

Celso Fernandes Campilongo

DIREITO E DEMOCRACIA

Prefácio de José Eduardo Faria

**Max
Limonad**

CRISE DO ESTADO E CRITÉRIO DAS MAIORIAS

a - A regra da maioria e o conceito de Estado

Na apresentação deste trabalho anotou-se que as transformações na relação entre Estado e sociedade, na primeira metade do século XX, abriram espaço para a revisão tanto das teorias formalistas do direito quanto da sociologia despreocupada com a dimensão jurídico-institucional da política. O desenvolvimento da sociologia jurídica, em grande medida, é tributário desse momento histórico. Nos últimos dez anos, novas mudanças no relacionamento entre a sociedade e o Estado revigoraram a consolidação da sociologia do direito. Em qualquer das hipóteses — seja no momento de afirmação do Estado de bem-estar seja na sua atual fase de transformação e crise —, o Estado é peça relevante do jogo entre o sistema jurídico e o sistema político.

Na primeira parte, a tentativa de definição da regra da maioria, talvez em decorrência desse papel central do Estado, fez referências à participação política dos cidadãos (povo), num espaço físico delimitado (território), visando maximizar a liberdade e a igualdade (finalidade), aproximando governantes e governados numa prática social de legitimação (soberania popular). Com efeito, os quatro elementos componentes do conceito de Estado aparecem pulverizados na definição de regra da maioria.¹⁶⁵ Os li-

165. Ver, para a definição de Estado: Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do estado*, op. cit.; Dalmo de Abreu Dallari, *O futuro do estado*, São Paulo, Moderna, 1980; Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas Libri, 1984; Georges Burdeau, *O estado*, Lisboa, Publicações Eu-

mites e aporias inerentes à aplicação do princípio majoritário podem ser entendidos, nesse sentido, como objeções ao próprio conceito de Estado.

A segunda parte arrolou explicações sociológicas sobre o direito que, em suma, sugerem revisões radicais tanto na teoria jurídica quanto na teoria do Estado. No caso de Selznick e Nonet, a incapacidade do Estado e do direito responderem aos reclamos sociais motiva o nascimento do direito responsivo. O direito reflexivo de Teubner e o direito autopoietico de Luhmann procuram equilibrar as demandas do ambiente com a capacidade de respostas do sistema jurídico. A controvertida combinação entre abertura cognitiva e clausura normativa do sistema jurídico procura conciliar o macro e o micro, o individual e o coletivo, o Estado e a sociedade. Essa combinação, como frisou Offe, “priva o princípio majoritário de fundamentar o poder”. Isso faz da regra da maioria simples mecanismo de auto-legitimação do Estado.¹⁶⁶ Por fim, o pluralismo jurídico de Boaventura “em conexão íntima com o tema do Estado”, critica o monopólio estatal da produção do direito.¹⁶⁷ Ou seja: todos os autores tomam como referência básica para suas formulações a crise e a transformação do Estado.

Portanto, o percurso até aqui seguido estabeleceu um elo essencial entre a regra da maioria e o conceito de Estado. Tentou verificar em que condições a primeira pode legitimar as decisões do segundo. Para prosseguir na análise, os próximos passos serão: a) analisar as possibilidades de combinação entre o conceito de Estado e a regra da maioria; b) verificar se o Estado de Direito e o

ropa-América, s. d.; Reinhold Zippelius, *Teoria geral do estado*, Lisboa, Gulbenkian, 1984; Martin Kriele, *Introducción a la teoría del estado*, op. cit.; Pablo Lucas Verdú e Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Manual de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1987, v. 1; Alessandro Passerin D'Entrèves, *La dottrina dello stato*, Torino, Giappichelli, 1967. Com pequenas variações de enfoque, os três elementos básicos — povo, território e soberania — aparecem em todas as definições.

166. Cf. Claus Offe, *Legitimação política por decisão majoritária?*, op. cit., p. 344.

167. Cf. Boaventura de Sousa Santos, *Estado, derecho y luchas sociales*, op. cit., p. 16.

princípio da legalidade — uma legalidade, em tese, produzida pela vontade da maioria — são realmente o espelho da soberania popular.

O Estado pode ser definido como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território”.¹⁶⁸ Tal definição é totalmente compatível com o conceito de regra da maioria aqui desenvolvido. Porém, comparando-se as conceituações de forma mais minuciosa, a compatibilização é sustentável?

Verdú e De La Cueva afirmam que o primeiro elemento do conceito de Estado é o povo. Isso porque, segundo os autores, não é o povo que está em função do Estado, mas sim o inverso. No âmbito jurídico-estatal, o povo manifesta-se como o titular o poder constituinte, o corpo eleitoral, o sujeito soberano da democracia e o destinatário dos benefícios da vontade estatal.¹⁶⁹ Existindo o sufrágio universal, lembra Bobbio, “parece que o problema de fazer coincidir a regra da maioria com o princípio da democracia esteja resolvido. Mas isso é verdadeiro?”. A partir daí, Bobbio arrola várias situações nas quais definir o “demos” e aplicar a regra da maioria torna-se um problema técnico: a) e quando as decisões dos cidadãos de um Estado interferem nos direitos de outro Estado?; b) como interpretar os votos em branco e os nulos?; c) qual o sentido das abstenções? Não bastassem as indeterminações sociológicas

168. Cf. Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do estado*, op. cit., pp. 100-101.

169. Ver, nesse sentido, Pablo Lucas Verdú e Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Manual de derecho político*, op. cit., p. 133. Ver, ainda, Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, op. cit., pp. 50-65.

do conceito de povo, também do prisma jurídico definir o “demos” é problemático.¹⁷⁰

O conceito de território como limite espacial do exercício do poder estatal igualmente traz consigo dúvidas sobre a aplicação do princípio majoritário. Alfonso Ruiz Miguel ilustra bem a situação: existem, no interior do Estado, outros possíveis âmbitos territoriais?; no plano local a democracia deve ser direta?; no espaço territorial do Estado — que inclui rios que atravessam outros Estados, regiões fronteiriças, oceanos, subsolo e espaço aéreo — a soberania é realmente absoluta?¹⁷¹ Retorna-se, com isso, à metáfora geográfica de Boaventura. O direito territorial — o espaço da cidadania — não está errando na escala, isto é, optando pela escala única do direito estatal, em detrimento de escalas específicas (locais, regionais, internacionais)? Ou, então, não está manipulando as projeções, reservando um generoso espaço ao direito territorial, em detrimento de outros ordenamentos jurídicos? Ou, ainda, condicionado pelos equívocos de escala e projeção, não cria uma simbologia que confunde o usuário da “cartografia” jurídica? Dito de outro modo: o mapa oferecido pelo direito territorial é inútil?¹⁷²

O terceiro elemento do conceito de Estado — a busca do “bem-comum” —, em sociedades complexas, fragmentadas, excludentes e nada igualitárias, como no caso brasileiro, também é perturbador. Numa realidade que nega os direitos fundamentais da pessoa humana a parcelas significativas da população, a regra da maioria assume a feição de instrumento de auto-legitimação da autoridade. Sem respeito aos direitos humanos, a participação política livre e igualitária torna-se utópica. A simples procura do

170. Ver, para essa discussão, Norberto Bobbio, *La regola di maggioranza; limiti e aporie*, op. cit., pp. 61-69 e Elaine Spitz, *Majority rule*, op. cit., pp. 38-65.

171. Cf. Alfonso Ruiz Miguel, *Problemas de âmbito de la democracia*, in *Doxa*, 1989, n. 6, pp. 97-120.

172. Ver, nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos, *Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho*, in *Estado, derecho y luchas sociales*, op. cit.

“bem-comum” é o suficiente para caracterizar as finalidades do Estado?

O último elemento da definição de Estado — o poder de dizer monopolisticamente o direito válido em determinado território, isto é, a soberania — talvez seja, atualmente, o mais abalado dos conceitos da teoria do Estado. Não que a soberania estatal tenha deixado de existir ou tenha perdido sua importância. Muito menos que o Estado-nação não desempenhe mais funções relevantes na nova ordem internacional. Nada disso. O que ocorre é um questionamento da legitimidade das decisões estatais. A crise do Estado aponta na direção de uma profunda revisão dos seus papéis. Privatizar estatais é apenas uma minúscula faceta da mudança. Discute-se, agora, a capacidade do Estado manter o suposto monopólio da produção do direito. As teorias sociais do direito debatidas no capítulo anterior, quase que em uníssono, enfatizam essa tendência.¹⁷³

Povo, território, finalidade e soberania questionados. O conceito de Estado posto em discussão. Os limites e as aporias da regra da maioria ressurgem no debate político — por meio dos penetrantes ensaios de Offe e Bobbio na década de oitenta — no exato momento em que a crise do Estado começa a ganhar contornos mais precisos na prática e na teoria políticas. As transformações no papel do Estado — ampliação, redução ou revisão de suas funções — implicam a automática remodelação do sistema jurídico. Daí a questão: a regra da maioria é considerada o fundamento do poder normativo monopolizado pelo Estado; o Estado está em transformação; então, a legitimação política pela regra da maioria também estaria em crise?¹⁷⁴ Em outras palavras, a crise do Estado é também regulatória. Isto é, um momento em que os vícios de projeção, escala e simbolização da legalidade estatal são mani-

173. Sem dúvida, nesse ponto, Selznick, Nonet e Boaventura são contundentes no questionamento da soberania estatal. Teubner e Luhmann não deixam suas posições suficientemente explícitas. Parecem mais apegados à tese da estatalidade do direito.

174. Ver, nesse sentido, Pietro Barcellona, *I soggetti e le norme*, Milano, Giuffrè, 1984.

festos. Um breve exame do princípio da legalidade pode ilustrar mais fielmente a situação.

b - Estado de Direito e regra da maioria

Para a conceituação liberal, Estado de Direito significa a conjugação de pelo menos três elementos: a) o princípio da legalidade, vale dizer, o império da lei estatal, que é sua característica básica; b) o princípio da publicidade, isto é, da transparência da atuação do Estado na produção das leis, decisões judiciais e atos administrativos; c) o princípio do equilíbrio e do controle entre os Poderes. A legalidade do Estado contemporâneo é fruto de um labiríntico processo legislativo, gerador de leis vagas, imprecisas e amiúde contraditórias. A lei é, como lembra José Afonso da Silva, “o ato oficial de maior realce na vida pública. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta”.¹⁷⁵ A legalidade é o produto democrático da vontade da maioria.

O império da lei vem complementado pelo princípio da publicidade, que impõe ao poder público a permanente visibilidade e transparência das ações. Bobbio já definiu o “governo da democracia como o governo do poder público em público... No Estado constitucional, o caráter público é a regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos...”.¹⁷⁶ É natural que seja desse modo, pois o “demos” é as-

175. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 107. Ver, ainda, sobre o princípio da legalidade, Vinício Ribeiro, *O estado de direito e o princípio da legalidade da administração*, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, Luigi Ferrajoli, *La crisi dello stato di diritto nella crisi dello stato sociale*, in *Trasformazioni e crisi del welfare state*, Ester Fano, Stefano Rodotà e Giacomo Marramao organizadores, Bari, De Donato, 1983, pp. 419-429, Ernst Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

176. Ver, nesse sentido, Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, op. cit., pp. 75-100.

- ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de - *Difícil caminho: sindicatos e política na construção da democracia*, in *A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*, Fábio Wanderley Reis e Guillermo O'Donnell organizadores, São Paulo, Vértice, 1988.
- ALMINO, João - *O segredo e a informação. Ética e política no espaço público*, São Paulo, Brasiliense, 1986.
- ANDERSON, Perry - *La evolución política de Norberto Bobbio*, in *Teorías de la democracia*, José González García e Fernando Quesada organizadores, Barcelona, Anthropos, 1988.
- ARDIGÒ, Achille - *Presentazione*, in *Teoria politica nello stato del benessere*, Niklas Luhmann, Milano, Franco Angeli, 1987.
- ARENDT, Hannah - *A mentira na política. Considerações sobre os Documentos do Pentágono*, in *Crises da República*, São Paulo, Perspectiva, 1973.
- ARENDT, Hannah - *Verdade e política*, in *Entre o passado e o futuro*, São Paulo, Perspectiva, 1972.
- ARNAUD, André-Jean - *Direito e sociedade - um cruzamento interdisciplinar*, in *O direito traído pela filosofia*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991.
- Arrow, Kenneth J. - *Social choice and individual values*, New Haven, Yale University Press, 1976.
- BALDASSARRE, Antonio - *I limiti della democrazia*, Bari, Laterza, 1985.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira - *Teoria geral do federalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- BARCELLONA, Pietro - *I soggetti e le norme*, Milano, Giuffrè, 1984.
- BARRY, Brian - *Sociologists, economists and democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988.
- BARTOLINI, Stefano - *Introduzione*, in *La decisione di maggioranza*, Pierre Favre, Milano, Giuffrè, 1988.
- BASTOS, Celso Ribeiro - *Curso de teoria do estado e ciência política*, São Paulo, Saraiva, 1986.
- BENDERSKY, Mário - *Nulidad de asambleas en el régimen de propiedad horizontal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.
- BENDIX, Reinhard - *A ampliação da cidadania*, in *Política & sociedade*, Fernando Henrique Cardoso e Carlos Estevam Martins organizadores, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1979.
- BERG, Elias - *Democracy and majority principle. A study in twelve contemporary political theories*, Stockholm, Scandinavian University Books, 1965.
- _____ - *Majority rule*, in *The blackwell encyclopaedia of political institutions*, Vernon Bogdanor organizador, Oxford, Blackwell, 1987.
- BETTINI, Romano - *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, Franco Angeli, 1983.
- Black, Duncan - *The theory of committees and elections*, Norwell, Kluwer Academic Publishers, 1987.
- BLANKENBURG, Erhard - *The poverty of evolutionism: a critique of Teubner's thesis on "reflexive law"*, in *Conference on reflexive law and the regulatory crisis*

Os próximos parágrafos procuram demonstrar como os paradigmas da legalidade, da publicidade e do controle resultam obsoletos e reservados a áreas restritas e superficiais da atuação do Estado.¹⁸⁰ Legitimar as decisões coletivas e aproximar governantes e governados são objetivos da regra da maioria. Fazer da lei a expressão da “soberania da maioria” integra o conceito de democracia. Mas, se além da noção de Estado, o próprio conceito de Estado de Direito também é relativizado, qual a utilidade da regra da maioria enquanto instrumento de legitimação das decisões políticas?

Estado de Direito é, antes de tudo, princípio da legalidade. A literatura jurídica e política tem identificado, insistentemente, a coexistência do Estado de Direito com o Estado Paralelo. Trata-se de um Estado à margem do Estado de Direito. O Estado Paralelo desenvolve-se em espaços extra-legais ou de legalidade atenuada. É fruto de uma discrepância básica: de um lado, uma matriz jurídico-institucional que formaliza e oficializa vastos domínios da vida social por meio da lei; de outro, uma prática social de ações e omissões do Estado no cotidiano da regulação social.¹⁸¹ Boaven-

des divisões”. Cf. Edmund Burke, *Reflexões sobre a revolução em França*, Brasília, UnB, 1982, p. 135. Em 1835 Tocqueville afirmava: “Já tive ocasião de falar dos vícios peculiares ao governo da democracia; não existe sequer um que não aumente ao mesmo tempo que o poder da maioria”. Cf. Alexis de Tocqueville, *A democracia na América*, São Paulo - Belo Horizonte, Edusp - Itatiaia, 1977, p. 192.

180. Ver, nesse sentido, Luigi Ferrajoli, *La crisi dello stato di diritto nella crisi dello stato sociale*, in *Trasformazioni e crisi del welfare state*, Ester Fano et alii organizadores, op. cit., pp. 419-429, amplamente utilizado no desenvolvimento deste argumento.

181. Boaventura de Sousa Santos desenvolve, com propriedade, o conceito de Estado paralelo. Seu referencial é o Estado português, para ele um Estado semiperiférico, um falso Welfare State. A contradição é exemplificada pelo confronto entre uma legislação que garante os direitos trabalhistas e o direito à saúde, típicos do Welfare State, e uma prática social que desmente a legislação. As coincidências com a realidade brasileira dispensam maior ênfase. Ver, sobretudo, *O Estado e a sociedade na semiperiferia do sistema mundial: o caso português*, *O Estado e as transformações recentes na relação salarial* (em co-autoria com José Reis e Maria Manuel Leitão Marques) e *O Estado, a sociedade e as políticas sociais: o caso das políticas de saúde* (em colaboração com Pedro Hespanha), todos

tura arrola, dentre essas práticas, a não aplicação da lei, sua aplicação seletiva, a instrumentalização da lei para fins diversos dos oficiais, a não regulamentação de direitos constitucionais, a ausência de dotação de meios humanos e financeiros para a implementação de políticas públicas.

Essa atuação do Estado paralelo, lembra Boaventura, implica a total desvalorização dos direitos sociais, da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Dito de outro modo, é a “técnica informal” que retira eficácia à lei do maior número. Gramsci já apontara o fenômeno ao criticar a idéia de que no Estado representativo “o número é a lei suprema”. Os números, dizia Gramsci, “são um simples valor instrumental, que dão uma medida e uma relação, e nada mais. E depois, o que é que se mede? Mede-se exatamente a eficácia e a capacidade de expansão e de persuasão das opiniões de alguns, das minorias ativas, das “elites”, das vanguardas”.¹⁸²

Outro pilar do conceito de Estado de Direito é o princípio da publicidade. Como já dito, esse princípio é um desdobramento do império da lei. Num contexto em que prevalece o Estado paralelo — informal e não oficial —, o princípio da publicidade cede vez ao segredo, ao mistério, à invisibilidade do poder. Isso não ocorre apenas na burocracia administrativa, onde exigências funcionais e corporativas sempre propiciam formas de poder invisíveis. Em todo o sistema político surgem centros dissimulados, sorrateiros e que escapam aos controles jurídicos e políticos institucionais. Aliás, como sublinha Hannah Arendt, “Sigilo — diplomaticamente chamado de ‘descrição’ e de *arcana imperii* (os mistérios do governo) — e embuste, ou seja, a falsidade deliberada e a mentira descarada, são usados como meios legítimos para alcançar fins políticos desde os primórdios da história documentada. A verdade nunca esteve entre as virtudes políticas, e mentiras sempre

in *O Estado e a sociedade em Portugal (1974-1988)*, op. cit. Ver, também, Luigi Ferrajoli, *La crisi dello stato di diritto nella crisi dello stato sociale*, op. cit.

182. Cf. Antonio Gramsci, *Maquiavel, a política e o Estado moderno*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1980, p. 88.

foram encaradas como instrumentos justificáveis nestes assuntos”.¹⁸³

Ocorre que o segredo — que, de fato, “nunca esteve entre as virtudes da política” — é incompatível com o ideal democrático e com a regra da maioria. O regime democrático funda-se no princípio de que os atos dos governantes devem ser do conhecimento do povo — o princípio da publicidade. Mas como o povo pode exercer sua soberania se os atos do governo são misteriosos? Trata-se de um sigilo muitas vezes até legal — amparado em leis especiais que protegem os atos do Estado, classificam os papéis oficiais, criam prazos para a liberação de documentos do governo à população. Em outras palavras, a lei, que deveria garantir a publicidade dos atos do Estado, autoriza o mistério. Os paradoxos não param aí. O exemplo italiano da loja maçônica P 2, a máfia siciliana, o caso Irã-Contras, o projeto nuclear brasileiro, a fórmula secreta e desastrosa com que são concebidos os “pacotes econômicos”, as negociatas envolvendo empresas públicas são algumas das incontáveis situações em que o princípio da publicidade é suplantado pelo poder invisível.

A literatura da ciência política e da sociologia jurídica explora a hipótese dos “anéis burocráticos” do Estado, ou seja, círculos informais de negociação, transação e barganha que, muitas vezes, condicionam o processo decisório e a implementação das próprias decisões políticas. Obviamente, a estratégia desses arranjos não é a da discussão pública de suas premissas. O segredo, que parecia ser a “alma dos negócios” privados, dá mostras crescentes de estar sendo incorporado às técnicas de gestão da *res publica*.¹⁸⁴ Uma curiosa versão da “privatização do espaço público”.

183. Cf. Hannah Arendt, *A mentira na política. Considerações sobre os Documentos do Pentágono*, in *Crises da República*, São Paulo, Perspectiva, 1973. Ver, ainda, da mesma autora, *Verdade e política*, in *Entre o passado e o futuro*, São Paulo, Perspectiva, 1972. Ver, por fim, João Almino, *O segredo e a informação. Ética e política no espaço público*, São Paulo, Brasiliense, 1986.

184. Ver, nesse sentido, José Eduardo Faria, *Eficácia jurídica e violência simbólica*, op. cit., e Romano Bettini, *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, Franco Angeli, 1983.

Por fim, esvaziados os princípios da legalidade e da publicidade, praticamente inexistem instrumentos eficazes para o controle do Estado. Instaura-se a irresponsabilidade política e jurídica dos governantes. Luigi Ferrajoli afirma que a ação conjunta desses três fatores — “ilegalidade, invisibilidade e ausência de controle crescentes” — reinstaura uma orientação neo-absolutista. Como conseqüência, a legislação transfigura-se no instrumento de favorecimentos setoriais; o parlamento e a representação política perdem legitimidade; as ações político-institucionais tornam-se obscuras e indecifráveis. A regra da maioria — não bastassem seus limites axiológicos e suas aporias técnicas —, e a própria democracia política perdem, gradativamente, capacidade de viabilizar o consenso e justificar a obediência.

Qual, então, o futuro da regra da maioria? A velha distinção entre poder de *imperium* e poder de *dominium*, retomada por Bobbio para explicar a história da formação e evolução do Estado moderno, pode sugerir caminhos interessantes para uma eventual resposta. O poder de *imperium* é aquele exercido sobre as pessoas. Diz respeito ao espaço público e coletivo da ação política estatal. O poder de *dominium*, por seu turno, incide sobre as coisas. Refere-se ao espaço privado e individual da ação social. Por trás dessa divisão estão as grandes dicotomias do pensamento político e jurídico: Estado/sociedade; política/economia; público/privado.¹⁸⁵

Os critérios de organização de interesses nesses campos são muito diversos. No espaço público, a regra da maioria exerce um papel fundamental para a agregação de interesses. No domínio privado, a harmonização de interesses é dependente do acordo individual de vontades. Em termos jurídicos, o poder de *imperium* é

185. Ver, para o exame dessas categorias, Norberto Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1985, pp. 3-22, Boaventura de Sousa Santos, *Para uma sociologia da distinção estado/sociedade civil*, op. cit., Gianfranco Poggi, *A evolução do estado moderno*, op. cit., Umberto Cerroni, *Società e stato*, in *Per una teoria generale della politica*, Luigi Bonanate e Michelangelo Bovero organizadores, op. cit., pp. 107-118, Charles S. Maier, *Introduction*, in *Changing Boundaries of the political*, op. cit., pp. 1-24. Ver, ainda, Claus Offe, *Capitalismo desorganizado*, São Paulo, Brasiliense, 1989.

exercido, nas democracias, pelo governo das leis. A lei cristaliza a vontade do maior número de cidadãos. Ainda juridicamente, o poder de *dominium* tem no contrato seu principal instrumento. O contrato é a expressão da autonomia da vontade das partes. Dito de outro modo, a regra da maioria possibilita o máximo de liberdade na esfera pública. O contrato viabiliza o máximo de liberdade no âmbito privado.

Mas essas dicotomias estão claramente envelhecidas. Não dão conta da crescente “mercantilização da política” e da “politização da economia” que caracteriza as sociedades modernas. No plano do direito, as conseqüências dessa interpenetração entre o Estado e a sociedade, a política e a economia, o individual e o coletivo, são muito marcantes. De um lado, o direito privado recebe crescentes interferências do direito público: limitações de preços, imposição de padrões de qualidade, defesa do consumidor, numa palavra, intervencionismo. De outro lado, o direito público crescentemente delega ao direito privado algumas de suas antigas competências: arranjos neocorporativos, assembléias dos interessados, pactos setoriais. A teoria geral do direito designa o primeiro movimento como de “publicização do direito privado”. O segundo momento tipifica a chamada “privatização do direito público”.¹⁸⁶

Nessa trilha, o contrato perde a característica de instrumento de manifestação da autonomia da vontade individual. A sociedade neocorporativa viabiliza pactos entre os setores sociais mais articulados. Trata-se, agora, de contratos entre grandes unidades sociais. Esses contratos coletivos — e não apenas nas relações trabalhistas — caracterizam o neocontratualismo. Apontam para novas formas de harmonização de interesses. Substituem o direito estatal, com ou sem delegação expressa, deslocando a legalidade tradicional para um patamar secundário.¹⁸⁷

186. Ver, nesse sentido, José Eduardo Faria, *O Brasil pós-constituente*, op. cit., e Enrique Zuleta Puceiro, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

187. Ver, sobre os rumos do corporativismo e suas relações com a política, para o caso brasileiro, Renato Raul Boschi, *A arte da associação. Política de base e democracia no Brasil*, São Paulo - Rio de Janeiro, Vértice - Iuperj, 1987; Maria Hermínia Tavares de Almeida, *Difícil caminho: sindicatos e política na constru-*

O neocontratualismo chama a atenção para o fato de que existem outros modos de formação da vontade coletiva, como os acordos e as negociações. Portanto, a crise do Estado e de sua legalidade abrem caminhos para novas técnicas de resolução dos conflitos, muito distantes da regra da maioria. Contrariamente ao que supõe o positivismo jurídico, preso à noção de supremacia da lei com expressão da vontade majoritária, nas sociedades modernas, caracterizadas por grandes organizações em conflito, os acordos bilaterais e setoriais não perdem eficácia enquanto instrumento de resolução das disputas. As noções de contrato como instituto de direito privado (*dominium*) e de lei como instituto de direito público (*imperium*) são esquemáticas e superadas. Os acordos coletivos, muitas vezes, envolvem milhões de trabalhadores. Isso não é, de modo algum, um simples contrato de direito privado.

A idéia de supremacia da lei, como ressalta Bobbio, era inerente ao Estado monocrata concebido por Hobbes. Porém, o desenvolvimento social e econômico dos Estados contemporâneos criou vários centros de geração do direito. A produção de normas jurídicas deixou de ter origem monocêntrica nas ficções do príncipe e da soberania popular. Paralelamente aos códigos e às leis, a sociedade industrial procurou encontrar outros mecanismos de obtenção de consenso e lealdade.¹⁸⁸

ção da democracia, in *A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*, Fabio Wanderley Reis e Guillermo O'Donnell organizadores, São Paulo, Vértice, 1988; Leôncio Martins Rodrigues, *O sindicalismo corporativo no Brasil*, in *Partidos e sindicatos: escritos de sociologia política*, São Paulo, Ática, 1990. Ver, ainda, Antônio Rodrigues de Freitas Júnior, *Sindicato: domesticação e ruptura*, São Paulo, OAB, 1989. Para a relação entre neocorporativismo e democracia, ver Philippe C. Schmitter, *Democratic theory and neocorporatist practice*, in *Social Research*, op. cit., e Norberto Bobbio, *Il futuro della democrazia*, op. cit. Sobre o neocontratualismo, ver Norberto Bobbio, Giuliano Pontara e Salvatore Veca, *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*, Roma, Riuniti, 1985, Elías Díaz, *The new social contract. Institutions and social movements*, in *Oñati Proceedings*, n. 1, 1989, pp. 85-99, Hans Daudt e Douglas Rae, *Social contract and the limits of majority rule*, in *Democracy, consensus and social contract*, Pierre Birnbaum, Jack Lively e Geraint Parry organizadores, London, Sage, 1978, v. 2, pp. 335-357 188. Cf. Norberto Bobbio, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, op. cit., p. 48.

A questão reside em saber se os pactos neocorporativos são realmente democráticos. Para as partes envolvidas na negociação a decisão contratada tende a ser altamente responsável. O acordo reflete o grau máximo de trocas possível numa dada conjuntura. Contudo, as práticas neocorporativas desestimulam a participação dos cidadãos, reduzem a responsabilidade das autoridades e eliminam a competitividade. Num contexto de esgotamento da capacidade regulatória do Estado, o neocorporativismo pode ser uma alternativa de legitimação política setorial. Entretanto, tudo indica que ao custo do esvaziamento dos instrumentos de participação política e controle do poder, inclusive a regra da maioria e a proteção às minorias.

A ampla literatura sobre os “novos movimentos sociais” e suas implicações com as instituições democráticas também sugere dificuldades na aplicação da regra da maioria. Dentre as características desses movimentos destacam-se as seguintes: privilégio à participação em detrimento da representação; rejeição das formas tradicionais de relação política; convívio baseado em relações pessoais que buscam a construção da solidariedade e de identidades coletivas; agregação em torno de carências e necessidades comuns.¹⁸⁹

Esse perfil organizacional destaca a unidade da ação coletiva obtida em cada movimento. Entretanto, a pluralidade, fragmentação e dispersão desses movimentos podem dissolvê-los em plataformas políticas particularistas e voláteis. As agregações mediante decisões majoritárias são substituídas por uma infinidade de mini-decisões calcadas na identidade de interesses de cada movimento. Desse modo, o grande risco dos movimentos sociais reside na redução das práticas democráticas à democracia direta no seio

189. Cf. Renato Raul Boschi, *A arte da associação - Política de base e democracia no Brasil*, op. cit.; Eunice Ribeiro Durham, *Movimentos sociais. A construção da cidadania*, in *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, 1984, n. 10, p. 24. Ver, ainda, Ernesto Laclau, *Novos movimentos sociais e a pluralidade do social*, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, 1986, v. 1, pp. 41-47 e Ruth Corrêa Leite Cardoso, *Movimentos sociais na América Latina*, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, 1987, v. 3, pp. 27-37.

das comunidades. Isso com duas agravantes: de um lado, a falta de flexibilidade desses movimentos nas relações com outras entidades e, principalmente, com o Estado; de outro, a ausência de mecanismos para reconhecer posições divergentes.¹⁹⁰ A maioria transforma-se em unanimidade e a oposição passa a ser vista como espúria.

Assim, resumidamente, percebe-se com clareza o impasse vivido pela regra da maioria. Concebida para agregar o interesse de coletividades e superar as divergências entre os grandes grupos sociais, com as transformações no papel do Estado, gradativamente, vê sua importância diminuída. Idealizada como apanágio do Estado de Direito, diante da crise dos princípios da legalidade, da publicidade e do controle do Poder, perde capacidade de respaldar a soberania popular.

Esvaziada e disfuncional, a regra da maioria passa a concorrer com outros mecanismos de agregação de interesses, como os arranjos neocorporativos e os novos movimentos sociais. Entretanto, nenhuma dessas práticas é capaz de preencher as vantagens da regra da maioria enquanto “um complexo universo de regras” que estimula participação e competitividade política, garantindo os direitos das minorias. As alternativas à regra da maioria parecem, em muitas situações, excessivamente particularistas para reproduzir a vontade coletiva e escassamente institucionalizadas para resguardar um perfil democrático.

190. Cf. Eunice Ribeiro Durham, *Movimentos sociais. A construção da cidadania*, op. cit., p. 30. Ver, ainda, Ilse Scherer-Warren e Paulo J. Krischke organizadores, *Uma revolução no cotidiano? Os novos movimentos sociais na América Latina*, São Paulo, Brasiliense, 1987, Alberto Melucci, *Sistema politico, partiti e movimenti sociali*, Milano, Feltrinelli, 1989, Elías Díaz, *The new social contract. Institutions and social movements*, op. cit. e Claus Offe, *Challenging the boundaries of institutional politics: social movements since the 1960*, op. cit.