



Prisma Jurídico

ISSN: 1677-4760

prismajuridico@uninove.br

Universidade Nove de Julho

Brasil

de Rezende Alvim, Joaquim Leonel; Fragale Filho, Roberto

A formação da lei: do geral ao particular

Prisma Jurídico, núm. 5, 2006, pp. 133-151

Universidade Nove de Julho

São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93400509>

- ▶ Como citar este artigo
- ▶ Número completo
- ▶ Mais artigos
- ▶ Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

A formação da lei: do geral ao particular

Joaquim Leonel de Rezende Alvim

Doutor em Ciência Política – Université de Montpellier I;

Professor do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito – UFF.

Rio de Janeiro – RJ [Brasil]

alvimleonel@terra.com.br

Roberto Fragale Filho

Doutor em Ciência Política -Université de Montpellier I;

Professor do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito – UFF.

Rio de Janeiro – RJ [Brasil]

fragale@alternex.com.br

▼ A dimensão social do processo normativo é imprescindível para a construção de uma vontade coletiva, expressa por meio de representantes, cuja atuação legitima a formação de uma lei geral. Esse processo parece agora, dois séculos mais tarde, refazer o mesmo itinerário, mas em sentido contrário. Do geral, voltamos ao particular. Compreender esse percurso é o que desejamos fazer em dois momentos distintos, examinando, inicialmente, (I) o processo de construção de uma lei “generalizável” à comunidade de cidadãos e, em seguida, (II) o retorno às tentativas de elaboração de uma lei “particularizável” a diferentes grupos sociais.

Palavras-chave: Comunitarismo. Formação da lei. Particularismo. Representação política. Universalismo.

1 Introdução

A temática da formação da lei, quando vista numa perspectiva excessivamente dogmática, quase sempre termina analisada na restrita ótica do processo legislativo. Com efeito, o ensino da lei é comumente apresentado, a partir de seu conceito, nos currículos jurídicos, levando-se em consideração a origem da palavra e sua formação, principalmente quando é trabalhada sob os aspectos de sua validade formal (vigência), da competência legal, dos mecanismos de sanção e voto. Não é essa, entretanto, a abordagem que desejamos imprimir neste texto. Na verdade, interessa-nos recuperar uma dimensão social do processo normativo, que busca dialogar com sua legitimidade e sua participação na realização de um exercício cidadão.

Nesse sentido, nosso ponto de partida é, sem dúvida, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1793), que, em seu item XXIX, estabelece que “cada cidadão tem o direito igual de concorrer à formação da lei e à nomeação de seus mandatários e de seus agentes”. Essa idéia de ampla e universal participação no processo de formação da lei é recuperada nas Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa (1821), que, em seu item 24, assegura que

[...] a lei é a vontade dos cidadãos declarada pelos seus representantes juntos em Cortes. Todos os cidadãos devem concorrer para a formação da lei, elegendo estes representantes pelo método que a Constituição estabelecer. Nela se há de também determinar quais devam ser excluídos destas eleições. As leis se farão pela unanimidade ou pluralidade de votos, precedendo discussão pública.

Ou seja, ambas as enunciações explicitam, de forma clara, que o processo de formação da lei se desenvolve a partir de uma vontade coleti-

va, expressa por meio de mandatários ou representantes. Dessa maneira, construiu-se uma imagem de um todo unitário a partir de uma lógica de representação, que permitiria que a lei não desaparecesse entre os súditos de um mesmo Estado, mesmo que ela fosse a mesma, como diz Voltaire, para os mais de 140 povos pequenos que habitam uma única província da Europa, entre os Alpes e os Pirineus, e se dizem compatriotas, mas que, na realidade, são estranhos uns aos outros. Entretanto, dois séculos depois, esses 140 povos pequenos parecem constituir-se em novas unidades, postulando que a lei lhes reconheça traços de pertencimento que não se limitam à unidade territorial, que estabelecem vínculos infra e supra-estatais absolutamente distintos daqueles que lhes fundamentou a união ao longo desse período. A formação da lei parece agora refazer o mesmo itinerário, mas em sentido contrário. Do geral, voltamos ao particular. Retraçar essa trajetória e compreender esse percurso é o que desejamos fazer em dois momentos distintos: utilizando a idéia de representação como fio condutor, buscaremos entender, inicialmente, (I) o processo de construção de uma lei “generalizável” à comunidade de cidadãos e, em seguida, (II) o retorno às tentativas de elaboração de uma lei “particularizável” a diferentes grupos sociais.

2 O geral na formação da lei e a idéia de representação

Na história política contemporânea, a noção de democracia é fundada sobre dois conceitos básicos: o da representação e o da participação (SARTORI, 2003). Em linhas gerais, a consolidação dos valores ocidentais acerca da representação deságua na livre escolha, por meio do voto universal e secreto, de indivíduos que, quando eleitos, passam a ter um mandato livre para atuação no sistema político vigente, seja no parlamento, seja no executivo. Podemos constatar, não obstante estarmos trabalhando a idéia de representação, que ela se liga à prática da participação, na medida em que

se constitui pelo voto, ou seja, pelo engajamento dos cidadãos em um processo eleitoral. Esse envolvimento também se constituiu, historicamente, em um outro campo: o da democracia direta, em que os indivíduos e os diversos grupos sociais atuam diretamente no processo decisório, intervindo na definição de políticas sociais.

Dessa forma, para dar conta de uma abordagem sociojurídica do processo de formação da lei na modernidade, é necessário que se desenvolva a idéia de representação que pressupõe a existência de uma separação estruturante entre sociedade e poder, a partir da qual as diferentes concepções (modernas e liberais) desta representação serão construídas.

Uma das marcas constitutivas do Estado moderno, explicada doutrinariamente de diversas formas, é a separação entre sociedade e poder. A procura e a defesa de formas institucionais (e não institucionais) que preencham esse espaço entre sociedade e poder criam diversas equações, cujas soluções se vêm apresentando como desdobramento das práticas e do pensamento político moderno. A estruturação dessa separação traz, para o campo da política, a idéia de representação. A elaboração política da representação perfaz, dessa forma, um longo caminho histórico que, obviamente, não pretendemos esgotar nos marcos deste artigo. Nosso propósito é somente desenvolver, de forma geral, os grandes eixos que norteiam essa construção sociopolítica.

A gênese do processo de separação entre sociedade e poder é objeto de controvérsia. A identificação histórica dada no começo dos Estados Absolutistas parece ser a mais acertada no estabelecimento de um marco cronológico. Por meio dessa linha de análise, podemos constatar, nesse marco, a reconstrução de uma idéia de ordem e de espaço público existente na Antigüidade. Trata-se, portanto, de uma reconstrução em nível de uma História das Idéias. A noção de espaço público, retomada em bases materialmente diversas na modernidade, exprime uma continuidade em termos de modelo ideológico, como desenvolvido por Habermas (1984, p. 16-17, grifos do autor):

Esse modelo da esfera pública helênica, tal como ele foi estilizadamente transmitido pela interpretação que os gregos deram de si mesmos, partilha, desde a Renascença, com todo o assim chamado ‘clássico’, de autêntica força normativa até nossos dias. Não é a formação social que lhe é subjacente, mas o próprio modelo ideológico é que manteve ao longo dos séculos a sua continuidade, uma continuidade exatamente nos termos da história das idéias. Inicialmente, ao longo de toda a Idade Média, foram transmitidas as categorias de público e de privado nas definições do Direito Romano: a esfera pública como *res publica*. É verdade que elas só passam a ter novamente uma efetiva aplicação processual jurídica com o surgimento do Estado Moderno e com aquela esfera da Sociedade Civil separada dele.

Podemos constatar dois campos no desenvolvimento de Habermas que são analiticamente diferenciados: modelo ideológico e formação social. Mesmo sabendo das profundas imbricações existentes entre ambos, Habermas sustenta, no tocante à “esfera pública”, uma continuidade de um e uma descontinuidade do outro. Dessa forma, podemos perceber tal descontinuidade no período histórico da Idade Média com a fragmentação do poder político-jurídico na estrutura do feudalismo. A formação dos Estados Absolutistas, consolidando a separação moderna entre sociedade/poder, será estruturada, exatamente, em contraposição a essa fragmentação. Nesse sentido, podemos situar três “novas” características centrais desses Estados: soberania, despatrimonialização e despersonalização do poder.¹

A formação dos Estados Absolutistas, centrada nas características tratadas, retoma uma distinção inexistente na Idade Média entre público e privado, que será um dos objetos centrais das teorias liberais modernas, cada qual descrevendo, a seu modo, a separação entre sociedade e poder.

As concepções modernas e liberais sobre a representação serão aqui desenvolvidas e terão como base três grandes marcos, embora outros sejam

também possíveis: Thomas Hobbes, Emmanuel Joseph Sièyes e Benjamin Constant.

Hobbes constituiu uma formulação doutrinária da representação que abordava questões centrais para a mudança do poder político, operado entre o período feudal e o de formação dos estados modernos. A questão política que se põe em relação à “idéia” de representação hobbesiana é a separação e a fundamentação de um centro de poder apartado da comunidade e em nome da qual esse poder é exercido. Conforme aponta João Carlos Brum Torres (1989, p. 52),

[...] em Hobbes, a ênfase recai precisamente na proeminência e na separação do elemento estruturante da comunidade política com relação ao corpo de cidadãos, os quais, por isso, passam a ser definidos, necessariamente, como súditos.

A representação em Hobbes implica uma delegação individual de poderes, mostrando uma nova fundamentação da dominação a partir da constituição de um poder soberano feita pelos indivíduos e que deles pode ser destacada.

O modelo hobbesiano exprime uma estruturação dicotômica entre centro de poder e comunidade, em nome da qual esse poder é exercido, embora seja feita uma posterior reunificação na unidade do *Commonwealth*. Dessa forma, os aspectos da delegação individual de poderes e unidade do corpo político estão presentes, concomitantemente, no modelo desenvolvido por Hobbes.

A representação em Hobbes surge como uma delegação individual em razão do próprio desenvolvimento teórico do contrato, construído a partir da hipótese de que antes da sociedade civil teria existido o estado de natureza, em que cada indivíduo seria livre e todos, iguais.² A igualdade nesse estado é dada em relação tanto à capacidade individual quanto à esperança de atingir determinados fins. A consequência dessa igualdade consi-

derada por Hobbes no estado de natureza é a guerra de todos contra todos. No capítulo XIII do Leviatã (HOBBES, 1974), são articuladas as idéias de igualdade e de escassez na formação do estado de guerra e insegurança proposto por Hobbes. A passagem do estado de natureza³ para o civil é dada por um acordo de vontades dos indivíduos, ou seja, pelo contrato. Essa passagem para o estado civil é, verdadeiramente, um ato político organizado pela razão. O contrato apresenta-se como consentimento, como único fundamento de legitimidade do poder.

A representação no modelo hobbesiano, tratada no aspecto da delegação individual de poderes, está presente no momento de formação do Estado e constitui-se, por meio do pacto que os indivíduos celebram entre si⁴ e pela autorização dada por eles a uma pessoa ou assembléia para que ela se torne soberana e sua representante.⁵ Por meio da delegação individual de poderes, a “multidão” estaria unida numa só “pessoa considerada artificial”: o Estado. Hobbes trabalha, dessa forma, no Leviatã, as idéias de formação do corpo político como pessoa artificial, não utilizando, em nenhum momento de sua obra, a de corpo “místico”, tão presente em sua época.

A unidade hobbesiana, não sendo formada por meio da corporificação da pessoa do rei a partir de um poder superior, advém da autorização dada pelo indivíduo no estado de natureza. O ato de criação da pessoa artificial é um gesto político dos indivíduos. A representação hobbesiana, no aspecto da unidade, dar-se-á *ad infinitum*, repondo, em novas bases (autorização consentida dos indivíduos), a imortalidade do corpo místico do rei.

Como aponta Marilena Chauí (1989, p. 292),

[...] o poder do representante é irrevogável. O pacto é alienação de direitos e não pode ser desfeito sem configurar guerra civil. É a maneira encontrada por Hobbes para garantir, em termos políticos, a imortalidade que outrora a teologia garantia ao corpo místico do rei.

O conceito de representação utilizado na fundamentação hobbesiana da obrigação política é trabalhado a partir da autorização individual, observando alguns fatores parciais que serão desenvolvidos pela concepção liberal.

Como lembra Hanna Pitkin (1985), a teoria da autorização é equivocada, pois reduz o conceito de representação ao problema da autorização, tomando-a como um todo, quando, na verdade, é uma parte do conceito. Por meio dela, os limites e as restrições da conduta do representante são pensados quanto à extensão da autoridade que lhe foi conferida. A concepção liberal, concomitantemente com o individualismo na esfera econômica, fundamenta a relação da representação em pessoas racionais, independentes e livres. A vinculação dos atos do representante à autorização dada pelo representado dá lugar ao conceito de representação livre, em que o representante, eleito para a função, não assume compromisso com ninguém nem com nenhum interesse, agindo, portanto, por conta da própria consciência. A representação, na concepção liberal, constitui-se na ação de descoberta da vontade geral, do bem comum, do racional. Os interesses particulares existentes no espaço do mercado e descritos pelas teorias econômicas liberais repõem-se numa perspectiva unificadora no espaço do político. O vínculo entre os indivíduos atomizados e o Estado, respectivamente nos espaços do político e do mercado, é dado pela representação unificadora do interesse comum nacional. A questão da representação passa a ser relacionada à liberdade do representante para, por meio da razão, interpretar o interesse do país. Vinculada à categoria de nação, surge uma nova fundamentação para a representação política.

Esse novo tipo de fundamentação é uma das partes da concepção liberal. Nela, a representação vincula-se à expressão da vontade do corpo nacional, surgindo como referencial explicativo para a categoria de nação. O contratualismo, base para o desenvolvimento da representação em Hobbes, perde seu espaço para essa “idéia” de corpo nacional que, como marco teórico, substitui a noção de contrato. Uma das referências dessa nova funda-

mentação é a obra *Qu'est-ce que le tiers État?*, de Emmanuel Joseph Sièyes (1988). Sem fugir de uma concepção individualista, Sièyes substitui os indivíduos livres, iguais e isolados do modelo hobbesiano que, por meio do contrato, constituem o estado civil, pela noção de “nação”, que passa a ser a nova referência no processo de constituição do Estado. A constituição da representação não é feita a partir de vontades individuais isoladas. A transferência da forma de constituição da representação é dada na passagem de indivíduos isolados do modelo hobbesiano para a “idéia” de poder constituinte originário por parte da nação.⁶ A totalidade da população estaria representada por meio da nação, pois os interesses defendidos pelos representantes não são particulares, e sim nacionais.

O conceito da soberania, vinculado à categoria da nação, também sofre mudanças com relação ao modelo hobbesiano. Para Sièyes, a vontade comum nacional é que será sempre soberana, e não o corpo de representantes (a Assembléia ou o Monarca do modelo hobbesiano). Ela poderá manifestar-se em todos os momentos que julgar conveniente (noção de poder constituinte), revelando, como consequência, a limitação da vontade do corpo de representantes por meio dessa vontade comum nacional. No modelo hobbesiano, a vontade do corpo de representantes era plena e limitada, e tal idéia, conjugada à noção de unidade do *Commonwealth*.

Outro conceito que vem introduzir modificações no modelo hobbesiano de representação é o de vontade comum comissionada. Nesse modelo, o soberano pratica ações não em nome dos súditos, mas como se a ação fosse do próprio súdito. Exerce um direito próprio, não do outro. Para Sièyes, os delegados não agiriam como se estivessem exercendo um direito próprio, mas, sim, como um direito do outro representado pelo conceito de vontade comum comissionada.⁷ Ao conceituar a representação sobre os interesses nacionais, gerais, comuns, Sièyes desenvolve o que seria chamado, posteriormente, de mandato representativo livre.

A idéia de representação política, articulada em face de uma crescente racionalidade do poder, desloca a noção de governante que encarna e

simboliza a comunidade para a noção de governante que atua em razão das necessidades e exigências da sociedade. Esse posicionamento foi sendo formado no fim do século XVII e no correr do século XVIII, quando esse tipo de representação aparece cada vez mais ligado às questões como “expressão de uma forma de razão”, “verdade”, “realização de um objetivo comum”.

Embora também posta em bases racionais de verdade, objetivo comum, a reação a esse processo começa a articular-se com o pensamento que estaria mais preocupado com a expansão da democracia, no sentido de que o poder do governo da maioria poderia submeter o indivíduo a uma “vontade geral”,⁸ perdendo, assim, sua liberdade como privado. A questão da diferença entre democracia e liberalismo já era levantada por Benjamin Constant no fim do século XVIII, e podemos encontrá-la no escrito “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”,⁹ no qual não havia a preocupação com a questão democrática do poder político, mas com a necessidade de limitar esse poder. Assim é que temos uma nova concepção de liberdade, em que a questão do Estado passa a ser analisada segundo a ótica dos direitos do indivíduo, proporcionando o desenvolvimento da doutrina do Estado liberal como a construção dos limites jurídicos do poder estatal.

No pensamento liberal, a questão do controle do poder político anteriormente tratada, expressa sob a idéia de Estado de Direito, é desenvolvida, concomitantemente, com a questão da limitação das tarefas do Estado, que pode ser vista sob a leitura conceitual do Estado Mínimo. Vale lembrar que tanto uma quanto outra estão fundadas, em grande parte, no conceito de liberdade do indivíduo em relação ao Estado. Em Benjamin Constant, a liberdade política tem aspecto instrumental, ou seja, funciona como instrumento que garante o efetivo exercício da “verdadeira” liberdade, que é a do indivíduo no seu campo privado. Esta é a liberdade do moderno em Benjamin Constant e, com base nesse posicionamento, ele fará a defesa do governo representativo. Este último é instrumental, pois é visto pelo aspecto do benefício que pode propiciar em relação à independência privada.

A idéia de representação política aparece, assim, sob um novo enfoque em Constant, diverso do de Hobbes e Sièyes, em que será destacada uma concepção instrumental da representação vinculada ao campo dos interesses individuais (esfera do privado). Nesse aspecto, Constant limitará o desenvolvimento teórico dado por Hobbes (contrato/autorização/unidade) que será “substituído” por Sièyes (vontade da nação). A vontade da nação terá limites nos interesses individuais, contrapondo-se a Sièyes que põe a “grande vontade comum nacional” como ilimitada. Constant (1989) vai rediscutir a questão da restrição do processo de representação política proposto por Sièyes, recorrendo aos conceitos de cidadania ativa e passiva e vinculando representação com propriedade. Todo o desenvolvimento teórico de Constant aponta para o sentido de limitar ao mínimo o poder de atuação da “vontade comum nacional”.

Como um dos grandes expoentes do pensamento liberal francês, apresenta questões centrais para sua época, demonstrando, em suas elaborações, a preocupação em limitar a soberania aos interesses individuais.

Construindo sua noção de representação política,¹⁰ tendo essa preocupação central, Constant demonstra que a idéia liberal de representação não se vincula, em muito, à questão democrática.¹¹

3 A formação fragmentada da lei: crise da representação e emergência do particular

Ressaltamos os aspectos comparativos que constituem fragmentos do conceito construído pela elaboração política da idéia da representação e por seu desenvolvimento em Hobbes, Sièyes e Constant. Os novos elementos, postos pela concepção liberal e apresentados pelas idéias de Sièyes e Constant, apontam para uma mudança central do conceito, como desenvolve Chauí (1989, p. 294): “[...] passa-se da idéia de que o governo encarna e simboliza a comunidade para a de que o governo age em nome das exigê-

cias da sociedade (ainda que sob a forma da razão, da verdade, do interesse e objetivo comum)."

A fundamentação do corpo nacional de Sièyes e a própria reação de Constant em vista da defesa da independência privada apontam para elementos desenvolvidos nas passagens referidas por Marilena Chauí. A concepção liberal do século XVIII trabalha, basicamente, com noções globalizantes e totalizantes da vontade do representado, mesmo quando essa noção é utilizada para promoção dos interesses individuais, como em Constant. Conforme aponta Hanna Pitkin (1985, p. 188),

A representação nada tem que ver com obedecer aos desejos populares, senão que significa a promulgação do bem nacional por parte de uma elite seleta [...] O dever de cada membro do Parlamento é discorrer e julgar acerca do bem da totalidade; os desejos egoístas dos distintos integrantes da nação, as vontades dos eleitores individuais, não têm nada que ver com ele.¹²

Historicamente, constatamos mudanças operadas no conceito de representação que, de maneira progressiva, abandonam a vinculação a uma vontade comum nacional e passam a incorporar possibilidades de fragmentação dos interesses gerais em grupais. Dessa forma, ganham legitimidade as instâncias mediadoras dessa fragmentação: partidos políticos, grupos organizados de interesse e aqueles que passam a ser o principal centro de atenção do pensamento comunitário – os grupos potencialmente politizadores de identidades particulares que reivindicam uma normalização jurídica diferenciada que tenha como característica tornar particular a lei geral.

As modificações operadas no conceito de representação, por meio das fundamentações políticas e de suas implicações doutrinárias, demonstraram que alguns pressupostos da teoria liberal buscavam novas orientações, enquanto outros se afirmavam em novas bases. A constituição de partidos

políticos indica a fragmentação do interesse comum nacional, que constituiria uma unidade antes trabalhada por grande parte da concepção liberal da representação. Os partidos fazem-se mediadores entre a sociedade civil e o poder do Estado, repondo, em novas bases, a questão da exclusividade da representação política. Nessa nova concepção que, em grande parte, forma a base do constitucionalismo moderno, os partidos políticos detêm o monopólio da representação política, constituindo-se no único canal político de representação. Um dos pensadores que melhor elabora a defesa desse tipo de monopólio é Norberto Bobbio.

Para entendermos como a questão partidária da representação se articula no pensamento de Bobbio, torna-se necessário vinculá-la a seu entendimento sobre a democracia que pode ser analisado, principalmente, nas relações abordadas por ele, entre o espaço do político, no sentido estrito (Estado), e o espaço do social. O vínculo existente entre o indivíduo no espaço do mercado e do Estado deve ser realizado, exclusivamente, por meio do modelo representativo. Bobbio (1987, p. 12) afirma que

[...] é igualmente oportuno precisar, especialmente para quem deposita a esperança de uma transformação no nascimento dos movimentos, que a democracia como método está sim aberta a todos os possíveis conteúdos, mas é ao mesmo tempo muito exigente ao solicitar o respeito às instituições, exatamente porque neste respeito estão apoiadas todas as vantagens do método e entre estas instituições estão os partidos políticos como os únicos sujeitos autorizados a funcionar como elos de ligação entre os indivíduos e o governo.

O pensador, ao mesmo tempo que reserva o monopólio da representação aos partidos políticos, trabalha com o espaço do Estado, sem considerar a possível expansão da democracia por meio da incorporação de mecanismos de participação. Afirmando a necessidade de preservar o espaço do

político *stricto sensu* como campo reservado exclusivamente à representação política, ele desloca a questão da expansão da democracia para o espaço do social. A ocupação do espaço social dar-se-á, ao longo da história, mediante a constituição de organizações hierarquizadas e burocratizadas, e a expansão da democracia será efetuada, exatamente, sobre essa estrutura social. Entretanto, um problema que subsiste é que, se temos no espaço do social a constituição de organizações hierarquizadas e burocratizadas, tal questão permanece no campo reservado exclusivamente à representação política. A história demonstra que os representantes da “nação” constituíram burocracias partidárias. Bobbio (1987, p. 61) não trata desse tema no espaço do político, constatando simplesmente que:

[...] o defeito da democracia representativa se comparada com a democracia direta consiste na tendência à formação destas pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos, tal defeito apenas pode ser corrigido pela existência de uma pluralidade de oligarquias em concorrência entre si.

O aspecto da participação como possibilidade de mudar essa estrutura burocrática e hierarquizada do campo político não é cogitado. A atuação política dos movimentos sociais, que incorpora novas lógicas de demanda e participação, é aceita somente se puder ser absorvida pelo sistema de forma que não afete a relação política principal do modelo de Bobbio (1987).

Esse modelo, defendido pelo pensador, desenvolve a problemática da relação entre representação e democracia que vem sendo abordada, contemporaneamente, no contexto de uma possível crise do modelo representativo. Certas análises, como veremos a seguir, abordam a crise em termos de um modelo que apresenta sinais de esgotamento no aspecto do “bom funcionamento” da democracia representativa. Essa crise vem sendo articulada à própria crise do Estado Providência. Essa articulação pode ser observada, desde que se expliquem e se analisem dois fatores: a organização de inte-

resses na sociedade civil e a falta de instrumentos jurídicos e institucionais adaptáveis a tal organização.

Depois que a representação política foi investida de legitimidade democrática com o sufrágio universal e outros mecanismos institucionais que vieram alargar tal legitimidade (referendo, plebiscito, iniciativa popular), pôde-se constatar que alguns pressupostos contidos na concepção liberal de representação mantiveram-se como categorias explicativas da representação política enquanto tal. Tome-se, como exemplo, a noção de interesse geral. Essa noção, bem como outras, começou a desmoronar, enquanto pressuposto, devido à crescente importância política dos grupos de interesse, sob diferentes formas. Por essa razão é que se discute, atualmente, a conveniência de que certas propostas relacionadas à resolução de determinadas questões fiquem sob a responsabilidade de tais grupos. A forma de resolução de conflitos com base na atuação de grupos de interesse, ao desmistificar certos pressupostos liberais, choca-se substancialmente com a fundamentação da representação política. Como bem demonstra Xavier Arbós (1990, n. 07 p. 11),

Se tendemos a identificar o estado de direito à democracia, na medida em que a lei é o produto de um parlamento representativo, a elaboração quase contratual da lei com os grupos de interesse contradiz-se com a noção de lei como expressão da vontade geral, ou mesmo, se assim desejamos, da maioria dos cidadãos. Por outro lado, a atribuição à vontade geral ou a uma maioria dos cidadãos torna-se uma ficção cada vez mais difícil de aceitar. As negociações comportam a redução da transparência da lei e a perda da publicidade de sua produção que a visão liberal da lei considerava importante.¹³

Esse esvaziamento da representação política, enquanto elo que efetua a ligação indivíduo, partido político e Estado, é explicado, majo-

ritariamente, pelo poder assumido pelos grupos de interesse, para estabelecer acordos e editar decisões políticas em detrimento do governo parlamentar, baseado nos partidos políticos. Diante dessa “crise” do modelo representativo, as análises das ciências sociais apontam para possíveis desdobramentos, que podem ser resumidos em dois grandes eixos. Para um deles, a saída da crise é possível desde que haja maior rigor em relação à institucionalidade vigente que, por sua vez, remete à representação política. Tal eixo foi apresentado, neste estudo, por meio do pensamento de Bobbio. Outro eixo aponta exatamente para um sentido contrário, ou seja, a saída da crise envolve a necessidade de mudanças institucionais na estrutura da representação de interesses para fazer frente ao espaço ocupado, atualmente, pelo político tradicional (governo e partidos políticos).

4 Considerações finais

Como fica o processo de formação da lei diante da fragmentação da cidadania? Sem dúvida, cada vez mais complexo, com a apresentação de sua inteligibilidade progressivamente mais difusa. Em uma regulação que se torna gradativamente mais plural e concorrencial, a legitimidade da lei não decorre mais, de forma exclusiva e inequívoca, de seu caráter geral e universal. Percebida como resultado de compromissos sociais, dialogando, cada vez mais, com demandas particulares, a lei passa a ser vista não mais como única forma de regulação, mas, tão-somente, como uma maneira privilegiada, que precisa, entretanto, posicionar-se nesse mercado normativo, com o intuito de buscar a necessária legitimidade que lhe assegure aplicação. Se o geral foi imprescindível para a consolidação do Estado-Nação, o particular parece ser, agora, fundamental para que o processo de inclusão social (e, por conseguinte, cidadão) seja aperfeiçoado e o todo não seja, apenas, a soma imperfeita das partes.

The formation of law: from general to particular



The social dimension of the regulation process is essential to the construction of collective will, expressed by representatives, whose roles legitimate the formation of a general law. This process appears now, two centuries later, to remake the same itinerary, but in an opposite direction: from general to particular. Understanding such a journey is what we intend to undertake in two distinct moments, investigating, initially, (I) the process of elaborating a law which can be “generalized” to a community of citizens and, afterwards, (II) the return to the attempts of creating a law which can be “specified” to different social groups.

Key words: Communitarism. Law's formation. Particularism. Political representation. Universalism.

Notas

- 1 Para um maior aprofundamento dessas três características centrais na formação dos Estados Absolutistas. (TORRES, 1989).
- 2 Entre os autores que colocam Hobbes como marco do individualismo moderno, MacPherson sustenta que “[...] o individualismo, como posição teórica básica, começa, no mínimo, há tanto tempo quanto tem Hobbes.” (MACPHERSON, 1979, p. 13). Nesse mesmo sentido, Bobbio (1988, p. 46) afirma que “[...] para se encontrar uma completa e perfeitamente consistente teoria individualista é preciso chegar a Hobbes.”
- 3 O estado de natureza como momento hipotético vem exprimir as condições de funcionamento de uma economia capitalista emergente, ou seja, as condições iniciais de formação de uma sociedade de mercado possessivo. (MACPHERSON, 1979).
- 4 “[...] realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”. (HOBBES, 1974, p. 109).
- 5 “[...] consentimento de um súdito ao poder soberano está contido nas palavras: eu autorizo, eu assumo como minhas todas as suas ações.” (HOBBES, 1974, p. 137).

- 6 “Se precisamos de constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la.” (SIÈYES, 1988, p. 113).
- 7 As concepções de soberania e vontade comum comissionada são assim desenvolvidas na obra de Sièyes (1988, p. 116): “[...] não é mais a vontade comum real que age, é uma vontade comum representativa. Dois caracteres indestrutíveis lhe pertencem, é preciso repetir: 1º) esta vontade do corpo de representantes não é plena e ilimitada, é somente uma parte da grande vontade comum nacional. 2º) os delegados não a exercem como um direito próprio, é o direito do outro, a vontade comum é comissionada.”
- 8 Sobre a crítica ao conceito de vontade geral rousseauiana.(CONSTANT, 1989).
- 9 “[...] não podemos mais desfrutar da liberdade dos antigos, a qual se compunha da participação ativa e constante do poder coletivo. Nossa liberdade deve compor-se do exercício pacífico da independência privada.” (CONSTANT, 1985, p. 83).
- 10 “É indiscutível que não basta a limitação abstrata da soberania. Há que buscar suas bases em instituições políticas que combinem de tal forma os interesses dos diversos depositários do poder que sua vantagem mais evidente, mais duradoura e mais segura consista em que cada um fique nos limites de suas respectivas atribuições. Em tudo isto a questão fundamental continua sendo o âmbito e os limites da soberania, já que antes de se organizar há que se definir a natureza e extensão do objetivo.” (CONSTANT, 1989, p. 70).
- 11 Podemos sustentar, tanto do ponto de vista teórico dos conceitos/princípios quanto do ponto de vista dos contornos institucionais concretos das formas de Estado/Governo/Poder, que existe uma contradição lógica na afirmação simultânea do princípio democrático da soberania popular e do princípio liberal do Estado de Direito. Autores contemporâneos, como Habermas, abordam grande parte das suas obras para reconstruir e radicalizar o projeto da modernidade. Um desses aspectos, no tocante à questão do direito, é exatamente a pretensão de mostrar como os dois princípios citados anteriormente, aparentemente contraditórios, estão ligados (e não dissociados) no projeto da modernidade. (HABERMAS, 1997).
- 12 No original: “[...] la representación nada tiene que ver con obedecer a los deseos populares, sino que significa la promulgación del bien nacional por parte de une élite selecta [...] El deber de cada miembro del Parlamento es razonar y juzgar acerca del bien de la totalidad; los deseos egoístas de los distintos integrantes de la nación, las voluntades de los votantes individuales, no tienen nada que ver con ello.” (PITKIN, 1985, p. 188).
- 13 No original: “[...] si l'on tend à identifier l'état de droit à la démocratie, dans la mesure où la loi est le produit d'un parlement représentatif, l'élaboration presque constructive de la loi avec les groupes d'intérêt se contredit avec la notion de loi comme expression de la volonté générale, ou même, si l'on veut, de la majorité des citoyens. D'autre part, l'attribution à la volonté générale ou à une majorité des citoyens devient une fiction de plus en plus difficile à accepter. Les négociations comportent la réduction de la transparence de la loi et la perte de la publicité de sa production que la vision libérale de la loi considérait importante”. (ARBÓS, 1990, p. 11).

Referências

- ARBÓS, X. Notes sur la crise de la régulation étatique. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1981. In: DU CERTE, *Cahier*. n. 07, Montpellier: Université de Montpellier I, 1990.
- BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CHAUÍ, M. *Cultura e democracia*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1989.
- CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. *Cadernos de Filosofia Política*, Porto Alegre, n. 2, p. 15, 1985.
- CONSTANT, B. *Princípios políticos constitucionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.
- HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- HOBBES, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os pensadores).
- MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- PITKIN, H. *El concepto de representación*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- SARTORI, G. *¿Qué es la democracia?* 1. ed. Buenos Aires: Taurus, 2003.
- SIÈYES, E. J. *Qu'est-ce que le tiers état?* 1. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- TORRES, J. C. B. *Figuras do Estado Moderno: representação política no ocidente*. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

▼ recebido em 25 abr. 2006 / aprovado em 12 set. 2006
Para referenciar este texto:
ALVIM, J. L. de R.; FRAGALE FILHO, R. A formação da lei: do geral ao particular. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 133-151, 2006.