

A CRISE CONSTITUCIONAL E A RESTAURAÇÃO DA LEGITIMIDADE*

JOSÉ EDUARDO FARIA**

1. Poder e legitimidade; 2. O caráter "idealista" do legalismo liberal; 3. Coerência lógico-formal versus pragmatismo decisório; 4. Mudança sócio-econômica e crise jurídica; 5. Autoritarismo político e reordenação institucional; 6. Dilemas e paradoxos da ordem emergente; 7. Legitimidade e Constituinte.

"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 desorganização de seus procedimentos administrativos, a anomia da sua ordem constitucional e a desmoralização 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 Assembléia Constituinte, cuja grande tarefa é a de fornecer o enquadramento formal das bases nacionais de convivência política emergentes do atual processo de redemocratização.

* Este trabalho funde e expande as comunicações *Mudança social e mudança jurídica no Brasil*, preparada para a XX Reunião Anual da Law and Society Association, realizada em Boston, em junho de 1984, e *Legalidade e legitimidade: a reordenação institucional do país*, preparada para o VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, no Rio de Janeiro, entre 17 e 19 de outubro de 1984, e para a VII Reunião Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais, realizada em Aguas de São Pedro, entre 24 e 26 de outubro de 1984.

N. da R. Os originais foram enviados pelo autor à Redação em dezembro de 1984.

** Professor-adjunto no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP. Ex-professor visitante na Universidade de Brasília e *visiting scholar* na University of Wisconsin Law School.

No entanto, desde já é preciso se advertir para os riscos inerentes a uma eventual redução do problema da legitimação do poder à simples positivação 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 tornou-se mais complexo, pleno de contradições e paradoxos, e estigmatizado por dilemas não-enquadráveis 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. Face ao aumento de conflitos inéditos, fatos originais e matérias novas, pode-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 pressupostas como inquestionavelmente válidas. Por outro lado, todavia, tais decisões somente podem ser pressupostas como válidas à medida que suas pretensões de validade sejam capazes de resistir a um questionamento contínuo. Afinal, em que poderiam elas basear sua estabilidade a não ser no fato de que essas pretensões, 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 controvérsias 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.

1. *Poder e legitimidade*

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 esvazia 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. É 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.

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 intrincado 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 a

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 do 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 seqüencialmente, 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 em que também acabam sendo por ele determinadas e condicionadas. A positivação do direito revela-se, assim, ela própria, 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 conjugada 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 desiguais e muitas vezes discrepantes pressões de todos os segmentos sociais.

Historicamente, portanto, o moderno problema da legitimação do poder está associado a 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, crescentemente 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 se superar o temor do arbítrio estatal por parte dos governados.

Eis aí, pois, a pedra de toque do liberalismo clássico: o reconhecimento 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 do que Weber chamou de *império 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 inquestionada 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.

É por essa razão que o moderno problema da legitimidade destaca-se 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 as 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 injustiças 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 libe-

ralismo 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-nos mediante uma combinação de ameaças de sanção com hábitos de obediência?

Eis porque 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.

2. O caráter “idealista” do legalismo liberal

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 quê? 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 prejudgam o possível conteúdo de uma nova Carta e o possível resultado do respectivo processo de reordenação institucional do país.

É por isso que, como disse antes, a consolidação da estratégia legitimadora da “nova República” — o lugar-comum hoje dominante em nossa retórica política — não se pode esgotar apenas na elaboração de mais uma fórmula legal, ao lado daquelas votadas ou outorgadas em 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. 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.

¹ Ver Vianna, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Rio de Janeiro, Editora José Olympio, 1949.

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 nela 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.

Essa ordem, pela sua própria natureza, é obrigada a esconder o caráter ideológico da dominação política, fazendo da legislação uma caixa de ressonância das esperanças prevaletentes e das preocupações dominantes daqueles que acreditam no governo do direito acima do arbítrio dos homens. Do ponto de vista funcional, tal caráter 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 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 polêmica com o positivismo normativista, os críticos do idealismo têm concentrado suas baterias 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 como a nossa, com profundas desigualdades nos mais variados níveis e setores, dificilmente uma nova Constituição “idealista”, nos moldes das de 1891 e 1946, será capaz de criar condições para a consolidação de um regime democrático. Pelo contrário, exatamente por ter dificuldades em perceber a crescente complexidade dos conflitos, acreditando ingenuamente num equilíbrio entre os poderes na perspectiva dos *founding fathers* americanos, poderá abrir caminhos para retrocessos autoritários, novas aventuras populistas e mais intervenções militares. Advertências para esse risco, contudo, não são originais. O próprio Oliveira Vianna as fazia décadas atrás, antes mesmo da revolução industrial brasileira dos anos 50 e 60, convencido da inviabilidade da democracia liberal no âmbito de uma sociedade tão desigual e de um Estado centralizador e corporativista como o nosso.

Eis porque é preciso realismo quanto ao tipo de transição historicamente possível nas condições sócio-econômicas atuais, em que a idéia de uma “nova República”, enquanto simples lugar-comum retórico destinado a amalgamar pragmaticamente uma precária coalizão de forças, traduz uma visão algo idealizante da questão relativa à reforma constitucional e à restauração da legitimidade.

Em termos políticos, tal realismo implica a efetiva realização de uma reforma social capaz de preencher o imenso vácuo entre o país formal e o país real. Mas quais os instrumentos normativos capazes de viabilizar essa reforma sem, no entanto, incorrer na tendência do liberalismo jurídico tradicional de inibir a capacidade de “governabilidade” do Executivo, quer nos mesmos vícios autoritários do regime pós-64, justificando a ruptura do Estado de direito em nome da nobreza de seus fins? Em termos analíticos, tal realismo exige uma compreensão mais alargada do impacto das recentes mudanças sociais sobre nossas instituições de direito. Como decorrência dessas mudanças, assiste-se hoje à erosão firme e regular dos princípios norteadores de uma ordem jurídica forjada “idealisticamente” na melhor tradição do liberalismo. Uma ordem construída sob inspiração dos modelos doutrinários dos países avançados, porém destinada a regular e controlar comportamentos no âmbito de uma sociedade bastante estratificada, fracamente integrada e desigualmente desenvolvida.

De todos esses princípios, os mais valorizados por esses modelos são o da igualdade formal perante a lei, o da autonomia de vontade, o da liberdade contratual, o da hierarquia lógico-formal dos diferentes textos normativos, o do controle da legalidade e da constitucionalidade, o das garantias processuais, o da tripartição dos poderes e o da individualização dos conflitos. Articulados organicamente, eles constituem o padrão liberal clássico de organização jurídica, política e administrativa do Estado moderno, fazendo do direito positivo um critério seguro, explícito para a ação dos cidadãos.² Graças a esse critério, a certeza jurídica implica a obrigatoriedade de publicidade das regras positivadas, a inexistência de efeitos retroativos, a clareza de suas prescrições, a ausência de contradições entre as normas dentro de um mesmo sistema e uma durabilidade mínima ao longo do tempo. Os valores e os procedimentos de permanência são, nessa ótica, mas importantes do que os da mudança. Subjacente à certeza jurídica, talvez o efeito prático mais almejado por esse modelo, encontra-se uma premissa fundamental: tudo o que não for proibido, está automaticamente permitido.

Fortemente enraizados na cultura jurídica brasileira, de acordo com a qual o Estado somente poderia estabelecer os objetivos coletivos após a prévia definição dos meios deixados à disposição dos governantes pelos órgãos representativos da sociedade, tais princípios têm sido esvaziados na dinâmica do direito positivo brasileiro. Este vive, hoje, uma séria crise de identidade. Ela se caracteriza pela crescente desorganização dos critérios decisórios dos diferentes órgãos do Executivo, pela publicização do direito privado, pela desarticulação cada vez maior dos procedimentos administrativos e pela sua conseqüente conversão em rotinas materializadas sob a forma de uma complexa teia de portarias, resoluções e instruções normativas. Tal malha legislativa, por sua vez, encerra um conjunto de práticas formalmente irregulares, ampliando as fontes de incerteza no interior da máquina estatal e, por isso mesmo, propiciando àqueles que as manipulam um imenso poder de fato.

Tanto essas práticas quanto essas fontes de incerteza têm, a meu ver, um sentido claro; elas configuram uma ampla politização da administração — fruto de um processo em que os procedimentos decisórios prescritos pelo liberalismo jurí-

² Habermas, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Boston, Beacon Press, 1975. p. 24-31.

dico tornam-se crescentemente inoperantes e inconfiáveis para os governantes. A medida que eles vão abrindo mão dessas estreitas premissas de ação, baseados exclusivamente em critérios lógico-formais, não lhes resta outra alternativa a não ser buscar modos novos e não-formais de legitimação. “No momento em que a idéia de Estado de direito perde sua capacidade de programar a ação administrativa (e isto acontece, por um lado, porque não é mais o Parlamento que concebe e altera as leis, e sim a administração ministerial, e, por outro, principalmente, porque esta administração orienta o processo legislativo segundo suas próprias necessidades logísticas, subordinando-o a critérios de adequação), só há dois caminhos para obter legitimações alternativas (legais tradicionais). Ou se procura a saída ao nível *supralegal* das concepções ordenadoras concretas capazes de dar substância a conceitos como ‘ordem social livre e democrática’, ou ao nível *infralegal* dos processos de consenso.”⁵

No primeiro caso, como a organização dos interesses depende do grau de articulação dos grupos sociais com necessidades específicas, e como suas respectivas possibilidades de exercer influência decorre de sua capacidade de produzir conflitos, o funcionamento do sistema político acaba na prática excluindo os interesses gerais e não associados a um grupo social — qualquer que seja ele. Logo, conceitos como o de “ordem livre e democrática” são, antes de tudo, meros lugares-comuns cujo sentido somente é unívoco e homogêneo nas situações-limite: ou seja, quando se trata de denunciar um regime autoritário. No comício pelas diretas, por exemplo, em janeiro de 1984, o que uniu a multidão não foi uma mesma crença num modelo específico de organização democrática mas, por exclusão, a repulsa ao regime e à possibilidade de sua continuidade, então representada por duas candidaturas espúrias.

Tais lugares-comuns, evidentemente, não podem desempenhar o papel de pontos de orientação do dia-a-dia da estrutura burocrática estatal, à medida que esta cada vez mais se apresenta como uma administração planejadora capaz de programar, ela própria, as instituições jurídicas da qual necessita, sendo apenas parcialmente programada e limitada pelos procedimentos jurídicos por ela criados. Deste modo, a máquina administrativa do Estado intervencionista acaba sendo dependente do nível *infralegal* da formação do consenso, como instância à qual pode recorrer, e como fonte de suas legitimações. Esse consenso, no entanto, decorre basicamente de uma série ordenada de procedimentos cujo êxito é sempre incerto, formando um sistema político que tende a legitimar-se a si próprio pela sua eficiência decisória, independentemente do conteúdo concreto de seus atos e de suas medidas.

Essa tendência não é nova na política brasileira. Ela começou há mais de duas décadas: rompendo com o liberalismo subjacente à ordem jurídica de 1946, em seu início o regime pós-64 correspondeu à exigência de grupos e classes sociais dominantes inseguros quanto à competência técnica e à liderança partidária dos governantes de então para atender, dentro das leis vigentes, reivindicações exacerbadas. Temia-se, basicamente, que as decantadas “reformas de

⁵ Cf. Offe, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In: *Problemas estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984. p. 225-6. Da mesma coletânea, baseio-me neste trabalho nos importantes ensaios *A ingovernabilidade: sobre o renascimento das teorias conservadoras da crise, Reflexão e hipóteses em torno do problema da legitimação política e A democracia partidária competitiva e o Welfare State Keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização*.

base” pretendidas pelo governo deposto comprometessem mortalmente a propriedade privada. Como esses grupos e classes eram heterogêneos em sua formação ideológica, alguns mais modernos e tecnologicamente mais avançados, outros mais retrógrados e acostumados ao paternalismo estatal, coube às forças àquela altura organizadas no país, as corporações militares e os segmentos burocráticos, a responsabilidade quase total pela ordem então emergente. Uma ordem retoricamente justificada em nome do combate ao caos e à corrupção e da construção de um “capitalismo maduro”, mediante um processo de industrialização acelerada.

Com o passar do tempo, a falta de clareza dos atos públicos e o excesso de presença reguladora dos governos pretensamente “revolucionários” acentuaram uma lógica autoritária a balizar o esforço modernizador do novo regime: uma ênfase à racionalidade técnica na implementação e execução da programação econômica, acompanhada de um certo alheamento pelas naturais implicações políticas, sociais e culturais deflagradas pelo próprio desenvolvimento. Acreditava-se, no âmbito do sistema de poder, que a consecução do progresso legitimaria *a posteriori* uma retração temporária nas liberdades públicas, compensada quer com a promessa de um futuro progresso material e de bem-estar social, quer com a ênfase a um privatismo exacerbado na orientação dos indivíduos para o sucesso de sua carreira profissional, para a elevação de seu padrão de consumo e para a ampliação de suas oportunidades de lazer.

O privilegiamento da eficiência gerencial tornou-se, deste modo, a ideologia do poder. Tanto a burocracia estatal quanto o próprio setor produtivo do Estado expandiram-se rapidamente, mediante a multiplicação de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Entre 1970 e 1983, a título de ilustração, as estatais aumentaram sua participação de 47% para 61% do patrimônio líquido das mil maiores empresas brasileiras. O setor público controla hoje 51% do patrimônio líquido das empresas não-financeiras com faturamento maior que Cr\$ 500 milhões (em preços de 1983) e 51% do patrimônio líquido das empresas do setor financeiro. E a administração direta destacou-se, por sua vez, pela superprodução normativa, universalizando o intervencionismo estatal nos mais variados domínios e diluindo as fronteiras das áreas exclusivas à disposição privada. Desprezando os procedimentos decisórios tradicionais constitucionalmente impostos, para os governos pós-64 deixam de impostar à vontade a política dos organismos parlamentares e as sentenças dos tribunais. Neles, uma vez definido um projeto ou um elenco de medidas, a questão sempre foi a de saber como tais decisões poderiam ser implementadas — se submetidas ao processo legislativo normal, com os naturais riscos de alguma resistência parlamentar, como no caso da rejeição de projeto de reforma do Judiciário em 1977, ou postos em execução por outra via, violando-se assim conscientemente os dispositivos constitucionais — como no caso do *pacote de abril* do governo Geisel, fechando o Congresso em represália à derrota daquele projeto no Congresso e o impondo em seguida autocraticamente. De um lado, pois, está a questão da legalidade de uma decisão, isto é, de seu enquadramento formal na ordem jurídica vigente; de outro, está em questão a própria capacidade do regime de tomar decisões, independentemente de sua eventual legalidade.

Para melhor se compreender essa crescente *administrativização* do direito brasileiro, basicamente gerado pela tentativa de legitimação do poder a partir de regras técnicas dotadas de eficiência, é preciso ver pelo menos quatro entre os inúmeros paradoxos do contexto político nacional dos últimos 20 anos,

onde tal processo se insere. Tais paradoxos são decorrentes de um regime que, procurando fundar-se exclusivamente no sucesso da gestão administrativa, e paucando-se por uma ética weberiana de convicção, de acordo com a qual a consecução de fins fixados pelas elites pretensamente modernizadoras justificariam os meios, tornou-se ineficaz na proporção direta do crescimento de seu poder de intervenção, de intimidação, de decisão e de regulamentação.

O primeiro paradoxo diz respeito ao impacto do desenvolvimento econômico sobre as instituições políticas: embora distribuída desigualmente em termos sociais, setoriais e regionais, a expansão da economia produziu uma transformação qualitativa ao nível de sociedade. Ao verticalizar a divisão do trabalho, gerando a partir daí um segmento operário bastante moderno, ela propiciou novas formas de organização, mobilização e luta política, de modo que as demandas por maior participação passaram a exigir uma reformulação e maior adensamento dos canais representativos vigentes. Contudo, tanto as elites emergentes quanto as lideranças partidárias não dispõem ainda de instrumentos institucionais para reverter a dívida social, reorganizar as estruturas produtivas e emancipar as regiões estigmatizadas pela miséria.

O paradoxo seguinte diz respeito à expansão da burocracia estatal não apenas nos setores diretamente produtivos, mas, também, no âmbito dos serviços públicos: afinal, entre 1970 a 1980, por exemplo, os centros urbanos cresceram 3,78% ao ano. Isso significa um acréscimo de quase 11 milhões de novos habitantes nessas áreas, sobrecarregando os serviços sociais à medida que a expansão de favelas nas periferias decorre de uma população economicamente marginalizada, de um lado reivindicando benefícios sem, de outro, poder dar sua contrapartida em termos de impostos e trabalho reprodutivo. Para lidar com problemas desse gênero o aparelho estatal viu-se obrigado a expandir quer sua administração direta quer sua administração indireta — e quanto mais ela cresceu, mais fragmentou-se internamente em múltiplas instâncias burocráticas convertidas em círculos de informação e negociação entre segmentos das corporações burocráticas e militares e setores sociais mais articulados.

Deste modo, a práxis política do Estado brasileiro pós-64 concentra-se não propriamente nos partidos, mas sim em complexos decisórios nos quais o atendimento de interesses antagonônicos e a correspondência de certas reivindicações entre si discrepantes decorrem da capacidade de mobilização e do poder de influência de grupos e categorias sociais limitados por profissão, nível de especialização, área de atração etc. À medida que essa práxis se desenvolve nas agências burocráticas do Executivo, aumenta o grau de especialização e de especificidade da programação governamental, levando os beneficiários desse processo a até mesmo desprezar a ordem jurídica vigente em nome da urgência de atendimento e da intensidade de suas preferências. Enquanto os grupos e categorias sociais mais articulados vão assim determinando segundo seus interesses o conteúdo e o alcance dos mecanismos estatais de regulação e repressão, os demais constituem uma maioria não-informada e não-privilegiada — o que recoloca em novos termos uma tradicional palavra de ordem da vida pública nacional: aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei.

A expressiva ampliação do número de conselhos interministeriais nos governos Costa e Silva, Médici e Geisel parece configurar esse quadro: no limite, como ocorreu no governo Costa e Silva, do qual se destaca o conflito entre os ministros Albuquerque Lima e Delfim Netto; no governo Médici, do qual se

destaca a divergência entre os ministros Cirne Lima e Delfim Netto; no governo Geisel, do qual se destacam os confrontos entre o “nacionalismo” do ministro Severo Gomes e o “internacionalismo” do ministro Mário Henrique Simonsen, e entre a “ortodoxia revolucionária” do ministro Sílvio Frota e a “distensão controlada” do ministro Golbery do Couto e Silva; e no próprio governo Figueiredo, do qual se destacam as lutas entre os Ministros Karlos Rischbieter e Delfim Netto, e entre o General Golbery do Couto e Silva e o General Otávio de Medeiros, o Estado tornou-se forte para reprimir a sociedade civil, mas até certo ponto fraco para implementar políticas públicas realmente hegemônicas.

Um terceiro paradoxo diz respeito ao impacto dos instrumentos de comunicação de massa sobre as expectativas dos diferentes grupos sociais: de um lado, é um fato amplamente reconhecido que o regime pós-64 teve sucesso na integração do país pela modernização das comunicações. De outro lado, todavia, os contrastes transmitidos em rede nacional não se limitaram a partir dos valores de centros altamente urbanizadores, como Rio ou São Paulo. Mais do que isso, como a crise incidiu — e vem incidindo — dramaticamente sobre setores com baixo nível de integração social e sem nenhuma qualificação técnica, agravando o marginalismo social e aumentando os níveis de violência, tais contrastes ampliaram — e ainda estão ampliando — as frustrações dos setores desfavorecidos, em virtude do não atendimento de suas demandas. E o efeito demonstração de cada nova frustração, como um círculo vicioso, aumenta geometricamente a tensão social, ampliando o risco de explosões ainda maiores do que as de Santo Amaro, em abril de 1983, ou a de Guariba, em maio de 1984. Em princípio, ambas explosões foram locais e descontínuas, seja quanto a sua origem e a seus protagonistas, seja quanto ao seu espaço e ao seu tempo de aparecimento. No entanto, à medida que as lideranças partidárias tradicionais falharam na tarefa de intermediação e negociação de uma solução imediata, os incidentes volatizaram-se — correndo o risco de generalizar conflitos então localizados.

Um último paradoxo diz respeito ao impacto do intenso desenvolvimento tecnológico destes últimos anos, provocado pela velocidade do desenvolvimento econômico: a industrialização acelerada trouxe consigo problemas de grande amplitude que implicam soluções técnicas passíveis de serem encaminhadas apenas por especialistas e pelas lideranças capazes de superar os estreitos limites do bacharelismo. Tal processo, por sua vez, acabou gerando um imenso público sem “cultura” especializada em condições de habilitá-lo a participar reflexivamente no processo político e de prepará-lo para exercer qualquer controle real sobre decisões. Para conquistar esse público “inculto”, a maioria dos partidos valeu-se de uma retórica e de programas doutrinários excessivamente generalizantes. De um lado, quase todos silenciaram quanto à operacionalidade de suas idéias, tendendo, de outro, a uma certa indiferença não propriamente diante da manifestação da vontade do eleitorado, mas sim em relação às situações sociais e às concepções de identidade das quais emanam essas demonstrações de vontade. No limite, isso enfraqueceu tanto as agremiações partidárias existentes quanto o próprio processo de canalização da representação popular, abrindo caminho para uma ênfase à “tecnocratização” dos debates públicos da parte dos governos pós-64 — o que explica a ressonância dos encontros da OAB e das reuniões da SBPC, enquanto fórum crítico de especialistas, no estágio inicial da abertura.

3. *Coerência lógico-formal versus pragmatismo decisório*

Vejam agora alguns casos exemplares do processo de perversão e perda de legitimidade das instituições de direito. Alguns deles explicam não só a explosão do modelo liberal de equilíbrio entre os três poderes, de equilíbrio entre os poderes locais e a União e de equilíbrio entre os cidadãos e os governantes, mas também sugerem a própria inviabilidade da retomada dos padrões clássicos de organização jurídico-administrativa numa sociedade tão contraditória e heterogênea como a brasileira. Outros revelam a consolidação de uma dogmática jurídica casuística e extravagante aos códigos, enquanto sistemas fechados e altamente tipificados, relativizando o caráter individualista de uma legislação essencialmente patrimonial. Rebelde aos esquemas tradicionais, a ordem jurídica pós-64 parece assim conter tendências opostas e conflitantes.

Sua evolução, por um lado, traduz como a conciliação de interesses antagônicos, a minimização das tensões sociais e a superação das incertezas inerentes aos arranjos oligopolistas exigem um mínimo de eficácia gerencial e coesão organizacional do Estado no desempenho de suas funções regulatórias e diretivas. Por outro, mostra como ocorreu a ruptura dos padrões estritos do legalismo liberal, à medida que a simples edição pragmática de normas por esse Estado intervencionista não impediu determinados grupos e classes sociais de criar, contra elas ou apesar delas, num mesmo espaço geopolítico, legislações paralelas ou mesmo inconstitucionais. Em suma: o que os casos aqui alinhados apontam é um direito ora capaz de constituir relações jurídicas inéditas, independentemente de sua eventual incompatibilidade com dispositivos da Carta Magna, ora meramente homologatório e sem caráter constitutivo algum, limitando-se a reconhecer fatos novos apenas para discipliná-los.

O primeiro caso diz respeito a fatos ocorridos após a aprovação da emenda Passos Porto, no final de 1983: formulada com o objetivo de coibir o absolutismo fiscal da Receita Federal e fortalecer os poderes municipais e estaduais, ela poderia, pelo seu alcance como instrumento redistribuidor de renda e de consolidação de federalismo, ser um significativo marco político da recuperação da titularidade da iniciativa legislativa, por parte do Congresso Nacional. No entanto, ao proceder a sua regulamentação, negando-se a aceitar o que fora decidido pelo Congresso, os ministros da área econômico-financeira neutralizaram todos os efeitos práticos daquela decisão parlamentar, manipulando as alíquotas das diversas alíneas que compõem o preço final do diesel e da gasolina.

Poder-se-ia apresentar, não fossem as limitações de espaço, inúmeros exemplos ainda mais sutis reveladores desse processo de desmoronamento dos tradicionais princípios liberais inerentes à estrutura jurídica brasileira. E, o que é mais importante destacar, eles não decorrem apenas da manipulação de alíquotas, índices, alíneas e estatísticas por parte dos diversos órgãos do Executivo. Decorrem, também, da expansão desenfreada do poder regulamentar do Executivo. Uma expansão que levou a vida social a ser regulada por um processo de intervenção contínua que, seja por meios administrativos, pelo uso estratégico de recursos materiais e pela utilização dos instrumentos de comunicação de massa, garantindo a presença permanente dos valores dominantes em cada mente, em cada lar e em cada emprego, vem condenando os cidadãos comuns a serem "administrados" instrumentalmente pelas diferentes instâncias do aparelho estatal.

Convertidas em meros instrumentos de poder, as instituições de direito já nem fornecem um mínimo de certeza jurídica nem protegem os indivíduos contra o arbítrio indisciplinado dos burocratas investidos de poder regulamentar e, por tabela, de um ilimitado “poder de polícia”. Vejamos agora um novo caso, lembrando-nos de que, como dizia Hannah Arendt, “por mais rápidas que sejam as mudanças sociais, nenhuma civilização — o artefato humano para obrigar gerações sucessivas — teria sido jamais possível sem uma estrutura de estabilidade que proporcionasse o cenário para o fluxo de mudança”.⁴ A afirmação pode ser um pouco conservadora, é certo; no entanto, como imaginar uma sociedade complexa sem diretrizes capazes de fornecer os limites e os parâmetros para a estabilização da vida social?

Esse novo caso diz respeito à “revolta dos fatos contra os códigos”. Apesar da existência de pelo menos seis textos normativos distintos sobre reajuste salarial, entre 1983 e 1984, e do enorme desgaste político sofrido pelo governo na tentativa de tornar eficaz o arrochante Decreto-lei nº 2.065, sendo obrigado a revogá-lo menos de um ano depois, em outubro último, essa é uma matéria cujas disposições legais têm sido crescentemente afrontadas pelos seus destinatários. Cada vez mais as negociações diretas entre sindicatos trabalhistas e empregadores são, nos segmentos modernos da economia brasileira, a principal forma de resolução das divergências relativas aos aumentos de salários.

É óbvio que isso faz da empresa particular de médio e grande portes, especialmente no setor industrial, um importante *locus* de barganha à margem do Ministério do Trabalho, da Justiça do Trabalho e da própria lei. À vigência desta, em outras palavras, não se segue necessariamente sua eficácia — não só porque segmentos expressivos da iniciativa privada passaram a conceder aumentos integrais com base no INPC, e reconhecendo um número cada vez maior e mais diferenciado de novas concessões e formas paralegais de negociação, mas, igualmente, porque as próprias estatais conseguiram da Seplan e do Conselho Nacional de Política Salarial *autorização* para reajustar seus funcionários acima dos limites fixados por aquele decreto.

O precedente foi aberto pela Companhia Vale do Rio Doce, sob o argumento de que seria impossível manter seus profissionais de alto nível pagando salários substancialmente mais baixos do que os normalmente oferecidos pela iniciativa privada. Em seguida, a Cosipa, a Usiba, e a Embraer seguiram com sucesso o mesmo caminho depois igualmente trilhado pela Petrobrás, pela Siderbrás, pela Telebrás e pelo IBGE. Em termos concretos, pois, o arripio à legislação firmou jurisprudência. E, paradoxalmente, órgãos administrativos como a Secretaria Especial das Estatais, no âmbito da Seplan, e como o Conselho Nacional de Política Salarial, no âmbito do Ministério do Trabalho, terminaram convertidos num poder parajudicial. Ou seja: investidos de “autoridade” para *julgar e aprovar* solicitações justificáveis quanto ao mérito, porém de discutível legalidade — ao menos na perspectiva da tradição jurídica brasileira. Diante do achatamento do topo da pirâmide salarial, provocando a “evasão de cérebros” das estatais, os fins foram invocados para justificar os meios — isto é, a supressão “parcial” da vigência de um decreto então vigente. Eis aí, de modo claro, como o cumprimento das leis tornou-se “relativo” no Brasil. Se os funcionários das

⁴ Cf. Arendt, Hannah. Desobediência civil. In: *Crises da República*. São Paulo, Perspectiva, 1973. p. 72.

estatais foram “autorizados” a ultrapassar o Decreto-lei nº 2.065, por que os demais funcionários da iniciativa privada teriam de respeitá-lo?

Diante da ruptura da racionalidade formal pela racionalidade material, como ficariam os tão decantados princípios de certeza jurídica e da igualdade formal perante a lei, concebidos pelo liberalismo como condição de funcionamento dos regimes democráticos? Não discuto aqui a legitimidade dos interesses defendidos de maneira cada vez mais eficiente pelos movimentos sindicais modernos e articulados, revelando uma certa transformação da práxis trabalhista rumo à empresa, em lugar da simples representação indiferenciada de categorias profissionais. Não discuto, muito menos, o caso específico de um decreto-lei imposto como vontade intempestiva por um poder que, embora enquadrado formalmente por uma Constituição e denunciado como ilegítimo no processo de abertura política, ainda detém grande capacidade de decisão, pressão e intimidação.

O que me interessa, isto sim, é identificar como as instituições de direito estão sendo ajustadas estruturalmente a uma realidade sócio-econômica cada vez mais complexa — processo esse que parece exigir a substituição das categorias jurídicas tradicionais por outras mais modernas, plásticas e flexíveis. Interessante, por isso mesmo, verificar como os princípios formulados por uma cultura jurídica de caráter positivista e de inspiração liberal estão sendo erodidos numa sociedade em intensa mudança, na qual o Judiciário vem sendo esvaziado à medida que lhe é vedado, por exemplo, o direito de julgar o mérito das decisões administrativas. Esta sociedade vem gerando dilemas e paradoxos que exigem decisões rápidas e eficientes, levando os governantes e intérpretes da lei a agir pragmaticamente, afrontando os demais poderes com seu casuísmo. Qual, então, a natureza da ordem normativa emergente?

4. *Mudança sócio-econômica e crise jurídica*

Que essa erosão está sendo acelerada pela crise econômica e por seus devastadores efeitos sociais — disso não há dúvida. A simples existência de 30 a 35 milhões de brasileiros numa situação de pobreza absoluta e de 26 milhões de analfabetos, entre outros angustiantes indicadores da dívida social, revela como o formalismo normativista, ainda hoje enraizado no senso comum teórico dos juristas brasileiros, vem escondendo na prática 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, o regime 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 (art. 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 (art. 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” (art. 163), a administração pública pra-

ticamente 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.

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, pois, bem mais complexo do que parece à primeira vista. Vejamos outro 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, face a autonomia da vontade dos contratantes. Isto significa que as partes vinculam-se reciprocamente levando em consideração um horizonte previsível de possibilidades. Tal vinculação, institucionalizando um dever de obediência entre eles, 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 corroer as bases tradicionais do direito privado nacional. Mais do que isso, ao acelerar o colapso do Sistema Fianceiro da 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. Dito de outra maneira: as regulamentações fiscais e econômicas de direitos absolutos “à moda napoleônica”, como diz André Jean Arnaud⁵ — 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, desfalques, derrame de letras frias e outros golpes do gênero.⁶ De outro lado, porque os tribunais passaram a se valer cada vez mais do princípio de *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 como 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 conseqüências 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.

⁵ Ver Arnaud, André Jean. *Les juristes face à la société*. Paris, PUF, 1975.

⁶ A inexistência de limites efetivos nessa área é tão corriqueira que, embora operações com moedas estrangeiras somente possam ser feitas por meio do Banco Central, por imposição de lei, o mercado negro encontra-se institucionalizado: basta abrir os jornais para se ver a cotação e as flutuações do dólar paralelo. Para uma análise mais ampla e atual, ver Falcão, Joaquim, A democracia e a administração pública e o direito de cidadania, Conferência pronunciada na X Conferência Anual da OAB, Recife, 1984.

Foi, em primeiro lugar, um instrumento pelo qual foram esboçadas reformas institucionais significativas, mais tarde incorporadas na Constituição de 1967. 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 porta-voz do “sistema” burocrático-militar — excluindo até mesmo de “qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este ato” (art. 21).

Daí, pois, a explosão dos mecanismos liberais 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 subseqüentes, 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 conseqüência 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 asfixiante processo de regulamentação que, mediante expansão descontrolada do direito administrativo, compromete institutos jurídicos de direito privado antes considerados intangíveis.

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 inicia-

tiva 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.

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 art. 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 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 escolha 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. À 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. Conseqüentemente, 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, ditas 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?

5. Autoritarismo político e reordenação institucional

Essa idéia de *metástase* não significa necessariamente que o ordenamento jurídico brasileiro careça de um mínimo de sistematização e hierarquização. Nos moldes em que se encontra organizado e em funcionamento, ele pode não caber no conhecido figurino kelseniano, é certo. Neste, as normas harmonizam-se horizontalmente pelo princípio da não-contradição e da compatibilidade; verticalmente, as regras inferiores subordinam-se às regras superiores. Tudo, pois, converge naturalmente para o arcabouço constitucional. Nem por isso, contudo, o ordenamento brasileiro deixa de ter a sua “lógica”.⁷ Uma lógica de caráter basicamente corporativista, viabilizando a organização estamental e o ordenamento hierárquico da sociedade por um Estado forte mediante uma estrutura legal e um sistema de representação de interesses baseados no privilegiamento de certos grupos e categorias funcionais especializados, na manipulação das regulamentações profissionais, em concessões previdenciárias e em intrincadas estratégias de cooptação e conciliação.

Assumindo-se uma abordagem mais processual do que estrutural deste problema, pode-se afirmar que o sistema jurídico nacional não se destaca, por isso mesmo, pelo seu conjunto de regras dispostas numa ordem rigidamente linear e unitária. Ou seja: uma ordem culminando obrigatoriamente no vértice de uma constituição capaz de determinar originariamente o sentido de validade das instituições de direito, na ótica da tradição liberal. Caracteriza-se, isto sim, pelo seu complexo sistema de cadeias normativas cujo intercruzamento faz com que as regras modifiquem continuamente o sentido dos códigos e das leis vigentes. Conseqüentemente, quem tem vez nesse ordenamento? A quem ele favorece — exceto aos grupos mais articulados e preparados para os arranjos nos círculos burocráticos do aparelho estatal? Qual, enfim, o significado da Carta Magna para os cidadãos comuns? Terão eles condições de usar as imensas contradições do ordenamento vigente para maximizar oportunidades de conquista social?

Estas indagações entreabrem, a meu ver, a necessidade de novas concepções de legitimidade e, mais do que isso, de uma ordem jurídica mais moderna e abrangente, capaz tanto de propiciar a efetiva garantia das liberdades públicas quanto de abrir caminho para a justiça social. A verdade é que, hoje, tornou-se impossível abrir a atual Constituição e, a partir de uma simples leitura de seus artigos, descobrir o real escalonamento de nossas normas, em termos de hierarquia de competências e compatibilidade de conteúdos. O que valerá ao certo? A possibilidade que resta é, então, a de se conformar em identificar sua presente organização. Afinal, os relacionamentos cruzados decorrentes de uma desordenada superprodução legislativa e de uma *administrativização* do direito público chegam a desconfirmar tanto as hierarquias constitucionais quanto os princípios de interpretação e aplicação das leis. Logo, o equilíbrio entre os três poderes — uma das condições de legitimidade constitutiva do Estado liberal — já não consegue servir de critério para medir, avaliar e controlar a ação concreta do Estado intervencionista, pois o cipoal legislativo existente vai deixando em aberto inúmeros problemas que somente ampliam o risco de arbítrio e/ou

⁷ Ver Faria, José Eduardo, *Direito, modernização e autoritarismo: mudança sócio-econômica × liberalismo jurídico*. São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, 1981. mimeogr.

perversão valorativa das decisões tomadas no interior dos círculos burocráticos do Executivo.⁸

A medida que a instrumentalidade do direito vigente torna a ordem legal cada vez mais dependente dessas decisões, reduzindo as matérias reservadas à lei ordinária para o ato administrativo de caráter meramente dispositivo, e provocando assim enorme ampliação da esfera de vida social e privada regulamentada, uma coisa é certa: para os “criadores” e “intérpretes” da “nova” ordem legal, o que realmente importa não são os resultados. Ou seja: a legitimação é obtida exclusivamente pela eficiência na consecução das metas propostas pela burocracia pública, fundando-se assim numa ética essencialmente pragmática, cujo caráter é maquiavélico. Longe de se revelar como um critério objetivo, seguro e explícito de ação, a ordem daí emergente passa a ser o mero resultado de uma simples vontade ditada por critérios de obrigação e/ou interesse funcional — do gerente de uma repartição pública, que transforma sua mesa e seu guichê num pequeno potentado, a um ministro que converte o país num castelo de Kafka, no qual “a burocracia erige sua vontade em causa primeira”.

A dinâmica dessa ordem, por sua vez, acentua o caráter corporativista do regime à medida que institucionaliza acordos, estratégias e políticas setoriais formuladas numa estrutura peculiar de representação de interesses. Nessa estrutura, a *cidadania política* característica do Estado liberal é substituída pela *cidadania regulada* subjacente ao Estado intervencionista, no qual “cidadãos” são aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei. A cidadania não se sustenta assim num código de valores políticos, porém num sistema de estratificação ocupacional legalmente disciplinado. E é por essa razão que “a extensão da cidadania se faz via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por extensão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade”.⁹ A cidadania encerra-se desse modo na profissão — “o que faz com que os direitos do cidadão se tornem restritos aos direitos da posição por ele ocupada no processo produtivo, *tal como reconhecido por lei*”. Logo, “tornam-se *pré-cidadãos*, todos aqueles cuja ocupação a lei desconhece”.

Por meio desse mecanismo de regulamentação da cidadania, portanto, o Estado oficializa grupos profissionais, regulamenta seu número e joga uns contra os outros. Ele age dessa maneira com o objetivo de controlar a emergência de movimentos políticos autônomos e estimular a criação de novas relações de dependência entre eles e todos os grupos ascendentes, cada um dos quais tentando ampliar seus privilégios num contexto de negociação, cooptação e favorecimento. Tudo é feito em nome de um ideal de “conciliação”, entendida esta

⁸ Nesse sentido, escândalos como os da Capemi, Haspa, Delfin, Coroa/Brastel etc. são extremamente ilustrativos, pois mostram com clareza o tráfico de influência e a perversão da legislação ordinária nos meandros insondáveis da máquina estatal, onde cada chefe tem um poder real muito mais amplo e efetivo do que seu poder formal. Para uma discussão mais aprofundada, ver Cardoso, Fernando Henrique, *Autoritarismo e democratização*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975; Abranches, Sérgio Henrique, *Estado e democracia*, e Reis, Fábio Wanderley, *Autoritarismo e controle do Executivo*, ambos os trabalhos apresentados no terceiro encontro anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, Belo Horizonte, 1979.

⁹ Cf. o excelente trabalho de Santos, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro, Campus, 1979, p. 74-82; e Debrum, Michel, *A conciliação e outras estratégias*. São Paulo, Brasiliense, 1983.

não propriamente como um senso de compromisso em equilíbrio, mas sim como forma de obtenção da adesão dos dominados mediante concessão de certas vantagens, procurando conquistar seu apoio antes que eles se organizem como forças de oposição, e como técnica de controle social capaz de ampliar as bases de sustentação do poder político. Deste modo, *soberanos* não são mais nem o Legislativo e o Judiciário, porém os órgãos regulamentadores do Executivo.

Isto significa que nem o Legislativo nem o Judiciário conseguem mais limitar efetivamente o horizonte do sistema político, ao mesmo tempo em que as instituições representativas tradicionais passam a enfrentar dificuldades crescentes na sua tarefa de canalizar, calibrar e até mesmo equacionar as tensões psicossociais e os antagonismos de classe. Afinal, com as crescentes assimetrias temporais e heterogeneidades espaciais de um processo de desenvolvimento sócio-econômico que se tornou cada vez mais complexo e menos unitário, surgiram grupos e categorias capazes de romper o jogo de conciliação e de regulação na proporção direta da descoberta de seu poder de luta e barganha. Como, nesse confronto, o poder de luta e de pressão dos atores políticos emergentes tende a crescer em função de sua capacidade de articulação em setores estratégicos da economia, de seu poder de organização e da força de sua própria estrutura burocrática interna,¹⁰ nem todos os conflitos são absorvidos automaticamente pelos canais de representação partidária, nem equacionados de forma eficaz pelos mecanismos judiciais.¹¹

Pelo contrário, em virtude do fortalecimento dos movimentos sindicais e do crescimento do número de associações profissionais e das organizações comunitárias, muitas das quais propondo formas não-ortodoxas de mobilização e participação política, tais conflitos têm explodido fora do Legislativo e do Judiciário. Fragmentadas e desiguais no tempo e no espaço, elas revelam uma extraordinária diversidade de interesses e uma multiplicidade de situações e oportunidades de vida distintas. Sua regulação passa a exigir, assim, modos originais de mediações políticas e de arbitragens — o que obriga o Estado, diante das exigências funcionais de reproduzir as condições para sua própria estabilidade e segurança, a ampliar verticalmente seus organismos burocráticos para poder captar, articular, interpretar e responder as diferentes e contraditórias pressões da sociedade. Tamanhas são essas pressões que, em situações-limite — como, por exemplo, nas greves com ocupação de fábrica — as próprias agências decisórias governamentais desprezam as prescrições legais, abrindo caminho para soluções negociadas independentemente de sua eventual ilegalidade.

Vejamos o depoimento de um sensível analista que, tomando como objeto de análise as greves dos metalúrgicos do ABC de 1979, e opinando na qualidade de diretor de empresa e conselheiro de entidades empresariais, descreve com clareza esse quadro. Trata-se de uma abrangente avaliação (auto) crítica do comportamento da iniciativa privada, por haver esta deixado de “perceber

¹⁰ Refiro-me, basicamente, ao que vem ocorrendo com os metalúrgicos do ABC, com os funcionários públicos de governos como o de São Paulo e com os professores universitários filiados à Andes, Adusp etc. Ver, além dos textos citados na nota n.º 3, Offe, Claus. *The Welfare State and the future of Socialism: an interview with Claus Offe*. In: *Telos*, e *Dominação política e estrutura de classes: contribuição à análise dos sistemas sociais do capitalismo tardio*. In: V. Winfried et alii. *Estado e capitalismo*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1980.

¹¹ Ver, nesse sentido, Falcão, Joaquim. *Justiça social e justiça legal*, IX Conferência Nacional da OAB, 1982.

os perigos estratégicos, do ponto de vista de seus estritos interesses de classe, que residiam no fato de a CLT estabelecer a vinculação dos sindicatos operários e de empregadores no Estado”.¹² A seu ver, o patronato “permitiu que o Estado se arrogasse posições que não são suas, qual seja, a de intervir em conflitos (...) de direito privado (...), (...) conflitos esses que se dão entre os empregados de uma indústria ou de um setor industrial e os empregadores daquele setor industrial (...)” Eis alguns dos parágrafos mais significativos desse depoimento:

“Creio que, na greve do ABC, estamos realmente diante daquilo que se poderia chamar uma greve de massas, um fenômeno realmente social, com todas as provocações, com todas as intervenções extra-sindicais e extra-operárias, mas ainda assim um fenômeno de massas que aceita essas provocações e essas intervenções; e se as aceita, é porque há condições suficientes para que possam ser recebidas; um fenômeno de massas que cria uma situação que, a rigor, gostaria de definir como uma situação revolucionária; a expressão pode parecer muito forte, mas, se formos capazes de abstrair o conteúdo romântico ou catastrófico da palavra revolução, estamos de fato diante de uma situação revolucionária que (...) teve seus primeiros sintomas em maio do ano passado, quando igualmente uma decisão normativa nenhuma reação provocou de parte do Estado, quando os empresários também não usaram dos poderes legais que a decisão do TRT lhes conferia, e que agora se manifesta em sua plenitude.”

“É uma situação em que a ordem jurídica é desafiada. Não entremos em juízos de valor sobre o conteúdo do desafio; fixemo-nos nos aspectos formais; quando a ordem jurídica é desafiada, estamos realmente dentro de uma situação revolucionária. Se a palavra nos parecer cheia de conteúdos catastróficos e românticos, substituamo-la por uma situação de mudança social acelerada, em que praticamente todos os valores jurídico-formais estão sendo questionados.”

“No fundo, creio que todos nós confiávamos que o Estado, diante do desafio dos sindicatos do ABC à decisão da Justiça, (...) portanto, à decisão de um dos poderes do Estado, (...) decidiu agir com força, enquanto aparelho repressivo, para manter a normatividade jurídica, sem a qual não há possibilidade de convivência harmônica na sociedade. Diante da inércia do Estado, inércia que já se havia manifestado na greve anterior no mesmo ABC (...), nossa surpresa talvez decorresse de não admitirmos que, há muito tempo, o aparelho jurídico repressivo entrou em falência no Brasil, sem que o percebêssemos a partir dos dados mais primários de nossa vida social, regida pelas normas jurídicas: faliu no campo da Lei das Contravenções Penais; faliu também enquanto aparelho disposto a cumprir sua função; faliu, por fim, em geral, no campo da justiça criminal.”

6. *Dilemas e paradoxos da ordem emergente*

A conseqüência natural dessa ruptura da ordem jurídica não é, contudo, a de uma situação de confronto generalizado, potencialmente desagregadora da ordem pública — como, à primeira vista, pode ser inferido do depoimento visto no item anterior. Parece não ser, igualmente, a possibilidade de uma democra-

¹² Cf. Ferreira, Oliveiros. As lições da greve no ABC. In: *Problemas Brasileiros*, publicação oficial da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, maio de 1979.

tização mais ampla e substantiva do poder. Entre outras razões porque, hoje, sob o eufemismo da “conciliação nacional”, a sucessão presidencial vem consolidando um processo de modernização conservadora cujo pretensão reformismo — ainda que apenas acenado na vaga perspectiva liberal de uma “nova República” — aparentemente não vai além de simples mudanças de *layout* e *make-up* nas instituições políticas vigentes, sem qualquer proposta concreta de revisão mais aprofundada das estruturas sócio-econômicas vigentes.

É certo que não há originalidade nessa constatação: desde o Império, afinal, tornou-se conhecida a “lei” do Visconde Albuquerque, no sentido de que “não há nada mais parecido com um Saquarema do que um Luzia no poder”. Ou seja: o liberal tradicional, “por obra do poder e quando no poder, atua, comanda e dirige como um conservador (. . .) O liberal, se convertido em governo, cede às estruturas e à ideologia que lhe permitem dirigir o leme, leme unicamente feito para aquele navio, que só com ele pode navegar”.¹³ Diante do estágio atual da abertura, pois em que nível de cessões à ideologia e às estruturas o regime pós-64 se assenta a decantada “nova República”? Como se dará a conversão de seu liberalismo de campanha, retórico e pouco preciso, baseado numa precária coalizão de forças tradicionalmente antagônicas, num projeto explicitamente liberal de reordenação institucional?

Evidentemente, ainda é cedo para respostas afirmativas. Mesmo assim, já se pode visualizar tensões num futuro próximo, considerando-se, por um lado, a forte tradição patrimonialista e corporativista do Estado brasileiro e, por outro, a emergência de movimentos políticos novos, surgidos no bojo da industrialização recente e articulados de forma pouco ortodoxa — ao menos nos moldes da democracia liberal oitocentista. Por mais que as aparências enganem, elas vêm revelando, da parte das lideranças vitoriosas na sucessão presidencial, a inexistência de uma estratégia destinada a reduzir progressivamente a ocupação do espaço organizacional e decisório pelos organismos burocráticos do aparelho estatal, e, da parte dos movimentos sociais emergentes, especialmente no plano sindical e em certos setores da Igreja, uma disposição cada vez mais firme e consciente de não se deixar seduzir por concessões paternalistas em troca de seu apoio e de sua lealdade à nova ordem. Desses dois pólos antagônicos é que emanarão, com certeza, as tensões políticas subjacentes ao debate constitucional.

Conciliação e conservação, por um lado, e reformas estruturais e formas novas e mais adensadas de participação política, por outro — eis, em resumo, o significado dessas tensões. Senão vejamos, recusando na análise tanto um determinismo mecanicista quanto a autonomia absoluta da política e do direito, a fim de não se descaracterizar a sociedade civil como campo de formação e constituição de novas configurações dotadas de dinamismo próprio. A discussão mesma em torno de reordenação institucional do país somente tem algum sentido desde que seja capaz de oferecer não apenas um conjunto novo de regras ou uma síntese das condições normativas de exercício do poder, mas, igualmente, formas legítimas de convivência entre todas as forças sociais. Ou as novas instituições apreendem em suas normas e procedimentos os processos políticos, sociais e econômicos em suas interdependências, ou elas conseguiram sobreviver por um espaço de tempo ainda menor do que o do regime pós-64.

¹³ Cf. Faoro, Raymundo. A ponte suspensa. In: *Documentação e atualidade política*. Brasília, UnB, n.º 1, 1976.

Apesar do discurso neo-republicano hoje dominante, contudo, nada impede que, no exercício do poder, os responsáveis por essa retórica não deixem de dar continuidade a uma conhecida tradição sempre presente em nossas elites: sua incontida disposição de se valer de mecanismos de cooptação, regulamentação e burocratização para enquadrar os grupos e classes sociais emergentes no espírito de uma “democracia com responsabilidade”, da qual se destaca seu pluralismo limitado e sua retórica *quiliástica*. Se essa tendência for confirmada, a “nova República” nada mais será, então, para frustração de muitos, do que um mero rótulo para um verdadeiro corporativismo *societal*.¹⁴

Tal corporativismo é bastante diferente do corporativismo tradicional. Este pode ser definido como um sistema peculiar de representação de interesses no qual as unidades constitutivas são organizadas num número limitado de categorias singulares ordenadas hierarquicamente e funcionalmente diferenciadas, reconhecidas ou licenciadas — quando não criadas — pelo Estado. Já o corporativismo *societal* é aquele em que os grupos profissionais mais beneficiados pelo desenvolvimento econômico — os químicos, os metalúrgicos, os gráficos e os trabalhadores na indústria de papel, por exemplo — gradativamente tornam-se independentes dos favorecimentos, das concessões paternalistas e das regulamentações governamentais, passando então a enfrentar a própria máquina estatal com algum sucesso. Isto porque o Estado já não consegue mais integrar antecipadamente tais grupos e categorias, deixando assim de conquistá-los antes que sua capacidade de mobilização e articulação política alcance um nível ameaçador.

Embora continuem submetidos à regulação, ao controle e à fiscalização do Ministério do Trabalho, que recebe das empresas a contribuição sindical obrigatória de todos os trabalhadores (sindicalizados ou não), redistribuindo-a em seguida para toda organização sindical e reservando para si a prerrogativa de realizar auditorias sempre que julgá-las necessárias, os sindicatos mais modernos e mais bem articulados têm sabido questionar o amplo poder discricionário com que o aparelho estatal intervém nas estruturas de representação profissional. Têm, por exemplo, conseguido investir contra as limitações da política salarial ao nível do contrato coletivo de trabalho, maximizando cláusulas que não são reguladas pelo Ministério do Trabalho nem julgadas pela justiça trabalhista. Têm, igualmente, sabido exigir a negociação de acordos com dirigentes sindicais cassados — como ocorreu há alguns anos, quando o presidente do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC foi deposto e teve de ser reconduzido para terminar a negociação. Têm, por fim, descoberto como fazem greves de “advertência”, paralisando esta ou aquela indústria apenas para demonstrar seu poder de articulação em momentos politicamente decisivos para o país — a exemplo do acontecido em São Caetano e São Bernardo do Campo em dezembro de 1984.

¹⁴ A distinção entre corporativismo de Estado e corporativismo societal é feita por Schmitter, Philippe, em *Still the Century of Corporation?* In: Pike, Frederick B. & Strich, Thomas (orgs.). *The new corporativism (social-political structures in the Iberian World)*. University of Notre Dame Press, 1974. Para uma discussão das idéias de Schmitter no contexto dos países em desenvolvimento, ver Stepan, Alfred. *The State and Society: Peru in comparative perspective*, Princeton, Princeton University Press, 1978. Ver, também O'Donnell, Guillermo. *Modernización Y Autoritarismo*. Buenos Aires, Paidós, 1972 e *Notas para el estudio de procesos de democratización política a partir del Estado burocrático autoritário*. Buenos Aires, Cedes, 1979, p. 5; e Schwartzman, Simon. *Bases do autoritarismo brasileiro*, Rio de Janeiro, Campus, 1982.

Tal questionamento, na melhor tradição dos conflitos entre capital e trabalho no âmbito do capitalismo moderno e da própria evolução do direito trabalhista, não se dá dentro dos estreitos limites da lei, mas *apesar* dela — quando não *contra* ela. Ora, no momento em que uma ordem jurídica já não consegue manter a disciplina e o respeito à legislação, deixando de apresentar “razões convincentes” aos legisladores e perdendo assim o reconhecimento normativo da validade de suas decisões, ao sistema político restam dois caminhos para reassegurar a obediência: de um lado há a possibilidade de se substituir tal reconhecimento por vantagens privadas, isto é, pela prestação de serviços estatais de natureza social; de outro, sobra a alternativa de última instância: o recurso extremo da violência repressiva.

Ambas saídas têm seus limites.

Na primeira hipótese, a tática da “compensação” mediante vantagens materiais tem sua eficácia condicionada tanto a uma estratégia de distribuição primária de renda, pelo aumento dos salários, quanto a uma política assistencialista na área previdenciária, a uma ênfase no âmbito da moradia popular, à erosão do salário-desemprego — exigências difíceis de serem atendidas num período de inflação e recessão. Todavia, o fator limitante dessa alternativa não é apenas a escassez de recursos necessários à pacificação social. É, igualmente, a própria natureza duvidosa de seu valor de justificação... caso tais recursos fossem efetivamente disponíveis. Mas em que medida a neutralização dos conflitos pela política salarial, no caso da distribuição primária de renda, e por meio da política social, no caso da distribuição secundária, tem potencial suficiente para diluir tensões e dispersar antagonismos numa sociedade como a nossa? Na verdade, o tipo de práxis política emergente nos meios sindicais modernos, hoje secundado pelas formas pouco ortodoxas de ação dos movimentos comunitários e das comissões de justiça e paz, inibe e compromete a pacificação pela prestação de serviços materiais à medida que estimula a tomada de consciência da inadequação do dinheiro como instrumento de regulamentação.

Na segunda hipótese, evidentemente a mais drástica e voltada às situações-limite, a violência repressiva tem sua efetividade condicionada a uma definição dos “inimigos” capaz de ser partilhada pela maioria das forças sociais. Quando falta esse reconhecimento, a violência se torna imprevisível e passa a atuar inespecificamente. Nesse caso, como então fundamentar a repressão em princípios tidos e aceitos como legítimos? Em que medida a repressão imprevisível e inespecífica não termina por conduzir ao completo descrédito dos fundamentos que a ação estatal deveria consolidar? Conseqüentemente, em vez de gerar respeito e obediência, ela provoca, como resposta da sociedade, mais violência. Não se pode esquecer que o terrorismo se desenvolveu entre nós basicamente após o AI-5, ou seja, depois da censura sistemática à imprensa, da prisão de políticos, da dizimação das lideranças emergentes do movimento estudantil e do fechamento do Congresso.

Diante das limitações dessas duas alternativas é que se pode, agora, verificar os dilemas e os paradoxos da ordem jurídica emergente. Uma ordem em que ainda é difícil identificar seu eixo de gravidade. Vejamos um exemplo retirado aleatoriamente dos jornais e que, com clareza, comprova empiricamente nossa linha de raciocínio. Na edição de 19 de novembro de 1984, a *Folha de São Paulo* transmitia ao leitor, na página 7, a seguinte informação:

“As últimas convenções coletivas, firmadas entre outubro e novembro, formalizam para as categorias de trabalhadores com maior poder de barganha uma

prática que se generalizou em acordos por empresas ao longo de todo este semestre e que parece ser uma tendência da política salarial a ser praticada a partir de agora: a trimestralidade. Não foram os metalúrgicos de São Paulo os primeiros a verem oficializada uma reivindicação que levou a centenas de greves no universo das quase 10 mil empresas do setor de São Paulo. Mas foi, com certeza, sua mobilização e poder de pressão que contribuíram para que a conquista se estendesse a outras categorias.”

“Poucos dias antes dos metalúrgicos, que têm garantida uma antecipação de aumento de 80% da variação do INPC, os *químicos* de São Paulo, do interior e do ABC haviam conquistado o mesmo benefício, porém em percentuais menos generosos, calculados em 17% quando a variação do índice ultrapassar 46%. Os trabalhadores na *indústria do papel* já haviam conseguido, embora sem alarde, antecipações de 15% do INPC na convenção coletiva que passou a vigorar a partir de 1º de outubro. Os *gráficos de tipografia* chegaram a um acordo com o sindicato patronal, há pouco mais de uma semana, que prevê adiantamentos de 5% a 10% do INPC.”

“Os metalúrgicos das montadoras do ABC conseguiram um acordo inédito fora do período de negociação de novo acordo coletivo. Ao verem recusada sua proposta de renegociarem as cláusulas da convenção vigente na época do reajuste semestral com a Fiesp, os sindicalistas de São Bernardo sentaram-se à mesa com o Sindicato Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores e receberam uma proposta em separado, de reajuste de 100% do INPC e trimestralidade. Depois, iniciaram negociações por empresa e firmaram acordos com 40 indústrias pequenas e médias em bases maiores do que as combinadas com as montadoras. Estas 40 empresas concederam reajustes que vão de 105% até 120% do INPC; 15 delas concederam aumentos trimestrais e a grande maioria deu abonos que variam de 20% a 25%.”

“Depois de enfrentarem as baterias dos sindicatos contra suas empresas durante todo este semestre, a Fiesp tentou prevenir-se contra novas greves e exigiu que os metalúrgicos de São Paulo assinassem uma cláusula, na convenção, firmando uma espécie de “pacto de cavalheiros”. Este consiste em procurar evitar a deflagração de movimentos que reivindiquem percentuais maiores do que os constantes da convenção. Providência inútil, porém. Mais de meia-duzia de empresas onde era grande a mobilização de trabalhadores, já concederam aumentos superiores ao do acordo, embora nenhuma greve tivesse sido deflagrada (...).”

“Outra prática institucionalizada, embora apenas nas categorias com maior poder de barganha, é o aumento real de salários, denominado de produtividade ou aumento por mérito, ou abono. Segundo a lei salarial vigente, o aumento por produtividade será concedido segundo o PIB fixado pelo governo no ano anterior ao do reajuste. O último PIB fixado pelo governo, no ano passado, foi igual a zero, o que impediria, teoricamente, este tipo de aumento (...).”

“A próxima reivindicação dos trabalhadores, com toda certeza, se os índices inflacionários continuarem no mesmo ritmo, é a escala móvel de salários. Ou seja, cada vez que o custo de vida subir até determinada faixa, os salários serão automaticamente reajustados, como ocorre em muitos países industrializados.”

Tendendo a ocorrer em número cada vez maior, fatos como esses indicam, por um lado, uma politização aparentemente irreversível nas relações entre capital e trabalho, e, por outro lado, a crescente dificuldade enfrentada pelo Es-

tado intervencionista em conciliar sua função econômica, voltada ao processo acumulativo das empresas estatais e privadas, com sua função legitimadora voltada à manutenção das tensões sociais numa situação de latência controlada. Esta última função se baseia numa estratégia que, desde os anos 70 vem revelando-se problemática: a concessão de benefícios sociais, como forma de compensar as restrições à cidadania política e de atender os antagonismos de classes, não produz necessariamente uma lealdade duradoura — pelo contrário, cada benefício concedido é convertido em ponto de referência para novas reivindicações dos sindicatos, das associações comunitárias e das comissões de justiça e paz. Ao mesmo tempo, o alto custo dessa estratégia exige sucessivos aumentos na carga tributária, diminuindo os excedentes do empresariado e os levando, em suas campanhas antiestatizantes, a defender a concentração dos recursos públicos não em novas despesas sociais, porém em investimentos de infra-estrutura básica.

Ao denunciar a tendência de crescimento das despesas públicas numa velocidade maior do que a dos meios de financiá-las, o empresariado revela dupla percepção: de um lado, a consciência de que a manutenção dessa estratégia conduz ao crescimento descomensurado do setor estatal, à medida que a elevação dos impostos para o atendimento das despesas sociais abre caminho para a monopolização da economia por parte das empresas públicas; de outro lado, a consciência de que a expansão do setor monopolista se faz acompanhar de desemprego, pobreza e estagnação nos investimentos privados, exigindo do Estado maior apropriação dos excedentes para compensar tais efeitos disfuncionais. O que esse círculo vicioso revela é o esvaziamento do mercado econômico pela valorização dos arranjos corporativistas no Executivo. Ora, como a questão da acumulação e retomada do crescimento *versus* produção do consenso e da “paz social” ocorre num esquema essencialmente político, isso sobrecarrega demasiadamente o Estado. À medida que as pressões aumentam e os conflitos se tornam mais complexos, ampliam-se as aplicações de serviços públicos e as superposições de projetos. No limite, pois, as funções econômica e legitimadora do aparelho estatal se tornam inconciliáveis, constituindo um processo altamente irracional do ponto de vista da coerência administrativa, da estabilidade tributária e da acumulação potencialmente lucrativa de capital privado.

Diante do dilema estrutural expresso por essa “crise fiscal”,¹⁵ o círculo vicioso parece estar sendo rompido pela atual tendência do Estado de patrocinar uma reprivatização controlada dos riscos empregatícios. Face à superação de sua estratégia e à emergência tanto de organizações trabalhistas quanto de movimentos populares com grande capacidade de mobilização, ele vai reestimulando as negociações diretas entre empresas e sindicatos e enfrentando as tentativas de formação de centrais sindicais únicas (do tipo CUT e Conclat) com o esforço em prol da ratificação da convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Tal convenção institucionaliza o pluralismo sindical ao propiciar, numa

¹⁵ Para um exame mais aprofundado do tema, ver Habermas, Jurgen. Problemas de legitimação no Estado moderno. In: *Para uma reconstrução do materialismo histórico*, São Paulo, Brasiliense, 1983, e *Legitimation Crisis*, op. cit.; O'Connor, James. *The fiscal crisis of the State*. London, St. Martin's, 1973; Wolfe, Alan. Capitalism shows its face: giving up on democracy. In: Sklar, Holly (org.). *Trilateralism (the Trilateral Commission and elite planning for World Management)*. South End Press, Boston, 1980, e *Los limites de la legitimación: contradicciones del capitalismo contemporáneo*. México, Siglo Veintiuno, 1973.

mesma base geoespacial, a formação de organizações livres e concorrentes entre si. Ela permite, assim, que se multipliquem grupos antagônicos ao sindicato já existente, no plano das empresas. Constituindo-se, em princípio, numa estratégia de relaxamento do enquadramento sindical, e deflagrando um processo de reprivatização de certas funções estatais, seu objetivo maior é o de aliviar e descarregar a administração pública de uma sobrecarga contraditória de expectativas e responsabilidades.

O advento do pluralismo sindical e as negociações diretas entre sindicatos e empresas caracterizam, portanto, o que um agudo crítico da sociedade industrial chamou de *Backlash corporativista* — a tendência do Estado intervencionista em desfazer-se de certas pressões e reivindicações, transferindo-as de vez para os setores empresariais.¹⁶ Estes, surpreendidos com a supressão da repressão governamental no caso de greves duradouras e com ocupação de fábricas, justamente quando vinham lutando pela redução da participação do setor público na economia, vêem-se então diante de uma alternativa bastante rígida: a de ou aceitar as negociações diretas, e aí assumindo riscos de ter de fazer concessões inimaginadas anos atrás, como a institucionalização das comissões de fábricas, ou a de voltar-se outra vez para o Estado — o que revela como, numa economia onde o empresariado tornou-se dependente dos créditos, subsídios, incentivos e compras oficiais, a sobrevivência do privatismo paradoxalmente só pode ser assegurada, negociada, organizada e dirigida de forma política mediante arranjos corporativistas no âmbito dos órgãos burocráticos do Executivo.

Diante do desafio da reordenação institucional do país e da restauração da legitimidade, pois, que perspectiva esse quadro acima descrito nos oferece? Minha hipótese em síntese, é a seguinte: ao contrário daquela estrutura corporativista tradicional vigente desde os idos do Estado Novo, onde os grupos e categorias profissionais influentes eram aqueles favorecidos diretamente pelo poder central no seu engenhoso jogo de subordinação e dependência, a partir de agora a efetiva participação política pode vir a tornar-se um privilégio conquistado não apenas dentro da máquina estatal, mas também nos mercados econômico e político, por parte dos grupos e classes estruturalmente bem posicionados na economia nacional.

Algumas lideranças trabalhistas têm exata consciência disso — de que podem inviabilizar, com seu poder de mobilização e paralisação de atividades, a política econômica do novo governo, obrigando-o assim ou a efetuar amplas e tensas negociações, sob o risco de uma paralisia decisória do país, ou a optar por estratégias de violência repressiva, levando-o dessa maneira a contradizer seu discurso neo-republicano e ampliando a ressonância dos protestos sindicais. Apesar do consenso de que seu nome foi capaz de suscitar, a gestão Tancredo se inicia com um espaço bastante estreito de ação administrativa, econômica e política. Por isso, apesar de esvaziados em suas prerrogativas clássicas, tanto os partidos quanto os órgãos parlamentares terão de desempenhar duas funções básicas e vitais: a de dirigir e disciplinar a formação da opinião pública, canalizando reivindicações, domesticando desejos e calibrando expectativas, e a de proteger os procedimentos decisórios do Estado contra demandas cuja articulação não pode ser funcionalmente absorvida pelos “anéis burocráticos” do Executivo. A

¹⁶ Cf. Offe, Claus. Relações de troca e direção política: a atualidade do problema da legitimação. In: *Problemas estruturais do Estado Capitalista*, op. cit.

experiência argentina aí está: um presidente respeitado, porém com problemas graves para viabilizar um projeto de recuperação econômica tamanhas as pressões sindicais, por um lado, e as exigências do sistema financeiro internacional, por outro.

Em suma: à medida que a dominação estatal parece encontrar-se hoje relativamente autonomizada, apenas terão condições de influenciar determinante-mente o processo decisório na “nova República” os setores tecnocráticos e os grupos e categorias mais eficientes na sua capacidade de articulação e organização de conflito. A greve da Cosipa, em abril último, a da CSN, em junho, e a da General Motors e a da Ford, em dezembro, constituem um bom indicativo disso: ao mesmo tempo em que não foram resolvidas nem pela mediação parlamentar nem pela via judicial, também falhou a tática governamental de “não discutir sob pressões”. Isto é: de reprimir os grevistas, intervir nos sindicatos e decidir, posteriormente, com a “ordem restabelecida” pela repressão, as reivindicações que eventualmente poderiam ser atendidas... caso elas não contrariassem a política econômica vigente. Em todos esses casos, prevaleceu o entendimento direto entre lideranças sindicais e governo. Afinal, a paralisação temporária dessas empresas representava uma grave disfunção para todo o parque industrial nacional e um perigoso risco para o cronograma das exportações brasileiras, num período em que a consecução de superávits da balança comercial constitui uma das metas mais delicadas para a estabilização econômica do país.

Esses exemplos, pois, apontam o tipo de práxis política que vem emergindo nos segmentos modernos do país. O depoimento anteriormente mencionado sobre “as lições da greve do ABC” é, nesse sentido, bastante ilustrativo. Vejamos outros significativos parágrafos seus:

“O patronato só se dispôs à negociação direta quando foi desafiado. Não cabe aqui admitir juízos morais, mas apenas juízos políticos. Ele entrou (...) nesta luta absolutamente despreparado. Entramos para a guerra sem nenhum curso de estado-maior e cometemos uma série de erros. O patronato deu uma série de passos em falso, talvez o principal dos quais tenha sido apresentar-se em frente unida. Isso poderá parecer um tanto quanto paradoxal. Mas é que a frente unida do patronato, se tem algumas vantagens do ponto de vista tático das operações, do ponto de vista estratégico torna as posições extremamente duras. Se confrontarmos esta opção do *front* único com a opção do *front* único feita pelos sindicatos de ABC, chegamos à conclusão de que são Rússia e EUA colocados frente à frente, sem que qualquer das partes possa recuar, sob pena de perder a face (...).”

“O patronato brasileiro não soube perceber os perigos estratégicos, do ponto de vista de classe, que residiam no fato de a CLT estabelecer a vinculação dos sindicatos operários e dos empregadores ao Estado (...). Mais importante ainda é o fato de haver permitido que, no campo das relações do trabalho, campo por iminência irracional, (...) o Estado tivesse sempre a posição de parte num conflito que não era seu. Isto é: o patronato aceitou os conflitos de trabalho a dissídio para o Estado decidir, por um dos seus órgãos, sobre a solução de um conflito do qual não era parte.”

“Quer dizer, (...) permitiu que o Estado se arrogasse posições que não são suas, qual seja, a de interferir em conflitos que (...) são conflitos de direito privado, são conflitos que se dão entre os empregados de uma indústria (...) e os empregadores daquele setor industrial; mas que em si, a menos que haja

desdobramentos subseqüentes, não afetam a ordem pública, não se transformam em conflitos de direito público.”¹⁷

Encaradas como uma avaliação (auto) crítica da conduta adotada por um segmento expressivo do empresariado, essas considerações expressam com clareza a constatação de certas posições de confronto e negociação fora da jurisdição dos partidos, das casas legislativas e dos órgãos judiciais. Isto porque a estratégia de encaminhamento de interesses antagônicos e definição dos critérios de entendimento parece estar, antes de tudo, vinculada a orientações previamente discutidas quer nos meios sindicais e nas entidades de classe, quer nos órgãos governamentais de planejamento. Tais orientações, por sua vez, independentemente de suas justificações ideológicas, implicam obrigatoriamente exigências concretas de sucesso pragmático.

Decorre daí o reconhecimento (lamentado) da “falência” da ordem jurídica liberal, “que permeia toda a vida social (e que) de certa maneira nos leva, enquanto cidadãos, a ir lentamente intuindo, depois descobrindo, a possibilidade de violar-se a lei, sem que a sanção jurídica se faça presente em tempo útil. Dado o caráter sistêmico das relações sociais e políticas, no sentido amplo, esta falência deveria necessariamente permear todo o aparelho do Estado. Mas, no instante em que a vida social perde sua coerência, os aparelhos jurídico-repressivos não mais exercem suas funções; assim, é natural que o Estado, lentamente, também perca seu caráter repressivo”.¹⁸

Ora, à medida que todos somente têm a perder com a generalização de um confronto global, de conseqüências imprevisíveis para todas as partes em jogo, tanto os sindicatos quanto o governo passam a ter em mente, com realismo e objetividade, o que podem transigir e negociar em entendimentos diretos nas situações-limite de crise. Uma das conseqüências desse processo é o fato de que o preço da disciplina dos movimentos sindicais, condição necessária para seu sucesso nesse tipo de negociação, pode vir a ser um certo comprometimento de sua democracia interna e um certo esvaziamento de seu processo de renovação de liderança. Afinal, para efeitos externos, há necessidade de se enfatizar um consenso interno — o que recoloca, embora em novos termos, a velha questão das razões de Estado ou de *segurança* do grupo. Discordar de uma determinada orientação de cúpula sindical poderia ser interpretado, na lógica desse argumento, como uma espécie de “traição” à causa trabalhista.

Eis aí, portanto, a meu ver, o caráter *societal* dessa forma emergente de corporativismo. Em termos políticos, o risco inerente a esse corporativismo societal é o de estimular o aparecimento de canais de representação concorrentes aos partidos sem, no entanto, criar condições para uma ação conjunta e orgânica entre eles numa ação capaz de culminar em legítimas decisões parlamentares. Diante da ação hegemônica das entidades empresariais e dos sindicatos trabalhistas mais fortes e articulados, o confronto global entre setores e classes sociais tende, dessa maneira, a ser substituído por conflitos setoriais entre tecnocratas, comissões sindicais de negociações e grupos de *lobby* empresarial. Isto significa mais um golpe mortal no modelo liberal tradicional de organização política, jurídica e administrativa, à medida que, na prática, os grupos e categorias profissionais fora dos segmentos modernos da economia não têm acesso fácil ao poder.

¹⁷ Cf. Ferreira, Oliveiros. *As lições da guerra no ABC*, op. cit.

¹⁸ Id. *ibid.*

Entreabre-se aí, em meio à tentativa dos sindicatos mais dinâmicos de fortalecer suas posições por meio de uma CUT, de uma Conclat e de uma Contag, concentrando seus esforços na articulação de um movimento único, e em meio à pretensão do regime de se valer de múltiplos e heterogêneos modos de juridicidade para manter em estado de relativa latência as contradições sociais, por meio de mecanismos de atomização, trivialização, dispersão e neutralização de conflitos crescentemente coletivos, um dualismo de poder: de um lado, um Executivo intervencionista em cujo âmbito são tomadas as decisões fundamentais; de outro, um Parlamento desprovido da titularidade da iniciativa legislativa, à espera de uma Constituinte para que possa converter sua representatividade em força institucional para formular e determinar políticas substantivas.¹⁹

7. *Legitimidade e Constituinte*

Nestes dias de negociação, entendimento e sucessão presidencial, portanto, a possibilidade de uma Constituinte é uma aspiração decisiva à legitimação do poder e à reordenação institucional do país. Mas é preciso cuidado para não se incorrer nas ortodoxias positivistas, confundindo-se uma nova ordem legal com uma ordem mais legítima do que a atual. É necessário saber preliminarmente, diante do grau atual de estratificação social, se há hoje condições de organização e mobilização em todos os segmentos da sociedade brasileira. Sem essa capacidade de auto-organização, dificilmente as propostas de uma nova Carta Magna corresponderão de fato às necessidades de representação de todos os setores e classes sociais.

A meu ver, tais necessidades têm criado determinados espaços políticos que, como se sabe, não vêm sendo preenchidos nem pelo espectro partidário atual nem pelas elites políticas que mais se têm destacado ao nível parlamentar. Criadas em sua maioria de cima para baixo com a finalidade de acomodar oposicionistas e situacionistas de diferentes matizes, as agremiações vigentes enfrentam sérias dificuldades para funcionar como canais de expressão de uma sociedade complexa e contraditória. Sua sobrevivência parece limitada no tempo — embora nada impeça que as atuais máquinas partidárias venham a servir de pilares para um novo sistema de representação minado pelos velhos problemas de legitimidade. Pelo contrário, tais máquinas assumem hoje uma posição quase oligopolista, de um lado dificultando o acesso de novos concorrentes ao mercado político e, de outro, tendendo a uma estratégia de “equalização” de seus programas doutrinárias.

¹⁹ O Partido dos Trabalhadores parece ser a agremiação partidária que vem percebendo tudo isso com mais clareza. Enquanto instrumento partidário do moderno movimento sindical, no entanto, ele vive o dilema entre: a) manter um purismo ideológico, preocupando-se mais com a expansão de sua hegemonia sobre novos sindicatos do que em ir ao Colégio Eleitoral; b) “comprometer-se” numa composição com a Aliança Democrática. Como é inegável que este irá enfrentar um desgaste inevitável e imposição de uma política econômica, a ação política do PT destaca-se por um proselitismo pedagógico de médio a longo prazo, denunciando por ora a “ilegitimidade” do Colégio Eleitoral com o objetivo de ampliar tanto sua densidade eleitoral quanto a capacidade de pressão de suas bases sindicais — estratégia essa que, todavia, foi publicamente questionada pelo ex-líder da própria agremiação na Câmara dos Deputados, em função da própria dinâmica da sucessão presidencial.

É preciso saber, igualmente, se existem hoje alternativas para os paradigmas doutrinários vigentes, em condições de propiciar conceitos e modelos jurídicos mais amplos, abrangentes e modernos. Tais paradigmas, formados por atitudes, valores, métodos, teorias, opiniões e crenças de caráter utilitarista, formalizante e individualista são reconhecidamente insuficientes na percepção da natureza crescentemente coletiva dos conflitos. À medida que as construções simbólicas e as categorias jurídicas decorrentes desses paradigmas condicionam o conteúdo, o sentido e os limites do pensamento jurídico vigente,²⁰ nada garante que o novo texto constitucional esteja à altura das necessidades sócio-econômicas do país. Afinal, e isto já foi esboçado no início deste trabalho, as tradições jurídicas costumam operar como conjuntos de crenças e matrizes disciplinares perpetuadas no tempo graças a um ensino tradicionalista mantido ao longo de sucessivas gerações e de distintos programas de investigações acadêmicas. Apesar de suas eventuais diferenças, tais gerações e tais programas caracterizam-se pela ênfase comum a certos temas prioritários, a certos critérios de interpretação, a certos padrões de decisão e a certas pressuposições culturais implícitas — como é o caso, por exemplo, das idéias de regra de maioria, de supremacia da lei, de Estado monocentrista, de segurança nacional, da soberania popular e da estatização das fontes de direito.

De todas essas idéias, uma que certamente será objeto de grande polêmica na reordenação institucional do país diz respeito à regra de maioria como condição legitimadora do processo constituinte. Do ponto de vista da técnica legislativa e das decisões políticas inerentes ao legalismo liberal, tal regra está associada aos métodos democráticos de harmonização dos conflitos, encontrando-se incorporada na maioria das constituições modernas. Sua virtude está, por um lado, no fato de propiciar uma estratégia capaz de gerar decisões, à medida que substitui a dúvida sobre qual decisão tomar pela certeza de uma decisão que será tomada num determinado momento; e por outro, de legitimar essa estratégia à medida que, face ao número de atores em condições de exercer o direito de voto, ela assegura qualitativamente o acerto e a justeza da escolha feita.

No entanto, como inexistem critérios empíricos em condições de provar quais valores são legítimos, diante da natural pluralidade de perspectivas ideológicas comum à sociedade de classe, do ponto de vista da práxis a questão daí emergente diz respeito aos múltiplos limites institucionais e condições sócio-políticas inerentes ao exercício de regra de maioria como capaz de gerar decisões factualmente exigíveis e teoricamente fundadas como obrigatórias. Em termos de sua aplicação e de sua validade, será possível à regra de maioria eliminar a si própria? Em que medida pode ela ser utilizada na aferição de decisões de caráter estritamente técnico? Em termos políticos, como esperar o acatamento — por parte das minorias — das decisões tomadas pela maioria? Quais os critérios para a previsibilidade factual da eficácia das exigências normativas tomadas

²⁰ Cf. Kuhn, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, University of Chicago Press, 1970. Ver, também, Puceiro, Enrique Zuleta. *Teoria jurídica y Crisis de legitimación*. In: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982; Santos. Boaventura dos. *Da sociologia da ciência à política científica*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1977; e Faria, José Eduardo. *Sobre a atualização das categorias jurídicas*. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, fascículo 132, 1983, e *Eficácia jurídica e Violência simbólica*. São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, 1984. mimeogr.

com base nas decisões da maioria? Em que medida os meios de comunicação de massa, as organizações burocráticas e o poder econômico não pervertem a igualdade formal inerente a tal regra? Até que ponto é possível se evitar uma ditadura da maioria?

Evidentemente, estas indagações não invalidam propriamente a regra de maioria como princípio legitimador de um regime democrático. Longe disso. No entanto, elas configuram importantes questões que têm sido tradicionalmente desprezadas como metas jurídicas pelo legalismo liberal.²¹ Questões que uma Constituinte terá de enfrentar, já na sua instalação, sob pena de ter sua legitimidade comprometida desde o início. Por quê? Porque elas revelam os limites de um tratamento exclusivamente formal de um importantíssimo critério de decisão da vida política contemporânea, cujos pressupostos básicos de eficiência e validade vêm sendo submetidos a problemas concretos não percebidos ou indevidamente avaliados pela dogmática jurídica. Um desses problemas é o do alcance da regra de maioria: embora em princípio ela somente seja válida para o âmbito público, não interferindo no campo privado, a dinâmica regulatória do Estado intervencionista torna cada vez mais nebulosas as fronteiras entre a liberdade dos cidadãos e a segurança nacional, entre o individual e o coletivo. Outro problema está associado às condições de aplicação de regra de maioria: embora ela deva ser utilizada apenas no quadro de instituições juridicamente definidas, em cujo âmbito os partidos e os legislativos teriam de agir como eixo de gravitação natural do processo político, os fenômenos de tecnocratização da política, de publicização do direito privado e de administrativização do direito público dissolvem-na mediante os arranjos corporativos dos anéis burocráticos. Um terceiro problema está vinculado à crença do liberalismo na rotatividade do poder e a sua ênfase ao caráter circunstancial das maiorias: de que modo, porém, aplicar as regras de maioria a questões impossíveis de serem futuramente corrigidas ou mesmo revistas pelas minorias, como, por exemplo, no caso dos projetos de energia nuclear e da construção dos grandes aeroportos metropolitanos?

Este trabalho não comporta o aprofundamento desta discussão — a qual, tendo em vista o desafio da reordenação institucional do país, deve ser encarada numa perspectiva mais empírica do que teórica. O que importa é chamar atenção para sua importância e para sua atualidade. Por quê? Porque a consecução de uma ordem constitucional mais legítima e justa, fundada na expansão da racionalidade substantiva, requer modelos e categorias jurídicas mais plásticas e abrangentes, em condições de oferecer molduras normativas mais alargadas e modernas à votnade política da sociedade. Exige, assim, a substituição da *autonomous laws* do direito continental por uma espécie de *common law* — um direito não-sistematizado ou muito pouco sistematizado que brotaria casuisticamente de relações sociais contraditórias, estabilizando-as pragmática-

²¹ Para um exame mais detalhado desta discussão, ver Offe, Claus. Legitimação política por decisão majoritária? In: *Problemas estruturais do Estado capitalista*, op. cit. Ver, também, Bobbio Norberto & Offe, Claus. *Democrazia, maggioranze e minoranze*. Bologna, Il Mulino, 1981. Ver, ainda, Bobbio, Norberto. Sur le principe de la légitimité. In: *Annales de Philosophie Politique*. Paris, PUF, n.º 6; Macpherson, C. B. *A democracia liberal*. Rio de Janeiro, Zahar, 1978; Chauí, Marilena. *Cultura e democracia*. São Paulo, Moderna, 1980; e Faria, José Eduardo. *Retórica Política e Ideologia Democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal*. Rio de Janeiro, Graal, 1984.

mente. Contudo, ao mesmo tempo em que tal exigência estimula a reformulação e a reestruturação dos trabalhos de natureza jurídica e dos serviços judiciais, transformando o advogado não mais num simples intermediário entre seus clientes e os tribunais, mas num ator político militante e engajado a desempenhar o papel de porta-voz de grupos de interesse, ela também cria problemas incontornáveis à capacidade adaptativa e de aprendizagem de instituições de direito baseadas em princípios organizacionais ortodoxos.

Contudo, qual o limite de abertura de um sistema mais flexível de códigos e de leis? Mesmo desprezando-se a ênfase ingênua e excessiva dos positivistas normativistas à racionalidade formal e sistêmica do direito positivo, qual a possibilidade de um *design* mais competente, mais reflexivo e mais *responsivo*²² das instituições jurídicas, voltando-as não para a implementação de comportamentos e para a consecução de resultados sociais concretos, porém para a organização dos diferentes mecanismos de auto-regulação dos conflitos e de integração dos interesses emergentes num contexto complexo? A verdade é que, embora a quebra dos padrões liberais de organização do Estado venha revelando a crescente necessidade de estratégias teóricas e metodológicas capazes de superar os limites estreitos da dogmática jurídica, ainda não foram delineados com clareza os paradigmas alternativos. Fala-se, hoje, num processo de deslegalização, enfatiza-se uma justiça desburocratizada, advoga-se a materialização da lei e defende-se um direito sem dogmas — ao mesmo tempo em que também se reivindica a “desinstitucionalização” da família, da educação e da saúde mental, mediante, por exemplo, a descriminalização do adultério, do consumo de drogas leves etc. Todas essas idéias, entretanto, vão esbarrando no paradoxo de se negar o direito codificado tal como o conhecemos desde o Estado liberal e, ao mesmo tempo, de se necessitar de uma norma de segundo grau — na perspectiva de uma “lei orgânica” — ou mesmo de uma instituição em condições de coordenar o pluralismo social e a heterogeneidade de conflitos latentes existentes numa sociedade tão contraditória como a brasileira.

Em suma: a Constituinte se afigura, para dizer o mínimo, como um risco. Por um lado, não há como ignorar sua importância política ou desprezar sua oportunidade nesta hora em que o arbítrio pós-64 encontra-se — ao menos na aparência — em estado agônico e em que a miséria e o marginalismo exigem reformas estruturais imediatas. Por outro lado, contudo, para que ela realmente servirá caso seus componentes não sejam capazes de superar a inspiração individualista subjacente ao pensamento jurídico tradicional, transcendendo a velha tendência idealizante inerente ao senso comum dos juristas de confundir a sociedade como simples produto de direito, o Estado como mero ordenamento jurídico e o destinatário da norma como um abstrato centro de imputação de direitos e deveres? Afinal, como vimos, a percepção da lei como objeto único do fenômeno jurídico nada mais é do que um reducionismo vinculado a uma tradição ideológica historicamente localizada com a consolidação do Estado moderno.

²² Baseada na expansão da racionalidade material, a “lei responsiva” é aquela capaz de institucionalizar e integrar novas formas de participação política, como a advocacia social, a representação de grupos de interesse etc. Ver, nesse sentido, Nonet, Philippe & Salznick, Philip, *Law and Society in transition: toward responsive law*. New York, Harper and Row, 1978. p. 73-113.

Tanto que, hoje, enquanto o legislador continua diante do desafio de ter de reduzir à unidade formal da lei uma sociedade crescentemente contraditória e heterogênea, os paradigmas jurídicos vigentes encontram-se frente ao dilema hamletiano apontado no penúltimo parágrafo: ou alargam sua visão, reformulando conceitos excessivamente fechados e tipificantes herdados do legalismo liberal, cada vez mais distanciados da realidade sócio-econômica, ou vêem esgotadas a operacionalidade e as possibilidades de eficácia de suas fórmulas e categorias face à expansão de conflitos cada vez mais complexos (conflitos grupais e de classes). Como escapar desse dilema? Impossível fugir dele. Mas é igualmente impossível, nesta hora em que a reordenação institucional do país tornou-se simultaneamente um desejo irrecusável e um desafio irreversível, deixar de correr os riscos inevitáveis na consecução de uma ordem legítima e justa.

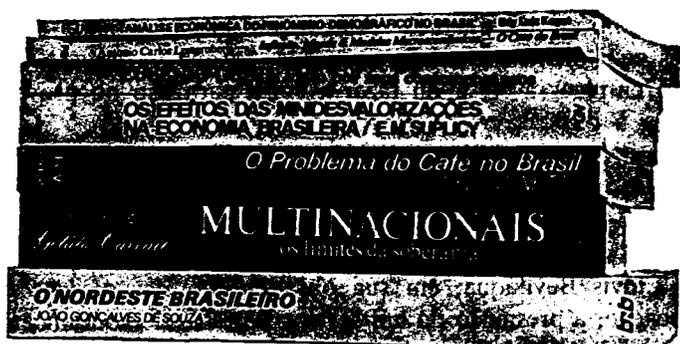
Mesmo que esses riscos sejam superados, contudo, existem outras dificuldades que aqui somente podem ser apontadas. Como será possível uma Constituição nova, aberta, moderna e abrangente sem se modificar os diferentes códigos forjados antes ou no decorrer do Estado Novo? É certo que as reformas do Código Civil e do Código Penal estão a indicar um período de racionalização do direito positivo. No entanto, a realidade brasileira vem revelando um dado importante: as próprias codificações tendem a ser superadas pela velocidade das transformações sócio-econômicas, a ponto de muitos setores sociais estarem descobrindo fórmulas inéditas para equacionar e neutralizar seus próprios conflitos, mediante mecanismos mais informais de arbitragem, negociação e resolução de suas divergências.²³ Em muitos desses segmentos há mesmo uma consciente disposição de politizar certo tipo de demandas, como no caso das ocupações de terrenos públicos ou particulares desocupados e das invasões de prédios governamentais, reivindicando soluções fundadas mais em critérios de conveniência política ou razão ideológica, do que em virtude de sua eventual compatibilidade lógico-formal com o ordenamento vigente.

Trata-se, evidentemente, de um conjunto de tentativas destinado a conquistar novos espaços para a racionalidade material em detrimento da racionalidade formal, como condição de um processo de legitimação mais complexo e impossível de ser ordenado por modelos de inspiração ortodoxamente liberal. As normas rígidas, fechadas e impecavelmente formuladas a partir desses modelos costumam criar a ilusão de uma ordem regular que, como vimos, inexiste na prática. Trata-se, concluindo, de um modo peculiar de ajuste estrutural entre o *país formal* e o *país real* que não é novo entre nós — desde os tempos coloniais, como afirma Antonio Cândido,²⁴ a realidade brasileira tem sido redutível a uma dialética entre “ordem” e “desordem”, em que a existência de instituições paralelas sempre permitiu agilizar o funcionamento da sociedade.

²³ Ver, nesse sentido, dos Santos, Boaventura. The law of oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. In: *Law and Society Review*, 1977, v. 12, n.º 1, e Law and community: the changing nature of State power in late capitalism. In: *The politics of informal justice*. New York, Academic Press, 1982.

²⁴ Cf. Cândido, Antonio. Dialética da malandragem (caracterização das *Memórias de um sargento de milícia*). In: *A fortuna do romance*.

Em meus tempos de aluno de filosofia de direito na velha escola do Largo de São Francisco, o professor Miguel Reale, ainda hoje participante ativo do debate constitucional, brindava seus alunos com uma bem-humorada tirada hegeliana. Ele dizia que "todo tempo é tempo de se codificar quando se tem consciência do tempo". Em que medida nossos políticos, nossos legisladores e nós mesmos, advogados, professores e cidadãos, estamos conscientes das necessidades de nosso tempo, isto é, de uma ordem legal mais justa, aberta e legítima, capaz de propiciar algo mais do que uma democracia formal? Só o tempo dirá.



Livros de

ECONOMIA

editados pela FGV

Inflação, moeda & modelos macroeconômicos - o caso do Brasil de *Carlos Lemgruber*
141 páginas

Eugênio Gudim visto por seus contemporâneos
160 páginas

O problema do café no Brasil de *Antonio Delfim Netto*
259 páginas

Análise econômica do fenômeno demográfico no Brasil de *Edy Luiz Kogut*
114 páginas

Os efeitos das minidesvalorizações na economia brasileira de *Eduardo Matarazzo Suplicy* - 2.^a ed.
254 páginas

Multinacionais - os limites da soberania de *Getúlio Carvalho* - 3.^a ed.
387 páginas

O Nordeste Brasileiro: uma experiência de desenvolvimento regional de *João Gonçalves de Souza*
409 páginas