

**REVISTA N.º 32****Ano 17, julho de 1996 - p. 9-14**

## **Politização do Direito e Juridicização da Política**

**José Alcebíades de Oliveira Júnior (1)**

Este artigo aborda um tema que preocupa vários juristas a um bom tempo no Brasil: a importância do direito (e mesmo da lei) para a democracia, avançando, para tanto, na discussão do conceito de direito e da especificidade do jurídico(2).

Todos sabemos o quanto é problemática a discussão em torno ao conceito de direito e o quanto é dilemática a determinação da especificidade do jurídico. A teoria geral do direito, neste século, tem patrocinado boas polêmicas a respeito do assunto, ao privilegiar o direito positivo como o objeto de análise, por excelência, da Ciência Jurídica. E isto tem dado margem a críticas vorazes por parte de sociólogos e politicólogos que procuram defender outro marco para a conceituação do direito. De fato, certas circunstâncias históricas - autoritarismo, ditadura, etc. - têm exigido mostrar o interrelacionamento da lei com certa moral e política; não obstante, cabe perguntar se segue sendo importante uma discussão acerca da especificidade do direito e se ela passaria ou não pelo direito positivo.

### **Crítica do direito pós-autoritarismo no Brasil**

Como escrevemos alguns anos atrás(3), nos tempos que se seguiram ao golpe que construiu no Brasil o "Estado de terror", a crítica do direito teve um papel bem definido (apesar de suas distintas perspectivas teóricas) de oposição a ditadura, que parecia bem instalada e por muito tempo.

Dentro do panorama crítico daquela época, se destacaram como absolutamente gravitantes as idéias contestadoras do marxismo de Roberto Lyra Filho, na Universidade de Brasília(UnB), e as análises semiológicas de Luis Alberto Warat, sucessivamente enunciadas na Universidade Federal de Santa Maria e na Universidade Federal de Santa Catarina. Ambos procurando desmistificar o lado obscuro das relações do direito com o poder. Lyra Filho tratando de demonstrar o caráter de classe do direito brasileiro, e Luis Warat - desde uma incipiente estetização psicanalítica do ensino do direito -, acentuando a necessidade de se acabar com as crenças que fizeram o elogio das certezas para o discurso jurídico.

Agora os tempos são outros. Sopram ventos democráticos; existe a delirante ilusão de uma nova ordem internacional; os socialismos reais se desestruturaram vertiginosamente. Frente a essa confusa e complexa situação temos de nos perguntar por onde está passando, ou deveria passar, a crítica do direito?

Tal como também comentamos, alguns setores acadêmicos, com o desaparecimento de Lyra Filho, moveram-se num exaltado e trivializado movimento de crítica às teorias que seguiram defendendo a importância da lei para a democracia, e o fazendo sem qualquer fundamentação filosófica. Luis Warat, por sua vez, deixou transparecer a impressão de que teria abandonado a filosofia do direito ou o direito enquanto objeto de suas preocupações. Desta forma surgiu um vazio reflexivo. Os dogmáticos voltaram a cena acadêmica(e seguem, tanto que a CAPES está implantando mestrados profissionalizantes), alternativos se multiplicaram, etc. E este foi o quadro.

Como relatei naquele texto, diante desse quadro, mereceriam destaque algumas exceções produto de um trabalho realizado pelo grupo de José Eduardo Faria em São Paulo; certos estudos produzidos por Leonel Severo Rocha ao retornar de seu doutoramento com Claude Lefort, que procuravam restituir a filosofia do direito seu papel transformador das mentalidades reacionárias (que habitam o pensamento jurídico pela direita e pela esquerda).

Merece registro, enfim, o fato de que Warat, em realidade, não abandonou a filosofia do direito, tendo mesmo começado a produzir uma série de trabalhos jurídicos e outros sobre as relações entre direito e psicanálise(4).

Por minha parte, durante algum tempo dediquei-me ao estudo da obra de Norberto Bobbio, importante jurista italiano que volta a cena em tempos de um certo e perigoso desprezo pela racionalidade normativa(5).

É interessante observar que diante do crepúsculo das possibilidades críticas do direito, existe sempre o perigo de que surjam alguns iluminados que se ofereçam para fazer, como diz Warat, "o simulacro de uma odisseia libertária".

De qualquer modo, diante das indefinições, é preciso compreender que o normativismo e a concepção dogmático-positivista do Estado de direito não são nefastos de "per si". Recolhendo elementares princípios linguísticos - que alguns tentam ignorar - é preciso reconhecer que as leis não possuem sentidos essenciais (nem bons nem maus). Em determinadas conjunturas (isto já foi assim historicamente) o discurso normativista e o da dogmática jurídica, longe de implementar uma estratégia de ocultamento social, elaboraram construções doutrinárias que permitiram o acesso à condição de cidadão de certos setores marginalizados. A visão do direito estatal como um puro e exclusivo mecanismo de expressão de uma dominação de classe não é, hoje em dia, mais que um fetichismo de um anarquismo residual.

### **Política versus juridicização**

Tomando por exemplo os direitos sociais, é importante dizer que a consolidação desses direitos e sua consequente implementação, precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política(6).

Isto quer dizer que, por um lado, devemos enfrentar a tarefa de diagnóstico e conceituação desses novos direitos, quaisquer que sejam eles, e são muitos em função das transformações do Estado e positivá-los. Os do consumidor e do meio ambiente são exemplos notórios. E, por outro, abordar o fato de não ser suficiente o reconhecimento teórico (ou simplesmente legal) desses direitos, para que eles se tornem efetivos.

Tal como expõe Bobbio, existem problemas inerentes às transformações do Estado que são de difícil consenso, um contínuo desentendimento entre liberais e socialistas, além da ameaça do renascimento de um neoliberalismo em sentido economicista (liberista). Tudo isso torna difícil a prática dos direitos sociais e transindividuais, que requerem necessariamente uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social.

Por outro lado, pensar a democracia é de fundamental importância para a implementação desses novos direitos. Mas qual democracia? Certamente enquanto dialética entre o Estado e a sociedade civil, pois a aniquilação de uma dessas esferas, qualquer delas, inviabilizaria o projeto de implementação desses novos direitos.

Vale lembrar, como escrevemos em *Jornal de circulação estadual* (7), que tal cuidado não tem sido observado

no Brasil. Se, por um lado, possuímos um presidente eleito, um Congresso em funcionamento, um Poder Judiciário atuando e até mesmo liberdade de opinião, é preciso verificar que ao lado desses fatores temos a presença, massivamente divulgada, de uma filosofia neoliberal (economicista) norteando as ações de governo e que prega o dismantelamento do Estado como algo fundamental.

Se falássemos da existência de uma lógica do direito e outra da economia, em termos de Estado versus mercado(ou sociedade), o que se poderia dizer e verificar é uma brutal redução do direito à economia. Em nome de certas urgências de adequação do Estado à "realidade", prega-se a implosão do mesmo. E, como foi dito com Bobbio, um Estado ativo e positivo é necessário para a implementação dos novos direitos: os problemas ecológicos precisam ser pensados de modo preventivo, pois o ressarcimento da natureza é impossível.

Contudo, não pode haver o privilegiamento de um aspecto em detrimento do outro; do direito face a política e vice-versa. Não obstante, saliente-se a necessidade de uma discussão política da ordem jurídica em vigor para que esta venha a produzir efeitos, já que atualmente não se pode pensar o direito somente em um plano estrutural e distanciado de suas funções. Hoje, existe uma acentuada preocupação com a efetividade do direito que, formalmente inclui a todos, mas que na prática exclui a muitos da cidadania.

Enfim, ao lado da visão descritivista da Ciência Jurídica é preciso assumir uma postura prescritivista, própria de uma Sociologia Jurídica crítica, em busca da efetividade do direito e portanto da concretização da cidadania. São tarefas distintas mas que podem e devem ser pensadas concomitantemente.

### **A questão desde um ponto de vista atual**

Especificamente, no que diz respeito ao Brasil, a partir da Constituição de 1988 o direito sofreu sensíveis modificações, fruto do jogo político do momento. Entretanto, segundo Paulo Sérgio Pinheiro (8), desde uma análise sociológica, verifica-se que não basta uma significativa alteração da letra da lei se as elites político-jurídicas dominantes não se alteram. Com efeito, a lei é um instrumento válido porém insuficiente para a determinação dos direitos e da cidadania. A filosofia da linguagem é capaz de explicar muito bem este aspecto, ao mostrar a fragilidade semântica da linguagem jurídica bem como a implicação pragmática e circunstancial das leis.

Segundo esse autor, instrumentos jurídicos criados para o alargamento da democracia não têm tido utilização efetiva, como é o caso do plebiscito e do referendun direto, postos ao lado dos instrumentos da democracia representativa.

De outra parte, evidencia o problema da injustiça do direito o fato da permanência de certos preceitos constitucionais que burlam a paridade do sistema de representação política: estados do norte e nordeste com população bem inferior a estados do sul e do sudeste com o mesmo número de parlamentares representantes. Ora, isto associado a uma intransparência de certas ações em estados dominados por um coronelismo muito antigo, macula a representação política e portanto a cidadania de milhares de pessoas. Por fim como salienta Paulo Sérgio Pinheiro, ainda existe o coronelismo eletrônico que ao impor-se como cartel, macula as reais possibilidades de alternância e opção política(9).

Dito isto é preciso considerar, entretanto, que a efetividade política dos direitos não pode se dar sem qualquer critério, descolada de princípios jurídicos. E aqui princípios jurídicos fruto de uma construção histórica dos direitos, através da positivação da lei. A política e o direito são as duas faces de uma mesma moeda, que é o poder, e precisam andar juntas. Por isso, politização do direito sim, mas juridicização da política também, porque senão o absolutismo se impõe. A atuação política precisa, para usar uma expressão weberiana, de uma

racionalidade legal, pois a pura visão tradicional e carismática significa um retrocesso no tempo e no espaço. Bobbio fala de uma importância das regras do jogo para a democracia.

Como escrevi no artigo "Justiça não deve servir a Governo" (10), na realidade brasileira o que se observa é um desrespeito acentuado das regras do jogo quando se trata de resolver o paradoxo economia X direito. Atualmente, em nome do atendimento a determinados fins econômicos, cada vez mais instala-se, na realidade brasileira, uma "lógica da emergência" que, para todos os efeitos, atenderia a uma suposta "verdade": a de que todos os males da sociedade brasileira residem no tamanho e no custo do Estado. E na busca da demolição do Estado, instala-se essa lógica, para a qual pouco importa uma lógica da racionalidade (direitos deduzidos de direitos).

Se é verdade que a economia possui fins urgentes, não é menos verdade que um pretense Estado de Direito deve agir de modo prudente. Se o governo atual deseja praticar o Bem ou intenciona uma vida boa para os cidadãos, é preciso considerar que para colocar-se na estrada em busca dessa melhoria, sem dúvida sedutora e que dá sentido a vida em sociedade, deve enfrentar-se concomitantemente com a ausência de consenso sobre o que constitui verdadeira e absolutamente o Bem. Com efeito, a política nasce quando o homem descobre que ninguém possui a verdade.

Muitas têm sido as ações que reduziram o direito à economia, e tudo em função de um certo "Bem" que seria próprio ao neoliberalismo. Um exemplo conhecidíssimo e de infeliz memória foi o bloqueio dos cruzados, que visaria uma distribuição mais justa de bens. E o pior é que o STF, à época, entendeu de não cassar a Medida Provisória 168, transformada em lei 8.241/90, em nome do fato de que ela resultaria em enormes transtornos para a economia, com a injeção de trilhões, o que poderia trazer o retorno de uma hiperinflação.

O que se observa atualmente, embora de modo mais sutil, é a manutenção da idéia de que os fins justificam os meios e que, para atingi-los cabe qualquer método de cooptação. É possível de se constatar um atrelamento inaceitável para a democracia tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário ao Poder Executivo. Percebe-se também uma tentativa de manipulação das chamadas reformas de enxugamento do Estado a tal ponto de se tentar atingir os direitos adquiridos, como no caso da reforma da previdência.

Enfim, o professor Luis Warat, que é um dos principais mentores da teoria crítica do direito no Brasil e na América Latina, acentua que "en las dos últimas décadas prosperaron en Latinoamérica críticas a las teorías jurídicas de corte dogmático. Ellas reivindicaban la importancia de la dimensión política de lo jurídico. Esas teorías acabaron en un gran esceso en el final de los años 80 (...). Lo político pasó a adquirir un peso tan grande, para su concepción del derecho, que llegó a anular el papel de la ley en la administración de justicia" (11).

Como segue o professor, chegaram ao ponto de exaltar um poder sem limites para o exercício da magistratura.

Para encerrar este breve artigo façamos a seguinte pergunta: o que se espera de um Tribunal quando a ele se adentra, por qualquer motivo, em tempos de democracia? Certamente que ele tenha uma atitude jurídica e não política. O nascimento dos direitos implica na observância de certos deveres e responsabilidades por parte do Estado (12), do qual a magistratura é um dos aspectos.

É certo que o direito não se esgota na lei, e que muitas vezes as decisões judiciais são o produto muito mais de uma argumentação tópica do que de uma decorrência lógica de um dado sistema (13). E, por outro lado, se considerarmos que o direito não se esgota na lei e que é preciso reiteradamente recorrer aos princípios, devemos tomar por base a distinção estabelecida por Ronald Dworkin entre princípios e políticas, em seu "Os direitos tomados a sério" discute, discussão essa que transborda os interesses deste artigo.

(1) Professor Titular de Epistemologia Jurídica no CPGD/UFSC

(2) A obra de Luis Alberto Warat espelha essa preocupação, e especialmente em "Por quien cantan las sirenas", no capítulo "Derecho y gobernabilidad", o professor citado mostra, de modo precursor, aspectos do tema da politização do direito e da juridicização da política, p. 27-38.

(3) "Para una critica del derecho en el Brasil pos-autoritario", in Revista Sequência n. 26, p. 67 a 69.

(4) Warat nesse período (ou retorno) publicou já dois volumes de "Introdução Geral ao Direito, interpretação da lei epistemologia jurídica", por Sérgio Fabris.

(5) Norberto em seu "Positivismo Jurídico", recentemente traduzido no Brasil pela Editora Ícone, SP, 1996, sustenta com a lucidez de sempre, que o positivismo jurídico porta uma concepção complexa de direito. Ao contrário do que alguns pensam, ela se sustenta numa perspectiva epistemológica, noutra teórica e, enfim, numa visão ideológica. Um autor pode ser positivista num sentido e negar os demais e vice-versa. A defesa da lei como um necessário esquema de interpretação da realidade, nada mais é do que uma postura de epistemologia crítica ao dito jusnaturalismo. Por outro lado, a defesa de uma teoria estatalista do direito implica na atribuição de uma importância ao Estado ao mesmo tempo em que ressalta a necessidade de uma obediência destas leis. Enfim, a ideologia positivista que reduz o direito a lei, faz já uma apologia do Estado, e Bobbio e outros juristas de bom senso certamente não aceitam tal ponto de vista.

(6) Qualquer política ambiental requer como pressuposto para ser implantada, a lei, discutida em seus diversos planos.

(7) Diário Catarinense, caderno de economia, Florianópolis, 26/05/96. Por outro lado, é de se ressaltar que entre nós que procuramos pensar filosoficamente e politicamente o direito, Luis Alberto Warat tem sido um precursor da necessidade de ser uma visão politizada do direito e uma visão jurídica da política conforme as circunstâncias. Nos anos 70 Warat levantou inúmeras vezes a bandeira da politização do direito em meio a um Estado de exceção. Hoje em dia, que passamos a respirar outros ventos, tem sido o primeiro a defender que "el soporte de lo político es siempre jurídico". E isto em nome de uma limitação do poder do Estado, do Leviatã hobbesiano. Para um aprofundamento das idéias do professor Luis Warat consultar "Por quien cantan las sirenas", publicação conjunta da UNOES/CPGD-UFSC, 1996, especialmente o item sobre "Derecho y gobernabilidad", p. 27 a 36.

(8) Prefácio "O passado não está morto: nem passado é ainda", a obra "Democracia em pedaços", direitos humanos no Brasil", Gilberto Dimenstein, SP, Cia. das Letras, 1996, p.7-45.

(9) A "Democracia em Pedaços", op.cit.p.14.

(10) Idem, Diário Catarinense citado.

(11) Ver "Por quien cantan las sirenas", op.cit.p. 28.

(12) Em reforço da importância de uma defesa do direito e de sua especificidade para a democracia, temos o fato de que a ausência de uma adequada legislação sobre auditorias, tanto do sistema financeiro como do sistema industrial, tem levado o país a uma perda de divisas, que devido a essa insegurança, optam por investir em outros países. É de domínio público o fato dos escândalos do Banco Econômico e Nacional não terem sido apurados.

(13) Sobre esse tema desenvolvemos uma pesquisa com a obra "Teoria da Argumentação Jurídica" de Robert Alexy, sob os auspícios do CNPq, buscando discutir o problema da fundamentação das decisões judiciais.