

29.10.2008

Estado do Direito e Crítica: ou do Ornitorrinco Jurídico:
Elementos para uma análise necessária

Edmundo Lima de Arruda Jr
UFSC-Cesusc

I – Sobre o ornitorrinco.

Os pressupostos da interpretação do Brasil de Francisco de Oliveira apresentados no seu sugestivo texto *O Ornitorrinco* (2003), uma correção/atualização da *Crítica à razão dualista* (1972), avalizada pelo prefácio do autor de *Aos vencedores As Batatas* (1977), Roberto Schwartz, extrapola o âmbito da sociologia do desenvolvimento e ganha um valor heurístico para outros âmbitos do conhecimento. Por exemplo, na estética do cinema de Bianchi *Cronicamente Inviável* se revela numa magnífica síntese do estado da cultura política no Brasil, seus impasses estruturais em grande parte sequer percebidos nas hostes dos que fazem “os movimentos sociais”. A metáfora do ornitorrinco como uma “forma evolutiva” que mistura o moderno e o arcaico, em metamorfose generosa e por vezes cômica, dramática e mesmo traumática, sem uma definição clara de suas formas ambíguas no presente, aproveita ao direito e a cultura que o informa, tanto no aspecto da *doxa* quanto da *epistême*.

O ornitorrinco jurídico deve ser considerado como particularidade específica em relação ao quadro do ornitorrinco geral. As teses complementares de Chico de Oliveira nos dois textos mencionados são gerais e referem-se à questão do desenvolvimento nacional, nossa espécie de capitalismo que se gerou no país, no qual a luta contra o subdesenvolvimento nos conduz ao “... mostrengo em que nos transformamos”, uma combinação esdrúxula de setores altamente desenvolvidos, um setor financeiro macroencefálico, mas com pés de barro e desigualdades sociais extremas. Chico Oliveira inclui no seu ornitorrinco a chegada a presidência de um trabalhador e ao que

podemos perceber como foco de novas contradições ou para dizer pouco, de um “reformismo adaptativo” na expressão de Robert Castel.

Nesse contexto que não nos cabe resumir nem aprofundar, reconhecemos que se a cultura jurídica encontra-se inserida na cultura política do seu tempo histórico, ela possui espaços próprios, fixando as abrangências eficazes de posturas específicas de agentes/operadores do direito que vivenciam a situação ornitorrínica mas também a (re)produzem à sua maneira. Esses operadores do direito permitem fixar, como exagero metodológico, alguns “tipos ideais” de juristas, intelectuais que (re) produzem padrões culturais em seus meios, e desta forma reproduzem o direito. Esses tipos-ideais são tão somente esboçados neste texto, e deverão obrigatoriamente serem pesquisados empiricamente de maneira apropriada, e que incluem, em grande medida, àqueles mergulhados na crítica do direito:

- a) O jurista arcaico conservador. Operador jurídico tradicional, situado num mundo pré-positivista, pois ainda marcado pelos vícios patrimonialistas de nossa organização social. Eles se encontram em fase de extinção mas ainda povoam as instituições jurídicas do país prestando desserviços de todas as ordens anti-modernidade jurídica (nepotismo, tráfico de influência, discriminações, e mesmo ações ilegais).
- b) O jurista tradicional aberto ao progresso. Consciente do balizamento legal e do fim do tempo jurídico pré-moderno, embora marcado por uma formação política e cultural conservadora, mas compelido ao diálogo com outros operadores em termos de necessidade de reformulações do sistema judicial;
- c) Os juristas progressistas contaminados por forças do arcaico conservador. São juristas esclarecidos quanto à vontade constitucional de afirmação da modernidade jurídica, porem articulados com o poder para a viabilização de projetos individuais de mobilidade e distinção, o que em última instância os coloca em posição de confronto “técnico” com os juristas alternativos;
- d) Os juristas progressistas (alternativos ou pertencentes a outros grupos, acadêmicos ou corporativos) em diálogo com os juristas conservadores abertos ao progresso e com os setores dos juristas radicais de esquerda;
- e) Os juristas “revolucionários”, os quais se consideram mais partidários de “reformas de legitimação”, com derivações no pêndulo entre uma esquerda radical utópica, arcaica/ortodoxa, em grande medida sem grande pertinência real, próximas de posições de esquerda de algo que não existe na sociedade.

A compreensão situacional desses profissionais do direito a partir desses cinco tipo-ideais pode ser um bom caminho heurístico para um diagnóstico da “guerra de posições no direito”, ou pelo estado da guerra de posições no direito com uma definição provisória do ornitorrinco jurídico. Os operadores do direito progressistas merecem uma observação.

Do nosso ponto de vista, os juristas progressistas não devem ser considerados em suas ações voltadas a fins por identidade à pauta socialista, necessariamente, nem por radical organicidade constitucional em seus compromissos éticos de fundamentação e eficácia dos direitos fundamentais, núcleo normativo da República que

se pretende construir enquanto Estado de direito muito além do formal, pois social e solidário. Progressistas de alguma forma também são aqueles que de alguma forma se encontram numa condição de estranhamento com os irracionalismos do sistema, jurídico e/ou social e operam com o direito de forma não patrimonialista. Obviamente que essas três tendências são historicamente emergem como indicativas de progresso no direito, em face da hegemonia de pensamento e práticas ultra-conservadores, quando não mesmo reacionários. Mas aquelas boas causas por si sós não são suficientes para conter os dilemas ornitorrínticos.

Nesta linhas esboço um quadro (item II) muito provisório de algumas dessas desproporções e complementaridades podem se situar enquanto contexto cultural, base para estudos mais aprofundados para inferir-se ou reconstruir-se aqueles tipos-ideais, seus contornos relacionais entre o tradicional e o moderno, o conservador e o progressista, o científico e o político, e num segundo momento (itens III e IV) anuncio idéias para um enriquecimento de ambos os campos, da nova ciência e da nova política para o direito. Acredito que uma nova legalidade científica para o direito possa ajudar à maiores graus de eficácia política para os direitos fundamentais, base da República.

II – Alguns pressupostos

1. Meu pressuposto inicial não é teórico, mas empírico. Nosso mundo encontra-se cada vez mais multifacetário. Seja por ondas recorrentes típicas de um mundo em processos de globalização díspares e em fragante conflito, gerando exclusões desestruturantes de várias ordens (econômica, cultural, política), ou por conseqüência das inclusões desestruturadoras em várias dimensões (do consumo à ampliação da compreensão digital do mundo; do fetiche à sua reduplicação, mero consumo de desejo de consumir, a fundamentalismos particulares e de Estado ¹
2. Esse processo social é histórico e se agrava na exata medida em que tanto a política quanto a ciência vem renunciando à sua especificidade como campos de conhecimentos aptos ao estatuto de “legalidade científica” e de “legitimidade política”.A “autonomização” desses campos antes que pudessem ter as condições institucionais de autonomia mensuráveis em termos de modernidade (independência de esferas com normas próprias) se dá ironicamente por distanciamento da modernidade. Sem dúvidas que houve um válido incremento de espaços burocráticos para a pesquisa institucional no seio do estado, com fomento e rubricas orçamentárias generosas, ao mesmo tempo em que observamos a extemporaneidade dos novos corporativismos e patrimonialismos de todas as cores. Na arena política, dentro da qual a ciência nasce e se sacode, assiste-se ao samba do crioulo doido em termos do curioso lampedusismo nas hostes conservadoras mesclado com um reaquecimento do patrimonialismo nos setores de bandeiras históricas progressistas.A querela sobre o CPMF foi emblemática. Quem

¹ Pouparei o leitor de dados que exigem e merecem análise baseadas em metodologias de pesquisas não viciadas pelo apriorismo das hipóteses que maculam e enfeizam os resultados. Obviamente que o politeísmo de valores, tomado no sentido de fragmentação e perda de uma unidade de mundo que a modernidade industrial antebra é aceitável, embora sem tomar por colorário desse desencanto a impossibilidade de fundamentar valores em termos hierárquicos.

a criou hoje foi contra a sua reedição e quem era contra a quis mantida a qualquer preço.²

3. Estabelecido esse curto-circuito na ciência e na política, esta sofre o impacto do entorvos ao progresso afirmativo do código regulatório do poder/não poder, que em última instância é balizado em outra esfera, a jurídica, com o seu binário lícito/ilícito. Esse movimento no qual o novo não avança pois algemado pela cultura tradicional (com seus anacronismos políticos, sociais, hiperdimensionados nas academias “fora do lugar”), e o velho não recua porque ainda capaz de se metamorfosear (modernização por cima, ou de elites) não parece superado na “governabilidade de esquerda”, não obstante alguns progressos sociais. O percurso do PSDB em seu casamento com o PFL para garantir a vitória de FHC e a cada vez mais nítida aproximação programática do PT com o PSDB indicam esse percurso de pragmatismo fisiológico justificado em termos de realismo político como experiência possível.
4. Os operadores do direito ocupam nessa contingência histórica uma situação aparentemente paradoxal. Ao mesmo tempo em que a instância jurídica (instituições e profissionais) é atravessada pelos efeitos planejados e perversos da ordem social (sob a hegemonia neoliberal contingenciadora da “governabilidade de esquerda”), situação do bloco histórico atual (que explicita a hipótese do Darwin encontrando-se finalmente com Marx no Brasil, via ornitorrinco), ao mesmo tempo nela residem espaços importantes de eticidade, do que restou do Estado ou do que se logrou conquistar de modernidade jurídica. Esse processo social ambíguo resulta de muitas rupturas (políticas, culturais, econômicas, internacionais) mas também resulta de fatores não negligenciáveis, aparentemente banais e sem importância; a) da crescente “colonização da sociedade civil”, do pentecostalismo ao corporativismo do MST (legítimo desde Espartacus e fixado na pauta milenária do acesso à terra, embora mas culturalmente não legitimado como base social para a esperada revolução nacional); b) da cooptação de amplos setores progressistas nas composições políticas da base do governo Lula; c) na postura acadêmica academicista brasileira, tendencialmente “fora do lugar”, e se não contemplativa, marcada por uma cumplicidade com o status quo que lhe inibe a crítica autônoma, ou crítica *tout court*.
5. Uma análise de alguns sentidos compreensivos (nos planos da academia e da política) que perpassam o avanço e o recuo, a civilização e a barbárie no direito me parece uma condição de possibilidade para uma racionalização do direito menos ornitorrínica. Não se trata de eliminar o arcaico da tradição conservadora, pois o patrimonialismo ou privatária (= privado + pirataria nos lugares públicos estatais) é parte da ossatura do poder construído em cinco séculos de exploração/exclusão reproduzidas na cultura do servilismo do jeitinho brasileiro, sendo legítima a sua resistência (genética histórica) para manter estruturas de privilégios. Do meu ponto de vista nossa preocupação prioritária deve ser a de entender e superar essa tendência autista nas fileiras das esquerdas, ampliando os espaços de modernidade jurídica na cultura e práticas sociais no direito.

² Quando o Deputado Federal pelo PT Eduardo Jorge colocou-se a favor da CPMF na época em que FHC a criava, o partido quase o expulsou. Onze anos após senadores do PT, entre os quais Ideli Salvati e Aloisio Mercadante, entre outros, cerraram fileiras na sua defesa.

III – Qual política para qual ciência no Direito?

Qualquer tentativa de pensar “cientificamente” o direito fora de seu contexto histórico e de sua conjuntura política parece condená-la a perder o seu “chão epistemológico” primeiro. Os processos de racionalização da política e da ciência, talvez em razão dos exíguos tempos “do compreender para agir” que marcam a história da intelectualidade da esquerda no Brasil, sob constante interpelação a dar sua contribuição para mudar um mundo marcado por iniquidades e exclusões, impeça a consolidação dos seus campos específicos. Eles se tornam mais complexos enquanto “complexidade burocrática” embora indiquem uma autonomia às avessas, menos por autopoiesis (das esferas do poder/não poder e do lícito/ilícito), e mais por uma séria de descolamentos incrementados nas burocracias (universitárias) e agências estatais de fomento à pesquisa, atravessados por interesses particularistas. O campo da política não compreende a importância do conceito para mediar e corrigir a política da má tradição. O campo da ciência não percebe o quão urgente é o de traçar o campo da legalidade científica em sua área, partindo de uma opção ética prévia, ética mínima que denominamos de mínimo ético, e de enveredar pelas sendas da hermenêutica filosófica, fase para as fundamentações (re) construtivas da racionalidade jurídica.

. Em outras palavras, a política encontra-se ainda refém de duas tradições. Uma conservadora, clientelística, cartorial, coronelista, patrimonialista, nepotista, fisiológica, e outra típica do campo das esquerdas, sejam elas pragmáticas no poder ou revolucionárias nas academias. Refiro-me não à tradição conservadora que por vezes inexplicavelmente provoca malestar, vertigens ou ira contra o *modus operandi* da direita clássica e dos intelectuais do *status quo*. Essa revolta guarda mais vinculação com o lugar dos setores medianos (mediana) na configuração da luta de classes, cuja dramaticidade é compreensível na profunda crise identitária, por eles vivenciados. Minha preocupação é outra, com a contaminação dessas práticas no campo das esquerdas, ou progressistas, tomando estes simplesmente como os que defendem o direito moderno, mesmo que com ele guardem diferenças, como apontarei. Defesa da racionalidade normativa, bem entendido, e não como uma pressuposta “razão instrumental”, que também é o direito moderno, mas não o esgota em termos potenciais.

Outra má tradição política a obliterar a constituição/afirmação de seu campo de legitimidade entre os militantes de esquerda está em sua cultura de corte marxista ortodoxo, vale dizer, marcados em termos de visão de mundo ontológica e escatológica. Nesse mundo no qual proliferam-se e professam-se valores diametralmente opostos, em progressão geométrica, de caráter classista, intra-classes e mesmo supra-classes sociais, qualquer compreensão total de mundo tende ao totalitarismo, na medida em que a universalidade é forjada numa particularidade desaclopadora em espiral, de interesses que acabam por não legitimarem/reconhecerem a a legitimidade da retórica dos metarelatos que a justificam. Nesse aspecto a crítica pós-moderna merece ser percebida como um alerta para as vanguardas. Elas têm que construir novas retaguardas, sob pena de pregarem no deserto cultural.

Nosso mundo, um mundo hostil à tolerância e ao reconhecimento da alteridade, e distante da promessa moderna de reconciliação do homem com a humanidade, é um mundo marcado pelas bandeiras igualitárias, libertárias e fraternais herdadas de uma revolução que transcendeu o interesses da burguesia, vale dizer, que ultrapassou a

subsunção do ideário da Ilustração no novo modo de produção estabelecido em 1789. A adjetivação simplista, para quem por regra reivindica a dialética (e seu tão reverenciado método) das instituições legadas da racionalidade normativa das Luzes somente bloqueia e despotencializa lugares (não formais) de esclarecimentos, os espaços de embate de conflitos e convencimentos, os ágoras e os filtros do poder contra a sempre tendência recorrente à tentação de realizar na história do absoluto. A postulação do Marx da *Questão Judaica* é um exemplo (des) referencialização (idéias sem lugar são idéias para alugar?). A mediação mínima diz respeito a contrapor o advento do sufrágio universal, desconhecido à época, por dominância do voto censitário.

O perigo da classe universal torna-se uma questão atual. Mesmo sob o pragmatismo de uma governabilidade das esquerdas em frente política que se esforça para conciliar avanços nas políticas sociais e diminuição do Risco Brasil, no que se refere aos credores internacionais, não está clara nas esquerdas, inclusive nas alas mais radicais, como construir alternativas de desenvolvimento, e nelas o papel da democracia representativa, do direito, do estado, etc. Há um pêndulo na cultura política da esquerda cuja centralidade passa por uma concepção instrumental das instituições liberais, consideradas como burguesas, em termos pejorativos, a serem ultrapassadas pelo trem (ou bonde) da história.

Essa cultura no direito raramente se apresenta como ortodoxa, mas a radicalidade é justificada por pertinência aos dados fáticos de pré-modernidade ainda vigentes no país. Confunde-se dogmática com dogmatização do direito, direito positivo com positivismo jurídico. Mesmo o tema dos direitos humanos é visto por certos setores do direito como uma falácia, cuja eficácia real estaria mais para Consenso de Washington que para a uma outra globalização, da democracia aos seus reais interessados. A cultura política no direito dos dias atuais tende a ter nos novos mestres, e me refiro aos que são egressos dos mestrados nos últimos vinte anos, com formação crítica e interdisciplinar, com seu senso comum, um dos maiores obstáculos à reconstrução da racionalidade jurídica em sentido moderno. Acabam por despotencializar o objeto com o qual trabalho e se reproduzem. O exercício beira o sado-masoquismo. Bate-se na dogmática jurídica e no seu senso comum teórico como resultante de autismo dos juristas, em relação a tantos outros saberes para os quais estariam de portas fechadas. Esses juristas tradicionais seriam também os porta-vozes de uma cultura ensaística, bacharelesca, formalista, etc. Desconhecem os jovens mestres que a Portaria 1886/94 em sua segunda década de vida começa a ver presentes os seus frutos. Ela resultou das idéias de Roberto Lyra Filho, pelo afinco de José Geraldo de Sousa na Comissão de Ensino Jurídico (CEJ) do Conselho Federal da OAB, de cujos trabalhos teóricos e empíricos acabaram resultando nas recomendações que fundamentaram as diretrizes daquela portaria.

IV- Qual ciência para que política no Direito?

Uma ciência conseqüente se importa com o campo da política por que consciente de que em última instância ela se estrutura no espaço histórico da política, que lhe constitui, embora não a subsuma. Todavia, uma nova ciência possível para o direito parece-me estar balizada, em face não somente da contingência das crises do Capital (do Capital genérico e do capital financeiro, com ênfase) e das democracias “liberais e democráticas” nesse processo de precarização e desferencialização sócio-cultural global ;ou

das crises dos socialismos reais (mortos, agonizantes, ou ainda vivos), e mesmo das crises epistemológicas em face de novos paradigmas que se digladiam sobre novas racionalidades normativas para o século XXI. Uma nova ciência para o direito guarda uma responsabilidade para com a política do direito, na medida em que o Direito passa a exigir uma tripla (re)significação para operadores do mesmo e para os cidadãos seus destinatários; a) a (re)significação das conseqüências da responsabilidade que é tomá-lo conceitualmente nas bases da modernidade jurídica como ponto não terminal, mas como ponto de saída no plano político, a construção constitucional da República; b) a (re)significação do papel da teoria em sua guinada como ciência de interproblemática, vale dizer, com compromissos com ela mesma quanto as possibilidades de consensos/filtragens e mediações entre saberes; c) a (re)significação do senso comum é o material cultural imprescindível para o trabalho tanto do conceito como da redefinição da racionalidade jurídica e política. Esse movimento pressupõe a superação do senso comum interdisciplinar de tendência isolacionista, este sim autista, se entendido como aquele de base propedêutica sem pretensões à positividade. Com razão Marcus Fabiano Gonçalves ao propor uma a visão interproblematizadora para um novo saber jurídico, visão não é topográfica, como se fosse possível geografizar os conhecimentos, em termos intelectuais. Saber nem mais importante nem menos importante que o das “disciplinas técnicas”, e por conseqüência, do que o seu senso comum, este sim, base para a reconstrução de seus sentidos, mais modernos.

Obviamente que uma escolha possível para a ciência do direito é o de base puramente conceitual, platonicamente escudado no “livre pensar”. As idéias como sendo a própria realidade, fora das quais nada existiria (no mundo circundante). Não é esse o propósito de nossa escolha, de uma nova ciência no direito para uma nova política além do direito. A ciência do direito a qual nos referimos se distancia de qualquer tipo de substancialização do mundo jurídico, a priori. Estado, Constituição, Instituições jurídico políticas são tomadas como históricas, transitórias, marcadas portanto pela política e pela cultura num mundo multicultural por definição. O direito não é uma ciência pura, mas impura e justamente essa “impureza” é o mais rico material para a constituição de saída de um corpo de conhecimentos que nos permita não “depurar” a racionalidade jurídica, como se tratasse de uma faxina bem ao estilo comum desde aos nazistas aos fundamentalismos de todas as cores, mas de considerá-la de uma forma pós-moderna moderna. Explico-me.

A crítica ao direito necessita mais do que nunca de uma ciência laxista em termos conceituais. A contribuição positivista de Hans Kelsen é fundamental numa forma compreensiva estática da racionalidade normativa, assentada no pressuposto da democracia liberal e de um Estado Social em direção ao Estado-Providência. Longe de abdicar da finalidade social do Estado, base do direito moderno, constitucional e republicano, no caso brasileiro, mas insuficiente para dar conta do que é ou deva ser uma nova legalidade científica do direito em tempos globais. Uma nova ciência deve ser laxista no sentido de mais flexível em termos conceituais. Essa nova ciência repousa no pressuposto que no nosso mundo atual as inclusões e exclusões sociais, velhas e novas, respondendo a fatores heterônomos e a uma plêiade de interfaces culturais deles decorrentes, não sendo necessariamente de fundo classista (de onde a emergência crescente de pluralismos por autonomia de reconhecimentos) e portanto, não se subsumindo a nenhuma prévia visão de mundo (não universalizável) de serem devem ser enfrentadas com base nos princípios da tolerância e do embate institucional, firmando consensualidades possíveis em dado tempo histórico. Estamos seguros que da intolerância conceitual também derivam intolerâncias no mundo da arena política, cotidiana o macro, familiar ou pública. O ecletismo epistemológico tão rechaçado pelo academicismo de tradição arcaica (escolástica?) parece ser o antídoto heurístico contra todas as formas

tendencialmente totalitárias em termos teóricos, do pensamento sistêmico ao marxista, da psicanálise ao holismo, quando marcados pela ortodoxia e incapacidade dialógica.

Uma nova ciência nesse sentido mais modesto e menos heróico, com o constante contraste em trabalhos teóricos e empíricos, tendo por referência a reconstrução da dogmática jurídica. Obviamente que os irracionalismos emergem justamente em contexto de novas luzes, como seu contrário, mas eles devem ser enfrentados na arena acadêmica e política de maneira a constituir um campo de opinião pública possível capaz de influenciar no senso comum, criticamente. Kelsen como ponto de partida, não de chegada, o que significa que a Teoria Pura do Direito é um marco da modernidade contra todas as formas de mistificações jusnaturalistas. A teoria sistêmica de Luhman também enfrenta o crivo hermenêutico plural, dando a sua contribuição. Esse confronto de autores, passando por Rawls a Habermas e tantos outros é a base para um novo senso comum interproblematizante, vale dizer, academicamente plural, menos arrogante, capaz de oferecer ao mundo jurídico em suas práticas cotidianas elementos compreensivos provisórios que permitam a eles, os operadores jurídicos, uma outra certeza jurídica, talvez construída em termos éticos e hermenêuticos com bases nas incertezas do tempo atual, dentro do qual a racionalidade jurídica sendo ao mesmo tempo singular e plural, na expressão de um autor liberal, Clèmerson Clève, permitam tensionar e redimensionar o mundo das normas, da constituição às normas infra-constitucionais, e da hermenêutica destas em direção à constituição, refundamentando-a. Nesse movimento a academia, lugar de afirmação da legalidade científica do direito, fortifica-se da mesma maneira que se fortifica o senso comum teórico dos juristas, contaminados pelo guarda-chuva de teorias plurais e provisórias e ao mesmo tempo seguranças pessoais da dogmática jurídica, oxigenada.