível de possibilidades. Tal vinculação, institucionalizando um dever de obediência entre elas, é a essência do direito das obrigações — uma das molas-mestras do capitalismo moderno.

Todavia, a crescente inadimplência dos mutuários do BNH, atingidos por uma real incapacidade de amortização de dívidas contraídas num longo espaço de tempo, alterou profundamente as condições gerais sob as quais esses contratos de mútuo foram firmados. Essa ruptura do equilíbrio das variáveis em jogo não se limitou apenas a proferir as bases tradicionais do direito privado nacional. Mais do que isso, ao acelerar o colapso do Sistema Financeiro de Habitação, já que os financiamentos foram feitos com recursos de terceiros — optantes

do FGTS e titulares de cadernetas de poupança —, disseminou uma situação de angústia, insegurança e incerteza: diante das sucessivas "quebras" de empresas do setor (Delfin, Continental, Haspa, Colméia, etc.), até quando o Estado poderia continuar garantindo o pecúlio da clientela atingida? Como assegurar a confiança do investidor no sistema? De que modo pode um sistema de poupança crescentemente "inconfiável" sobreviver?

A razão de ser dessa questão é simples. De um lado, porque os contenciosos administrativos já existentes não dão garantias efetivas aos pretensos direitos subjetivos. Isto porque as regulamentações fiscais e econômicas de direitos absolutos "à moda napoleônica", como diz André Jean Arnaud (5), esvaziaram os decantados direitos subjetivos. Tanto que a crescente "relatividade" no cumprimento das leis, nos últimos tempos, tornou possível soluções informalmente "negociadas" no caso de escândalos financeiros, desfalhas, derrama de letras frias e outros golpes do gênero (6). De outro lado, porque os tribunais passaram a se valer cada vez mais do princípio do *rebus sic stantibus*: quando, por motivos impassíveis de cogitação prévia ou por mudanças profundas na "ordem das coisas", um acordo jurídico — um mútuo com garantia hipotecária, como nos moldes do SFH, por exemplo — torna-se excessivamente oneroso para uma das partes, esta conta o "direito" de pedir uma revisão das cláusulas contratuais. Sob pena de, não sendo aceita pela parte contrária, tornar-se o contrato sem eficácia.

Tudo isso nos mostra que a emergência de uma crescente complexidade econômica e social vem esvaziando tanto os mecanismos normativos quanto os controles políticos forjados pelo liberalismo para garantir a vigência do Estado de Direito. Dito de outro modo: se é certo que a promoção do desenvolvimento pelo regime pós-64 exigiu a expansão do poder regulamentar do Executivo, também é certo que as consequências concretas desse processo geraram problemas inéditos de intervenção e direcionamento para cuja solução os repertórios constitucionais relativos aos procedimentos decisórios revelaram-se limitados. Problemas desse gênero, como aqueles inerentes à ênfase a uma industrialização acelerada e a um intenso processo de substituição de importações, gradativamente deixaram de ser suscetíveis de regulamentação e resolução segundo os dispositivos vigentes ao nível tanto do direito privado quanto do direito público. Tornou-se inevitável, na dinâmica autoritária do regime, a explosão das tradicionais limitações constitucionais impostas ao processo legislativo.

Embora já entreaberta na exposição de motivos do Ato Institucional nº 1, de 1964, tal explosão tornou-se bastante clara na edição do Ato Institucional nº 2, de 1965, que reformou e esvaziou o Judiciário, extinguiu os partidos, ordenou emendas em vários artigos das Constituições estaduais e definiu mudanças na Constituição Federal. Esse ato não se limitou a conferir poderes mais amplos ao presidente da República para enfrentar situações politicamente delicadas. Foi, em primeiro lugar, um instrumento pelo qual foram esboçadas reformas institucionais significativas, mais tarde incorporadas na Constituição de 67. Foi, em segundo lugar, um passo importante na formação dos instrumentos jurídicos que deveriam consolidar a "Revolução" e constituir a nova legalidade adequada à nova ordem então emergente. Os símbolos mais importantes dessa ordem são, com certeza, dois: de um lado, o artigo 55, que permite ao Executivo, em casos de "urgência ou de interesse público relevante", expedir decretos-leis sobre matéria de finanças, tributos e segurança nacional — essa doutrina excessivamente vaga e abrangente, sujeita não a interpretações tecnicamente jurídicas, mas a arbítrios fundados em sentimentos de responsabilidade funcional dos burocratas do regime; de outro, o Ato Institucional nº 5, de 1968, suspendendo as garantias constitucionais, liquidando com a autonomia do Congresso e concedendo poderes quase imperiais ao chefe de governo e portador do "sistema" burocrático-militar — excluindo até mesmo de "qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este ato" (artigo 21).

Daí, pois, a explosão dos mecanismos legais relativos ao processo legislativo até então vigentes: embora tenham surgido em momentos de impasse, após derrotas eleitorais dos governos "revolucionários" e a partir das pressões burocráticas e militares subsequentes, ambos os atos àquela altura não se limitaram a constituir soluções de natureza meramente conjuntural. Pelo contrário, considerando velha e inadequada a ordem jurídica pós-64, para cuja substituição se caminhava desde o AI-1, foram voltados para o futuro — e o que se sucedeu foi um imenso cipoal legislativo, de caráter basicamente dispositivo, configurando um imenso, abrangente e desordenado ordenamento hoje com sua validade literalmente afrontada pelos diferentes setores sociais. Por isso, ao lado da ineficácia de certos textos legais e do desarranjo estrutural de certos institutos, encontra-se um problema fundamental: a questão do sentido e da unidade do próprio sistema brasileiro. Como ambos são possíveis diante de uma avassaladora produção normativa ditada por critérios de conveniência tecnocrática e caracterizada pelo desprezo da técnica legislativa?

A consequência natural desse pragmatismo legisferante tem sido, como se sabe, a dupla violação do princípio da unidade legal: múltiplos assuntos integrados numa só lei e o mesmo assunto distribuído por várias leis. Dessa redundância e desse desordenado intercruzamento resulta, por extensão, o descontrole provocado pelo uso cada vez mais corriqueiro da cláusula "revoguem-se as disposições em contrário" dada a tendência de centralização normativa por parte das diferentes instâncias administrativas do Executivo. Decorre daí o assistente processo de regulamentação que, mediante expansão descontrolada do direito administrativo, compromete institutos jurídicos de direito privado antes considerados intangíveis. Logo, quem conhece os pontos de intercruzamentos básicos dessa malha legal termina por manipular todo o sistema político a seu favor.

Na visão tradicional do legalismo liberal, cuja concepção de legitimidade tem um certo cunho positivista, muitas vezes confundindo-se com a noção de legalidade, nossas estruturas estariam vivendo uma situação de metástase: a ruptura da hierarquia lógico-formal do sistema jurídico brasileiro seria, nessa ótica, condição de sua atual ilegitimidade. A própria OAB, por exemplo, destacando-se pela defesa do legalismo liberal ao advogar o Estado de Direito, passou estes últimos 20 anos denunciando o manejo corporativo da política. Ela mesma correu o risco de sofrer intervenções do Ministério do Trabalho, como forma de intimidação e punição por sua combatividade. E houve até momentos em que, nos meios empresariais, tradicionalmente moderados e prudentes, a iniciativa privada aproveitou a realização das Conferências Nacionais das Classes Produtoras (Conclap) para revelar como a liberdade de iniciativa vinha sendo pervertida pelos órgãos burocráticos do Executivo encarregados de disciplinar, regular, dirigir e planejar o processo econômico.

Incerteza e insegurança

A ilegitimidade seria, assim, decorrência da incerteza e da insegurança inerente a formas autocráticas de dominação — formas essas nas quais prevalecem muito mais os critérios e técnicas pragmáticas dos burocratas do que os dispositivos constitucionais do artigo 153. Afinal, o legalismo liberal não prescinde em hipótese alguma da calculabilidade e da certeza — princípios básicos da ideologia burguesa que permeou a consolidação do Estado de Direito. O modelo burguês, como se sabe, partia do pressuposto de que os homens seriam capazes de conhecer eles próprios suas necessidades individuais, podendo dessa maneira prever a satisfação delas através dos bens correspondentes obtidos no mercado político ou econômico.

Hoje, no entanto, as necessidades individuais se formam num processo sócio-econômico cada vez mais coletivo. Da mesma maneira como a da oligopolização do mercado tornou os preços administrados e os agentes produtivos altamente dependentes dos acertos corporativos no âmbito dos órgãos burocráticos do Executivo, a dinâmica organizacional dos partidos massificou o eleitorado, reduzindo cada indivíduo a um papel de consumidor passivo e limitando sua capacidade de julgamento. Tanto a autonomia contratual e a liberdade de escolhas dos cidadãos quanto as próprias atividades parlamentares estão assim inseridas numa estrutura organizacional onde as decisões mais importantes praticamente já se encontram previamente programadas por lideranças muitas vezes pouco representativas quanto à sua composição sócio-estrutural. A medida que essas lideranças controlam rigidamente as alternativas oferecidas ao mercado, o que leva autores reconhecidamente conservadores como Schumpeter e Kelsen a ver a democracia como simples forma de equilíbrio dos conflitos, reduzindo o exercício da cidadania a um simples direito periódico de sufrágio, a efetiva participação do eleitorado no mercado político não se destina a assegurar a qualidade das decisões públicas, mas a referendá-las.

Do ponto de vista da dogmática jurídica, essa superação da ênfase lockeana ao individualismo possessivo, uma das principais fontes inspiradoras da cultura jurídica liberal, vem reintroduzindo com novos graus de complexidade o velho problema hobbesiano do poder. Os conflitos já não são mais interindividuais porém grupais e classistas. Dada a heterogeneidade das forças sociais em confronto, especialmente no que se refere às suas respectivas composições sócio-econômicas, aumenta o volume de clivagens não mediadas institucionalmente pelas vias legislativas e judiciais tradicionais. Consequentemente, a natureza fragmentária de conflitos cada vez mais complexos exige procedimentos decisórios pouco ortodoxos, os quais, por sua vez, abrem caminhos para mudanças fundamentais nas esferas econômica e política. Como, por exemplo, conciliar as exigências de maior igualdade real, advogadas pelos diferentes matizes socialistas, com a liberdade formal tão louvada pelo liberalismo? Será possível evitar que as crescentes regulamentações efetuadas pelo Estado intervencionista, ditadas por razões de conjuntura e impostas por critérios de racionalidade material, continuem a esvaziar a segurança e a certeza jurídicas, comprometendo assim a pretensa universalidade do modelo liberal de direito? E o que veremos adiante...

