

TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E CIDADANIA*

Darcísio Corrêa

INTRODUÇÃO

Antes de se falar em teoria crítica do Direito é preciso deixar claro de que teoria do direito se está a falar. Não há evidentemente uma teoria única, geral e sem história. Há teorias variadas, historicamente datadas e marcadas pelo modo de produção social da vida material no qual se inserem.

Restringindo-nos ao século XX, podemos apontar, embora de forma não-excluyente, algumas posturas teóricas diferentes e/ou contraditórias, que ainda hoje influenciam as análises em torno do fenômeno jurídico. A primeira define o direito como técnica de controle social, reduzindo-se neste sentido a um conjunto ordenado de normas emanadas e garantidas pela autoridade estatal.

O Estado liberal-burguês prevalecente durante praticamente todo o século XIX restava fragilizado diante da crescente organização reivindicatória dos trabalhadores, embalados pelos movimentos socialistas desencadeados a partir da segunda metade do século. Continuar afirmando uma teoria jurídica com base em princípios liberais, ou seja, abordar o direito como um conjunto mínimo de normas estatais exclusivamente postas a serviço da segurança, da organização tripartida dos poderes e da defesa de alguns direitos e liberdades de mercado, não convinha mais aos próprios detentores dos meios de produção. Constituições escritas, estáveis e essencialmente jurídicas não resistiam mais ao embate das novas forças sociais em confronto

* Palestra proferida no I ENCONTRO GAÚCHO SOBRE DIREITO, POLÍTICA E CIDADANIA promovido pelo Departamento de Estudos Jurídicos da UNIJUÍ, de 24 a 26 de outubro de 1996.

e, para não se tornarem mera folha de papel no dizer de Lassalle, necessário se fazia produzir uma nova racionalidade jurídica, capaz de colocar sob o mesmo teto constitucional os interesses antagônicos das partes em conflito sob a forma de um consenso na divergência. Para os defensores do direito ligados ao Estado de bem-estar cabe às normas jurídicas regular também os conflitos advindos da relação capital/trabalho de forma a que se preservem os fundamentos do sistema capitalista sem, contudo, abandonar totalmente os trabalhadores assalariados às forças do mercado.

O direito passou a se constituir em normatização de um jogo instável de compromissos como parte de um Estado social-burguês cuja função precípua passou a ser a conciliação dos conflitos de classe a partir da juridicidade instituída, sem no entanto reconhecer a sociedade capitalista como uma sociedade de classes. Sob tal racionalidade o novo elenco constitucional de direitos econômicos e sociais passou a integrar os conteúdos jurídicos ao lado de direitos específicos garantidores da hegemonia do capital, como direito de propriedade, de acumulação ilimitada, de livre-iniciativa e outros, numa convivência indigesta de preceitos antagônicos e excludentes supostamente a serviço do bem comum. Na realidade a eficácia dos direitos de cidadania, formalmente estendidos a todos pelo *status civitatis*, dependia das condições materiais do mercado, em cuja essência o Estado não podia intervir.

Uma segunda teoria do direito, presente na primeira metade do século XX, se constituiu a partir da matriz marxista de análise das relações sociais. Segundo tal postura o direito não é mera e imparcial técnica de controle social, mas uma técnica específica, com natureza de classe. A teoria marxista do direito tem em Stucka e Pashukanis uma formalização que acompanhou os inícios da Revolução socialista soviética e se caracteriza como uma técnica posta exclusivamente a serviço da classe burguesa. O direito é por essência direito burguês, encontrando, para Pashukanis, sua expressão plena apenas no sistema capitalista. Segundo tal teoria a igualdade jurídica sob a forma de sujeito jurídico é uma necessidade lógica do capitalismo para que a troca e a circulação de mercadorias se viabilize: o sujeito jurídico é o correlato do proprietário de mercadorias. O direito não se reduz à sua forma ideológica de ocultação das desigualdades sociais: é uma forma concreta das relações de mercado. Por outro lado, essa identificação marxista do direito com a legalidade burguesa faz com que se possa falar apenas em cidadania burguesa.

Um terceiro momento da teoria jurídica contemporânea traz em Kelsen o esforço de superação da análise política do jurídico, apontando os fundamentos epistemológicos de uma teoria pura do direito, de caráter meramente descritivo. A teoria jurídica entendida como ciência tem como função descrever a norma de forma isenta, privando o jurista de qualquer julgamento de valor. Para o cientista o mundo do direito entendido como dever-ser coativamente imposto pelo Estado está fatalmente separado do mundo da realidade fática. Em outros termos, segundo tal pressuposto positivista a abordagem teórica do direito exclui radicalmente a cidadania do campo da análise jurídica.

Na segunda metade do século XX podemos vislumbrar o surgimento de uma teoria jurídica que busca uma análise interdisciplinar do direito de forma a não excluir do objeto de estudo a questão da cidadania. Tal esforço metodológico tenta juntar analiticamente norma e relação social, situando a normatividade jurídico-estatal no contexto mais amplo da totalidade social. Podemos citar como uma das expressões de tal teoria do direito o *Movimento Crítico do Direito*, vindo da França, destacando-se entre eles Michel Mialle. Também teóricos latino-americanos, Oscar Correas entre outros, procuraram trabalhar uma teoria jurídica sob o viés dos países situados na periferia.

Tal teoria crítica do Direito não se reduz a fazer críticas isoladas sobre erros e insuficiências no campo do Judiciário ou do Legislativo, nem sobre posturas doutrinárias setorializadas a serem redimensionadas ou jogadas no lixo. Ao contrário, põe em questão o conjunto ou a globalidade do fenômeno jurídico dentro de relações sociais historicamente datadas. Aborda o direito enquanto objeto de conhecimento de forma dialética, como uma realidade em movimento cuja compreensão não pode prescindir do contexto histórico que o produziu nem pode deixar de analisar suas implicações para o futuro da sociedade de que faz parte.

Trata-se de uma teoria que busca um constante reencontro com a prática, mas uma prática voltada para os homens enquanto sujeitos da história. Nesse sentido se caracteriza como politização do jurídico sem, todavia, abandonar a especificidade do direito enquanto objeto de conhecimento. Uma teoria crítica do direito inclui por isso mesmo uma dimensão emancipatória da trajetória humana, capaz de jogar dúvidas sobre as verdades

postas pelo discurso competente, desbancando certezas postas como definitivas pelo pensamento dogmático. A teoria crítica do direito lida com o risco e a incompreensão (para não dizer condenação e ódio) dos que se sentem lesados pela ousadia da quebra da normalidade jurídica instituída. Lida igualmente com frustrações e momentos de solidão por saber e assumir que suas próprias verdades são provisórias, a carecer portanto de constantes reformulações e retomadas ético-políticas. Lida, portanto, com a construção conflitiva da cidadania num contexto de divisão social de caráter excludente.

1. TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E CIDADANIA

Isso posto, sentimo-nos convidados a adentrar a estreita relação existente entre direito e cidadania, para que uma teoria jurídica seja efetivamente crítica. Entendemos o direito como uma forma social cuja especificidade reside no fato de constituir-se num processo de formalização das relações sociais em termos de normas advindas da esfera político-estatal. Tal processo de formalização normativa não se reduz no entanto a um mero conjunto de normas estatais. Para se poder trabalhar o direito sob a perspectiva crítica é preciso abordá-lo pelo menos em duas dimensões básicas que o constituem: a dimensão técnica e a dimensão simbólica.

A dimensão técnica do direito é a que mais facilmente se deixa apreender e nela se detiveram autores das mais variadas correntes. Ao trabalharmos a hipótese de que as relações político-estatais têm seu fundamento lógico nas relações de produção social da vida material dos homens, sendo elementos constitutivos seus, podemos dizer que a forma jurídica, enquanto dever-ser regulador das relações sociais em sentido amplo, serve como técnica de controle da convivência social. Tanto as relações econômico-sociais como as relações próprias da esfera política se concretizam sob a forma de normas jurídicas. Estas viabilizam tecnicamente o funcionamento da sociedade, seja dirimindo conflitos (individuais, de grupos ou de classes), seja estabelecendo parâmetros objetivos codificadores das políticas adotadas por determinada sociedade.

As relações econômicas de um determinado modo de produção se expressam e ao mesmo tempo são constituídas por categorias jurídicas como sujeito jurídico, contrato, sanção. Da mesma forma as relações político-

estatais se constituem a partir de figuras jurídicas que lhes dão consistência e exigibilidade, tais como Constituição, pessoa jurídica ou sujeito público de direito, poderes legislativo, executivo e judiciário, além dos conceitos de União, Estado e Município. A organização técnica da esfera do poder se usa da normatividade estatal para sua estabilização e sua reprodução.

No entanto, o direito enquanto processo de formalização normativa não se esgota com a dimensão técnica, à qual foi reduzido pelas diversas correntes do positivismo jurídico, seja ele de cunho legalista, normativista, realista ou sistêmico. O direito inclui também uma dimensão simbólica, a permear toda a formalização técnica das normas estatais.

Ao tratarmos dessa dimensão simbólica não podemos cair no erro histórico próprio das épocas anteriores à modernidade nas quais o direito foi simplesmente identificado com a justiça, racionalmente perceptível na natureza física e social nos moldes do jusnaturalismo pré-moderno. Falar em dimensão simbólica do direito significa perceber a realidade jurídica não como mero signo asséptico, isento de qualquer poder, seja coativo ou de persuasão, mas se trata de compreender o direito como signo jurídico carregado de poder e valoração. Esse aspecto simbólico a acompanhar qualquer formulação técnica do jurídico representa as posturas ético-políticas que servem de premissas para as decisões jurídicas em qualquer nível.

Deixando de lado a pretensão positivista de analisar o direito como mera forma técnica e estática, entendemos o direito também como discurso, ou seja, como representação simbólica de um determinado modo de organização social a partir das forças concretamente existentes nas relações sociais. Se a partir da época moderna a institucionalização do poder político através da figura do Estado nacional buscou sua legitimidade numa formalização racional-legal, tal não se deu pelo simples fato da existência de normas estatais. Já Max Weber apontava para uma crença na legitimidade racional-legal. Ou seja, o poder instituído em normas - o quadro de funcionários investidos de autoridade legal - precisa justificar-se para que se processe com êxito a obediência por parte dos subordinados.

Com isso se pretende mostrar que a própria formulação técnica das normas jurídicas alcança sua efetividade à medida que se faz presente a dimensão simbólica, que podemos chamar de dimensão ética do direito: uma

pauta de valores em nome dos quais se estabelecem as políticas públicas, sejam eles colocados em prática ou não. Por mais autoritária que seja a prática de determinada instituição político-jurídica, suas normas sempre são apresentadas e justificadas em nome de um dado ideal de justiça, de um discurso ético a fundamentar as decisões normativas.

Importa ressaltar também que a partir dos movimentos constitucionalistas próprios das revoluções modernas tal representação idealizada ou dimensão ético-política do direito assumiu uma forma jurídica específica, posta como pressuposto fundante do próprio Estado moderno: os direitos humanos. Segundo a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, para que se possa falar em associação política é preciso que sua Constituição inclua um rol de direitos fundamentais em função dos quais se organiza a tripartição dos poderes estatais. Nessa lógica não basta que se tenha uma Constituição: faz-se mister incluir no ordenamento jurídico a proclamação de princípios e normas éticas revestidas de juridicidade.

Ora, um desses princípios fundamentais constitutivos da modernidade jurídica é a cidadania. Trabalhamos aqui a concepção enfatizada por Hannah Arendt, ou seja, cidadania como o direito a ter direitos. A cidadania é o pressuposto fundamental dos direitos humanos; é, portanto, a categoria por excelência da dimensão simbólica do direito. Com isso se quer deixar claro que a cidadania constitui o vínculo jurídico essencial que viabiliza a própria asserção dos direitos humanos como possibilidade jurídico-política. Ser cidadão é ter acesso ao espaço público, entendido aqui como o espaço de sobrevivência da humanidade como um todo e de cada ser humano em particular.

O que deve ser ressaltado numa teoria crítica do direito é que a cidadania posta como participação numa comunidade política juridicamente qualificada é uma realidade dinâmica, que extrapola a mera nacionalidade ou o simples exercício do voto. O direito a ter direitos significa participação efetiva na construção desse espaço comum de sobrevivência e realização. Por isso mesmo a dimensão simbólica do direito diz referência a um projeto de construção do público como espaço acessível a todos, não porque todos nascem livres e iguais, como apregoam as declarações contemporâneas de direitos, mas porque a dimensão ético-política assim o estabelece para uma sociedade bem ordenada.

Chegamos com isso a uma outra questão da maior relevância ao se falar em teoria crítica do direito e cidadania: a dimensão simbólica do direito se caracteriza como ambivalência, como expressão dialética das relações sociais. Tal dimensão pode assumir uma função ideológica à medida que legitima e reproduz os interesses hegemônicos dos grupos e classes dominantes ao afirmar a forma jurídica como expressão do bem geral da coletividade quando, na realidade, formaliza um sistema de profundas desigualdades econômicas e de radical exclusão social.

Tal dimensão ideológica se configura quando o direito se apresenta como um império de leis abstratas e gerais, onde todos são iguais perante a lei mas não dentro dela. A igualdade jurídica tem como correlato a igualdade de oportunidades numa sociedade de livre mercado. O ideológico está justamente no fato de que o direito na sua dimensão técnica ratifica em nome da igualdade formal as flagrantes diferenças sociais advindas da acumulação e da mais-valia. Capitalistas e desempregados são iguais enquanto sujeitos jurídicos embora os últimos possam vir a morrer de fome sem que isso abale a ética do capital, afirmada com base na competitividade e numa sempre maior exigência de produtividade.

Por outro lado, e na mesma perspectiva dialética, a dimensão simbólica do direito pode igualmente assumir uma função utópica quando formaliza os espaços de luta dos excluídos, dos marginalizados de qualquer espécie. Tal função utópica se configura quando a dimensão técnica do direito formaliza e ratifica novos direitos tendentes a aprofundar um novo modelo de sociedade com base numa ética da mudança e da emancipação social. Num sistema de desigualdades juridicamente garantidas pelo instituto da propriedade privada a dimensão utópica do direito visa à reconstrução da juridicidade a partir da ótica dos fracos e vencidos, não para uma pura e simples inversão da pirâmide em que os excluídos de ontem venham a se tornar os novos exploradores.

Em termos de direitos humanos e cidadania, aqui tomados como referentes simbólicos fundamentais do direito, isso significa dizer que sua construção e efetividade caracterizam uma via de duas mãos: legitimam tanto os interesses dos poderosos e economicamente privilegiados como os interesses e avanços dos vencidos pela lógica implacável do sistema. Ou seja: numa sociedade de classes como a nossa a construção da cidadania enquanto acesso e participação no espaço público se configura como um processo

conflitivo cujo desenlace depende da relação de forças concretamente existente, seja em nível interno seja no campo das relações internacionais. A mesma dimensão técnica do direito que viabiliza juridicamente relações de produção e troca de mercadorias com caráter concorrencial e excludente também formaliza normas emancipatórias tendentes à universalização da dignidade humana.

Tomando-se como premissa metodológica para uma teoria do direito a hipótese anteriormente trabalhada, podemos concluir que o direito enquanto processo de formalização normativa tanto serve à conservação do sistema como à sua transformação. Depende da ótica simbólica com que se trabalha sua dimensão técnica. Nesse sentido a luta política se dá dentro do mesmo ordenamento jurídico estatal, uma vez que lhe é imanente a dimensão simbólica. Portanto a alternatividade jurídica não consiste em estabelecer ordenamentos jurídicos paralelos, de difícil configuração técnica. Consiste, sim, em trabalhar sua dimensão ético-política no sentido da plena realização e universalização dos direitos humanos e da cidadania através de dispositivos legais que possibilitem e oportunizem as condições materiais necessárias para sua implementação.

2 - TEORÍA CRÍTICA DO DIREITO, CIDADANIA E GLOBALIZAÇÃO

Ao se falar em teoria do direito hoje não podemos deixar de adentrar a problemática dos estados nacionais e da globalização na sua relação com a cidadania. As tentativas de se elaborar uma teoria do direito tomam como eixo básico o Estado-nação, colocando na soberania nacional a prerrogativa de elaborar e garantir a exigibilidade das normas jurídicas. Cada Estado-nação trabalha a juridicidade em função de suas próprias fronteiras e tendo presente o contingente populacional nelas confinado. Segundo essa lógica não há espaços políticos vazios num planeta totalmente loteado. Como regra a legalidade ou determinado sistema de normas jurídicas se vincula a cada um desses espaços políticos geograficamente recortados.

No contexto de uma imensa gama de ordenamentos jurídicos nacionais pode não variar muito a dimensão técnica do direito, constatável pelos estudos do direito comparado. No entanto, o problema de maior relevância

se situa justamente na dimensão simbólica do direito embora estejamos na era da declaração universal dos direitos humanos. Em termos de cidadania podemos afirmar que predomina amplamente uma cidadania racista de cada Estado nacional. O acesso ao espaço público ou o direito a ter direitos se dá pela inserção num desses espaços política e geograficamente delimitados através do vínculo jurídico, indispensável hoje para se falar em cidadania.

Enquanto a economia se globaliza, embora estribada nesses mesmos Estados nacionais, a cidadania se nacionaliza, sendo que muitas vezes os direitos dos cidadãos de um determinado país se afirmam contra os cidadãos dos outros países. Em nome do patriotismo e da soberania de um certo Estado-nação os cidadãos-soldados de um país em guerra são condecorados como heróis porque matam os cidadãos de um país concorrente pela simples razão de estarem situados poucos metros adiante das fronteiras geográficas nacionais politicamente demarcadas. Os direitos civis, políticos e sociais dos habitantes de um Estado-nação são juridicamente garantidos através de políticas econômicas e sociais alcançadas às custas de outros Estados, mesmo que estes osterntem um grau sensivelmente menor de bem-estar, como no caso dos países periféricos da América Latina ou do Terceiro Mundo em geral.

Estamos diante de um paradoxo: a cidadania de uns significa a perda da cidadania de muitos outros. E tudo isso ratificado pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Em plena era dos direitos, na qual, segundo Bobbio, os homens se tornaram cidadãos do mundo, vivemos não uma cidadania sem fronteiras nacionais mas uma cidadania nacional-racista, em que o bem-estar de poucos traz como contrapartida o sofrimento e a exclusão dos demais.

Outro paradoxo, nem sempre devidamente apontado pelos que apregoam a mundialização da economia, reside no fato de que a globalização nos moldes excludentes em que se efetua não pode dispensar a fragmentação do planeta em fronteiras político-estatais. Conseqüentemente o processo de globalização econômica produz a fragmentação e a nacionalização da cidadania. Ao invés da implantação ampla de uma cidadania sem limites nacionalistas, estamos acompanhando o processo perverso da própria soberania nacional tutelada pelos interesses do grande capital. O próprio e fundamental direito de autodeterminação dos povos vem ciosamente tutelado pelas grandes potências e - pasmem - sob os auspícios de organismos

internacionais como a ONU. No caso do Brasil, as políticas públicas destinadas às prementes questões sociais de miséria, fome e exclusão sistemática do desfrute dos bens fundamentais da vida são condicionadas pelos ditames do Fundo Monetário Internacional e outros mecanismos que, no afã da acumulação ilimitada do capital em nível planetário, se usa das normas jurídicas estatais para a estabilização da economia nos moldes desejados.

Para concluir, não podemos deixar de assinalar que esse gigantesco modelo mundial de produção de mercadorias está em crise, gerada pelas contradições inerentes à lógica do mercado concorrencial. A concorrência global exige um sempre maior grau de produtividade, fazendo com que as novas forças produtivas centradas na ciência e na tecnologia avançada desencadeiem um processo de crescente exclusão social, seja em termos de desemprego estrutural seja na estagnação das atividades produtivas em variados lugares do planeta. No descompasso da fragmentação planetária em Estados-nações os países de Terceiro Mundo não conseguem avançar seu processo de modernização, restando marginalizadas e dependentes massas inteiras da população mundial.

É esse o desafio de uma teoria crítica do direito voltada para a cidadania: como situar o fenômeno jurídico nesse contexto nada promissor? A quem cabe conduzir o processo de universalização da cidadania em termos planetários? Como unir forças para que a dimensão simbólica do direito construída sobre os valores fundamentais da vida e da sobrevivência solidária direcione a dimensão técnica das normas jurídicas numa outra lógica, calcada na construção constante, embora conflitiva, de um espaço público comum a todos? Embora não tenhamos a solução global, importa tentarmos fazer a nossa parte na concretização da cidadania a partir da ótica do direito. É preciso caminhar, apesar dos riscos e da insegurança do trajeto.