

# AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO SABER JURÍDICO E OS CAMINHOS DA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA

*LUÍS ALBERTO WARAT*  
(PROFESSOR DOUTOR DO CPGD/ UFSC)

1.1. As idéias clássicas sobre o papel social de uma carta constitucional refletem concepções ortodoxalmente juristicistas.

O imaginário social instituído aceita ordinariamente, sem maiores discussões, as mediações, os jogos e os hábitos políticos derivados de dita concepção.

Sugiro nestas reflexões preliminares, que os caminhos apontados pela racionalidade mitológica do juristicismo impossibilitam mais do que facilitam o processo de transição e consolidação de uma sociedade democrática. Elas permitem a reprodução camuflada de uma estrutura sócio-política, de uma institucionalidade autoritária.

Penso que a partir de um pensamento jurídico insatisfeito com as mediações significativas da ortodoxia juristicista é que poderemos atingir outra compreensão das funções constituintes nos processos democráticos.

Na atualidade, fala-se muito sobre as novas possibilidades reflexivas abertas pelas chamadas teorias críticas sobre o direito. Elas no fundo não foram muito além de uma crítica aos paradigmas teóricos (acadêmica ou profissionalmente) instituído pelos juristas. O alvo principal de suas críticas está direcionado contra a dominação teórica do positivismo jurídico e seus efeitos políticos. Por certo isto é insuficiente como espelho da existência na América Latina de um pensamento

jurídico inconformado. Nesta zona do mundo, a teoria crítica não pode deixar de mostrar-se francamente comprometida com os anseios da redemocratização de suas sociedades. Precisa mostrar as potencialidades e as limitações para um funcionamento democrático do direito. Acredito que para a compreensão de ditas funções democráticas, temos como uma das questões prioritárias a reformulação ampla das crenças juristicistas em torno das funções constitucionais do direito.

1.2. Tentarei neste trabalho apresentar algumas reflexões fragmentadas sobre a questão em pauta, apoiando-me principalmente num instrumental fornecido pelas correntes semiológicas que se ocupam de poder e dos efeitos políticos dos discursos sociais.

Estas análises diferem dos tradicionais estudos lingüísticos pelo fato de levar em consideração tanto o processo de produção discursivo como os efeitos e funções da circulação discursiva.

A lingüística ocupa-se de um corpo de enunciados descontextualizados. Desta forma, anulam-se as diferenças de relações entre produção e reconhecimento discursivo.

A semiologia nada aportará como crítica ao pensamento jurídico, se pretende efetuar suas análises fora da comunicação social dos discursivos, encherá o discurso jurídico como um corpus que apresenta exclusivamente problemas de produção que podem ser denunciados e às vezes diluídos na análise lingüística. Até agora isto foi tudo o que se fez no campo do direito.

É preciso agora centrar-nos no processo de interpretação discursivo, isto é, refletir sobre os problemas derivados da passagem da produção ao reconhecimento.

Por exemplo, olhando a temática proposta no título deste trabalho, precisamos frisar que o que a Carta Constitucional propõe, pode ou não, efetivar-se no circuito comunicativo, no processo de seu reconhecimento. Existe uma gramática de reconhecimento que mantém relações nada lineares com a gramática de produção. Essas relações encontram-se totalmente tomadas pela história dos discursos. As significações que se vão impregnando nos discursos sofrem alterações marcadas pelo contexto de suas histórias discursivas. Estarão intertextualizados.

Uma derivação importante desta idéia que podemos já apontar, as dimensões simbólicas de um pacto constituinte não podem ser reduzidas ao ato fundante representado pela consolidação de uma Carta

Constitucional. Deve ser enquadrado como um momento produtivo que precisa ser articulado com uma gramática de reconhecimento, que emerge conflitivamente na história. A Carta Constituinte tem prioritariamente um sentido mítico formal, como ato fundante do desejo de um pacto social para a democracia.

Na produção dos discursos de reconhecimento das propostas consagradas numa Carta Constitucional, é que se obtém a dinâmica conflitiva de sua significação. Desta maneira, surgirão as funções constitucionais substantivas para a formação de uma sociedade democrática.

Uma sociedade para ser democrática precisa em primeiro lugar que seja garantido o espaço de emergência de seus conflitos.

O espaço onde se organizam as reivindicações políticas, econômicas e sociais. Aqui é preciso entender, que existe uma grande diferença entre garantias para a organização de um espaço de reivindicações e as garantias que o direito tradicionalmente apresenta para a solução jurídico-instituído dos conflitos.

A tendência dominante no segundo caso, é a dissolução do poder organizativo, das formas de solidariedade, resistência e luta (contra as estruturas e as instituições, as formas de dominação instituída: a micro-física da dominação), deslocando o conflito. Teremos assim, funções constitucionais que protegeram — através de institucionalização jurídica das diferenças — a emergência de um pacto social autoritário.

Enfim, as funções constitucionais se exercitam a partir de uma gramática de seu reconhecimento discursivo. Esta gramática não pode ser exclusivamente normativa, sustentada na lei. As funções constituintes como reconhecimento discursivo, apresentam-se intertextualizadas através de uma micro-física de processos de recepção discursiva: político-econômicos, educacionais, científicos, junto com outra gama de discursos como seria o da sexualidade, da psicanálise, da saúde, etc.

Nesta linha de raciocínio me interessa ponderar que o saber jurídico com suas crenças, mitos, ficções e fetiches, desempenha funções constitucionais substantivas maiores que as derivadas dos sentidos da lei, dados exclusivamente a partir de sua gramática de produção com uma total omissão de seu circuito comunicativo. No saber jurídico encontraremos as claves interpretativas que facilitaram a passagem da produção ao reconhecimento das significações jurídicas. Certamente

esta passagem não será linear, poderá ser baseada nas crenças inmovilísticas da ortodoxia jurídicista e apoiadas nas formas de racio-nalidade, na gramática que vem gerando — conforme o rótulo aqui adaptado — “o pensamento jurídico insatisfeito”.

Concluindo provisoriamente poderíamos frisar enfaticamente que as funções constitucionais substantivas se processam na sociedade, sendo elas completadas pelas funções constitucionais espalhadas pela totalidade do ordenamento legal.

Introduzo nesta conclusão provisória duas idéias importantes:

1) Comparto a idéia de Kelsen no sentido que as funções constitucionais não se cumprem com exclusividade no nível das normas constitucionais. Uma Carta Constitucional não gera autonomamente suas significações. Seus sentidos provêm da totalidade do sistema de normas positivas.

Kelsen aprofundando esta idéia, sustenta com muita felicidade que toda norma superior exerce funções constitucionais sobre as normas inferiores que obtém através delas sua validade.

2) Deve acrescentar-se que as significações derivadas da totalidade do sistema legal positivo outorgam unicamente o sentido constitucional formal. Estabelecem a validade como requisito formal para o exercício subsequente das significações constitucionais substantivas. Estas significações substantivas extrapolam a totalidade do sistema legal. Devemos encontrá-las na história como determinante privilegiado dos atos de interpretação. É nos atos de interpretação, dados no circuito da comunicação das leis, que encontraremos o pleno exercício das funções constitucionais substantivas.

Em suma, prisioneiros das ficções jurídicistas, somos predominantemente levados a reduzir as funções constitucionais a um plano meramente formal e de sentidos descontextualizados: dados em textos legais desprovidos de história. Reivindicar o caráter substantivo das funções constitucionais implica a reimplantação da totalidade do ordenamento legal na história.

2.1) Atualmente na América Latina, o imaginário social conforma-se com uma caracterização limitada e defensiva da democracia. O povo, os políticos e os cientistas políticos falam da democracia, apontam uma política defensiva à procura do restabelecimento dos direitos elementares do homem, desde uma perspectiva exclusivamente moral, jurídica e institucional do direito, a volta dos piores componentes

que caracterizarão a dinâmica repressiva dos regimes militares do Cone Sul.

A exigência e a esperança do funcionamento de um Estado repressor não se repetem, aparecem, assim, como uma condição suficiente para a caracterização da democracia.

A democracia fica então caracterizada como um sistema preventivo, contra uma concepção direcional e despida do exercício do poder. Porém, viver, em democracia não é unicamente perder o medo.

A democracia é uma idéia forte que não pode ser reduzida as garantias para a consolidação da autonomia individual. Ela não pode separar-se do esforço para conseguir a autonomia individual. Esta nunca se consegue plantando-a como um problema que se resolve no campo do direito positivo e das instituições judiciais. — A autonomia social nunca pode ser comandada desde o Estado. Trata-se de uma prática social portadora de outra racionalidade jurídico-política, logo, redefenir sua passagem ao político em términos de uma democracia defensiva. — Desta maneira os processos de autonomia social ser-viram para o aprofundamento e a conclusão da democracia.

Neste contexto, as funções constitucionais extrapolam sua clássica significação jurídica, transformando-se em uma idéia forte que operará como uma das matrizes simbólicas que possam imaginar, inventar experimentar novas metas e métodos de ação que as próprias condições abertas pela redemocratização fazem possíveis e necessárias.

Estaremos então, diante das funções constitucionais substantivas, isto é, inseridas num espaço público histórico, indeterminado e aberto, ao virem serão funções constitucionais exercidas num espaço público sem fronteiras e sem donos.

Neste suposto, contaremos com funções constitucionais, que penetram na cultura política dos atos sociais, reivindicando uma forma civilizada de fazer política, e o repúdio da violência, como forma de solução dos conflitos.

Desta maneira, as funções constitucionais serão portadoras de uma dimensão política própria positiva, e não mais defensiva.

Reivindico, portanto, a dimensão política por sobre a dimensão jurídica das funções constitucionais.

2.2. Acompanhando as idéias de Leford em torno da democracia, me nego a vê-la como um regime político-jurídico. Ela unicamente realiza-se na sua superfície como sistema representativo. — A demo-

cracia só adquire consistência no interior da sociedade política.

A sociedade política pode ser definida como o espaço público que configura conjuntamente, a sociedade e o Estado.

Para que exista democracia, tanto a sociedade, tanto o Estado, podem reivindicar o monopólio desse espaço político.

Numa sociedade Política Democrática (e não defensiva) o sentido da ordem está aberto a um debate sobre a legitimidade e a ilegitimidade dos valores práticos e reconhecimento de direitos.

A democracia é a matriz do espaço público da sociedade política, só ela pode impulsionar um espaço de debates ilimitados, uma dinâmica que ultrapassa e quebra todos os intentos de pôr limites.

A democracia fica assim comprometida com a idéia da criatividade social, sem negar a divisão, o conflito e o caráter indeterminado da história.

2.3. Nesta caracterização da democracia, ela revela-se sobretudo como um campo simbólico de relações sociais, onde o fundamento do poder da lei e do saber ficam caracterizados como espaços indeterminados, como espaços históricos. Desta maneira desaparece a função de uma garantia transcendente da ordem que assegure a unidade e identidade orgânica da sociedade. Essas garantias tornam as democracias autoritárias e defensivas.

O pensamento jurídico dominante é uma forma de racionalidade que cumpre as funções de uma garantia transcendental.

Ora, na medida em que pensamos, as funções constitucionais, conforme os padrões da racionalidade jurídica dominante, reproduziram os efeitos das garantias transcendentais. O resultado será a redução Estatal do espaço público. O Estado tentará transformar-se em protagonista exclusivo desse espaço público, tornando-o um espaço autoritário.

Precisamos, portanto, conceber as funções constitucionais fora do marco das garantias transcendentais para situá-la no campo dos conflitos de opiniões e debates sobre direitos.

As funções constitucionais devem estar ao serviço de um poder político que precisa ganhar sua legitimidade com relação ao que a sociedade política considera como aceitável, exigível o legítimo.

3. Na reivindicação do caráter indeterminado das funções constitucionais, o saber jurídico aparece como um componente de máximo peso.

Por certo, não estou falando do saber dominante que impregna o imaginário dos juristas. Estou pensando em um saber insatisfeito com as garantias e ficções do juridicismo. Penso em um saber jurídico, apto para transformar-se em uma das idéias fortes da democracia. Um saber que exercita por ele mesmo funções constitucionais substantivas.

Certamente, ao desaparecer a realidade ficcional que cobria com certezas as relações entre os homens, precisa-se de um novo saber jurídico que possa revelar-se como uma nova matriz simbólica que permita o jogo aberto e indeterminado das decisões substantivas que vão socialmente produzindo-se.

Enfim, acredito que o saber jurídico cumprirá na sociedade política suas funções constitucionais, reforçando simbolicamente o princípio que o direito deve estar ao serviço da idéia de que a democracia é um pacto de incertezas possíveis.

A diferença entre o autoritarismo e a democracia pode ser concebida vendo esta última como um processo de incerteza condicionada.

Nos sistemas autoritários seus aparelhos de poder têm a capacidade de impedir a concretização de resultados políticos indesejáveis. Nas democracias pelo contrário, ninguém pode esperar para modificar resultados posteriores: todos devem submeter seus interesses à competição e a incerteza. Na democracia todas as forças precisam lutar para transformar em decisão seus interesses. Ninguém pode modificar decisões pelo simples fato de ocupar posições privilegiadas de poder.

Na democracia, o poder é transferido de um grupo de homens para um conjunto de normas e instituições que protegerão os resultados substantivos que irão surgindo no decorrer do processo histórico.

Assim, as normas e as instituições não podem tutelar, nem alterar os resultados substantivos. O compromisso institucional e normativo deve ser formal.

Os compromissos substantivos nos processos democráticos não provam da matriz contractualista! Por esta razão, todas as funções constitucionais devem renunciar a sua vocação substantiva histórica e legalista. Essa vocação influi necessariamente nas decisões. Elas devem limitar-se a garantir a incerteza dos resultados.

No momento em que falo de um saber jurídico que cumpra funções constitucionais substantivas, obviamente não estou pensando em um tipo de saber que operando como gramática de produção das normas jurídicas positivas assegure vantagens antecipadas. Penso em um

saber que ensine o valor político da indeterminação decisória. Um saber, pelo qual, possamos aprender que na democracia a definição do que é a política torna-se também uma questão indeterminada.

#### BIBLIOGRAFIA:

GOMES, José Maria: Racionalidade e Irracionalidade da Crise: Os Direitos Humanos a outra política Comunicação apresentada ao Seminário sobre: A crise Internacional: Uma perspectiva Política Econômica e Cultural a partir da Periferia, Rio — PUC — Novembro de 1985.

ADAM, Przeworski: “Ama a incerteza e serás democrático Novos Estudos Cebrap N°9, julho de 1984 — São Paulo

LEFORD, Claude: “Les Droits des homme question”, in Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques.