

Democracia e legitimidade: representação política e paradigma dogmático

CELSO CAMPILONGO

Advogado em São Paulo e professor-colaborador do Programa Especial de Treinamento patrocinado pela CAPES em convênio com o Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

“A prática sem a ciência é como o navegador que se lança ao mar sem bússola. Navegar, sem dúvida, ele irá. Entretanto, sem saber em que sentido e em que direção.”

LEONARDO DA VINCI

Democracia e legitimidade, ou seja, os mecanismos de articulação do consenso, encontram-se em crise. Isso, hoje, parece lugar comum. Entretanto, ao nível da ciência do direito, as fórmulas de distribuição de poder e autoridade resistem com rigor e energia a todas as investidas teóricas que questionem os postulados jurídico-filosóficos herdados do liberalismo dos séculos XVIII e XIX. O que conduz a esta situação? Por que razão, apesar de todo o desenvolvimento da teoria social no século XX, o direito insiste em pensar o mundo e a si próprio como se fossem um grande fórum? Numa palavra: por que a dogmática jurídica não abre mão de categorias analíticas visivelmente defasadas em relação à evolução do conhecimento como um todo?

A partir desse conjunto de indagações é possível estabelecer um liame entre, de um lado, democracia e legitimidade, e, de outro, dogmática jurídica. A ligação destes pólos, para os limites do presente trabalho, far-se-á em torno do conceito de representação política. Numa visão estritamente liberal da democracia, a noção de representatividade das instituições é fundamental. Se, na sua origem, o conceito clássico de representação estava vinculado à idéia de “governo representativo”, no curso da história tal eixo deslocou-se para a imagem de “democracia representativa”. Desta forma, no pensamento liberal, democracia e representação tornaram-se praticamente sinônimos.

Por outro lado, toda elaboração doutrinária da ciência do direito foi profundamente marcada pela concepção de Estado do liberalismo. Nas palavras de E. PUCEIRO, “a proposta teórica e metodológica da dogmática jurídica é inseparável do modelo exposto — a teoria liberal do Estado — e, particularmente, da solução da questão da legitimidade” (1). A validade do ordenamento jurídico, em última instância, nessa concepção, é legitimada pela vontade geral da teoria democrática. Soberania popular, primado do Parlamento, sufrágio universal e processo eleitoral desempenham a função — teórica, prática e retórica — de legitimação social e política. Evidentemente, não se pode fazer uma abstração das condições históricas e sociais em que esta teoria foi gerada — o que foge ao âmbito deste estudo — porém, é desnecessário lembrar que a recepção automatizada deste patrimônio cultural, fora do seu contexto originário, funciona como agente conservador das investigações científicas e desencorajador das iniciativas mais ousadas ou criativas a respeito do direito.

Em outras palavras, limitar o debate sobre a correlação desses temas — democracia, legitimidade e direito — a um referencial dogmático e afastado da realidade da sociedade industrial significa abortar as perspectivas de uma abordagem apta a estabelecer parâmetros analíticos adequados à observação de um mundo marcado por clivagens e complexidades crescentes. Mais ainda: a relativa harmonia da política dos “honoratioses” e do mundo dos “cavalheiros” do século XVIII foi, definitivamente, rompida pela abrupta irrupção das classes trabalhadoras na arena política. Os parlamentos, na medida em que passam a abrigar a conflituosidade da sociedade de classes, perdem tanto a confiança dos grupos proprietários quanto a funcionalidade antes desempenhada no processo de legitimação das decisões políticas (2). Estas alterações políticas e econômicas decorrentes da expansão da cidadania ao proletariado produziram verdadeira ruptura dos mecanismos clássicos tanto de obtenção de consenso quanto de racionalização política e normativa, o que entreabre, de maneira nítida, a “necessidade de estratégias teóricas e metodológicas que superem os limites da versão dogmática da ciência do direito” (3).

(1) ENRIQUE ZULETA PUCEIRO. *Teoría Jurídica y Crisis de legitimación. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, nº 2, 1982, p. 300.

(2) Ver, nesse sentido, FERNANDO RUIVO. *Aparelho Judicial, Estado e Legitimação. Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, nº 6, 1981, p. 138. Ver, ainda, FRANZ NEUMANN. *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro, Zahar, 1969, p. 49; e MAX WEBER. *Economía y Sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 238-239.

(3) PUCEIRO, *op. cit.*, p. 290.

A partir daqui, passa a fazer sentido a frase de DA VINCI inserida no início do trabalho. A dogmática jurídica vive um dilema angustiante entre a “prática” e a “ciência”. De um lado, deve fazer frente aos problemas de controle social, garantia e segurança das expectativas, promoção do desenvolvimento, integração e estabilidade social, ou seja, questões marcadamente práticas. De outro, reclama por uma reformulação conceitual que lhe dê flexibilidade suficiente para deter a gradativa perda da função do direito. O positivismo jurídico é, atualmente, a “bússola” que comanda o jurista na constelação da complexidade social. Entretanto, se no século XVI a bússola representava um padrão de cientificidade habilitado a ditar o “sentido” e a “direção” da navegação, no século XX a dogmática jurídica pode ser encarada como um instrumento sem indicadores — uma “bússola” sem agulha e imprópria para traçar os roteiros que a “prática” da sociedade industrial exige percorrer. “Prática” e “ciência” estão divorciadas. Um paradigma científico esvaiu-se — o da dogmática jurídica — e seu sucedâneo ainda não se delineou. A questão é saber como dar “sentido” e “direção” a uma “prática” e uma “ciência” jurídicas — e, conseqüentemente, a uma teoria da democracia — teimosamente avessas aos experimentalismos e aos desafios da práxis.

Para a investigação jurídica é provável que MONTESQUIEU tenha sido o principal formulador da doutrina da representação. O *Espírito das Leis*, além da clássica argumentação sobre a divisão dos Poderes, desenvolve, de modo sintético mas preciso, os princípios basilares da representação. No Livro Segundo, Capítulo II, do *Espírito das Leis*, MONTESQUIEU escreve:

“O povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar parte de sua autoridade . . . Entretanto, saberá o povo dirigir um negócio, conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos e aproveitá-los? Não: não saberá . . . o povo, que possui suficiente capacidade para julgar da gestão dos outros, não está apto para governar a si próprio” (4).

MONTESQUIEU era claro: o povo sabe escolher, mas não sabe governar. E, por não saber governar, deve escolher quem o faça. Por trás disso estão três elementos importantíssimos para a análise política e jurídica: a eleição, o sufrágio e a representação. O povo fala através de seus representantes, o que leva MONTESQUIEU ao arremate: “é ainda uma lei fundamental da democracia que só o povo institua leis” (5). Essa, segundo RAYMOND ARON (6), é a essência da política, ou seja, as decisões devem ser tomadas para a coletivi-

(4) MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo, Abril, 1973, p. 40.

(5) MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 41.

(6) Cf. FARIA, *op. cit.*, p. 169.

dade, por meio de seus representantes, e não *pela* coletividade diretamente. A soberania popular de ROUSSEAU também é, nesta mecânica, sutilmente substituída pela soberania nacional de SIEYÈS. A fórmula aristocrática perpetua-se sem que a “teoria pura da democracia” de ROUSSEAU seja totalmente descartada. E ARON conclui o raciocínio dizendo ser “absurdo comparar os regimes democráticos modernos com a idéia irrealizável de um regime em que o povo se governasse a si próprio; trata-se de comparar os regimes de fato aos regimes possíveis” (7).

Independentemente das alternativas que a democracia representativa possa ter (8), e das críticas que tem recebido, “a discussão sobre os princípios que devem governar um regime democrático — e, por extensão, legitimar seu ordenamento jurídico — poderia ser realizada pela afirmação de que cada povo tem a democracia que merece ou que é capaz de forjar” (9). Assim, os antigos tiveram democracia mas não tiveram representação. O século XIX conheceu a representação mas não conheceu a democracia. Quais serão as perspectivas para o futuro: não teremos nem democracia nem representação? (10)

Na medida em que a crescente complexidade social desgosta as técnicas tradicionais de obtenção do consenso, o tema da representação política, como critério de legitimidade, volta à ordem do dia dos problemas que a ciência do direito deve enfrentar. De um lado, podem ser arrolados os temas ligados à mudança do papel do Estado. De outro, devem ser captados os efeitos dessa transfiguração do Estado “neutro” em Estado interventor sobre a ciência do direito como um todo e sobre a produção normativa em particular.

(7) A colaboração de ARON está em *Démocratie et Totalitarisme*. Historicamente talvez seja possível uma identificação entre a idéia de governo e a noção de elite. Governo sempre foi controle da minoria sobre a maioria. Porém, “esta identificação da verdade com o que, de momento, é praticável” (ver, a respeito, A. GIDDENS, *Capitalismo e Moderna Teoria Social*, Lisboa, Presença, 1984, p. 196) não leva em consideração os alertas weberianos, para os fatos de que, entre a verdade factual e a verdade ética medeia um abismo lógico enorme, e, além disso, que, por mais adiantado que seja o conhecimento empírico, nunca é possível a escolha de uma ética em relação a outra. Desta maneira, assumir a “essência” da política da maneira que faz ARON pode conduzir a uma aversão pretensamente empírica, mas faticamente conservadora, aos mecanismos receptivos a uma participação política mais intensa e menos aristocrática.

(8) Especialmente sobre o tema das “alternativas”, ver o hoje clássico ensaio de NORBERTO BOBBIO, *Quais alternativas à democracia representativa?* in *Qual Socialismo*, Rio de Janeiro, 1982. BOBBIO demonstra não haver modelo algum capaz de substituir a representação, mas não descarta a possibilidade de compatibilização da democracia representativa com técnicas de democracia direta que corrijam alguns dos vícios do modelo indireto.

(9) JOSÉ EDUARDO FÁRIA, *op. cit.*, p. 125.

(10) Cf. MANUEL FRAGA IRABARNE, *Legitimidad y Representación*. Barcelona. Grijalbo, 1973, p. 208.

A articulação desses dois aspectos da vida social — Estado interventor e ordem jurídica — com a noção de representação política não pode ser compreendida em termos tradicionais. Os padrões da “ciência normal” concedem um determinado *status* de cientificidade a um conjunto de investigações, metodologias e temáticas que formam, para retomar a terminologia cunhada por T. KUHN, um “saber paradigmático”. Todos os problemas são restringidos, selecionados e reduzidos a um grupo de questões que podem ser facilmente controlados segundo procedimentos retóricos preestabelecidos. Alguns pressupostos são tomados como absolutamente inquestionáveis e, a partir deles, a ciência constrói seu discurso teórico. O discurso científico acaba por estabelecer, paradoxalmente, uma situação monológica — isto é, um consenso generalizado a respeito de teorias, objetos do saber e áreas de concentração de interesse — que transfere para um segundo plano, ridicularizado e taxado de não-científico, o discurso alternativo. Resumindo, um paradigma científico pode ser identificado a partir do momento em que é capaz de gerar um amplo consenso dentro da comunidade da qual ele surge.

A dogmática jurídica, segundo PUCEIRO⁽¹¹⁾, é um exemplo clássico de paradigma científico. Partindo desta premissa, duas dúvidas podem ser recolocadas. A primeira diz respeito aos motivos pelos quais a ciência do direito mantém uma postura crítica e avessa ao aprofundamento das abordagens multidisciplinares; por que resiste às inovações? A segunda indaga sobre as dificuldades que o positivismo jurídico enfrenta — especialmente ao nível do direito constitucional — para lidar com a noção de representação política.

Preliminarmente, respondendo à primeira indagação, cumpre diferenciar dois aspectos da dogmática jurídica⁽¹²⁾. Um aspecto afirmativo, que diz respeito ao esforço “combinatório e compositivo” levado a cabo pelo conjunto de sistematizações da teoria do direito; e, de outra parte, um aspecto negativo, que exclui da investigação tudo aquilo capaz de problematizar os axiomas do pensamento jurídico “normal”. Destes dois aspectos, ainda segundo PUCEIRO, o afirmativo desempenha um papel irrelevante e apenas auxiliar para as construções da ciência jurídica.

“Como saber de autoridade, a ciência jurídica reproduz em sua estrutura interna as exigências próprias de sua função na sociedade. Sua dimensão essencialmente prática, dirigida ao controle social, à integração dos conflitos ou à distribuição de autoridade, se reflete internamente no fortalecimento da função autoritária de seu paradigma e matrizes disciplinares. Os resultados da ciência

(11) PUCEIRO, *op. cit.*, p. 293.

(12) PUCEIRO, *op. cit.*, pp. 294-295.

jurídica são, além de produtos da comunidade científica, instâncias portadoras de uma pretensão vinculatoria em relação à comunidade política.”

O consenso em torno de um paradigma é, portanto, intelectual, histórico e, principalmente, político. Enquanto o aspecto afirmativo da dogmática limita-se aos padrões do paradigma prevalecente, o aspecto negativo exclui do âmbito da ciência “normal” as abordagens que adensem uma avaliação das relações entre direito e estruturas sociais. Esta exclusão decorre da arrogância do positivismo normativo em julgar a norma — o texto da lei —, o único objeto plausível de ser cientificamente estudado pelo jurista. Isto nos conduz à primeira das duas indagações: por que a ciência jurídica é avessa à crítica, à inovação e à investigação multidisciplinar?

O direito regula fórmulas de distribuição de poder e autoridade. Nas palavras de PUCEIRO, o que define a ciência do direito é “sua primazia hegemônica no sistema de regras e definições estipulativas a partir das quais se podem pensar as realidades sociais. Isto explica a pretensão exclusivista do paradigma dogmático e suas resistências aos processos de mudanças internas e externas (13)”. Uma sociedade possui várias estruturas de autoridades. Porém, a teoria positivista supõe a completude hermética do ordenamento jurídico, o que reduz todas as estruturas de autoridade possíveis a uma só: a prescrita em lei. A realidade social é construída pelas normas, e estas, segundo os paradigmas científicos da dogmática, são moldadas pela vontade dos representantes do povo. A crítica e a inovação, dentro de um sistema completo e sem contradições como o ordenamento normativo, são vistas como disfuncionais à estrutura de distribuição de autoridade.

O paradigma dogmático libera o jurista do fardo de discutir questões que ultrapassem a descrição “neutra” da ordem positivada. Como diz RIPERT (14), “todo e qualquer juízo demasiadamente livre sobre o fundamento das leis se afigura perigoso aos que detêm o poder político. Considera-se indesejável que os encarregados de interpretar, explicar o direito, saibam demasiado e digam como e por quem é feita a lei. Aos soberanos agradam mais os legistas que os juristas”. Desta maneira, os conflitos sociais e a efetiva distribuição de poderes ficam diluídos numa espécie de “senso comum teórico” do saber jurídico, que pouco ou nada diz sobre a função social da dogmática.

Podemos, agora, passar à segunda pergunta: por que o positivismo jurídico enfrenta dificuldades em lidar com a noção de repre-

(13) PUCEIRO, *op. cit.*, p. 297.

(14) GEORGES RIPERT, *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo, Saraiva, 1937, pp. 12-13.

sentação política? Ora, as relações entre direito e política estão no centro de qualquer análise que se queira fazer da cultura jurídica. A representação política tem sido, tradicionalmente, o instrumento constitucional de ligação entre a política e o direito. Os constitucionalistas, independentemente do fato de sempre apontarem os pontos “tangenciais” entre as ordens jurídica e política, ciosos da especificidade do direito, tendem a explicar e resolver os problemas da sociedade a partir das características formais da organização governamental. É este o paradigma dogmático: construir a realidade a golpes de lei. Deste modo, a representação política é deduzida e estudada a partir do conjunto de regras que a torna realidade jurídica. Nos próximos parágrafos tentaremos demonstrar os limites desse modelo e as dificuldades que ele enfrenta para lidar com uma série de situações novas, legais e extralegais, que alteram continuamente a noção de representação política herdada do século XVIII.

O direito moderno carrega consigo a índole do liberalismo político. G. RIPERT ⁽¹⁵⁾ dizia: “Para isso basta lembrar que o povo exerce um poder soberano por intermédio dos seus representantes eleitos por sufrágio universal, que ele conquistou completamente o poder político e que hoje é o número que faz a lei. Eis o fato. Quanto ao espírito democrático, devemos acrescentar mais alguma coisa: ele assenta sobre a crença de que não há razoavelmente outra forma de governo possível senão o governo democrático, nem praticamente outra forma desejável. Poder-se-á exprimir completamente pela idéia de que só o povo pode fazer a lei e de que a lei é necessariamente boa por ser justamente feita por ele e para ele”.

Portanto, a idéia paradigmática é a de que direito e democracia estabelecem um relacionamento dialético que encontra sua síntese na lei votada pelo parlamento. A representação política legitima a fabricação do direito. O próprio RIPERT ⁽¹⁶⁾, amparado em nomes destacados do positivismo normativista, prossegue na confirmação dessa idéia: “O que aconteceu, pois? Isto, simplesmente: o povo tornou-se rei. Em 1848, o sufrágio universal deu o poder político ao número. É uma época decisiva da nossa história (PLANIOL), o poderio político é deslocado, a direção do Poder Legislativo mudada, os governados tornam-se governantes, os súditos legisladores (KELSEN)... Agora só os representantes do povo têm o direito de fazer as leis.” A referência a RIPERT é duplamente significativa. De um lado, por se tratar de um jurista com “autoridade” científica reconhecida no mundo jurídico. De outro, por representar bem, através dos trechos citados, a maneira como a dogmática passou a encarar os reflexos que as transformações na ordem política, econômica e social tiveram sobre o direito.

(15) RIPERT, *op. cit.*, p. 8.

(16) RIPERT, *op. cit.*, p. 23.

RIPERT (17) chamava a atenção dos civilistas para a influência do fator político na evolução do direito. Criticava os juristas que diziam “não fazer política” e propunha-se a demonstrar que “não podiam deixar de a fazer”. A situação, desde a década de 30, quando RIPERT escreveu o *Regime Democrático*, não mudou muito. Os normativistas insistem em “não fazer política”. O positivismo jurídico, evidentemente, não nega que existam relações íntimas entre, por exemplo, o direito e a política. Entretanto, numa perspectiva puramente dogmática, restringe-se a descrever e explicar as regras jurídicas que operam o intercâmbio entre o direito e a política. O direito limita-se, nesta visão, a constatar uma ou outra norma e analisar seu funcionamento. Nada além. Isto não quer dizer, como salienta MIALLE (18) “que o jurista nunca venha a dar a sua opinião ou manifestar a sua apreciação sobre o conteúdo do direito que ele estuda ou ensina, mas ao agir assim, ele abandonará o terreno da ciência e entrará no da moral ou da política. A manutenção na ciência jurídica exclui, pois, todo o “deslocamento”. A ciência será positiva no sentido de ser “neutra” no plano político e moral. Por outras palavras, a atitude positivista em direito postula que a descrição e a explicação de regras jurídicas, tal qual são limitadas a si mesmas, representam um proceder “objetivo”, o único digno do estatuto científico”.

A distinção feita por BOBBIO entre a abordagem estrutural e a abordagem funcional do fenômeno jurídico também pode auxiliar na investigação dos limites da análise positivista da representação política. Numa perspectiva estrutural, inerente à tradição normativista do positivismo, o objeto de estudo está concentrado na interpretação da lei, na eliminação das antinomias e na integração das lacunas. Numa perspectiva funcional, a preocupação está dirigida aos processos de formação das regras e às indagações sociológicas, econômicas e políticas sobre as mudanças no papel do Estado (19). Na sociedade contemporânea — marcada pela crescente complexidade ditada pelos conflitos sociais, pela diferenciação funcional e pelo desenvolvimento econômico — o direito não pode ser visto como sistema pronto, acabado, hermético e independente, da maneira que o positivismo normativo o idealiza. Esta rigidez, de um lado, permite a perversão do princípio da legalidade, convertendo o positivismo em arma para o exercício do arbítrio (20). De outro lado, não dá importância ao fato de que o Estado utiliza o direito como instrumento de poder.

(17) RIPERT, *op. cit.*, p. 6.

(18) MICHEL MIALLE. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa, Moraes, 1979, p. 39.

(19) JOSÉ EDUARDO FARIA. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. São Paulo, 1984, p. 201.

(20) FARIA, *op. cit.*, 1984, p. 192.

A partir dessas referências — apoiadas em autores tão dispares entre si como RIPERT, MIALLE e BOBBIO —, é possível perceber por que o positivismo jurídico é insuficiente para analisar o instituto da representação política. A abordagem estrutural é incapaz de captar todas as transformações verificadas no papel do Estado contemporâneo. E a representação política, como os demais institutos jurídicos, recebe a influência direta destes fatores extrajurídicos que determinam a função social do direito. Tomar a representação política como objeto de estudo jurídico autônomo — ou seja, definir como limites da investigação o conjunto de regras legais que descrevem a constituição e funcionamento dos corpos representativos — significa inviabilizar a análise de fenômenos que alteraram os paradigmas clássicos da ciência do direito.

A título de exemplificação desenvolveremos um conjunto de problemas — todos ligados à transformação do Estado contemporâneo — que, se não exige uma redefinição tanto da teoria do direito quanto da teoria da democracia, coloca sérias dúvidas a respeito da utilização da representação política como critério de legitimidade do ordenamento jurídico. Mais ainda: esses problemas demonstram como os paradigmas do positivismo normativista não fornecem indicadores aplicáveis ao exame das instituições representativas.

Segundo Kelsen ⁽²¹⁾, a essência do parlamentarismo é a “formação da vontade normativa do Estado por parte de um órgão colegial eleito pelo povo com base no sufrágio universal e igual, por isso democraticamente, segundo o princípio majoritário”. Encontram-se, aqui, pressupostos não muito diversos daqueles apontados por Montesquieu: representação, sufrágio e eleição. Convém destacar, além disso, três paradigmas inerentes a esta concepção liberal do direito e do Estado: soberania do parlamento, monopólio da representação pelos órgãos eletivos estatais e, subjacentemente a isso, a noção de hierarquia das leis. Veremos, a seguir, como esses paradigmas, a partir do momento em que o Estado assume novos papéis na estrutura econômica e na estrutura de dominação, tornam-se inadequados para explicar a representação política e as técnicas de obtenção do consenso.

Começamos pela soberania do parlamento. A produção normativa, na concepção liberal, é reservada ao “órgão colegial eleito pelo povo”, com diz Kelsen. Contudo, na medida em que as tensões e os conflitos de grupos e classes foram acelerados pela complexidade sócio-econômica, o Estado viu-se na contingência de alargar seus instrumentos de atuação política, passando a regulamentar, organizar, fiscalizar, numa palavra, intervir em todos os aspectos, da vida do cidadão. Este intervencionismo foi acompanhado por um processo paralelo de aumento da produção legislativa com ori-

(21) HANS KELSEN. *Il Primato del Parlamento*. Milano, Giuffrè, 1982, p. 175.

gem no Executivo. O Poder Executivo toma ao Legislativo a “soberania” na produção do direito: regulamentos, portarias, decretos-leis, instruções normativas, enfim, um sem-número de regras jurídicas que passam ao largo do parlamento descaracterizam o princípio da representação política e da soberania do parlamento. O Executivo legislador não é representativo, não é sufragado, nem é eleito.

O segundo dos paradigmas apontados — monopólio da representação — também é contestado pela atuação crescentemente intervencionista do poder estatal. Para criar instituições capazes de viabilizar sua atuação, o Executivo é forçado a ampliar sua complexidade interna. Daí a necessidade de um aparelho burocrático que assuma a função de implementar com eficácia as respostas às múltiplas demandas apresentadas pela sociedade. A intervenção e o planejamento são institucionalizados a partir da formação das organizações burocráticas. Não cabe, nos limites deste trabalho, desenvolver as características dessas organizações burocráticas e apontar suas incompatibilidades com a democracia ⁽²²⁾; basta reter que “não se pode encarar o problema da democracia na sociedade industrial sem considerar o aparelho burocrático como parte integrante da organização do poder” ⁽²³⁾.

Mas em que os órgãos burocráticos desafiam o monopólio da representação política pelos órgãos eletivos? Ora, a ampliação dos poderes regulamentares do Executivo cria novos centros de decisão política, situados no interior dos círculos burocráticos de negociação e barganha. São eles os “anéis burocráticos” que gravitam em torno das diferentes agências do aparelho estatal. Desta forma, o monopólio da representação, formalmente exercido pelos organismos eletivos, é fragmentado através de um sem-número de organismos políticos articulados de maneira informal ao nível do Executivo. Em termos práticos, essa transferência da representação de interesses do Legislativo para o Executivo pode ser exemplificada pela frase de um empresário nacional de destaque: “Temos obtido, nos contatos diretos com os ministros, muito mais do que poderíamos pelo Congresso” ⁽²⁴⁾.

Esta “representatividade burocrática”, alternativa informal do antigo monopólio formal da representação parlamentar, subverte

(22) Ver, a esse respeito, NICOR POULANTZAS (*O Estado, o Poder, o Socialismo*. Rio de Janeiro, Graal, 1981, p. 262), onde se lê: “a burocracia de Estado sempre foi a instituição estatal mais rebelde aos princípios da democracia representativa”; ver, também, NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, p. 59, para quem “a tendência do Estado moderno no sentido da organização burocrática, lei essencialmente antidemocrática do poder”, gera um paradoxo da democracia: mais democracia significou até agora mais burocracia.

(23) FARIA, *op. cit.*, 1983, p.109.

(24) JOSÉ EDUARDO FARIA, *Direito, Modernização e Autoritarismo*. São Paulo, 1981, p. 324.

radicalmente os critérios de legitimação legislativa concebidos pelo liberalismo. Além disso, o próprio argumento retórico de justificação dessa transferência dos “loci” de decisão política vale-se de um pressuposto questionável do ponto de vista da democracia como questão dialógica. Os quadros tecnocráticos das burocracias estatais, sob a alegação da racionalidade técnica de suas decisões, são avessos ao diálogo que caracteriza os métodos parlamentares de formação da vontade estatal. Como se fosse possível distinguir as questões técnicas das questões políticas, as elites burocráticas acabam transformando em “técnicas” todas as demandas que chegam ao seu conhecimento. A democracia representativa, acusada de lenta pela “infinidade dos debates”, é taxada de incapaz de responder com agilidade à gama de situações controvertidas que as sociedades complexas comportam. Aqui, novamente, desaparece a operacionalidade do paradigma dogmático normativo que concede ao parlamento o monopólio da representação. O que se percebe, contrariando o paradigma positivista, é uma crescente pluralização das instâncias de representação. Estas novas agências representativas — situadas tanto no âmbito dos anéis burocráticos quanto no seio das instituições da sociedade civil dotadas de capacidade de organização e conflito — pela sua natureza informal e, muitas vezes, extra-estatal, passam despercebidas pelos analistas que identificam o instituto jurídico-político da representação com as disposições normativas que a regulam.

Agora é possível, levantados os problemas relativos à soberania do parlamento e ao monopólio da representação política dos colegiados eletivos, indagar a respeito de um terceiro paradigma dogmático normativo: o princípio da hierarquia das leis. O positivismo jurídico concebe o direito como uma ordem completa e livre de contradições, que encontra na Constituição o diploma legal destinado a ocupar o ápice da “pirâmide das leis”. Assim, todo sistema normativo é deduzido e hierarquizado a partir da norma fundamental. As instituições estatais representativas têm a função, obedecendo os parâmetros fixados na Constituição, de produzir a ordem jurídica. Mas, diante do quadro delineado nos parágrafos anteriores, onde a soberania do parlamento foi contraposta ao crescente papel legiferante do Estado, e o monopólio da representação pelas instituições eletivas estatais foi fragmentado entre os “anéis burocráticos”, cabe a pergunta: a hierarquia das leis e o sistema constitucional como um todo resistem a estas modificações?

Evidentemente que não. Na sociedade complexa são múltiplos os pólos de geração do direito. A produção legislativa do Executivo, para não entrarmos na questão ainda mais controvertida da produção legislativa extra-estatal, assume inúmeras formas no interior do aparelho de Estado. O ordenamento jurídico vai, gradativamente, perdendo a perspectiva formalista e unitária decorrente

das regras inflexíveis da hierarquia das leis. Segundo FARIA (25), “a nova prática legal do Estado intervencionista acaba por admitir a presença de várias cadeias normativas com diversas normas-origem, algumas não só incompatíveis entre si, porém, igualmente, com as próprias diretrizes constitucionais”.

Se a titularidade da iniciativa legislativa é deslocada do parlamento para a pluralidade de agências estatais; se o monopólio da representação eletiva é diluído entre múltiplos “anéis burocráticos” informais de negociação e barganha política; não fica difícil constatar que os pólos de produção do direito também são diversificados, gerando a possibilidade de múltiplas hierarquias normativas paralelas e inter cruzadas coexistirem.

Resumindo, vimos que três postulados da dogmática jurídica — primado do parlamento, monopólio da representação e hierarquia das leis — vão, gradativamente, perdendo efetividade no confronto com outras regras — positivadas ou não — que calibram a dinâmica regulatória do sistema. O Executivo legislador, os anéis burocráticos e as pluralidades de cadeias normativas, nem sempre captados pelo positivismo normativista, desnaturam a essência da representação política e “convertem-se em mecanismos destinados a permitir uma articulação mais funcional e informal entre os diversos setores do Estado e da sociedade” (26). A percepção desses elementos está associada à superação dos paradigmas dogmáticos do discurso constitucionalista. Só assim a questão da representação das instituições legislativas, poderá aflorar com toda a complexidade que o normativismo positivista tendenciosamente despreza.

Sem dúvida alguma a representatividade é essencial como critério de legitimação democrática. O problema, contudo, reside em compatibilizar o instituto com as tensões e conflitos inerentes aos sistemas sociais complexos, com as exigências de garantia e segurança das expectativas e, principalmente, com os imperativos de estabilidade das relações sociais. A heterogeneidade das sociedades de classe tem posto em evidência os limites estruturais da dogmática jurídica para responder com flexibilidade a este desafio. Assim, a ciência do direito deve empreender seus esforços no sentido de superar os paradigmas tradicionais e perquirir por mecanismos que superem a crise de legitimidade política e social do direito positivo e da representação política.

A dogmática jurídica vive o drama do navegador de Da Vinci. Não consegue conciliar “prática” com “ciência” e, mais ainda, não se dá conta de que as “navegações” do século XX comportam mais de um “sentido” e mais de uma “direção”. O positivismo insiste em ser “bússola” e não percebe que também é ideologia.

(25) FARIA, *op. cit.*, 1984, p. 199.

(26) FARIA, *op. cit.*, 1983, p. 41.