

Os ensinamentos de Volkmer e de Schandl para a Teoria da Legislação: Uma preocupação com a realidade nacional e alguns fragmentos provocativos sobre o eventual fim do Direito

Celso Leal da Veiga Júnior*

Sumário

1. Introdução. 2. O confronto permanente entre o formalismo do Estado e do Direito. 3. Existe alguma Crise de Leis no Brasil? 4. A preocupação com o fim do Direito e a Invalidez Material. 5. Alguns alertas preventivos e a Teoria da Legislação. 6. Os Direitos Sociais, o Estado de Direito e o Brasil. 7. O comportamento dos Advogados para a Teoria da Legislação. 8. O fim do Direito ou um novo Direito? 9. Considerações Finais. Referências.

* Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, Coordenador do Curso de Direito no CE da UNIVALI em Tijucas/SC. E-mail: celsolea@tj.univali.br

1. Introdução

O presente trabalho foi concebido no sentido de incentivar a Pesquisa relacionada com a Teoria da Legislação. Procurará relacionar posições do Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer, expoente do pensamento jurídico crítico no Estado de Santa Catarina e de Franz Schandl. No afã de contribuir na esfera da Política Jurídica, apresentará fragmentos gerais decorrentes da propalada Crise de Leis e do eventual fim do Direito, sob o prisma de continuado confronto entre os três Poderes da República Federativa do Brasil e da exagerada quantidade de textos normativos, que não ofertam respostas positivas à Sociedade e ao desenvolvimento dela.

2. O confronto permanente entre o formalismo do Estado e do Direito

Wolkmer (2001:2) alerta que a “moderna cultura liberal-burguesa e a expansão material do capitalismo produziram uma forma específica de racionalização do mundo. Essa racionalização, enquanto princípio organizativo, define-se como racionalidade instrumental positiva que não liberta, mas reprime, aliena e coisifica o homem”. Trata-se de manifestação que nos leva a questionar os rígidos aspectos das normas e, propriamente, do Direito, provocando embates para uma melhor análise, entre outros, sobre a Teoria da Legislação, tida como a que procura entender a Lei no mundo contemporâneo desde o seu processo de feitura; vinculando-a aos meios de solução dos conflitos.

Parece que o formalismo não tem sido suficiente para garantir a Paz Social, dificultando a verdadeira consecução da Justiça, ainda mais que os problemas decorrentes da convivência entre os homens - carentes em todos os sentidos - estão se agravando e a Legislação não acompanha as mudanças necessárias, coincidindo no Brasil, com o alerta de Schandl, a saber, “o Direito (sob a forma de legislação e de aplicação da lei) não consegue agüentar este ritmo de desenvolvimento social. Ele não é apenas incapaz (sempre foi) de conformar a realidade, mas também crescentemente incapaz de a administrar”.

3. Existe alguma Crise de Leis no Brasil?

O Brasil está convivendo com situações inusitadas envolvendo os seus Poderes constituídos. Existe confronto político entre o Executivo e o Legislativo, predominando a atuação do primeiro na elaboração de estratégias legais ao passo que o segundo está se tornando refém das próprias artimanhas. Um fomenta a população contra o outro; ao mesmo tempo em que o Judiciário, acuado, se comporta de modo conflitante, sustentado no subjetivismo do “livre convencimento” e pela diversidade dos recursos processuais e instâncias decisórias. De tal forma, o povo, servindo de subterfúgio para a manutenção do *status quo*, não sabe em quem acreditar e torna-se cordato, insensível e muito distante dos graves problemas nacionais que, eventualmente, podem levar ao fim do Direito. Para Shandl, “de guia normativo, o Direito transformou-se em labirinto ou mesmo selva de simulações e pretensões contraditórias que encontram a sua expressão atrabiliária nas mais diversas leis e regulamentos. A anomia do Direito é simplesmente inevitável”. A inércia popular interessa aos três Poderes da República que gerenciam suas áreas de modo aparentemente harmônico, justamente pela ignorância social e pobreza material generalizadas, tanto que segundo Wolkmer (1990: 49), “em razão de toda uma formação cultural de dependência, de alienação programada e não-participação popular democrática, a Sociedade brasileira é caótica, desorganizada e carnalizada, movimenta-se timidamente, esperando sempre pela iniciativa e atuação ‘paternalista’ do Estado. Esta situação da Sociedade desmobilizada, dividida, em constante instabilidade e que às vezes parece petrificada (para não dizer ‘bestificada’), não seria tão problemática se, pelo menos, houvesse um Estado mantido por administradores honestos, competentes e profundamente identificados com os fins da maioria da população”. Quer nos parecer que o povo brasileiro jamais agirá como os argentinos em acontecimentos contemporâneos que conduziram ao desalojamento do Presidente da República, através de movimento coordenado para a preservação ou restituição da dignidade nacional e das mínimas condições de vida. No Brasil, há algum tempo, quando um Presidente da República renunciou, o fez com a intenção de beneficiar-se da lacuna legal e em decorrência de interesses que não eram os da Nação. Wolkmer (1990:51) provoca ao teorizar que os “doutrinadores legalistas, com sua rica imagina-

ção e com todo seu artificialismo verbal, criam a ficção do 'Estado-Nação', soberano, mesmo que este, na prática, não exista. O exemplo mais acabado dessa noção é o caso do Estado brasileiro (igualmente, dos Estados periféricos latino-americanos) que os juristas, tradicionalmente, servidores das estruturas oligárquicas, teimam em afirmar ser 'soberano', quando nos sabemos muito bem que o Brasil, ao longo de sua evolução e em momentos distintos, sempre foi dependente econômica, política e culturalmente de Portugal, Inglaterra e, nos últimos cinquenta anos, dos Estados Unidos".

4. A preocupação com o fim do Direito e a Invalidez Material

Quando difundem e acreditam no fim do Direito ou na total distorção dele, devemos nos preocupar com o futuro da Sociedade. E o que é o Direito? Considerando o seu caráter plural, adota-se o Conceito Operacional de Pasold (2002:80): "Direito é o elemento valorizador, qualificador e atribuidor de efeitos a um comportamento, com o objetivo de que seja assegurada adequadamente a organização das relações humanas e a justa convivência, tendo a Sociedade conferido ao Estado o necessário poder coercitivo para a preservação da ordem jurídica e a realização da Justiça".

A preservação de instituições consagradas está ligada com a qualidade e vocação dos Legisladores, em todos os níveis. É lamentável que no Brasil, o Poder Legislativo permanece atuando no infundável jogo de interesses político-partidários, sem preparar a edificação de outros rumos para o desenvolvimento; não se qualificando para atender ao avanço da cultura moderna e menosprezando as regras de Fraternidade Social. Ele se transforma, continuamente, em agente extensivo e submetido ao Poder Executivo. É evidente que não é suficiente a quantidade de normas criadoras ou reguladoras de Direito; mas, sobretudo que elas sejam efetivas e necessárias. Mais para a prevenção que para a punição. E devem encontrar sintonia com os anseios dos destinatários. Schandl afirma que "Leis utilizáveis – ou seja, leis que consagram um consenso social relativamente não problemático e que podem regular a sociedade e com base nas quais os indivíduos podem agir – são já muito difi-

ceis de elaborar e de executar. Cada vez mais, as leis, no próprio momento da sua entrada em vigor, estão já antiquadas, imprestáveis e carecidas de alteração. Os grandes projetos estão condenados ao fracasso, mas os pequenos passos também”. Temos como recente exemplo, apenas para mencionar um, a Lei 10.406, publicada em 11.01.2002, gerada com 2.046 artigos, em vigor com sérias controvérsias e sem melhorar a qualidade de vida dos destinatários.

5. Alguns alertas preventivos e a Teoria da Legislação •••••

Como a Lei tem sido gerada sob condições adversas e considerando que os Legisladores fazem prevalecer orientações dos seus Partidos Políticos; não há confiança nos atos gerados por eles. A Lei não inspira a Paz pretendida e nem se sustenta moralmente. Torna-se um ponto de discórdias. Em vários momentos colide com outras normas, propiciando manifestações do Judiciário e os habituais achinalhes tentando demonstrar que a culpa da crise nacional é da Magistratura.

Schandl diz que “o fracasso da lei já está, muitas vezes, programado de antemão, é simplesmente inevitável. As leis têm cada vez mais dificuldade em ser levadas à prática. O que é válido não o é incondicionalmente. O Direito perde o seu caráter de garantia e, com isso, perde-se a si próprio”. De outro lado, Wolkmer (2001:171) direciona que o “atual estágio de desenvolvimento da modernidade confirma os limites e a insuficiência dos modelos culturais, normativos e instrumentais que justificam a dimensão da vida, a organização social e os parâmetros de cientificidade”.

Se existe uma crise das Leis e nas Leis, certamente reflete no Direito. Admite-se a crise sistemática do Direito como conjunto de normas. Ela decorre do enfraquecimento das instituições e do distanciamento popular. Convivemos com exagerada quantidade de Leis. A qualidade e validade material não acompanham o excesso normativo. Portanto, é importante a ação da Teoria da Legislação, como parâmetro fundamental contra a banalização, regulando os atropelos da pressão econômica e fazendo com que se renovem as esperanças na Segurança Jurídica, buscando motivação na crítica sistemática. Alerta Wolkmer (2001:173), “para que o pensamento

crítico se sobreponha ao saber dominante e deixe de ser uma mera reflexão marginalizada, incorporada e neutralizada, torna-se prioritário criar mecanismos que, partindo de reflexões histórico-materiais e transcendendo a mera retórica discursiva, especifiquem um projeto de transformação do real. Impõe-se a necessária adequação de uma 'dialética integradora' entre propostas teóricas e práticas sociais efetivas".

6. Os Direitos Sociais, o Estado de Direito e o Brasil •••••

No âmbito dos Direitos Sociais encontramos alguns meios de exploração dos menos favorecidos. O Legislador, para se promover, cria projetos de impacto buscando vincular a aspiração do homem simples ao Trabalho, ao Lazer, à Segurança, entre outros. A elaboração e discussão de enfoque paternalista da Legislação Social favorecem a sobrevivência de muitos políticos inescrupulosos, aproveitadores das carências humanas. A Lei efetivada não é a desejada e os ramos do Direito restam subjugados aos caprichos de quem não legisla eficientemente e daqueles que buscam composição parcial; provocando reações de descrédito na Justiça que parece não mais libertar os oprimidos, mas sim os de melhor condição financeira ou detentor de algum prestígio. Os cargos, as funções, o poder aquisitivo, os relacionamentos sociais e outros adjetivos de aparência estética se sobrepõem aos textos normativos e aos meandros contaminados dos órgãos que deveriam ser exemplos. Segundo Schandl, o "Estado de Direito não é quebrado por quaisquer inimigos externos, mas pela sua própria lógica. Já não nos podemos abandonar ao Direito; somos abandonados pelo Direito". Em diapasão, Wolkmer (1990:45) situa o Estado brasileiro no contexto que "pode-se perfeitamente reconhecer, de um lado, a herança colonial de uma estrutura patrimonialista, burocrática e autoritária; de outro, de uma estrutura que serviu e sempre foi utilizada, não em função de toda Sociedade ou da maioria de sua população, mas no interesse exclusivo dos 'donos do poder', dos grandes proprietários e das nossas elites dirigentes, notoriamente egoísticas e corruptas".

O Brasil, consagrado como Estado Democrático de Direito está em débito com os seus filhos, necessitando de uma total reorganização política e jurídica, compreendendo a máxima de Schandl: “o Direito é, por um lado, expressão de um elevado desenvolvimento histórico, mas por outro lado também à sùmula de uma carência civilizacional”.

O Estado de Direito deve ser respeitado não apenas nos momentos formais ou no valor das pseudo-aparências. Assim, a Teoria da Legislação poderá concretizar sonhos que são negados pelos fatores de normas afastados dos sentimentos humanos, distantes do espírito coletivo. A respeito, Streck (1998:55) diz que “Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito - em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social -, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei”.

7. O comportamento dos Advogados para a Teoria da Legislação

Os Advogados são indispensáveis à administração da Justiça. Podem orientar a feitura de Leis. Além da Crise de Leis e do Direito, há também uma crise de e entre Advogados já que para Machado (2001:234) a “advocacia, ao longo desses anos, vem mudando o seu perfil. O advogado, como profissional liberal, está em extinção. O vultoso número de bacharéis que, a cada ano, é despejado no mercado de trabalho, acabou por acarretar uma desfiguração e uma desqualificação do profissional do direito”. Para ele, o Advogado aparece “como facho para iluminar os caminhos dos desvalidos, dos injustiçados, dos que têm fome e sede de justiça. Emerge como paredão de defesa dos oprimidos, dos quais uma parcela é subjugada pelo próprio Estado. Emerge como guerreiro na abertura das vias, às vezes tortuosa, da Democracia; emerge como aríete a quebrar resistências, fazendo eco aos sentimentos sociais mais elevados”. Portanto, incentivados pela decência e fortaleza ética, os Advogados, sem qualquer vinculo corporativo, podem contribuir muito mais para que o Brasil modifique a sua forma de legislar.

Se para Schandl “o Direito encontra-se globalmente à deriva” e “substancialmente em processo de decomposição”, talvez os Advogados tenham contribuído para as ocorrências. É que a grande parcela deles está voltada para complicadas e tortuosas demandas judiciais, sem tempo para os estudos críticos e dependentes do normativismo pragmático. Através da Teoria Crítica os Advogados deveriam buscar alternativas para a elaboração das normas, acompanhando todo o processo e exigindo a efetiva aplicação delas cientes que para Wolkmer (2001:30) dito movimento se justifica “plenamente por seu papel, seja como vigorosa denúncia de todo o formalismo normativista da cultura jurídica tradicional, seja como contribuição para a renovação da atual epistemologia do Direito”. Eles não estariam condicionados e nem seriam considerados como causa de problemas. Para Schandl, “o fracasso da lei já está, muitas vezes, programado de antemão, é simplesmente inevitável. Argumentos de Advogado impregnam hoje toda a discussão jurídica. Um público assombrado encontra-se perante uma matéria que já não pode ser observada na sua complexidade pelos tradutores-intérpretes do Direito. O resultado não é a segurança jurídica, mas a arbitrariedade”.

A formação jurídica deverá estar aliada com a mudança de mentalidade para gerar e gerenciar o Direito em razão do indicado por Schandl: “o Direito não pode também tornar-se mais próximo das pessoas, mas é cada vez mais assunto de Advogados, transformada em ciência oculta de acadêmicos esotéricos, de operadores, de procuradores e de trapaceiros jurídicos”.

8. O fim do Direito ou um Novo Direito?

Dizendo que “o próprio crescimento exponencial da produção normativa permite concluir por um amargo fim do Direito”, Schandl adverte para a sua distorção clássica e ao seu substancial “processo de decomposição”. Salienta que “a sociedade exige o novo, e se não quiser, entretanto ser conquistada pelo antigo não pode entrincheirar-se atrás dos valores democrático-burgueses”. Então deve restar esperança para que o Direito não se extinga, apesar dele ser enfático ao anunciar: “O que se pede não é outra legalidade e outro Direito, mas alternativas ao Direito e à Lei. Elas não serão não Direito, mas pós-Direito”.

É possível que os presságios se materializem. Dependerá das condições que a Teoria da Legislação capacitará. Qualquer que seja o resultado, o “pós-direito” de Schandl, deverá estar vivificado nas esperanças de Wolkmer (2001:175) em algo que “sem perder sua dimensão de universalidade, torna-se compatível com a satisfação das necessidades fundamentais de estruturas socioeconômicas dependentes e periféricas” e “ainda que resulte da práxis político-existencial e do jogo dialético das correlações de forças, torna-se instrumento efetivo de implementação das medidas transformadoras”.

No contexto das assertivas é necessário lembrar aspectos fundamentais da Política Jurídica. Para Melo (1998:14), “o Direito necessita da Política para continuamente renovar-se nas fontes de legitimação e esta necessita daquela para objetivar, em realidade, as reivindicações sociais legítimas, ou seja, propor um sistema de categorias, conceitos, princípios e normas capazes de assegurar não só relações econômicas mais justas, mas também o alcance de um ambiente social realmente ético e estimulador das práticas solidárias”.

Prevalecendo o “pós-direito” de Schandl, a Política Jurídica se fará mais destacada, próxima da Teoria da Legislação, pois Melo (1990:29) aponta que “uma proposição de Política Jurídica, no campo da positivação do Direito, pode recomendar: a manutenção da norma vigente, sem alterações; a manutenção da norma vigente, se devidamente corrigida; a exclusão da norma do sistema jurídico; a criação de norma para disciplinar novo direito”.

Schandl deve ser contrário a Política uma vez que, objetivamente, comenta que “o jogo entre regulação e desregulação é cada vez mais irritante. Mas isso nada muda no sentido do desenvolvimento social. De tal não foram capazes nem o Direito nem a Política, mesmo nos seus melhores tempos. Regular, como o próprio nome indica, não deve confundir-se com planejamento social”.

E o que seria um novo Direito?

Melo (1990:31) informa, “o que se costuma chamar novos direitos é um dado complexo que exige investigação ampla com auxílio das disciplinas complicadas como a Economia, a Biologia, a Sociologia, etc. São direitos que vão surgindo em razão da crescente complexidade das novas relações econômicas, de melhor percepção do universo cultural, dos avanços científicos e dos impactos tecnológicos deles decorrentes”.

O que vem a ser “pós-direito”?

É algo que não é visível nos dias atuais quando predomina o rigor, o formalismo, a literalidade daquilo que restou concebido. Segundo Schandl, “o Direito pressente, pela primeira vez, o seu caráter histórico limitado, sente o seu fim crepuscular. O que vem a seguir, e quais possam ser os princípios normativos pós-jurídicos, estão, de momento, para além do nosso horizonte de conhecimento. Mas, de qualquer modo, não poderá ser apreendido com os conceitos de Estado e de Democracia, Lei e Direito. Não temos neste momento termos positivos, nem sequer conceitos auxiliares, para o descrever e o concretizar. Eles só se deixarão revelar a partir dos movimentos sociais”.

Qualquer que seja o futuro método de vinculação entre aqueles que conviverão em Sociedade, deverá estar ele próximo da posição de Wolkmer (2001:175), centrado “nos marcos do pluralismo comunitário, participativo e democrático torna prioritário o reconhecimento de um projeto ético-político emancipador, viabilizador do florescimento de uma nova cultura jurídica”.

9. Considerações gerais

A importância da Teoria da Legislação está vinculada com a Crise de Leis e com os constantes desencontros entre os três Poderes da República Federativa do Brasil, devendo existir uma nova etapa de relacionamento entre eles e o repensar, crítico, sobre a feita de normas, consoante a intenção de Wolkmer (2001:20): “Compartilhando as mudanças de paradigmas que se vêm processando na filosofia das ciências e nas ciências humanas, urge integrar nessa direção a teoria, a produção e a prática jurídica contemporânea. Essa tarefa permite revisar e romper com o discurso e o conhecimento jurídico tradicionais, investigar as bases epistemológicas para o conteúdo do novo paradigma no Direito e definir posturas e diretrizes não mais destinadas a manter a segurança, a eficiência e a dominação do poder normativo vigente, mas executar a prática político-social de uma cultura jurídica inclinada a construir uma sociedade democrática”.

Se para Shandl o “Direito foi uma das muitas muletas que o Homem utilizou no processo da Hominização”, entende-se que dita instituição, como um conjunto de valores, continuará sendo eficiente amparo para a Sociedade.

Quem se propõe atuar nas Casas Legislativas, mais que votos, deve ser dotado de bons princípios e de prudência em relação ao bem comum, contando com apoio técnico-operacional daqueles que estudam e planejam rumos novos para a Sociedade.

O futuro do Direito ou a vigência do “pós-direito” dependem do efetivo exercício do Pensamento Jurídico Crítico, em todos os níveis de poder.

O eventual fim do Direito fragmentará a vida em Sociedade, com a conseqüente dominação de interesses partidários ou grupais, com maior prejuízos ao povo.

Se o povo continuar acomodado, sem objetivos para uma efetiva parceria com o Estado – e não apenas dependente dele –, continuaremos formais, hostis e sonhadores inúteis que não agem e nem valorizam na prática o princípio da Dignidade Humana.

Referências

MACHADO, Rubens Approbato. *Homens e idéias: pequenas homenagens, grandes esperanças*. Brasília: OAB/Conselho Federal, 2001. 422 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990. 136 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ UNIVALI, 1998. 88 p.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: OAB/SC Editora. 2002. 243 p.

SCHANDL, Franz. *Finale des Rechts. Hypothesen über das Absterben eines abendländischen Formprinzips*. In www.krisis.org. Tradução de José Paulo Vaz, 12/2001 em <http://planeta.clix.pt/obeco/fs13.htm>. Acessado em 21.01.2003.

STRECK, Lenio Luiz. A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado. *Revista de Direito*. Universidade de Santa Cruz do Sul, 9/10, jan./dez.1988, 51-67.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do estado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1990. 64 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 211 p.