

■ O Direito como potência constituinte: uma crítica à teoria do Direito.

— **Thamy Pogrebinski**

Se há algo em comum a qualquer teorização do Direito - desde a sua remiscência com o positivismo jurídico, até a sua contemporaneidade com as chamadas versões pós-modernas - isto parece ser a persistência de quatro conceitos distintos, porém correlatos: fundacionalismo, formalismo, transcendentalismo e universalismo.

A permanência destas quatro idéias ao longo do desenvolvimento da teoria do direito talvez se explique na própria gênese desta última. O Direito, afinal, esteve na base das doutrinas contratualistas elaboradas pela modernidade para justificar uma nova forma de organização, o Estado, e uma nova forma de sociabilidade, o Estado de Direito. O contrato, instrumento jurídico por excelência, separou para sempre sociedade e estado, potência e direito, poder constituinte e multidão.

Símbolo de rompimentos, portanto, o contrato parece ter logrado apenas em reunir o núcleo comum do pensamento jurídico, como desejamos aqui postular. A imagem de um procedimento, despido de qualquer conteúdo além da fundação mesma, que objetiva universalizar a sua própria transcendência, jamais abandona o Direito.

No entanto, se rejeitarmos esta gênese, isto é, a matriz contratualista do Direito, poderemos também conceder-lhe uma nova abordagem. Subtraído da esfera do poder, o Direito deve ser pensado como potência; liberto das amarras da representação e da soberania, o direito será sempre constituinte; emancipado da fragmentação imposta pelo contrato, o direito se materializará na multidão. Sob esta perspectiva, o objetivo deste artigo consiste em realizar uma leitura crítica de três autores que gozam de renomada estabilidade no âmbito da teoria do direito: Hans Kelsen, John Rawls e Jürgen Habermas. Enfrentada esta tarefa, intentaremos concluir este trabalho com a defesa de uma nova abordagem teórico-jurídica, qual seja, o direito como potência constituinte.

Hans Kelsen: formalismo fundacionalista

O positivismo jurídico encontrou sua mais sólida expressão já na juventude do século XX, através do pensamento de Hans Kelsen. De suas obras irra-

diaram - e ainda irradiam - a dogmática ensinada nas faculdades de direito, o método lógico-dedutivo de decisão empregado pelos juízes e a idéia da norma enquanto coação estatal. Ao conceber o direito como uma ordem coativa e o estado como detentor do monopólio desta coação, Kelsen identifica direito com poder.

Com a sua Teoria Pura do Direito¹, Kelsen objetiva, antes de tudo, fazer ciência. A ciência jurídica deve, portanto, se limitar ao conhecimento de seu próprio objeto - o Direito - eliminando o contato com todos os elementos que lhe são estranhos, vale dizer, "com tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito".² E, para que o sistema jurídico possa permanecer puro, o Direito deve regular a sua própria produção.

E é justamente a fonte desta produção que retira de cena qualquer sinal aparente de imanência. As normas jurídicas se originam em si próprias dando forma ao que Kelsen denomina de "teoria escalonada das normas".³ O ordenamento jurídico é formado por normas produzidas por outras normas que lhes são imediatamente superiores na hierarquia kelseniana, e assim sucessivamente até que se atinja o topo desta pirâmide imaginária. E é justamente o cume desta construção que Kelsen coroa com a transcendência. Na origem de todas as normas, isto é, a fonte primária do Direito, há uma outra norma jurídica, porém hipotética. A *grundnorm* ou norma fundamental, não tem conteúdo substantivo e apenas regula o procedimento pelo qual as demais normas serão produzidas. O pensamento jurídico encontra aqui a sua primeira fundação: uma fundação vazia, despida de qualquer substância ou valor, a fundação da forma e do formalismo.

A característica primordial do ordenamento jurídico positivista é, portanto, a sua unidade. O apelo de Kelsen a uma norma fundamental hipotética que serve de fundamento de validade pra todas as demais normas do ordenamento jurídico expressa nada mais do que o desejo de fechar o sistema e assegurar a sua unidade. Essa unidade, no entanto, é apenas uma unidade formal. Kelsen jamais se preocuparia em garantir também uma unidade material. Como mostram Negri e Hardt, o sistema formal de Kelsen entra em colapso quando

¹ Este é também o título de um dos livros mais importantes de Kelsen, publicado pela primeira vez em 1934.

² *Teoria Pura do Direito*, p. 01.

³ Sobre o assunto, veja-se *Teoria Pura do Direito*, p. 277 e segs.

confrontado com a realidade, uma vez que para isso não acontecer seria necessário pressupor uma série de elementos substantivos. E, se para sanar este problema externo, às normas hierárquicas de Kelsen fossem atribuídas conotações substantivas, surgiria um outro problema, desta vez interno: a contradição entre hierarquia e formalismo.⁴

Mais do que fazer do Direito uma disciplina científica, Kelsen o sublimou também em uma forma de estado, o Estado de Direito. Negri e Hardt demonstram também que a sistemática kelseniana poderia estar na base da formulação do Estado Social, um estado de direitos. Porém, ao assegurar neste estado apenas garantias privadas, Kelsen mais uma vez inova na forma, mas não na substância.⁵

A redução formal do sistema jurídico empreendida por Kelsen irá predominar no cenário da filosofia do direito ainda por muito tempo. A idéia de fundação que a *grundnorm* assegura, aprisiona eternamente o poder constituinte a um conjunto de procedimentos. Procedimentos estes que se autoproduzem, gerando um Direito exclusivamente formal, despido de qualquer substância e em cujo vértice se encontra a transcendência.

O amadurecimento do século XX e o horror do legalismo e do positivismo no pós-guerra fazem surgir novas concepções de direito. Buscando assegurar a justiça ou a superação do paradigma kelseniano, a contemporaneidade do Direito traz consigo novas formas de um velho conteúdo. Ao fundacionalismo, ao formalismo e ao transcendentalismo kelseniano se soma o universalismo das concepções pós-modernas do Direito.

John Rawls: liberalismo transcendental

"When we pose the question of justice and critique of the system of right from the standpoint of the multitude, we should not imagine ourselves in any way aligned with the marginalized or the powerless".

Antonio Negri e Michael Hardt
Labor of Dionysus

⁴ *Labor of Dionysus*, p. 109 e 110.

⁵ *Ibidem*, p. 107 e 108.

Ao alvorecer a década de setenta, a hegemonia do positivismo no meio jurídico foi substituída paulatinamente por um extenso debate que teve sua origem com a publicação de *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls. Tal debate, que envolve autores das mais diversas filiações do pensamento, gira em torno da busca por uma concepção apropriada de justiça e por um sistema adequado de direitos que o positivismo não logrou prover. No entanto, a saída de cena do positivismo não levou consigo o excesso de formalismo que contamina o Direito desde suas origens.

O formalismo de John Rawls traz de volta para o Direito a mais transcendental das fundações: o contrato. A busca por uma concepção de justiça compatível com a cultura política das sociedades modernas e, portanto, liberal, tem início com um engenhoso artifício de representação ainda mais isento de qualquer sinal da realidade do que suas formulações anteriores.

A fábula rawlsiana se inicia - deslocada do tempo e do espaço - na famosa posição original, na qual sujeitos despidos de qualquer subjetividade devem escolher os princípios de justiça⁶ que orientarão a vida em sociedade de outros sujeitos também ainda não subjetivados. A idéia de representação, a mediação dos desejos, está na base do procedimento: aqueles a quem os princípios de justiça irão afetar não participam de sua escolha, são objetos e não sujeitos do contrato. O véu da ignorância⁷ é tão espesso que aos sujeitos privados de sua própria subjetividade e submetidos a um raciocínio tão procedimental quanto a estrutura que os cerca parece restar apenas uma alternativa: o liberalismo.

⁶ A formulação original dos princípios de justiça em *Uma Teoria da Justiça* é a seguinte: (1°): Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos. (2°): As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

⁷ Com o intuito de assegurar um ponto de partida de igualdade e garantir a neutralidade e a imparcialidade de sua teoria da justiça, Rawls cobre as partes na posição original com um véu que "busca anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício". Veja-se, a respeito, *Uma Teoria da Justiça*, p. 147 e seguintes.

Do momento fundacional nasce então um sistema de direitos e liberdades iguais que se tornará uma espécie de lugar-comum no âmbito da filosofia do direito e mesmo da teoria política contemporânea. Como mostram Negri e Hardt, a materialidade revolucionária dos princípios de justiça é apenas aparente. A liberdade e igualdade que definem são subsumidas ao longo dos vários estágios do procedimento construtivista rawlsiano, restando ao fim uma mera defesa de políticas assistencialistas estatais.⁸

O contrato rawlsiano, despido de antagonismos, de diferenças e de sujeitos, instaura, assim, uma ordem jurídica universal. Universaliza-se um Direito estritamente formal, um modelo de estado simultaneamente welfariano e liberal e um simulacro da realidade social. Ao contrato, sucedem-se na teoria rawlsiana outros procedimentos, seja de natureza consensual⁹, seja de natureza racional¹⁰ - sempre com vistas a garantir seus princípios de justiça como a única alternativa possível.

Rawls escapa do fundacionalismo tradicional, vale dizer, evita fundar sua teoria sobre uma base material empírica ou nos preceitos abstratos da razão. Sua solução é, afinal, pós-moderna: deslocada espacial e temporalmente, hipotética, universal e desubjetivada - um verdadeiro conto de fadas. A transcendência da teoria rawlsiana é absoluta.

Jürgen Habermas: universalismo consensualista

Os direitos do homem não nos farão abençoar o capitalismo. E é preciso muita inocência, ou safadeza, a uma filosofia da Comunicação que pretende restaurar a sociedade dos amigos ou mesmo dos sábios, formando uma opinião universal como 'consenso' capaz de moralizar as nações, os Estados e o mercado. Os direitos do homem não dizem nada sobre os modos de existência imanentes do homem provido de direitos. E a vergonha de ser um homem, nós não a experimentamos apenas nas situações extremas descritas por Primo Levi, mas nas condições insignificantes, ante a baixaza e a vulgaridade da existência e de pensamentos-para-o-mercado, ante os valores, os ideais e as opiniões de nossa época.

Gilles Deleuze
O que é a Filosofia?

⁸ *Labor of Dionysus*, p. 219 e seguintes.

⁹ É o caso do conceito de *consenso sobreposto*, descrito no capítulo IV de *O Liberalismo Político*.

¹⁰ É o caso do conceito de *razão pública*, descrito no capítulo VI de *O Liberalismo Político*.

O formalismo (ou procedimentalismo) e o universalismo do pensamento jurídico alcançam seu auge com os escritos de Jürgen Habermas sobre o assunto.¹¹ Disposto a aplicar sua teoria do discurso ao Direito, Habermas propõe uma abordagem reconstrutiva do mesmo. A missão principal que se outorga é a de resolver a tensão entre facticidade e validade, que aos seus olhos é na verdade uma tensão entre a positividade e a legitimidade do Direito.¹² Para tanto, Habermas propõe seu próprio sistema de direitos, o qual como veremos não se afasta em nada das versões declaradamente liberais, como por exemplo aquela proposta por Rawls.

Habermas acredita que o Direito pode ser justificado por duas idéias: direitos humanos e soberania popular.¹³ A conexão interna entre esses conceitos explicaria outro, qual seja, a autonomia política que a idéia de contrato social veio a consagrar. Como afirma o autor "a busca pela conexão interna entre soberania popular e direitos humanos reside no conteúdo normativo do próprio modo de exercício da autonomia política, um modo que não é garantido simplesmente através da forma gramática de leis gerais, mas apenas através da forma comunicativa de processos discursivos de formação da opinião e da vontade"¹⁴. Gostaríamos de acrescentar que o que esta conexão representa, por outro lado, é o casamento entre procedimentalismo e universalismo.

A concepção de soberania popular de Habermas jamais se identificaria com o poder constituinte. Isto porque Habermas retira dela todos os sujeitos e qualquer substância, dissolvendo-na em uma série de procedimentos. Trata-se de sua reivindicação por uma "soberania popular como procedimento".¹⁵ Aqui, o formalismo é absoluto. O direito se reveste de poder e a potência constituinte é fragmentada em múltiplos mecanismos formais, despidos de qualquer conteúdo substantivo a priori, aos quais é atribuída a criação do direito e conseqüentemente da organização política e social.

¹¹ Principalmente, *Between Facts and Norms*, 1996.

¹² *Between Facts and Norms*, p. 129.

¹³ *Ibidem*, p. 99.

¹⁴ *Ibidem*, p. 103.

¹⁵ Veja-se artigo com este título publicado como apêndice em *Between Facts and Norms*.

A concepção de direitos humanos que Habermas sustenta completa a idéia anterior: "a substância dos direitos humanos reside nas condições formais da institucionalização jurídica destes processos discursivos de formação da opinião e da vontade nos quais a soberania popular assume um caráter obrigatório".¹⁶ Em outras palavras, a matéria reside na forma, isto é, a materialidade do direito em Habermas consiste apenas nas formas que este assume. A constituição material é solapada pela constituição formal. Desta concepção de direitos humanos, Habermas propõe um sistema de direitos. Este se define por três categorias: "1) os direitos básicos resultam da elaboração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de liberdades individuais iguais* ; 2) os direitos básicos resultam da elaboração politicamente autônoma do status de membro de uma associação voluntária de consociados sob o direito; 3) os direitos básicos resultam imediatamente da acionabilidade dos direitos e da elaboração politicamente autônoma da *proteção jurídica individual*".¹⁷ Portanto, para Habermas não há legitimidade sem esses três direitos (direito geral às liberdades iguais, direitos de pertencimento (*membership*) e garantias jurídicas) que tem o condão de estabelecer o "código jurídico" (*legal code*) enquanto tal.¹⁸ Vale dizer, são essas três categorias abstratas de direito que estão na base de qualquer tentativa de materialização do direito em Habermas. Com este sistema de direitos temos, nada mais nada menos, do que o velho modelo jurídico liberal, no qual a função das leis é a de estabilizar expectativas comportamentais e a função do Direito é a de promover a integração social.

No cerne deste sistema de direitos, dois princípios lhe garantem a eficácia. Trata-se dos princípios da democratização (D) e da universalização (U), que Habermas apropria de sua teoria do discurso para aplicar ao Direito. O conteúdo destes princípios é o seguinte: "Princípio D: São válidas apenas aquelas normas às quais todas as pessoas possivelmente afetadas possam concordar enquanto participantes em discursos racionais",¹⁹ "Princípio U: Toda norma válida tem

¹⁶ Between Facts and Norms, p. 104.

¹⁷ Ibidem, p. 122.

¹⁸ Ibidem, p. 125.

¹⁹ Ibidem, p. 107.

que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitas livremente por todos os concernidos".²⁰ Habermas acredita ainda que se todos os cidadãos do mundo concordassem com os princípios U e D, em uma situação ideal de fala, teríamos um consenso normativo ideal e universal sobre a produção de normas justas.

Habermas condensa esta sua percepção sobre o direito na forma de um paradigma jurídico que ele acredita se suceder aos anteriores paradigmas liberal e welfariano: o paradigma procedimental.²¹ A distinção em relação ao paradigma liberal é inócua. Como vimos, o paradigma jurídico habermasiano é tão liberal e tão formal quanto qualquer outra concepção liberal do direito. O direito procedimental de Habermas em nada se distancia do já conhecido direito formal. E à ele agrega o vazio, a ausência de conteúdos e de sujeitos, a dogmática, o liberalismo e o universalismo. Ao tentar supostamente colocar na sociedade civil o que seria o poder constituinte, Habermas o aprisiona em infundáveis procedimentos formais. O erro talvez esteja mais uma vez, seguindo a tradição contratualista, em achar que a solução é separar estado e sociedade. Definitivamente, a potência do Direito jamais terá a forma de poderes comunicativos.

O Direito como potência constituinte

"Destroying the claims of normativity: it seems that we can and must begin to approximate this goal".

Antonio Negri e Michael Hardt
Labor of Dionysus

As teorias jurídicas pós-modernas têm fracassado em sua tentativa de superar o paradigma positivista e o legado contratualista da modernidade. Os novos arcabouços teóricos do Direito, com suas construções e reconstruções, não têm sido suficientes para expurgar de sua gênese as idéias de formalismo, fundacionalismo, transcendentalismo e universalismo.

²⁰ *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, p.147.

²¹ *Between Facts and Norms*, capítulo 9, *passim*.

Talvez a normatividade deva ser definitivamente abandonada para que possamos encontrar uma outra alternativa a esta tradição de pensamento jurídico. O ponto de partida para uma abordagem efetivamente crítica e renovadora parece ser a aplicação da ontologia ao Direito. Vale dizer, o primeiro passo para romper com o paradigma que tentamos ilustrar ao longo deste artigo e libertar o Direito das amarras da modernidade é pensá-lo ontologicamente. Afinal, como explicam Negri e Hardt, "se o normativo segue o ontológico, e o ontológico é imanência absoluta, não há isolamento possível do normativo (e sua existência autônoma) se não como mistificação, fraude, imbróglio ou, no máximo, como a sobrevivência de velhos poderes. As características normativas do Direito, portanto, não podem durar: a normatividade não pode mais existir como uma estrutura para a qualificação da ação. A ação deve ser definida e qualificada apenas em relação ao constitutivo, ao socialmente relevante e ao dinamismo cooperativo da própria ação".²²

E é justamente o pensamento, sempre ontológico, destes dois autores que nos sugere a nova abordagem para a teoria jurídica que desejamos aqui postular. Perspectivas críticas do Direito devem se centrar na genealogia de novas subjetividades não como pressões reformistas na ordem existente, mas como elementos de um novo *poder constituinte*.²³ A liberação do poder constituinte, afinal, se dá junto à desestruturação do poder constituído.

E é a *multidão* o sujeito constituinte capaz de promover uma crítica radical ao sistema jurídico e de propor alternativas efetivas.²⁴ A forma deste sujeito, mostram Negri e Hardt, é "produtiva, imaterial e cooperativa, precede toda configuração normativa, ou melhor, a exclui, apagando-na positivamente em um processo institucional contínuo, dinâmico e aberto".²⁵ Multidão significa democracia: "uma democracia de iguais, fundada no absoluto da capacidade produtiva de seus sujeitos, na igualdade absoluta de direitos e deveres e na efetividade dos direitos".²⁶ Como dizem Negri e Hardt, muitos tentaram, mas poucos conseguiram efetivamente basear a democracia nestes princípios.

²² *Labor of Dionysus*, p. 309.

²³ *Ibidem*, p. 307.

²⁴ *Ibidem*, p. 309.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 310.

A multidão precisa construir sua institucionalidade. "O poder constituinte exclui qualquer tipo de fundação que resida fora do processo da multidão. Não há fundação transcendente nem qualquer forma de direito natural ontologicamente inscrito nas singularidades humanas que poderia prescrever ou limitar sua ação cooperativa".²⁷ Sob a perspectiva negriana, a única fundação possível seria a fundação da produção, do trabalho, do trabalho vivo.

O trabalho (*labor*), ou melhor o conceito abstrato de trabalho, teria o condão de conectar a constituição formal, isto é, a ordem legalmente estabelecida, e a constituição material, vale dizer, a realidade do mundo socialmente constituído. O verdadeiro poder constituinte, entretanto, prescinde da produção de constituições, pois ele próprio é constituição.

O Direito precisa de uma teoria que tenha em sua gênese o poder constituinte da multidão e que prescinda de mediações, representações, fundações transcendentais. O Direito não deve mais ser pensado como poder, mas sim como potência. Sua única finalidade deve ser a emancipação.

Referências

- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Massachusetts: MIT Press, 3. edição, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1994.
- NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Labor of Dionysus: A Critique of the State-Form*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.
- _____. "Rawls: un formalisme fort dans la pensée molle. *Revista Futur Antérieur*, Paris, suplemento n. 1, 1991.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.
- _____. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2. edição, 2000.

²⁷ Ibidem, p. 308.