

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1985
ANO 22 • NÚMERO 86

Legalidade e legitimidade

O Executivo como legislador

JOSÉ EDUARDO FARIA

Professor-adjunto do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP

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, ele era tratado 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. Após a Revolução Industrial, tal problema passa a ser tratado 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.

Do ponto de vista da sociedade de classes, portanto, o problema da legitimação do poder está associado às múltiplas formas de organização política e aos diferentes modos de obtenção do consenso. A questão da legitimidade não é assim condicionada a um critério de racionalidade material, vinculando-se ao conteúdo substantivo de uma decisão, mas dependente da coerência lógico-formal dos processos decisórios. Daí a importância de uma ordem constitucional

imposta por uma vontade política soberana e independente, capaz de institucionalizar o que WEBER chamou de *império da lei* e de garantir um mínimo de segurança e certeza das expectativas nas relações econômicas, políticas, administrativas e sociais.

É por essa razão que os grupos e classes sociais costumam encarar a realidade de seu sistema político e de seu respectivo ordenamento jurídico a partir da maneira pela qual as instituições convertem suas aspirações em decisões públicas. A medida que o Brasil vem vivendo uma ampla crise estrutural, da qual se destaca a falta de credibilidade do regime, sua fragmentação organizacional e a anomalia de sua ordem constitucional, a legitimação do poder está a exigir 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 novas bases nacionais de convivência política.

Evidentemente, a democratização brasileira não se esgota apenas na elaboração de uma fórmula jurídico-política. Sem o equationamento dos desequilíbrios sociais, setoriais e regionais existentes, a nova Constituição corre o risco de ser idealista, no sentido dado por OLIVEIRA VIANNA ao termo, e ineficaz. Ela pode não ser capaz, por exemplo, de criar condições para a consolidação de democracia, abrindo caminho para novos retrocessos autoritários. Eis por que precisamos ser realistas quanto ao tipo de transição historicamente possível. Para tanto, não podemos abrir mão de uma análise mais alargada do impacto das recentes mudanças sociais sobre nossas instituições de direito. O que essa análise nos mostra é a erosão lenta, firme e regular dos princípios norteadores de uma ordem jurídica forjada na melhor tradição do liberalismo. Uma ordem construída sob inspiração dos modelos doutrinários dos países avançados, mas destinada a regular e controlar comportamentos no âmbito de uma sociedade bastante estratificada, fracamente integrada e desigualmente desenvolvida.

Entre esses princípios, como se sabe, destacam-se a igualdade formal perante a lei, a autonomia de vontade, a liberdade contratual, a hierarquia lógico-formal dos diferentes textos normativos, o controle da legalidade e da constitucionalidade, as garantias processuais, a tripartição dos poderes e a individualização dos conflitos. Articulados organicamente, eles constituem o modelo liberal de organização jurídica, política e administrativa do Estado moderno, fazendo do direito positivo um critério seguro, explícito e objetivo para a ação dos cidadãos (1). Por isso, a certeza jurídica — certa-

(1) JURGEN HABERMAS, *Legitimation Crisis*. Boston, Beacon Press, 1975, pp. 24-31.

mente o efeito prático mais almejado desse modelo — depende necessariamente da obrigatoriedade de publicidade das regras positivadas, da inexistência de efeitos retroativos, da clareza de suas prescrições, da inexistência de contradições entre as normas dentro de um mesmo sistema e uma duração mínima de tempo.

Fortemente enraizados em nossa cultura jurídica, 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 cada vez menos podem ser encontrados na dinâmica do direito positivo brasileiro. Este se encontra, hoje, caracterizado pela procedimentalização dos critérios decisórios dos diferentes órgãos administrativos e sua conseqüente conversão em rotinas materializadas sob a forma de uma complexa teia de portarias, resoluções e instruções normativas. O resultado concreto desse cipoal legislativo tem sido a gradativa supressão das formas liberais de controle da produção jurídica e das decisões políticas por uma administração totalizante, cujo poder antes discricionário converteu-se num poder indiscriminado mediante a transformação do direito administrativo numa arma a serviço do planejamento e imposição de comportamentos ditados por critérios de eficiência da política econômica.

Basta ver, a título de mera ilustração do processo de perversão e crescente perda de legitimidade das instituições do direito, o que ocorreu após a aprovação da emenda Passos Pôrto, em 1983, formulada com o objetivo de coibir o absolutismo fiscal da receita federal: pelo seu alcance como instrumento redistribuidor de renda e de consolidação do federalismo, ela poderia ser um mecanismo decisivo para a recuperação da titularidade da iniciativa legislativa, por parte do Congresso Nacional. No entanto, ao proceder sua regulamentação, negando-se a aceitar o que fora decidido pelo Parlamento, os ministros da área econômico-financeira neutralizaram todos os efeitos práticos daquela decisão, manipulando as alíquotas das diversas alíneas que compõem o preço final do diesel e da gasolina.

Por isso, a tendência do Executivo em subtrair parcelas do campo de ação do Judiciário, como no caso das liquidações administrativas de instituições financeiras, apenas acentua o processo já verificado desde que o Estado brasileiro tornou-se “intervencionista”. Ou seja: regulador, planejador, empresário e até mesmo árbitro, basicamente nos círculos informais dos conselhos interministeriais, dos conflitos em que também é parte. Embora tenha sido retirada do Congresso, a emenda Figueiredo, por exemplo, objetivava dar à Administração Direta mecanismos mais ágeis, flexíveis e poderosos para a formulação, implementação e execução de polí-

ticas substantivas, retirando dos Tribunais o poder de apreciação judicial de clivagens decorrentes de decisões administrativas e fiscais.

Trata-se, assim, de mais uma tentativa de “legalizar” uma situação quase de fato: no universo da iniciativa privada, afinal, é notória a tendência do empresariado em optar, no caso de divergências com as autoridades econômico-financeiras — que hoje manipulam os orçamentos fiscal, monetário e das estatais, as decisões sobre a alocação do investimento governamental e das concorrências públicas, as garantias de preço e os subsídios, os créditos e a redistribuição secundária da renda —, mais por uma solução negociada a nível político do que por um processo jurídico. A preferência por um “bom acordo muitas vezes esconde, na prática, o temor de uma represália de um burocrata qualquer. E isso não se dá apenas no âmbito de empresas altamente dependentes de contratos governamentais ou situados no setor oligopolizado da economia. Embora em menor escala, tal situação costuma ocorrer até mesmo no setor competitivo, onde predominam as indústrias de trabalho intensivo.

A verdade é que há exemplos ainda mais sutis desse processo de desmoronamento dos princípios básicos da estrutura jurídica brasileira. E, o que é pior, eles não decorrem apenas da manipulação de alíquotas, índices, alíneas e estatísticas por parte dos diversos órgãos do Executivo. Vejamos alguns exemplos superficialmente, lembrando-nos de que, como dizia HANNAH ARENDT, “por mais rápidas que sejam as mutações 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 da mudança” (2). A afirmação pode ser um pouco conservadora, é certo, mas como imaginar uma sociedade complexa sem um mínimo de diretrizes capazes de fornecer os limites e os parâmetros para a vida social?

O primeiro desses exemplos diz respeito à “revolta dos fatos contra os Códigos”. Apesar da existência de pelo menos seis textos normativos distintos sobre reajuste salarial, no decorrer de 1983, e do enorme desgaste político sofrido pelo Governo na tentativa de tornar eficaz o arrochante Decreto-Lei nº 2.065, essa é uma matéria cujas disposições legais têm sido crescentemente afrontadas pelos fatos. 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 — o que faz da empresa particular de

(2) Cf. HANNAH ARENDT. *Desobediência Civil*, in *Crises da República*. São Paulo, Perspectiva, 1973, p. 72.

médio e grande porte, especialmente no setor industrial, um importante *locus* de barganha à margem do Ministério do Trabalho, da Justiça do Trabalho e da própria lei. A vigência desta, em outras palavras, não se segue necessariamente a eficácia — não só porque os segmentos expressivos da iniciativa privada estão concedendo aumentos integrais com base no INPC e assinando acordos reconhecendo um número cada vez maior e mais diferenciado de novas concessões e formas de negociação, mas, igualmente, porque as próprias estatais têm conseguido 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 que são normalmente oferecidos pela iniciativa privada. Em seguida, a Cosipa, a Usiba e a Embraer seguiram com sucesso o mesmo caminho hoje trilhado pela Petrobrás, pela Siderbrás, pela Telebrás e pelo IBGE. Em termos concretos, portanto, o arrepio à legislação vigente firmou jurisprudência. E, o que é mais paradoxal, órgãos administrativos — a Secretaria Especial das Estatais, no âmbito da SEPLAN, e o Conselho Nacional de Política Salarial, no Ministério do Trabalho — terminaram convertidos num poder parajudicial investido da “autoridade” para *julgar* e aprovar solicitações talvez razoáveis quanto ao mérito, porém de discutível legalidade. Diante do achatamento do topo da pirâmide salarial, provocando a “evasão de cérebros” das estatais, os fins parecem justificar os meios, isto é, a supressão “parcial” da vigência de um decreto.

Eis aí, de modo claro, como o cumprimento das leis vem tornando-se “relativo” no Brasil. Se os funcionários das estatais foram “autorizados” a ultrapassar o Decreto-Lei nº 2.065, por que os demais funcionários da iniciativa privada tiveram de respeitá-lo até o dia em que o decreto foi revogado? Diante da ruptura da racionalidade formal pela racionalidade material, como ficarão 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 nem a questão da justiça dos interesses defendidos de maneira cada vez mais eficiente e contundente pelos movimentos sindicais, revelando uma certa transformação da práxis trabalhista rumo à empresa, em lugar da simples representação indiferenciada de categorias profissionais, nem, muito menos, o problema da ilegitimidade de um decreto-lei imposto como vontade intempestiva por um poder que, embora enquadrado formalmente, por uma Constituição, ainda detém grande capacidade de 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 mais complexa. A meu ver, por mais paradoxal que possa parecer, tal ajuste revela tanto uma crescente regulação e manipulação administrativa do cidadão comum quanto uma extraordinária diversificação de mecanismos paralegais ou mesmo ilegais de auto-regulação dos conflitos. Interessa-me, também, verificar como os princípios formulados pela cultura jurídica de caráter positivista e de inspiração liberal estão sendo erodidos numa sociedade ora em mudança. Qual a natureza da ordem normativa emergente em meu País?

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 revela como o formalismo normativista, até hoje vigente entre nós, vem escondendo, na prática, uma terrível desigualdade real. Uma situação tão grave que, 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 e às mudanças na estrutura ocupacional e no nível de emprego, o Governo federal optou pela utilização *incremental* dos instrumentos jurídicos. Ou seja: o direito como simples meio de governo, o que leva a utilizar toda a legislação dispositiva para esvaziar o equilíbrio entre os Poderes, a hierarquia das leis, o controle de constitucionalidade, o princípio de legalidade, configurando, no limite, em quadro de "inutilidade das leis". Quanto mais a intrincada manipulação dos decretos, das portarias, das resoluções e das instruções normativas se converte num mecanismo capaz de propiciar soluções conjunturais para conflitos estruturais, menos a legislação ordinária é respeitada — pior, conseqüentemente, para os tradicionais institutos e princípios jurídicos que constituem o modelo liberal de organização política e administrativa do Estado.

Essa erosão não se limita, porém, a uma *perversão de direito público* como simples decorrência da adoção de critérios de "racionalidade técnica" por um regime patrimonialista, centralizador e burocratizante. Tal *perversão*, resultante das condições de vida urbana e do aumento dos bens de uso coletivo, que estimulam a proliferação de novos dispositivos legais para conflitos não imaginados pelo legislador décadas atrás, já é patente na interferência regulatória do Estado sobre a família, sobre a propriedade e sobre a responsabilidade — uma espécie de intromissão em domínios ao menos teoricamente reservados às relações inter-individuais. Embora formalmente inseridos no Código Civil, tais institutos encontram-se de tal modo limitados pelo 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 SAVATIER, quanto de espaço resta para a vontade individual?

O fenômeno é, pois, bem mais complexo do que parece à primeira vista. Vejamos outro exemplo: qual a possibilidade do direito das obrigações no âmbito de uma economia 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, em face da autonomia da vontade e liberdade contratual, todos os contratos em princípio devem ser cumpridos. Todavia, a crescente inadimplência dos mutuários do BNH, atingidos por uma real incapacidade de amortização de dívidas contraídas num longo espaço de tempo, não se limita apenas a corroer as bases tradicionais de um dos mais importantes institutos do direito privado. Mais do que isso, ao acelerar o colapso do Sistema Financeiro da Habitação, já que os financiamentos foram feitos com recursos de terceiros — optantes do FGTS e titulares de cadernetas de poupança —, dissemina uma situação de angústia e incerteza: diante das “quebras” sucessivas de empresas do setor (como a Delfin, a Continental, a Haspa, a Apesp, a Economisa, a Colmeia etc.), com prejuízos acumulados superiores a US\$ 8 milhões, até quando o Estado poderá garantir o pecúlio da clientela atingida? Em que medida conseguirá manter a confiança do investidor no sistema? Pode um sistema “inconfiável” sobreviver? O grande risco, portanto, é o de que alguém sairá perdendo ao longo desse processo. Daí a insegurança entre a clientela das sociedades de crédito imobiliário: como proteger e/ou reclamar um “direito” violado?

A razão de ser dessa indagação 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 ARNAUD (3), esvaziaram os decantados direitos subjetivos. Tanto que a “relatividade” no cumprimento das leis tornou possível, nos últimos tempos, soluções informalmente “negociadas” no caso de escândalos financeiros, desfalques, derrama de letras frias e outros golpes do gênero (4). De outro lado, porque os tribunais já estão consagrando um novo

(3) Ver ANDRÉ JEAN ARNAUD. *Les Juristes Face à la Société*. Paris, PUF, 1975.

(4) 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.

princípio: aquele segundo o qual quando, por motivos imprevisíveis ou por mudança de caráter técnico, um acordo jurídico — um mútuo com garantia hipotecária, por exemplo, nos moldes do SFH — se torna excessivamente oneroso para uma das partes, ela tem o “direito” de pedir uma revisão das cláusulas contratuais, sob pena de, não sendo aceita pela parte contrária, tornar-se um contrato sem eficácia.

Tudo isso nos mostra, em suma, 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 de um Estado de direito. Ao lado da ineficácia de certos textos legais e do desarranjo estrutural de certos institutos, existe ainda a questão do sentido e da unidade do próprio sistema jurídico brasileiro. Como ambos são possíveis diante de uma avassaladora produção legislativa ditada por critérios de conveniência tecnocrática e caracterizada pela marginalização de melhor técnica legislativa? A decorrência racional desse pragmatismo “legislativo” é, 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, por extensão, resulta 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, como afirmamos antes, o asfíxiante processo de regulamentação que, mediante expansão descontrolada do direito administrativo, esvazia institutos jurídicos de direito privado antes considerados intangíveis.

Na visão do legalismo liberal, cuja concepção de legitimidade muitas vezes a funde e confunde 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. O legislativo liberal, afinal, não prescinde em hipótese alguma da calculabilidade e da certeza — princípios básicos da ideologia burguesa que permeou a consolidação dos modernos Estados de direito.

O modelo burguês partia do pressuposto de que os homens conheciam eles próprios suas necessidades individuais, podendo assim prever e calcular a satisfação delas através dos bens correspondentes obtidos no mercado. Hoje, no entanto, as necessidades individuais se formam num processo necessariamente coletivo — de modo que a superação da ênfase lockeana ao *individualismo possessivo*, uma das fontes inspiradoras da cultura jurídica liberal, reintroduz com novos graus de complexidade o velho problema hobesiano do poder. Como conciliar as exigências de maior igual-

dade real, advogadas pelos diferentes matizes socialistas, com a liberdade formal louvada em prosa e verso pelo liberalismo? Seria possível evitar que as crescentes regulamentações efetuadas pelo Estado intervencionista, por meio do direito administrativo, na maioria das vezes ditadas por razões de conjuntura e impostas por critérios de racionalidade material, continuem a abrir rombos fatais tanto no formalismo quanto na segurança jurídica, comprometendo assim a pretensa universidade do modelo liberal de direito?

Essa idéia de *metástase* não significa necessariamente que o ordenamento jurídico brasileiro não tenha um mínimo de sistematização e hierarquização. Ele pode não caber no conhecido figurino kelseniano, onde horizontalmente as normas se harmonizam pelo princípio da não-contradição e da compatibilidade, e, verticalmente, as normas inferiores se subordinam mecanicamente às normas superiores, tudo convergindo naturalmente para o arcabouço constitucional. Nem por isso, contudo, nosso sistema deixa de ter a sua "lógica" (5). Dito de outro modo: o que temos mais não é um conjunto de regras dispostas numa ordem rigidamente linear e unitária, culminando obrigatoriamente no vértice de uma Constituição capaz de determinar originariamente o sentido de validade das instituições de direito. É, isto sim, um complexo sistema de cadeias normativas cujo intercruzamento faz com que as normas modifiquem continuamente o sentido dos códigos e das leis vigentes. Daí a necessidade de novas concepções de legitimidade e, mais do que isso, de uma ordem jurídica mais coerente e estável.

É impossível abrir a Constituição atual e, a partir de uma simples leitura de seus artigos, descobrir o escalonamento de nossas normas, em termos de hierarquia de competências e compatibilidade de conteúdos. Resta-nos, então, nos conformarmos em tentar descobrir sua organização atual. Afinal, os relacionamentos cruzados decorrentes de uma desordenada superprodução legislativa e de uma *administrativização* do direito público chegam mesmo a desconfirmar tanto as hierarquias constitucionais quanto os princípios de interpretação e aplicação das leis. Conseqüentemente, o desejável equilíbrio entre os três Poderes — uma das condições de legitimidade do Estado liberal — já não consegue mais 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 do arbítrio e/ou perversão valorativa das decisões tomadas no interior dos círculos burocráticos do Executivo.

(5) Ver JOSÉ EDUARDO FARIA. *Direito, Modernização e Autoritarismo: Mudança Sócio-Econômica e Liberalismo Jurídico*. São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, 1981.

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 dispositivo, e provocando assim uma extraordinária ampliação da esfera de vida regulamentada, uma coisa é certa: para os “criadores” e “intérpretes” da “nova” ordem legal, o que importa são apenas os resultados. Isto é: a legitimação é obtida exclusivamente pela eficiência na consecução das metas propostas pela burocracia pública, fundando-se assim numa ética pragmática de acordo com a qual os fins justificam os meios. Uma ética, em essência, autocrática. Logo, longe de se revelar como um critério seguro e explícito de ação, a ordem daí emergente passa a ser o mero resultado de uma simples vontade ditada por critérios de obrigação funcional — do gerente de uma repartição pública a um ministro de Estado (6).

Deste modo, *soberanos* não são mais nem o Legislativo e o Judiciário, mas os órgãos regulamentadores e executores do Executivo. É por esta razão que a conversão do direito num simples instrumento de governo — quase sempre justificado em nome da nobreza dos fins e das boas intenções dos governantes — encerra um grande risco de retrocesso autoritário: o perigo de que, agindo fora do alcance operacional dos Tribunais e funcionando corporativamente como *loci* de absorção de incertezas do processo econômico, mediante um intrincado sistema de representação baseado em barganhas com os grupos produtivos organizados ao nível de suas lideranças setoriais, a distensão política venha a ser abortada por um aparelho estatal ainda mais burocratizante e centralizador do que o neopatrimonialismo corporativista destas duas últimas décadas, quando a Administração Direta e Indireta passou a manipular cerca de 45% do patrimônio líquido das cinco mil maiores empresas do País (7). Um regime em que a execução da política

(6) Nesse sentido, escândalos como 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.

(7) Ver, nesse sentido, PHILIPPE C. SCHMITTER. *Still the century of corporatism?*, in *The New Corporatism (Social-Political Structures in the Iberian World)*. Federick Pike e Thomas Strich editores, University of Notre Dame Press, 1974. FÁBIO WANDERLEY REIS. *Autoritarismo, Intervencionismo e Controle do Executivo*. (Paper apresentado ao 3º encontro anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais), Belo Horizonte, 1979; FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. *Autoritarismo e Democratização*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975; SERGIO HENRIQUE ABRANCHES. *Estado e Democracia*. (Paper apresentado ao 3º encontro anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais), Belo Horizonte, 1979, e *Crise e Transição*. (Paper apresentado na 5ª reunião anual da mesma entidade); e LUCIANO MARTINS. *Estatização da economia ou privatização do Estado?*, in *Jornal do Brasil*, 2-10-77.

econômica e a aplicação de suas normas se deram em conformidade com os parâmetros fixados pelos órgãos administrativos mais genéricos do Executivo, em especial o Conselho Monetário Nacional e o Conselho de Segurança Nacional, sempre em função dos arranjos e das pressões entre as diversas agências estatais e os diferentes segmentos sociais.

Nestes dias de negociação e entendimento, portanto, em que a possibilidade de uma Constituinte é uma aspiração viável e factível, destinada a legitimar uma nova ordem jurídica, o momento é paradoxal e delicado. De um lado, tanto a recente aprovação de um novo Código Civil pela Câmara dos Deputados quanto a própria emenda Figueiredo, depois retirada, pareciam indicar um emergente período de racionalização do direito. De outro lado, porém, a práxis jurídica vem revelando que as codificações tendem a ser superadas pela velocidade das transformações sócio-econômicas. *Tanto que muitos segmentos sociais vêm, quase espontaneamente, auto-regulando* seus próprios conflitos, mediante a formulação de mecanismos bastante informais de arbitragem e resolução de suas próprias divergências. Em alguns desses segmentos, há até mesmo uma consciente disposição de *politizar* as demandas de grande porte, buscando soluções fundadas mais em critérios de conveniência política de que em virtude de sua eventual compatibilidade com o ordenamento vigente ⁽⁸⁾. Trata-se de uma tentativa de reconquistar um espaço para a racionalidade material em detrimento da racionalidade formal, como condição de legitimação de uma sociedade mais complexa e impossível de ser ordenada por modelos de inspiração ortodoxamente liberal. Em suas aulas de filosofia de direito, o Professor MIGUEL REALE, que se tem destacado na renovação do direito positivo brasileiro, 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 e nós mesmos, como advogados e professores preocupados com o direito constitucional, estaremos conscientes das necessidades de nosso tempo, isto é, de uma ordem legal mais justa, aberta e legítima? Só o tempo dirá.

CONCLUSÕES

1) A positivação de uma ordem jurídica no âmbito de uma sociedade de classes está ligada a um complexo processo decisório,

(8) Ver, nesse sentido, BOAVENTURA DOS SANTOS, *The law of oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada*, in *Law and Society Review*, 1977, vol. 12, nº 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.

por meio do qual as instituições políticas convertem as aspirações dos grupos sociais em decisões públicas. A legitimidade dessa ordem envolve uma intrincada intermediação do poder na obtenção do consenso dos governados, seja porque ela não se pode sustentar apenas na força do monopólio da violência, seja porque a própria política não se situa no campo da razão pura.

2) Por isso, a legitimação do poder num país tão contraditório e complexo como o Brasil exige fórmulas jurídicas modernas e abrangentes, capazes de transcender a velha tendência idealizante do liberalismo e do positivismo em confundir a sociedade como simples produto do direito, o Estado como mero ordenamento jurídico e o cidadão como um centro de imputação de deveres e direitos. A percepção da lei como objeto único do fenômeno jurídico nada mais é do que um reducionismo vinculado a uma tradição ideológica identificável basicamente com o Estado do século XIX.

3) Isso não significa, contudo, que a obtenção de legitimidade no Estado intervencionista do século XX prescindia de critérios de racionalidade formal. Afinal, os modos de intermediação do poder na obtenção do consenso dos governados são altamente problemáticos, motivo pelo qual precisam ser explicitados por um contrato social. Sem esse contrato, o arbítrio se torna um risco sempre presente.

4) A legitimidade é, assim, um tema permanentemente aberto, requerendo, de um lado, que a opinião pública tenha o direito de julgar os títulos e os fundamentos em nome dos quais as obrigações jurídico-políticas são exigidas e, de outro, que o espaço público da palavra e da ação seja institucionalizado por uma ordem constitucional democraticamente formulada.

5) A legitimação do poder, no Brasil, está na dependência da democratização definitiva das instituições políticas. Tal processo, por sua vez, depende da convocação de uma Constituinte. Mas é preciso cuidado para não acreditar que um novo texto legal possa, por si só, ser capaz de reassegurar a estabilidade política e promover a justiça social.

6) Em suma: a legitimação do poder somente é possível quando a conjugação da racionalidade formal com a racionalidade material estiver integrada em formações sociais específicas. A dialética entre prática social e racionalidade formal revela a necessidade da revisão tanto dos códigos vigentes quanto das categorias jurídicas tradicionais relativas ao Estado de direito.