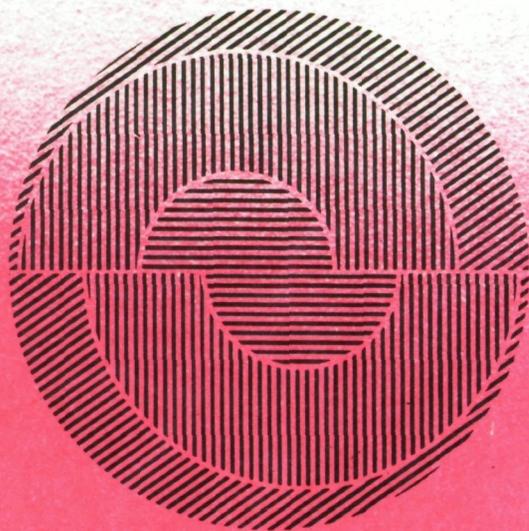


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1992

ANO 29 • NÚMERO 113

Ordem Política. Direito e Estado

NELSON SALDANHA

SUMÁRIO

1. Breve alusão ao Direito e ao Estado. 2. Política e Direito segundo a tradição intelectual. 3. Direito, Estado e Jurisdição. 4. Direito e Estado como expressões da politicidade.

1 — Breve alusão ao Direito e ao Estado

Parece haver uma circularidade envolvendo as noções de Direito e de Política, junto às quais a presença do conceito de Estado complica a reciprocidade de implicações. Através do tempo têm surgido teorias que concebem o Estado como criador do Direito e teorias que entendem o Direito como algo anterior — genética ou logicamente — ao Estado. Por outro lado, a linguagem da filosofia social com frequência confunde o estatal com o político, e isto, independentemente do problema das relações entre Direito e Estado, se reflete sobre a figura do relacionamento entre juridicidade e politicidade¹.

Quando se encaram as formas de conceituar o *Direito*, observa-se que com frequência elas se baseiam sobre notas que também se encontram em outras instâncias institucionais. Assim a noção de "ordem" se aplica não só ao Direito, mas à política e à economia. "Normas" se encontram obviamente na esfera da ética, senão mesmo na economia e seguramente na religião. "Conduta" é algo que ocorre na vida social em geral e portanto em qualquer de seus âmbitos. Deste modo, a qualquer destes âmbitos se pode ajustar um esquema que menciona normas e fatos, além de valores.

Dai, como se sabe, que se tenha recorrido à referência à coercibilidade, ou à presença de um aparato coativo, para especificar a concei-

Comunicação apresentada ao III Congresso Internacional de Filosofia Jurídica e Social, realizado em Buenos Aires entre 28 de outubro e 1º de novembro de 1981.

1 O tema interessou a vários autores da geração de Del Vecchio, tendo sido tratado por este, inclusive, em alguns trabalhos específicos (cf. *Studi sul Diritto*, vol. I, ed. Giuffrè, Milão 1958). Del Vecchio entretanto tendia a confundir estatalidade com politicidade.

tuação do Direito. De fato ela se faz necessária sempre que o conceito do Direito não se limite à alusão à normatividade. O verdadeiro problema, porém, é que aquele aparato deve apresentar-se *legítimo*, e a partir desta exigência, que é axiológica, se pode chegar ao tema dos “fundamentos”, posto que é neles que cabe buscar a legitimidade. Mas esta se encontra na própria esfera da politicidade (em senso amplo), que enquadra e embasa o *Direito e o Estado: a legitimidade do poder estatal passa através de sua juridicidade e pressupõe, com essa juridicidade, valores políticos*.

2 — A Política e o Direito segundo a tradição intelectual

Trata-se evidentemente de questões bastante amplas, sobre as quais tentamos traçar aqui algumas linhas gerais.

Os conceitos de *política* e de *Direito*, tal como são utilizados no Ocidente contemporâneo, correspondem a longos trajetos semânticos. Isto é, a longas tradições intelectuais, dentro das quais, por um lado, aqueles conceitos permaneceram, por outro se alteraram. Parece que a idéia de *política*, com seu espectro mais amplo, tem raízes mais antigas: mesmo que tomemos como referência “clássica” a experiência grega, temos de admitir a existência de alusões à política em contextos pré-helênicos. Entretanto os gregos deram à idéia uma riqueza inconfundível, com peculiar evolução e em conexão com “fatos” que se tornaram historicamente exemplares: assim encontramos representações específicas, entre outros, em Heródoto e Tucídides, Platão e Aristóteles, bem como nos estóicos².

Os romanos, acrescentando à idéia de *polis* as noções de *Respublica* e de *civitas*, deixaram para os medievais um legado a que se agregariam componentes elaborados pela Igreja: em todo o caso, a Idade Média aparece historicamente como um trecho dominado pelo eticismo e pela teologia. Principalmente por isso Maquiavel representou um impacto, por ter — principalmente no *Príncipe* — tratado de política sem teologia e sem eticismo. MAQUIAVEL e MORUS teriam iniciado para o mundo moderno dois padrões típicos do pensar político, o realismo vinculado à razão de Estado e o utopismo de padrão “humanitário”. Lembraria a propósito do

2 Para o fundamental, cf. Jacqueline Bordes, *Politeia — dans la pensée grecque jusqu'à Aristote* (Paris, ed. Belles Lettres, 1982). Permitimo-nos referir este tópico: “Si la pensée moderne paraît toujours tributaire de la pensée grecque pour l'analyse des rapports de forces entre gouvernants et gouvernés, la notion juridique d'État est héritée de Rome. La réalité romaine est sur ce point plus proche de nous que de la Grèce, et le latin doit déjà faire appel, pour traduire *politeia*, à des mots différents: *respublica* et *civitas* ne peuvent chacun en exprimer qu'un aspect” (pág. 14). Para Herodoto e Tucídides, Cynthia Farrar, *The origins of democratic thinking — The invention of politics in classical Athens* (ed. Cambridge University Press, 1989), principalmente caps. 2 e 5. Entretanto, segundo M. Finlay, a “política” foi separadamente criada pelos gregos e pelos etruscos e/ou romanos (*A Política no mundo antigo*, trad. A. Cabral, ed. Zahar, Rio de Janeiro 1985, cap. III, pág. 69).

assunto os estudos de MEINECKE e de RITTER. A especificidade da dimensão política, latente ou patente em MAQUIAVEL, reaparece com outro sentido em ROUSSEAU, que buscou na racionalidade a via de acesso a um fundamento para a política que estivesse nela própria: os homens obedecem com base no contrato e refazem o contrato por meio da vontade geral. O século XIX multiplicou as formas do debate, mas um dos sentidos da idéia de política continuou sendo este, o de uma atividade especial exercida sob condições especiais. Este sentido reaparece nas reflexões de MAX WEBER e de HANNAH ARENDT³.

Talvez tenha sido mais complexa a evolução da noção de *Direito*. Poderíamos inclusive procurar para ela fontes muito remotas, que levam a reexaminar o acima afirmado, sobre a antiguidade maior da noção de política. Ao que parece há caminhos etimológicos que provêm do avéstico e do védico, e o latim *ius*, com seu plural *iura*, tinha relação inicial com pretensões, relações e interesses, mais do que com normas objetivas ou com a ordem geral instituída⁴. O *ius* romano, de onde se desdobrou *iustitia*, assumiu posteriormente outras acepções, com a formação de expressões como *ius civile* e *ius gentium*, possibilitando inclusive a alusão a um *ius naturale*. Lenta e angulosamente se passou do antigo *ius*, com a companhia do termo *lex*, ao advento da idéia de Direito nas línguas européias, com a problemática das leis em DOMAT e em MONTESQUIEU e com a filosofia da lei em ROUSSEAU. Na virada para o século XIX é que HEGEL, e logo depois a Escola Histórica, puseram em franco uso o termo *Recht*, com o significado amplo e central que hoje se lhe confere.

3 — *Direito, Estado e Jurisdição*

A diversidade das linhas evolutivas seria um argumento a mais no sentido de se considerarem o Direito e o Estado como realidades distintas, contra a especiosa idéia que os encara como coisas idênticas. Certamente que só por um prisma logicista-formalista se chegaria a esta idéia. Certamente, por outro lado, a afirmação de que o Direito e o Estado não são a mesma coisa não significa que não sejam necessariamente interco-

3 Omitimos, por falta de espaço, a análise das idéias destes autores, bem como de outros como Bertrand de Jouvenel e ainda as sempre citadas conceituações de Carl Schmitt. — Sobre a “redução” do conceito de política à noção de ciência-do-poder, cf. M. A. Ciuro Caldani, *Derecho y Política* (Ed. Depalma, B. Aires, 1976), II, b, págs. 13 e seguintes. — Por outra parte caberia pensar, diante da idéia de Hermann Kantorowicz (*La Definición del Derecho*, trad. J. M. de Vega, Rev. de Occidente, Madrid 1964, passim e princ. págs. 43 e 45) de um conceito de Direito obtido com referência à ciência que toma o Direito como objeto, em um procedimento análogo para o delimitamento da noção de política.

4 Georges Dumézil, *Idées Romaines*, 2ª edição, Gallimard, Paris 1980, págs. 31 (e seguintes) e 41.

nexos. Ao contrário, suas conexões recíprocas são igualmente atestadas pela visão histórica.

Tomando-se o Estado e o Direito como entidades distintas, é no conceito de *jurisdição* que se encontra o grande traço da ligação entre ambos. A idéia de um aparato de coerção (ou coercibilidade), de que tratamos linhas acima, reaparece agora sob outro prisma: trata-se do fato de que o Direito existe para ser aplicado, e de que a aplicação do Direito demanda determinadas funções, determinados poderes e órgãos, que são do Estado. Faz parte da justificação da existência do Estado o exercício da função jurisdicional — e quando aludimos ao Estado mencionamos genericamente o poder institucional. Aliás, HEGEL escreveu, no item 219 de sua *Filosofia do Direito*, que a jurisdição não surge como *benesse* do Estado: ela é ao mesmo tempo um dever e um direito do poder público (referimo-nos às *Grundlinien* de Berlim)⁵.

É no conceito de jurisdição que se encontram a juridicidade do Estado e a politicidade do Direito. Nela se reúne a problemática da ordem e a da hermenêutica, em função do entendimento das normas e da presença dos *poderes* estatais.

4 — *Direito e Estado como expressões da politicidade*

Retornemos, contudo, ao tema dos conceitos de Direito, de Estado e de Política. Tomando sob o prisma da “estrutura” do Direito a questão de suas relações com a política, encontramos principalmente o fato de que o Direito *necessita* de aplicação concreta, e portanto o fato de suas relações concretas com o poder (recordo aqui a frase de HELLER, segundo a qual há um paralelo entre a capacidade que tem o poder, de criar Direito, e a capacidade que tem o Direito, de criar poder).

Entretanto, se tomarmos o tema sob o prisma do conceito de política, seu conceito “amplo” sobretudo, a questão assume novo aspecto. No sentido amplo, que diríamos clássico, a *política* é o lugar genérico da vida pública, a ordem das coisas que não se acham no espaço privado e que incluem normas, valores e instituições. ARENDT, mencionada linhas acima, associou a idéia de ação política com a chegada dos seres humanos, sobretudo na Grécia antiga, a um ponto de plenitude em que o discurso e a praxis se conjugam dentro da esfera pública.

De fato a *polis* antiga, origem do termo “político”, permaneceu como imagem da integração de todas as dimensões da vida: a familiar, a reli-

5 *Principes de la Philosophie du Droit*, trad. André Kaan, ed. Gallimard, 1963, págs. 246 e 247. Para algumas referências históricas, nosso estudo “Estado, Jurisdição e Garantias”, incluído em *Estado de Direito, Liberdades e Garantias*, ed. Sugestões Literárias, São Paulo 1980, princ. págs. 64 e 65.

giosa, a econômica, a jurídica. Neste sentido eram *políticas* as expressões de tudo aquilo que, historicamente, consideramos peculiar à *polis*: estilos, valores, instituições. Este sentido orgânico e totalizante se perdeu em grande parte, mas é sempre possível recorrer-se a ele para realimentar conceitos ou confirmar figuras históricas. Se tomarmos como referência tal sentido, isto é, se admitirmos para o termo “política” um conceito bastante abrangente, colocaremos dentro de sua abrangência a noção de “Direito”, e também a de “Estado”. A politicidade, isto é, a relação concreta com a dimensão pública do viver, se encontra e se revela no Direito e no Estado sob formas distintas. Naquele, pela relação do jurídico (objetivo) com os meios de sua realização, que são geralmente órgãos estatais; neste, pelo cunho jurídico que a ação destes órgãos assume, tanto pela forma como pelo fundamento.

Politicidade e estatalidade são, deste modo, dois momentos da própria realização institucional do poder. Dois momentos ou, se se preferir, dois *graus*. Assim a relação do *direito* com o *poder*, que é algo evidente, tem um sentido maior e mais genérico quando se alude à conexão entre o jurídico e o político; a mesma relação terá um sentido mais formal e mais funcional se nos referirmos à conexão entre Direito e Estado. A politicidade se entende como uma dimensão da vida social, e se expressa no Estado como organização do domínio e do *imperium* (poderíamos invocar também os vetustos termos *potestas* e *gubernatio*); expressa-se no Direito como estruturação das convivências, correlata da normação e da *jurisdictio*. Será certamente útil e válido regressar ao velho conceito de *polis* para reencontrar a politicidade em sua realidade arquetípica. Poderemos dispensar-lhe alguns traços intransferivelmente próprios de seu caráter grego, e tomá-la em sua exemplaridade como *tipo* histórico, reencontrando-a em diversas imagens posteriores. Ao sugerir para o mundo contemporâneo um sentido novamente amplo de política, favoreceremos a compreensão do sentido de alguns debates longos e intermináveis, vindos do tempo de Herodoto, como o referente às formas de governo. Perceberemos a convergência do “jurídico” e do “político” em conceitos como constituição, direitos, garantias, e também no conceito de “cidadão”. O quadro histórico, sobre o qual se estende a teorização referente ao Direito, é o mesmo no qual se desdobram os debates sobre o Estado: ambos se inserem na experiência da politicidade. Também a questão das “fontes” do Direito pode ser reexaminada a partir da idéia de que Estado e Direito existem sobre um fundo de politicidade: as fontes, que inclusive expressam o valor “certeza” na dinâmica jurídica, são uma variável que depende das estruturas políticas (primazia da lei por exemplo) com reflexo na ordem estatal.

A “despoliticização” da problemática do Direito, e também da do Estado (tal como ocorre em certas teorias caracteristicamente formalizantes), leva precisamente a um esvaziamento de ambos: e daí a tendência a iden-

tificá-los, já que sem seu sentido político se reduzem a puros esquemas normativos. Ou então a tratar do Direito sem aludir ao Estado, nem ao poder, nem à política, arrancando-o assim de seus encaixes reais. Entretanto, somente situando o Direito dentro da esfera da politicidade (ou da ordem política), teremos como compreender as conexões do Direito com o poder e com o “espaço público”, e isto sem reduzi-lo à estatalidade e muito menos à mera “normatividade”.

É possível que a referência fundamental à politicidade permita inclusive repensar o próprio problema da opção entre jusnaturalismo e juspositivismo, frequentemente exagerada, senão mesmo equivocada e impertinente. A vinculação do Direito e do Estado (e portanto, de um “Direito estatal”) a uma base geral situada na dimensão política, revela em ambos a conexão com valores políticos. E mais: conduz a um plano mais amplo a inteligibilidade das formas normativas. O velho *jus naturale* se torna inviável diante das novas formas do “político”, e também em face das características da cultura moderna, mas o estrito positivismo legal se revela insuficiente em face da noção de politicidade. A ordem política é sempre uma instância *axiológica*, em conexão com a qual temos o Estado como organização funcional de poderes e o Direito como dimensão normativa das convivências — dimensão cujo teor axiológico se compreende por seu fundamento político.

Se à noção de política agregamos uma alusão ao termo *respublica*, com sua acepção de comunidade, consolidaremos a idéia de um Direito e um Estado ligados à realidade social. “A polis são os homens”, escreveu Tucídides em frase famosa e concisa. Os homens com seus problemas, sem referência aos quais são inócuas todas as destrezas conceituais.

Entretanto, quando remetemos ao plano geral da politicidade a experiência jurídica, e também a estatal, fazemos da experiência *política*, indicada como contexto geral, ponto de referência para a compreensão do próprio conceito de “sistema”, e isto vale para os sistemas políticos e para os jurídicos⁶. O grau de estatalidade de um sistema político é sempre variável, assim como o grau de estatalidade de uma ordem jurídica. Entendendo-se o conceito de “ordem jurídica” sobre o quadro de uma genérica *politicidade*, compreende-se inclusive a dualidade de *ordem* e *hermenêutica* que perfaz todo sistema jurídico: a ordem como positividade, vinculada inclusive a formas em algum grau estatais, e a hermenêutica como elenco de conceitos e de padrões que tornam inteligível a ordem, e que refletem culturalmente o fundo político sobre o qual o Direito estruturalmente repousa.

⁶ Para a problemática jurídica cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do Direito*, trad. A. M. Cordeiro, ed. Fundação C. Gulbenkian, Lisboa, 1989.