

Jean Nunes

CAMINHOS PARA DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

5. Elitismo jurídico

Acima tratei da norma como mecanismo de distanciamento do direito da vida. Discorri também sobre como a lógica individualista, típica de mercado, informa a estrutura do sistema de justiça, dos institutos de direito material e também as ações que lhes são correspondentes. Em todos esses aspectos, revela-se o caráter elitista do direito.

Há, entretanto, a necessidade de tratar sobre como o processo judicial se estrutura em caráter elitista e como esse elitismo constitui um óbice à identificação e à assimilação de demandas sociais que não tocam diretamente aos interesses das elites. A seguir, sustento que o elitismo se manifesta tanto no acesso ao direito quanto na própria concepção de acesso à justiça segundo a lógica formal do processo judicial.

O processo judicial, tal como configurado, constitui relação de poder que fixa fronteiras a todo instante. Uma dessas fronteiras, talvez a mais sutil, resida na centralidade da verdade processual, em substituição à busca pela justiça. Essa centralidade converteu justiça em segurança.

Partindo do pressuposto, quase sempre falso, de que o sujeito/indivíduo é autônomo e livre (autonomia da vontade), e que, portanto, por sua espontânea vontade, deve provocar o sistema de justiça, o direito se conformou com a justiça

processual. No paradigma normativo abstrato, o justo é justo, segundo o processo judicial e seus limites. O juiz julga a demanda e conforta sua consciência de acordo com os fatos processualmente construídos por meio de *experts* do fazer jurídico. A realidade do lado de fora da capa do processo, pouco importa, o que vale juridicamente é o que está provado segundo os termos e limites do processo.

a) Direito e elitismo

Para a Teoria das Elites, o elitismo se assenta no fato de que em toda e qualquer sociedade sempre há um grupo, minoritário em termos quantitativos, que exerce o poder, em contraposição a um outro, dele destituído (BOBBIO, 1998). Uma possível síntese da tese central defendida por essa teoria pode ser encontrada nas palavras de um de seus precursores, Mosca (apud BOBBIO, 1998, p. 385):

Entre as tendências e os fatos constantes que se acham em todos os organismos políticos, um existe cuja evidência pode ser a todos facilmente manifesta: em todas as sociedades, a começar por aquelas mais mediocrementemente desenvolvidas e que são apenas chegadas aos primórdios da civilização, até as mais cultas e fortes, existem duas classes de pessoas: a dos governantes e a dos governados. A primeira, que é sempre a menos numerosa, cumpre todas as funções públicas, monopoliza o poder e goza as vantagens que a ela estão anexas; enquanto que a segunda, mais numerosa, é dirigida e regulada pela primeira, de modo mais ou menos legal ou de modo mais ou menos arbitrário e violento, fornecendo a ela, ao menos aparentemente, os meios materiais de subsistência e os que são necessários à vitalidade do organismo político.

Vilfredo Pareto, por sua vez, amparado nos estudos de Mosca, desenvolve a tese de que “em toda a sociedade há uma classe ‘superior’ que detém geralmente o poder político e o

poder econômico, à qual se deu o nome de ‘aristocracia’ ou elite” (BOBBIO, 1998, p. 385-386). Para essa perspectiva, a elite ou aristocracia é composta por aqueles que numa sociedade dispõem com proeminência da riqueza e da capacidade de decisão sobre os destinos de seus semelhantes. Se a presença de uma elite constitui uma lei geral da sociedade humana, a democracia, realisticamente considerada, é inviável. Em diversos contextos histórico-sociais, a sucessão histórica e, de certo modo, cíclica das elites seria a antítese de uma democracia real.

A teoria das elites recebeu críticas tanto da vertente marxista quanto da liberal. Na vertente marxista, a crítica está direcionada à ausência na teoria das elites da “luta de classes” ou, ainda, no esquecimento do caráter classista das elites. Isso porque a relação “elite” e “massa”, nessa teoria, não é necessariamente antagônica. Na vertente liberal, a crítica está voltada principalmente para a perspectiva monoelitista. Isto é, não se nega a existência da elite, mas é pouco sustentável mencionar uma única elite em sociedades complexas, como é o caso da norte-americana. O mais adequado seria, nessa perspectiva, falar-se de vários grupos de elite, uma poliarquia. Sobre isso, Bobbio (1998, p. 388-399) afirma:

Retomando a tradição iniciada por Mosca, que distinguiu, como se disse, entre Elites aristocrático-autocráticas e Elites democrático-liberais, prosseguida por I. Asswell, que considerou perfeitamente compatível a existência das Elites com o funcionamento do regime democrático, esta teoria se religa à concepção de Joseph Schumpeter, segundo a qual aquilo que caracteriza o regime democrático é o método e, mais exatamente, o método que permite a cada indivíduo ou grupos rivais lutar pela conquista do poder em concorrência entre si ‘através de uma competição, que tem por objetivo o voto popular’ (*Capitalism, socialism and democracy*, 1942; trad. it., Milano 1955, p. 252).

Nesse sentido, a discussão não deveria se centrar no fim do elitismo para o triunfo da democracia, mas em mecanismos que drenassem anseios sociais às elites e que permitissem a sua renovação, como por meio do voto, fenômeno que se poderia chamar de “democratização da elite”, ou, como se tornou mais conhecido, “elitismo democrático”. Para Bobbio (1998, p. 389):

Em substância, a crítica do elitismo monolítico terminou por dar origem a uma concepção desmitificada, realista, desencantada da democracia, que foi batizada e recentemente criticada com o nome de ‘elitismo democrático’ e cujas principais conotações são a ‘concorrência das Elites políticas, o fato de que estas Elites devem dar conta de sua ação periódica junto aos eleitores e sejam diversamente acessíveis aos pedidos que vêm das classes inferiores.’

A concepção aqui defendida apresenta conotação significativamente distinta do debate exposto acima. Por *elitismo jurídico*, designo a enorme dificuldade/incapacidade que o direito tem de transcender/ultrapassar os interesses das elites que preponderantemente, o integram e o constroem, normalmente atrelados ao individualismo, segundo a lógica da acumulação. Essa dificuldade/incapacidade revela os limites da democratização do próprio direito e é, sem dúvida, no limiar do século XXI, um desafio cultural e político na busca de sua efetividade.

No marxismo, de modo semelhante, Mascaro (2008b, p. 131) afirma que “a razão individualista, nos limites da intersubjetividade, alcança só os horizontes do próprio interesse burguês”. Se é verdadeiro, como se afirmou, que o direito sofre as influências da realidade social de onde brota, é igualmente verdadeiro que essas influências são maiores e mais intensas por parte daqueles que nessa realidade constituem as elites.

Assim, um direito feito apenas por homens e segundo seus interesses, tende a se tornar “sexista” e, portanto, elitista. Isso não ocorre em razão de um fator econômico (produção) ou político (cidadania), mas pela ausência de reconhecimento do outro e de seus interesses e necessidades.¹ Hespanha (2009, p. 310-314, grifo do autor), tratando das funções sociais do direito, sustenta que o elitismo jurídico se consolida a partir de:

[...] ligações da academia a poderosos interesses sociais e econômicos e produzindo deformações nas temáticas dominantes dos *curricula* escolares (mais direito dos negócios, menos direito social), nas normas de reconhecimento (mais atenção ao direito provindo da regulação empresarial, nacional ou globalizada, menos atenção à regulação estadual) e na própria teoria do direito [...], consistente com os interesses das grandes empresas e com a visão que têm do direito os seus serviços jurídicos, estreitamente ligados às sociedades, nacionais e internacionais, de advogados.

Hespanha (2009), referindo-se ao contexto norte-americano, demonstra como a própria estruturação da carreira de advogado, segundo os interesses do mercado, tornou esse profissional, engajado na transformação social e ligado aos ideais éticos, uma firma de advocacia comprometida com os interesses empresariais. Hespanha (2009, p. 312-313) aborda que:

Esta imagem negativa da nova organização empresarial dos serviços jurídicos agravou-se ainda, nos anos 80 do séc. XX, devido à ideia de que as sociedades de advogados, ‘para gerirem eficientemente grandes concentrações de talentos e de meios, colocados ao serviço de atores economicamente poderosos que podiam pagar os seus honorários’, agravavam as disparidades

1. Reconheço, entretanto, que as relações de gênero, por exemplo, também assumem espaços de reprodução nas esferas da produção e da cidadania.

nas oportunidades de uso do sistema jurídico, fazendo mais pelos ricos e de menos pelos pobres. [...] a proximidade das sociedades de advogados em relação a grupos poderosos e influentes criava uma forte tendência de cumplicidade e *lobbying* a favor dos seus interesses individuais ou de grupo, mesmo quando não eram seus clientes atuais. (HESPANHA, 2009, p. 312-313).

Em sentido semelhante, Bourdieu (2012, p. 242) afirma que a proximidade de interesses e a formação familiar e escolar tendem a favorecer o parentesco de visões de mundo, isto é, uma cumplicidade tácita com as relações que na realidade social se apresentam como dominantes.

O elitismo do direito, como aqui identifico, manifesta-se em dois aspectos: o acesso ao direito e o acesso à justiça. Ambos constituem uma fronteira. Ela separa os que podem e os que não podem ter acesso ao direito e aos direitos. Quanto ao primeiro, é preciso ressaltar que o direito, historicamente no Brasil, tem sido composto por elites. Há pouco mais de cem anos, nunca é demais lembrar, a maior parte dos seres humanos que aqui viviam não era sequer considerada humana pelas elites (e não faltaram “religiosos” e “cientistas” que assim se posicionavam), ou, segundo a técnica jurídica, não era “sujeito de direitos”. Além disso, entre os considerados humanos e livres, apenas os privilegiados, com poder econômico/prestígio político, acessavam os bancos das faculdades de direito. Como esculpiu Gama (2003, p. 14):

Ciências e letras
Não são para ti
Pretinho da Costa
Não gente aqui
[...]

Não quero que digam
Que fui atrevido;
E que na ciência
Sou intrometido.
Desculpa, meu amigo,
Eu nada te posso dar;
Na terra que rege o branco
Nos privam té de pensar!..

A existência atual de políticas afirmativas, como as cotas para negros e alunos oriundos de escolas públicas, atesta que mais de um século não foi tempo suficiente para ampliar os modos/meios de acesso ao direito. E mais, embora as políticas constituam um importante/necessário avanço, sobretudo em termos de transformação da realidade social hierarquizada e desigual, elas não significam, entretanto, a democratização do direito. Isso porque a chegada dessa “nova” leva à universidade não é acompanhada, pelo menos não imediata e necessariamente, por uma transformação efetiva e profunda nos marcos teóricos em que se assenta o ensino jurídico brasileiro. Por esse motivo, pode apenas significar uma transformação isolada, muito mais pela doutrinação daquele que chega (assimilação do elitismo jurídico), do que pela transformação da doutrina em razão de sua chegada (democratização do direito).²

Embora a procedência social, econômica e cultural do indivíduo não seja determinante para a sua formação intelectual - há diversos exemplos na história que provam o contrário -,

2. O que pode ser uma possibilidade em relação ao sistema de cotas é uma realidade em relação ao Congresso Nacional. A chegada de diversos elementos oriundos de camadas oprimidas ao parlamento tem significado mais assimilação do elitismo do que democratização da produção normativa.

o fato é que é muito mais difícil transcender os próprios interesses (interesses de seu grupo/classe) quando não se conhece o outro, suas(seus) necessidades/interesses, sua realidade. Um direito constituído por elites haverá de ser, quase sempre, um direito elitista.³ Seus institutos, seus marcos teóricos e suas ferramentas de análise estarão associados e contaminados pela realidade que informa o universo sociocultural conhecido de seus integrantes. Dessa forma, na medida em que não há contraponto, o elitismo do direito torna-se também uma negação do outro, uma “realidade” abstrata em torno dos próprios interesses. Também aqui se revela a dificuldade/incapacidade em “solucionar” juridicamente algumas demandas,

-
3. Não só a composição do sistema de justiça é marcada pelo elitismo, mas a do próprio Parlamento, que pretende o monopólio da produção normativa do país. A reportagem de **Raphael Di Cunto e Thiago Resende**, publicada pelo jornal **Valor**, de 07 de novembro de 2014, deixa claro que um único *holding* elegeu nada menos que 160 congressistas: “J&F ‘elegeu’ a maior bancada da Câmara. A primeira campanha com o fim das doações ocultas expôs a força empresarial na eleição para deputados. Oito grupos econômicos que irrigaram o caixa dos candidatos à Câmara dos Deputados com R\$ 162,6 milhões ajudaram a eleger bancadas maiores que as do **PT** e o **PMDB**, mostra levantamento do Valor com colaboração do Valor Data. Mais de 160 deputados eleitos receberam dinheiro da J&F, dona do frigorífico JBS, na disputa por cadeiras no Congresso Nacional. O grupo empresarial enviou cerca de R\$ 57,6 milhões para financiar a disputa, se consolidando - com folga - como o maior doador da nova Câmara, segundo declararam as campanhas ao **Tribunal Superior Eleitoral (TSE)**. A **JBS**, que também figura como a maior doadora dos candidatos majoritários desta eleição, recebeu bilionários empréstimos a juros subsidiados do **Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)**, que é um dos acionistas da companhia, dona da marca de carnes **Friboi**. A bancada financiada pela holding J&F é maior que a soma dos deputados eleitos em outubro do **PT** (70) e do **PMDB** (66), que se digladiam pela presidência da Câmara dos Deputados” (INSTITUTO HUMANAS UNISINOS, 2014). Igualmente ilustrativo é o Projeto de Lei nº 251/2010. Nesse caso, porém, os interesses são claros.

cuja complexidade reclama um olhar para além dos interesses mais imediatos.

Exatamente por isso, não é de estranhar que, para o integrante do sistema de justiça, cujo universo cultural tem na propriedade-mercadoria, adquirida por meio do título, a forma perfeita e acabada de acesso aos bens da vida, a ocupação de terras assuma a forma de uma invasão, isto é, de antijuridicidade. É o que Bourdieu (2012, p. 246) denomina de poder de universalização do direito, ou de etnocentrismo dos dominantes. Valores, formas de vida, condutas particulares de um determinado grupo social, do qual fazem parte (ou com quem tenham uma cumplicidade tácita) os integrantes do direito, tendem a se tornar práticas universais. O que não se encaixa no padrão normalizado é considerado desvio, patológico e antijurídico.

Compreende-se que, numa sociedade diferenciada, o efeito de universalização é um dos mecanismos, e sem dúvida, dos mais poderosos, por meio dos quais se exerce a dominação simbólica ou, se se prefere, a imposição da legitimidade de uma ordem social. A norma jurídica, quando consagra em forma de um conjunto formalmente coerente regras oficiais e, por definição, sociais, ‘universais’, os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante, tende a *informar* realmente as práticas do conjunto dos agentes, para além das diferenças de condição e de estilo de vida: o efeito de universalização, a que se poderia também chamar *efeito normalização*, vem aumentar o efeito da autoridade social que a cultura legítima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica. (BOURDIEU, 2012, p. 237).

É também o elitismo que faz pressupor, abstrata e formalmente, que o interessado, a parte processual, tem dimensão de toda a complexidade da demanda – fato tanto mais difícil de verificação prática quanto mais complexa ela for e, inversamente, quanto menos conhecimento formal possuir o sujeito –, e que

o *expert*, encarregado da representação processual, é capaz de reproduzir toda essa complexidade, utilizando o intrincado sistema processual de provas e a hermética linguagem jurídica. É exatamente nesse ponto que Bourdieu (2012, p. 231) trata da injustiça e da necessidade jurídica. Para esse autor:

[...] a sensibilidade à injustiça ou a capacidade de perceber uma experiência como injusta não está uniformemente espalhada e que depende estreitamente da posição ocupada no espaço social. Quer isto dizer que a passagem do agravo despercebido ao agravo percebido e nomeado, e sobretudo imputado, supõe um trabalho de construção da realidade social que incumbe, em grande parte, aos profissionais: a descoberta da injustiça como tal assenta no sentimento de ter direitos (*entitlement*) e o poder específico dos profissionais consiste na capacidade de *revelar* os direitos e, simultaneamente, as injustiças ou, pelo contrário, de condenar o sentimento de injustiça firmado apenas no sentido da equidade e, deste modo, de dissuadir da defesa judicial dos direitos subjetivos, em resumo, de manipular as aspirações jurídicas [...].

Para acionar a Justiça em busca de justiça, é preciso ter conhecimento da lesão e constituir um profissional (normalmente o mesmo que se formou nas faculdades, dentro do universo do normativismo, individualismo e do elitismo jurídicos) que se encarregará de traduzir em texto jurídico a pretensão a ser viabilizada. Para tanto, Bourdieu (2012, p. 229) pontua:

O campo judicial é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que atuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo – mesmo quando se trata daquelas que é preciso conhecer para vencer a letra da lei [...].