



LEGISLAR E JULGAR NO SÉCULO XXI: PARA UM NOVO ESTILO DA POLÍTICA E DO DIREITO ¹

LAWMAKING AND JUDGING IN THE 21st CENTURY: TOWARDS A NEW STYLE OF POLITICS AND LAW

Alfredo Attié Júnior *

Resumo: O texto apresenta uma reflexão sobre a relação entre o ato de legislar e o de julgar, sob a perspectiva da Filosofia, da Sociologia, da Ciência Política e do Direito. A interface entre política e direito é vista como uma relação de tensão que sofreu, no curso da história, várias modificações. No presente os termos “Democracia” e “Estado de Direito” (*rule of law*), mostram-se, na maior parte das vezes, adversários, mesmo que, do ponto de vista teórico, busque-se criar um modelo de compatibilidade e complementariedade. A construção dessa interface é discutida do ponto de vista diacrônico.

Palavras-chave: Democracia; Estado de Direito; Direito e Política.

Abstract: This text presents a reflection on the relationship between lawmaking and judging from the perspective of Philosophy, Sociology, Political Science and Law. The interface between politics and law is seen as a tense relationship that has suffered several modifications over time. Nowadays, in most cases, the terms "democracy" and "rule of law" are presented in opposition to one another, even though there is a theoretical effort to construct a model of compatibility and complementarity between the two. The construction of this interface is discussed from a diachronic point of view.

Keywords: Democracy; Rule of Law; Law and Politics.

“Humanidade” e “Democracia”

Duas palavras que evocam ideias caras ao imaginário contemporâneo e que dizem respeito a expressões que tencionam os humores da vida prática: “Direitos humanos” e “poder do povo”. Ao evocarem universalidades, parecem em si mesmas, paradoxalmente, nada

¹ Conferência proferida como aula magna na abertura do ano letivo do Curso de Mestrado Profissional em Poder Legislativo do Cefor, em agosto de 2016.

* Magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Doutor em Filosofia, Mestre em Direito e em Direito Comparado, Membro do Fórum Global de Justiça e Desenvolvimento, Titular da Cadeira San Tiago Dantas da Academia Paulista de Direito (aattiejr@gmail.com).

modernas, ao contrariarem o curso instaurado pela modernidade, desde o renascimento até a globalização, o movimento de individualização e subjetivação da existência, acompanhado daquilo que também chamamos de racionalização das formas da do ser social e do conhecimento.

O tema da relação entre direito e política ou das transformações sofridas pelo que chamamos de funções de julgar e legislar, perpassa esse estranho paradoxo.

Voltarei ao tema das universalidades. Deixem-me, porém, iniciar por meio de uma constatação provocadora. Recentemente, a Presidente da República – ora afastada, no curso de processo de *impeachment* – fez uma crítica ao instituto da cooperação ou delação premiada. Passaria sem notar, não fora o fato estranho de a lei que autoriza tal cooperação ter sido sancionada durante o mandato da própria Presidente. Desconheceria a própria legisladora a lei que sancionou? Isso não é um fenômeno isolado. É interessante notar a ausência de conhecimento dos legisladores (termo por meio do qual me refiro a todos os envolvidos na atividade de legislar; em geral, os membros dos chamados Poderes Legislativo e Executivo) a respeito das leis que oferecem à Nação que, supostamente, governam; assim como a ignorância a respeito da origem ou iniciativa do processo que leva à formação de tais leis.

Isto se dá, segundo minha concepção, porque houve uma alteração importante, talvez radical, da função de legislar, no mundo contemporâneo.

Do lado da função de julgamento, fenômeno semelhante se estabeleceu. Veja-se, por exemplo, da perspectiva do direito ambiental, no qual, mesmo na ausência de documentos de força normativa, juízes têm aplicado princípios estabelecidos em diplomas, em regra internacionais, sem que tenham passado pelo crivo do sistema tradicional de adaptação à normatividade e coercitividade interna dos Países. O mesmo acontece com outras disciplinas ou ramos do direito considerados de ponta, que vêm paulatinamente alterando a própria configuração do direito e dos direitos.

O presente texto, que corresponde à Aula Inaugural proferida no início de 2016, no Curso de Mestrado, no Centro de Formação da Câmara dos Deputados, no Congresso Nacional Brasileiro, é uma reflexão sobre tais mudanças, analisadas sob a perspectiva da Filosofia, da Sociologia, da Ciência Política e do Direito.²

A relação entre política e direito

A relação entre política e direito é uma relação de tensão. Sofreu, no curso da história, várias modificações, até chegar ao presente, no qual os termos “democracia” e “estado de

² Gostaria de manter, no texto, a perspectiva e o estilo oral que o gerou. Assim, somente utilizarei notas e referências quando se mostrarem essenciais para a compreensão do que se disse. Para o essencial a propósito de bibliografia e referências, remeto leitoras e leitores a meus trabalhos: “Montesquieu: tópica das paixões e estilo *moraliste*”, tese de doutoramento que defendi na Universidade de São Paulo, em 2000, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas; e “*Towards international law of democracy*”, tese com a qual obtive o grau de *Master of Comparative Law*, pela *Cumberland School of Law*, em 2014.

direito“ (*rule of law*), mostram-se, na maior parte das vezes, adversários, mesmo que, do ponto de vista teórico, busque-se criar um modelo de compatibilidade e complementaridade.

Analisemos a construção dessa relação, portanto, do ponto de vista diacrônico.

A relação se inicia na democracia – que é sinônimo ou hipônimo de política. Constitua-se como unidade ou como o que denomino de “sistema de decorrência” da adoção de um regime político propriamente.

Veja-se, por exemplo, na “Orestéia”, trilogia trágica do dramaturgo grego Ésquilo. A narrativa da tragédia acompanha a história da constituição do tribunal democrático ateniense, que vem a substituir a ideia de justiça como vingança privada. A partir de tal fundação, quem diz o direito não é mais o sujeito privado, vítima de uma injustiça, que reclama a reparação privada da vingança. Em seu lugar, a Polis passa a exercer a atividade de julgamento. Quem diz o direito é o público, que adota a capacidade de impor uma sanção à alteração da ordem natural imposta pela cidade, de tal maneira a compor a solução de um conflito por meio da supressão da tensão entre os conflitantes. A cidade impõe a palavra como modo de estabelecer e restabelecer a ordem no espaço que considera público. Espaço e, simultaneamente, tempo da publicidade.

A democracia, assim a concebo, é o regime da palavra expressa no espaço/tempo público. Assim como as decisões comuns são tomadas em assembleia, o julgamento a respeito das questões comuns se estabelece pelo mesmo povo que detém a palavra no espaço/tempo das relações comuns. A lei é a palavra do povo, reunido em assembleia. A palavra é a ordem que o povo se impõe, por meio da discussão no espaço/tempo da política. Se a palavra divide, ao se expressar no debate democrático, a lei, ao assumir o modo da mesma palavra usada pelos homens, impera de tal sorte, que suprime a cisão. Os conflitos, porém, não cessam apenas porque a lei captura os termos da discussão, ao impor uma decisão, uma direção aos movimentos do *demos*. Assim, o julgamento também se estabelece por meio de uma nova cisão da palavra. Contudo, ao refazer o debate, ele reimpõe o que a lei decidira, servindo, assim, como remédio ou terapia da mesma palavra, para a reassunção da ordem da democracia.

Orestes é perseguido pelas Fúrias, que lhe desejam fazer impor a pena de morte, como perpetuação do espaço/tempo de vingança, que se estabeleceu em sua família. O Areópago, fundado pela deusa Atena, afasta as Fúrias, e julga, absolvendo o perseguido, capturando o passado e domesticando a história, por meio da cena dos argumentos, postos diante do povo, que se torna juiz.

O povo-juiz, antes, ou simultaneamente, havia estabelecido a palavra da lei: era e é o povo-legislador. Agora, dá a palavra final, absolvendo o herói, contendo o conflito, ao recontar e recompor a história que o constituiu.

Quem dá a lei, dá a sentença, sem intermediários, sem solução de continuidade.

O espaço da cidade ocupa o tempo da história e se expressa por meio da democracia, da qual decorre o direito. O humano faz a lei e a aplica. Isto é, ao mesmo tempo, política e direito.

A democracia é o regime político por excelência, uma vez que somente nela há coincidência entre poder e capacidade (ou potência). Somente na democracia, a participação, que define a política, nas decisões sobre o destino comum está, em tese, deferida a todos e qualquer um. Em tal regime, a comunicação circula no espaço/tempo público sem amarras, sem limites. A democracia é o ruído do povo na praça, na ágora. Em língua portuguesa, esse ruído que brota da multidão é chamado de bruaá. Como aponteí, em meu trabalho sobre o direito internacional da democracia, esse modo de entender o bulício, a agitação humana nos espaços da vida pública, demonstra o equívoco da tradição ibérica na concepção da política. O oposto de democracia é, igualmente, o oposto de política, ou seja, a alienação da capacidade política. E, desde que, a democracia, após experimentada, permanece impressa na experiência da humanidade (como defendi, também na tese referida), a alienação da capacidade política torna-se negação da humanidade. Assim, a relação do ser humano com a política é parte essencial de sua existência. Neste sentido, ser humano é ser político. E a democracia é a expressão do humano na vida social, pública, coletiva. Assim como fora da política não há humanidade, a ausência de democracia é negação do humano. Se houver um regime melhor – digamos – do que a democracia, então esse regime não será humano; se for adotado pela humanidade, redefinirá o humano, do mesmo modo como a adoção da democracia o redefiniu. E a democracia é o regime político em que, definida pela capacidade e pelo exercício da dissensão, é o único modo que, mesmo resolvendo o conflito, preserva-o, como condição de sua existência mesma. Como regime político, ela se apropria da história, mas não a suprime, diversamente do que fazem os demais regimes, tradicionalmente chamados de políticos.

Tal relação entre política e direito sofrerá, ainda na Antiguidade, uma inflexão, no seio da história romana, na qual tanto o espaço/tempo da democracia vai se alterar enquanto o direito e a política vão sofrer um deslocamento e um descolamento. O deslocamento se dá por meio da adoção de um regime que Políbio chamou de composto, isto é, um governo em que os elementos dos três regimes tradicionais (a monarquia, a aristocracia e a democracia) estariam presentes, controlando-se mutuamente o regime da constituição espartana de Licurgo, o regime da Roma republicana, na qual se desenvolverá o direito clássico romano – cisão da prática formular dos romanos com a filosofia e a retórica gregas. Para Políbio, o regime composto seria um remédio contra a degradação dos regimes simples. Isto porque ele estancaria a sucessão dos ciclos de substituição e decadência dos regimes simples. Assim, o regime composto seria o fim do tempo exterior à política. Ao ser instaurado, faria cessar o curso da história, impondo o espaço da transação dos atores dos regimes simples combinados, e a perpetuação da *polis*, por meio do controle recíproco de um regime sobre o outro. Cada ator teria a responsabilidade e a tendência natural de formar o seu regime. Mas cada regime deteria apenas uma parte da capacidade de governar, distribuída entre todos os três: os cônsules representando a monarquia; o senado, a aristocracia; e os concílios da plebe (e as magistraturas que elegiam), a democracia.

O governo é o resultado dessa combinação engenhosa. Por conseguinte, as funções de governar o espaço/tempo da política são compartilhadas, afastando o poder do povo.

Assim, a função de julgar, malgrado permaneça ligada ao espaço público, não será mais exercida como atributo do *demos*, pois o espaço público não é mais o espaço da democracia. Há um deslocamento da presença do povo, como sujeito da composição das leis.

O termo lei refere a expressão oral da normatividade. Lei é leitura da norma estabelecida pela autoridade, para conhecimento da universalidade dos que se submetem a ela. Quando surge o conflito, os sujeitos não mais podem resolvê-lo diretamente, mas devem deferir tal resolução à autoridade republicana. No direito clássico romano, tal autoridade é o pretor, que ouve a sustentação da causa pelas partes e, depois de apreciar a questão controversa, submete uma pergunta ao juiz, que deve respondê-la no modo indicativo. O elemento popular permanece, mas na figura do juiz.

O modelo da pergunta formulada, utilizando o verbo ser, é o da propriedade. Ao julgar o conflito, o julgador deve atribuir algo a alguém. O julgador não é um órgão da República, diferentemente do pretor que lhe oferece a pergunta. Ele é o remanescente da ideia do tribunal democrático ateniense, alguém do povo, indicado pelas partes ou escolhido pelo Pretor para, com o conhecimento que tem da questão, simplesmente responder à pergunta que lhe é oferecida pela autoridade. A relação de unidade ou “decorrência” entre legislar e julgar permanece, muito embora seja substituída pelos termos de uma “expropriação”. Isso decorre do fato de o regime romano ter adotado uma configuração que transforma o próprio sentido da política, afastando dela a ideia do poder do povo ou de sua prevalência. Outros sujeitos compõem a lei e a fazem aplicar. Eles despontam do interior da sociedade política, mas se desejam distintos dela. E dela vão-se afastando paulatinamente, até chegar ao que denominamos de Renascimento, quando o político será concebido como algo exterior à sociedade humana.

Direito e política, em decorrência, descolam-se.

No curso da Idade Média, essa separação vai se acentuar, por meio da supressão da ideia de que o Direito pudesse ser autônomo em relação à expressão da autoridade política. Isso fica claro na descrição da função do direito expressa no *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (século VI) e em sua aplicação tardia pelos glosadores (século XII), a favor do Império, e pós-glosadores (século XIV) em favor das cidades contra o Império. Trata-se do conflito a respeito das automeadas cidades do norte do território italiano em relação às reivindicações do Sacro-Imperio Romano-Germânico. No caso dos glosadores, sua opinião seguia estritamente o princípio *justinianeus* de que o território do Império correspondia a *dominus mundi*, portanto reivindicado e submetido à autoridade do Imperador, não se podendo reconhecer qualquer autonomia ao território das emergentes e ricas cidades do norte italiano.

Ora, sem autonomia, não existe política e o poder exercido, mesmo que potencialmente, pela autoridade imperial significava a negação da existência de um campo político de discussão

das razões e argumentos. E isso era afirmado pelo que se considerava o direito. Portanto, aqui, a relação, que se torna cada vez mais problemática entre direito e política deixava de ser de simples “expropriação” (a Roma de nosso modelo), e não mais se consideraria de “decorrência” (a Atenas), passando a ser de franca “negação”.

Nos modelos da “decorrência” e da “expropriação”, a qualidade e a vinculação política do direito permaneciam. O direito e a atividade que lhe é correlata de julgar permaneciam conectados à atividade política ou de legislar. O direito e a política se reconhecem, mesmo que o direito pretenda se apropriar de uma parcela da política, ou vice-versa. No modelo romano, como o defini, o Pretor embaraça o direito à política, ao se fazer funcionário da ordem política (compósita) da República. Expropria a capacidade política, todavia, ao estabelecer o afastamento do poder do povo, na criação da obrigação expressa na ideia de lei. Mas a capacidade de julgar ainda precisa da figura popular, que se apresenta na figura do juiz.

No da “negação”, obviamente, a relação se torna traumática. O jurista se apresenta como intérprete privilegiado de uma lei que se fez por autoridade do Imperador – atemporal. Justiniano, ao tempo da elaboração do *Corpus*, havia sustentado sua autoridade nos pareceres nos jurisconsultos do direito romano clássico, fazendo selecionar o que considera útil para seu projeto, cortar, suprimir, adaptar os textos remanescentes, e destruir, após seu recorte e as interpolações que empreendeu, os textos que lhe serviram de modelo e fonte. O glosador toma a autoridade de um texto que expressa o direito como vontade imperial, e a interpreta segundo o modo da eternização da mesma autoridade. O direito se faz projeção da autoridade imperial, e se aplica como submissão ao caráter negador da história e da política que o texto reconfigura.

Para o direito, assim configurado, não existe mais política. Aqui, não há afastamento entre direito e política. A política desaparece na negação.

Diferentemente, para os pós-glosadores. Com efeito, Bartolo de Saxoferrato empreenderá uma interpretação e aplicação do direito no sentido de negar o caráter de princeps do Imperador, enunciando o princípio de que haveria uma pluralidade de fontes do direito – portanto, a atribuição política se reestrutura, para admitir a legitimidade política das cidades lombardas e toscanas, contra a reivindicação do Império. Mais uma vez é a *Polis* que indica o caminho da recomposição da relação entre direito e política. Por razão óbvia, talvez, pois o termo política refere a experiência da cidade, do espaço público e do tempo público vivenciados na cidade. A questão talvez esteja na impossibilidade de se referir a política fora do âmbito desse tipo de organização coletiva – como os séculos XVIII e XIX o farão, mesmo que de modo contraditório.

Mas Bartolo fará mais, ao reconhecer que haveria uma distinção entre o poder de *iure* e o poder de *facto*: o Imperador poderia ser *dominus mundi*, de direito; mas não o era, na realidade, pois várias cidades lhe negavam tal atributo de propriedade e poder exclusivo. Mais do que isso, tais Repúblicas exerciam de fato a atividade de criar leis e de julgar. Portanto, eram

entes da política e do direito. O direito que se aplicava era correlato, novamente, à política que correspondia, uma vez mais, à ideia republicana de organização do poder (mesmo que não se fizesse democrática). A *civitate* é tal cidade dotada de capacidade política por si mesma, originária, portanto, e não derivada do poder imperial. Essa cidade é o sinônimo de república, mas não pode ser assimilada a *Polis*. Na *Polis*, a vida pública é política, por excelência, porque há nela a capacidade democrática. Na *Civitate*, a capacidade é dividida, e o poder se torna único como resultante dessa divisão, como veremos adiante. Vou chamar esse modelo de relação entre política e direito de “republicano”.

Ele será mantido naquilo que chamamos de ciência política moderna, como poderemos observar na leitura de vários de seus clássicos: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, e mesmo Rousseau. Muito embora com nuances diferentes, ele será mantido por esses autores.

Apesar de haver nascido da reivindicação e do reconhecimento das cidades como entes *sui iuris* contra o Império, esse modelo “republicano” guarda um paradoxo. A *Civitate* pode criar direito - legislar, exercer capacidade política, e aplicá-lo – por meio da capacidade de julgar. Mas o modo de criação do direito não é político, propriamente, mas derivado do modelo imperial. À autonomia da cidade não corresponde a autonomia dos cidadãos. Eles permanecem súditos e não são sujeitos da política e do direito (cidadãos). Portanto, é uma característica da modernidade, com raízes na Baixa Idade Média, e no Renascimento, a ideia de uma cidade sem cidadania, de uma *Polis* apolítica, se quisermos, de uma *a-Polis*.

Também está em jogo, nessa evolução que vou traçando, a questão da especialização da profissão jurídica, iniciada em Roma. Se o cuidado do direito cabe a juristas, dotados de uma capacidade que se nega aos cidadãos, então a democracia não se faz plenamente, mesmo que os cidadãos venham a ter capacidade efetiva de participar da vida pública e de legislar. Para a democracia, a ligação entre o direito e a política deve ser plena. Legislar e julgar têm de ser atributos do povo, expressões do poder do povo.

A distância máxima – sem levar em consideração a “negação” levada a cabo pelos glosadores e pelo projeto imperial – entre direito e política é estabelecida no seio da construção da filosofia ou ciência política modernas.

Em Maquiavel, por exemplo, no “Príncipe”, os atributos da liberdade política são deferidos aos governos que têm ou tiveram governo sobre os homens. Portanto é à *Civitate* como um todo e ao Império (“principado”) que cabe a liberdade, a capacidade de legislar e julgar. Em suma, ao governo e não aos homens (“governados”). Ele somente reconhece como formas de poder a república (*Civitate*) e o principado (Império). Não há outro modo de organizar ou de pensar a organização política a não ser pelo prisma do modo de governar, republicano ou monárquico. Portanto, não há propriamente política. Nos *Discorsi*, ele dirá que todas as leis seriam resultantes das lutas entre patrícios e plebeus, segundo o modelo romano. Assim, a capacidade de legislar não é democrática, mas decidida num conflito. Esse conflito não

instaura a política (como na democracia), mas se segue como um elemento de organização republicana: democracia e aristocracia disputam o espaço público.

Em Hobbes, o modelo da “propriedade”, que referi, quando falei sobre o modo de julgar no modelo da “expropriação” (o juiz responde à pergunta do pretor e atribui algo a alguém) será superado pelo modelo do “contrato”. No “Leviatã”, o ingresso do homem em sociedade se estabelece por meio de um pacto de alienação da capacidade política, em troca da segurança. A capacidade política é, segundo concebo, a capacidade de decidir o próprio destino com os demais membros da sociedade, portanto, o destino comum. Hobbes entende que essa capacidade também era conflituosa, desempenhava-se num conflito constante, num espaço em que todos têm direito a tudo e experimentam o medo da morte violenta, resultado desse embate constante. Não há capacidade de legislar na vida anterior à social. Ao se iniciar a vida social, a capacidade é entregue ao soberano. O corpo despedaçado do estado de natureza se compõe no soberano do estado social – *Civitas*, ou o corpo social dos *cives* (para os romanos), o soberano, no caso hobbesiano.

Em Locke, o modelo da “propriedade” retorna. Antes da passagem ao estado de sociedade, no próprio estado de natureza estabelece-se uma cisão entre proprietários e privados de propriedade. É a precedência na apropriação dos bens que justifica tal diferença, que se perpetuará no estado social. Portanto, a capacidade de legislar não é deferida a todos, mas apenas aos que possuem uma capacidade prévia de apropriação. A propriedade explica a política, numa inversão do modelo hobbesiano, em que a prevalência e o motor de qualquer desigualdade ou igualdade é política, ou o poder.

Em Montesquieu, porém, há no estado de natureza uma cooperação, derivada da necessidade de estabelecer um abrigo comum e do afeto que os entes humanos encontram na companhia uns dos outros, mormente entre os gêneros diferentes. Mas o humano nega a si mesmo e, ao ingressar em sociedade, estabelece um conflito permanente, que deve ser solucionado pelo arranjo da vida pública, segundo a paixão que nela prevaleça. Entretanto, apenas a monarquia funda um verdadeiro regime político, por meio da livre circulação de seus signos, e da liberdade, que se estende às mulheres. As leis são originadas das relações sociais, sendo a capacidade de legislar espargida no seio de tais relações. A dignidade e a precedência da política são recuperadas, assim como o modelo do “contrato”, que Hobbes inaugurara. Paradoxalmente, porém, ao comentar a Constituição da Inglaterra, o barão de La Brède reconstrói o espaço público, segundo uma tópica de alienação da capacidade política. De notar que tal modelo não serve para a democracia, regime para o qual as leis mesmas são inúteis, pois os sujeitos da política são virtuosos, inserem-se e pensam na comunidade.

Espinosa destoa dessa tradição, ao considerar a democracia como o regime natural da humanidade, e que todo tipo de alienação da capacidade política, toda renúncia a direitos é negação do humano. O seu estilo ou modelo de relação entre política e direito é o que chamarei

de propriamente “democrático”. Ele será recuperado no século XVIII, no curso das revoluções Americana e Francesa, e por Tocqueville, ao comentar o modo de organização da sociedade dos Estados Unidos.

Na Revolução Francesa, contudo, o nome conjurado foi o de Rousseau, que referia a impossibilidade de se dissociar a soberania da presença do povo, pela impossibilidade de representação da vontade geral. Tal ideia, criticada por seus sucessores, sobretudo pelos que abominaram o regime do terror que se seguiu ou compôs o processo revolucionário. Não foi outra a razão de Benjamin Constant ter feito discernir a liberdade dos antigos daquela dos modernos, alertando para a impraticabilidade de restaurar o regime de guerra e dependência dos cidadãos do regime da cidade. Essa polêmica fez acentuar as contradições da recuperação, para a relação entre política e direito, da figura do povo. Primeiro sob a égide da constituição norte-americana de 1787. Depois, sob o prisma das constituições francesas e da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, aprovada pela Assembleia Francesa, em 1789, sob a influência da “Declaração de Independência Norte-Americana”, cujo redator principal teria sido Thomas Jefferson.

Direitos individuais e sociais

Os direitos passam a existir ligados à figura do indivíduo – muito embora se apresentassem também como direitos sociais –, qualificado pelo pertencimento a uma sociedade política, que já é plenamente o Estado, que virá a ser celebrado nos trabalhos de Filosofia política e jurídica de Hegel. Aqui, há o fechamento de um círculo. Da concepção imperial, necessariamente universal, do monopólio da função de legislar pelo soberano externo, passa-se a uma concepção de política interna e contrastante com outras soberanias (a soberania do Estado e seu tenso equilíbrio na ordem internacional das nações), e de direito interno, produzido com exclusividade pela autoridade soberana. Direito e política se reencontram, na perspectiva de uma sociedade de separação entre o público (pela representação) e o privado (as *jouissances*, o comércio). A ordem do “contrato” permite a cisão entre negócios a serem cuidados pessoalmente, para a obtenção de lucros e prazeres; e negócios a serem cuidados por representantes, escolhidos segundo sua capacidade de permitir a segurança na consecução do comércio. A política passa a garantir a ordem privada, por meio de uma nova forma de contrato, que garante a presença na ausência, a representação. O império do direito ou *rule of law* garante os negócios. Isto permitirá, no século seguinte, a concepção de democracia como um arranjo de empreendedores privados, bem como a evolução e hegemonia da economia política, como modo de atuação e de constrangimento da ação da máquina estatal. O direito assume a feição de um instrumento. Primeiro da economia. Depois, da biopolítica, no controle dos corpos, exercitados nas funções de governança, administração. Podemos chamar o modelo dessa relação direito/política como “instrumental” ou “processual”.

Paradoxalmente, é no momento de fortalecimento das ordens domésticas (*oikonomia*) ou nacionais, que começam a ganhar contorno e relevância dois ramos do direito que contrariam essa tendência de internalização da política e do direito: o direito comparado e o direito internacional. Primeiro, como simples garantia da consecução da segurança da ordem internacional e da relação, notadamente comercial, entre os Estados soberanos. Depois, como forma de concepção utópica da inter-relação entre os sistemas políticos e jurídicos: a construção de uma sociedade política internacional (ordem jurídica transnacional – direito) pelo relacionamento dos povos (política). Podemos chamar esse último modelo de “cosmopolita”.

O espaço/tempo de criação do direito, na atualidade, é internacional, em suas organizações, foros e agências, assim como é internacional e estrangeiro, na construção de seus contratos, estabelecidos no ambiente das corporações multi ou transnacionais.

Ao mesmo tempo, há uma inversão dos modelos de constituição do Direito: a legislação se volta para o direito privado e a contratualização, para o público.

As ficções do direito e da política se alteram. Veja-se o exemplo do direito de integração, com a dissociação burocrática do direito e da política, com a alteração da concepção e da função do povo.

Tais alterações estabelecem-se na época em que chamo, por influência de um texto seminal de Freud, de mal-estar da cultura. O indivíduo (fim do processo de conformação das subjetividades) dissocia-se da cultura ou civilização, sequer conseguindo imaginar como a criou ou concebeu. Seu aparelho psíquico lhe nega a visão da identidade e do pertencimento. Ao mesmo tempo, a cultura perde a sua função de representação, e passa a funcionar como um disfarce da impossibilidade de comunicação e migração dos signos e das paixões. O que cada obra de arte fragmentária expressa não satisfaz nem o impulso dinâmico, de reprodução erótica, nem a pulsão de morte, de estabilidade absoluta. Há apenas um prazer ou incômodo momentâneo, passível por ser superado pelo objeto seguinte, numa sequência infinita e incontrolável de produção e perecimento.

Democracia: julgar e legislar

A democracia, porém, lugar autêntico de assimilação entre o político e o jurídico, de realização pública das funções de julgar e de legislar, reaparece, como uma espécie de sinal passional e pulsional, de um desejo irrealizado, embargado por uma metáfora de um mal que acomete a humanidade. Considerada como simples palavra sem sentido, um signo num cartaz de propaganda, ela reaparece, nesse desenrolar do século XXI, surpreendentemente, não nas ágoras da civilização ocidental, mas nas praças e avenidas superlotadas de tradicionais Estados autoritários, periféricos. O povo em movimento ou acomodado em performances de ocupação, abandona a passividade, decidido a estabelecer o encontro em espaços públicos, reivindicando mudanças em regimes pretensamente políticos, reconfiguração e consecução de direitos.

Confrontam rígidas instituições, estruturas estabelecidas, violência de Estado, previsíveis e inusitados obstáculos. Na África, na Ásia, na Europa Oriental, na América, povos cujo padrão de comportamento vinha sendo o de sujeição, a obediência, seja por inclinação cultural, religiosa, econômica, jurídica ou política, conformada por uma educação propositalmente autoritária e deficiente, corta antigas conexões psíquicas e sociais, trocando paixões por ações em busca de adentrar a cena política. Como regime autenticamente político, experiência sonhada ou efetiva, modelo da vida social, forma de governo, modo pelo qual o poder se legitima, exercita-se, a democracia penetra uma nova era. Os povos reconhecem a democracia como algo desejável, mesmo indispensável para alcançarem uma boa vida. Como se as ideias de *eudaimonia* e de *pursuit of happiness* indicassem pulsões irrefreáveis de um déficit civilizacional, em relação à inclinação da humanidade para a liberdade.

Neste aspecto, o foro cosmopolita permite a comunicação dos povos para além dos limites de formas políticas e jurídicas de restrição dos desejos, sem os quais a coexistência torna-se mero desconforto. E as formas jurídicas vão surgindo, como resultado da participação direta, nas discussões e nas formulações de políticas públicas internacionais, transnacionais ou mesmo *standards* para a alteração e adequação do que remanesce das ordens internas. Experiências locais migram para os foros internacionais e se tornam factíveis por pressão externa – quando antes eram travadas pelos obstáculos do monopólio do exercício de cargos e funções políticas e jurídicas internos por velhas e novas oligarquias.

Nova forma da política que implica na invenção de novos direitos e na recuperação de velhas esperanças.

A suspensão da história não se opera fora da política, nem dentro da democracia. Assim como a ficção que vive dentro da ficção. Nova política e novo direito, e nova relação entre legislar e julgar aguardam um novo estilo que descreva e amplie as possibilidades de novas realizações e múltiplas imaginações.