

ENTRE POLÍTICA E NORMATIVIDADE: Constitucionalismo, Direitos Fundamentais e Democracia na Era das Consequências

BETWEEN POLICY AND NORMATIVITY: Constitutionalism, Fundamental Rights and Democracy in the Age of Consequences

Eduardo Henrique Lopes de Figueiredo

Doutor pela Universidade Federal de Paraná. Professor da Universidade Estadual de Londrina –UEL e professor permanente do mestrado em direito da FDSM. E-mail:ehlfigueiredo@yahoo.com.br

Convidado

Recebido em:19.02.2016

Aprovado em:19.02.2016

DOI:10.5585/rdb.v12i5.356

Resumo

O presente artigo, objetiva, com base no paradoxo de Tony Judt, compreender o constitucionalismo moderno sem confina-lo ao exame do sistema de direito, ao contrário trata-se da tentativa de vincular e desenvolver alguns aspectos sobre o constitucionalismo e a democracia, lançando-os às variantes do tempo. Os problemas e as questões que estreitam as relações entre as possibilidades da teoria constitucional e a relevância da política, compreendidas como experiências sociais, logo não restritas às formulações que a deslocam para a estreiteza das normas, ou melhor, tais como constituídas, estão entre os mais desafiadores do ponto de vista das perguntas simples. Buscar-se-á, portanto, a partir de distintas cautelas metodológicas a exploração destes universos teóricos mais marcantes da reconstrução da teoria constitucional, sejam eles a jurisdição constitucional, os modelos de democracia e o princípio democrático como função e garantia de direitos.

Palavras chave: Constitucionalismo; Democracia; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

In the light of Tony Judt paradox, this article aims to comprehend the modern constitutionalism building an analysis beyond the field of legal system. In fact, its focus is to relate and develop some remarks about constitutionalism and democracy, with references to facts of history. Considering constitutional theory and the relevance of politics as social experiences (so not restricted to deductions towards the straightness of norms), the problems and issues that strengthen their possibilities are the most challenging

for the simplest questions. It uses methodological caution in order to explore the most remarkable theoretical universes of the reconstruction of the constitutional theory, either constitutional jurisdiction, the models of democracy and the democratic principle as function and guarantee of rights.

Keywords: Constitutionalism; Democracy; Fundamental Rights.

Introdução

O presente artigo, objetiva, compreender o constitucionalismo moderno sem confina-lo ao exame do sistema de direito, ao contrário trata-se da tentativa de vincular e desenvolver alguns aspectos sobre o constitucionalismo e a democracia, lançando-os às variantes do tempo.

Os problemas e as questões que estreitam as relações entre as possibilidades da teoria constitucional e a relevância da política, compreendidas como experiências sociais, logo não restritas às formulações que a deslocam para a estreiteza das normas, ou melhor, tais como constituídas, estão entre os mais desafiadores do ponto de vista das perguntas simples.

Buscar-se-á, portanto, a partir de distintas cautelas metodológicas e do paradoxo de Tony Judt, a exploração destes universos teóricos mais marcantes da reconstrução da teoria constitucional, sejam eles a jurisdição constitucional, os modelos de democracia e o princípio democrático como função e garantia de direitos.

1.Os três paradoxos de Tony Judt¹

A atividade intelectual – afirma Tony Judt – é algo que se assemelha à arte da sedução. Se formos diretos ao alvo, haverá grande probabilidade de não termos êxito. Se o propósito é contribuir para debater problemas mundiais, não será conveniente iniciar participação em diálogo, aula ou outro meio valendo-se de questões histórico-mundiais. É correto refletir sobre temas de ressonância ampla, porém, no nível restrito de influência. Desse modo, se “a sua contribuição à conversa for então captada e se tornar parte de uma conversa maior, ou então de conversas travadas também em outros locais, tanto melhor”². De que valem afirmações sobre democracia mundial e deveres, ou ainda sobre as razões para se observar e respeitar direitos humanos se estas tarefas são almejadas em dimensão espacial pouco delimitada, por vezes precariamente nítida? Explorar apenas as imperfeições será satisfatório? Deve-se cautela à quem respectivamente falamos?

*Agradeço a atenciosa e fecunda leitura do texto, assim como as valiosas sugestões dadas pelo professor do PPGD-FDSM e da UFMG Rafael LazarottoSimioni.

¹JUDT, Tony. **Sobre Intelectuais e Democracia**. In: Piauí No 67 – Abril de 2012, p. 48.

²Cf. JUDT, Tony. P. 48.

Questões, preocupações, impasses e desafios são variados. São, também, diversos quanto ao que representam, e, de igual modo, devem significar algo para nosso tempo. Afinal, com que deveríamos nos preocupar hoje?

Para Tony Judt estamos vivenciando o “final de um ciclo muito longo de avanço. Um ciclo que começou no final do século XVIII e que, não obstante, tudo o que ocorreu desde então continuou essencialmente até os anos 1990”.³ Um dos modos de abordar este ciclo é compreender “(...) a contínua ampliação do círculo de países cujos governantes são compelidos a aceitar algo como o regime da lei.”⁴ Foi a partir dos anos 1960 que liberdade econômica e a liberdade individual se co-implicaram mais intensamente no regime da lei. Desde então, a realidade se tornou mais turva. Estes regimes assumiram dimensões políticas, econômicas e individuais. Mas a insegurança decorrente da liberdade das relações econômicas, as alterações no clima, além de estados imprevisíveis são fatores que passaram a constituir cenário bem insinuante. Quais os horizontes para reflexão diante de problemas cuja magnitude parece desprezar as perguntas simples? Se a questão for a política, pois esta envolve quase a totalidade da experiência social, a principal tarefa não é, para o ensaísta inglês, imaginar mundos melhores, mas pensar em como evitar piores: “E essa é uma espécie ligeiramente diferente de situação na qual o tipo de intelectual que delimita grandes quadros de situações idealizadas e improváveis talvez não seja a pessoa a quem mais vale a pena dar ouvidos.”⁵

Intelectuais quase sempre se orientam no sentido de construir e posteriormente defender cadeias de abstrações, modelos sociais, formas para que os poderes social e político sejam adequados a direitos. Mas o fato que vivemos tempo no qual os esforços talvez melhor empreendidos estejam em compreender instituições, leis e normas que expressam nossas melhores energias, uma vez que estas energias estão nas relações possíveis diante das grandes abstrações, invariavelmente, o que poderia ser prévio e necessário? Parece ser conhecer as relações possíveis. Entre as grandes e frágeis abstrações modernas estão as constituições políticas e a democracia. Elas são frágeis instrumentos e não são heranças milenares nas suas respectivas tradições. São abstrações históricas distintas. Suas peculiaridades são temporais, geográficas, inter-raciais, inter-étnicas, inter-religiosas, inter-culturais. Essas peculiaridades desencadeiam intensas diferenciações quando, no interior de um mecanismo complexo, cuja precisão sempre desafia ajustes, exige-se funcionamento em plena potência. Essas abstrações em conjunto e de vários modos articuladas buscam materializar e maximizar os aspectos positivos da modernidade, bem como as virtudes dos seres humanos. Para tanto a lei, a separação de poderes e constitucionalidade das ações políticas são etapas prévias, porém permanente crise. Esta crise deve ser compreendida como crise da

³ *Idem. Ibidem.*

⁴ *Idem. Ibidem.*

⁵ JUDT, Tony. **Sobre Intelectuais e Democracia**. In: Piauí No 67 – Abril de 2012, p. 48.

(...) existência ou existencialidade de uma forma de vida concreta, uma factualidade, enquanto a crítica é sempre uma validação dos argumentos, uma normatividade. Para o direito, as razões das instigações e das dúvidas causam desconforto e a “confusão parece inquestionável, embora haja a crítica da crise do direito que se esforça para distingui-las. O equívoco de muitas análises está na visão de uma certa crise do direito, sendo que, desde o nascimento, o direito é crise.”⁶

Parece necessário contextualizar os sentidos da crise, pois diante das múltiplas formas históricas de articulação entre o direito e a política, a “(...) democracia está para uma sociedade liberal bem ordenada como um mercado excessivamente livre está para um capitalismo bem sucedido e regulado.”⁷ Em nossa era a democracia faz sentido quando, por meio dela, pudermos muito rapidamente saber que alguém fraudou eleições. A democracia será mais robusta ainda se contemporaneamente a tal fato boa parte da população não se preocupar com isso. Poderia se indagar, como o faz Judt: “E se o voto fosse mais restrito, a exemplo de uma sociedade liberal do século XIX? Haveria mais interesse em sufrágios?”⁸ O preço da massificação dos ideais liberais e constitucionais é que eles se tornaram flexíveis ao ponto de corresponderem à linguagem dos direitos, mas isso em um tempo no qual o Estado e a política são decisivos para todos, o que se instrumentaliza e se torna real como coisas muito distantes, por vezes incompreensíveis. A democracia no curto prazo tem sido a melhor defesa contra alternativas não democráticas. Mas em si mesma não é defesa bem organizada contra suas próprias deficiências. As democracias sucumbem às suas versões corrompidas, pois há variedade de interesses nas constituições, tal como afirma Cass R. Sunstein: “(..) as normas constitucionais ‘podem ser liberais ou não-liberais; diferentes Constituições, e diferentes partes da mesma Constituição, protegem diferentes interesses”.⁹ É diante desta atmosfera que a interpretação constitucional foi sendo valorizada. A interpretação constitucional de modo cada vez mais consistente vai ocupando o lugar do debate político, substituindo sua compreensão em termos de constitucionalidade, impregnando e modificando os termos díspares da melhor ou pior política, tal como espécie de sublimação jurídica do político.¹⁰ Entre os sintomas está o desinteresse em escolher, em participar do ‘jogo’ democrático, ainda que os mecanismos ‘liberais’ sejam tímidos. Tony Judt exemplifica e destaca a participação nas eleições para o parlamento europeu em 1979. Naquele ano o índice de europeus votantes atingiu 62% dos cidadãos daquele continente. Em 2009, apenas 30% compareceram para votar. Se o Estado e a política estão distantes da sociedade, precariamente acolhendo convergências sociais

⁶ LEITE SAMPAIO, José Adércio. **Introdução e Bricolagem sobre Constituição e Crise Política**. In: *Constituição e Crise Política*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, XIV.

⁷ JUDT, Tony. **Sobre Intelectuais e Democracia**. In: *Piauí* No 67 – Abril de 2012, p. 48.

⁸ *Idem. Ibidem.*

⁹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Constituição, Democracia e Legalidade**. In: BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (orgs.). *Princípio da Legalidade – Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 1ª edição, 2009.p. 251.

¹⁰ Cf. SANTOS, Gustavo Ferreira. **Constituição, Democracia e Legalidade**. In: BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (orgs.). *Op.Cit.* P. 251.

expressivas das democracias tais como as vivemos, serão asna ou pouco previsíveis possibilidades destas relações, algo que a estatística destacada reforçou na nossa percepção – entre outras que poderiam ser pesquisadas - a medida da indiferença em escolher quem de fato ‘debaterá’ a política. Como preencher estes espaços? Cresce a necessidade das indagações simples que busquem diminuir a vagueza entre governados e governantes.¹¹

2.A história do direito moderno: campo para explorar

Entre as dimensões que a história do direito público pode sugerir destacam-se: a literatura do direito, o conhecimento das fontes jurídicas, a exploração da administração estatal e a dinâmica constitucional. Essas dimensões, para o historiador alemão do direito Michael Stolleis¹², se forem relacionadas, auxiliam a compreender as fontes jurídicas, suas circunstâncias históricas, ou noutra imagem, sua historicidade. Algumas possibilidades de articulação entre elas com outros procedimentos investigativos que envolvam o direito e sociedade, por sua vez, enriquecem o conhecimento exploratório do Estado e da constituição nesta segunda década do século XXI. Desde o século XX se observa a reconstrução da teoria da constituição e dos estudos constitucionais. Importantes autores preferem identificar essa reconstrução como o direito constitucional do pós guerra. São esforços para constituir a teoria do Estado como teoria do Estado Constitucional,

(...) que tem como objeto não apenas refletir disciplinarmente acerca do fenômeno do Estado, como instituição política da modernidade, mas que, na esteira da (s) crise (s) que se projeta (m) sobre tal objeto de análise, supõe o caráter plural deste fenômeno no ambiente contemporâneo, bem como as repercussões em toda a ossatura político institucional, em particular no que se refere à sua formação como Estado Constitucional, na perspectiva de um constitucionalismo formal e materialmente vinculado a um projeto de sociedade plural, justa e solidária.¹³

Entre as possibilidades fecundas deste horizonte teórico, a história do Estado, se a proposta destacar os auxílios da história social, será possível verticalizar a experiência política do ponto de vista do destinatário das razões de existência do poder político. É o relacionamento do direito público em extravasamento como perspectiva jurídico-sistemática que poderá enriquecer este recorte. Este não é outro modo de tê-las e compreendê-las, vale dizer, a fontes do direito com as etapas de formação do Estado moderno. Nos limites desta relação tempo-espaço não se destacam apenas o campo

¹¹JUDT, Tony. **Sobre Intelectuais e Democracia**. In: Piauí No 67 – Abril de 2012, p. 48.

¹²STOLLEIS, Michael. *L'occhio Della Legge – Storiadi una Metafora*. Roma: Carocci, 2007, p.29.

¹³MORAIS, José Luiz Bolzan. **Crises do Estado, Democracia Política e Possibilidades de Consolidação da Proposta Constitucional**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes e STRECK, Lênio Luiz. *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.15.

específico da normatividade, mas as singularidades política moderna. Uma vez mais, lançadas a este grau de investigação, as fontes do direito desafiam metodologia bem diversa

(...) desse procedimento lógico-técnico, que não tem escapado a um certo artificialismo (...).Este conhecimento, pondo embora a tônica de sua indagação no fenômeno social jurídico, o indaga sempre, contudo, como inserido na dinâmica da realidade social total. E visualiza, de fato, a sociologia, em qualquer de seus ramos, sempre os fenômenos sociais totais.”¹⁴

Esta orientação, predisposta a não intimidar as possibilidades de explorar mais diferentes implicações da materialidade jurídica, ou seja, de verificar nos movimentos das relações sócio-políticas, os desafios das experiências constitucionais, sugerindo indagações singelas, de cunho expressivo, as quais podem ser formuladas do seguinte modo: há uma cultura de direitos? Há constituição no sentido social? As revoluções burguesas ‘instituíram’ a política na atmosfera do constitucionalismo e isso exigiu a redefinição da política na passagem dos séculos XIX para o século XX. O constitucionalismo social, que corresponde a parcela desta redefinição, exigiu mais dos Estados. Assim sendo, os que são essas exigências? Esses níveis de exigência ao mesmo tempo em que aproximaram os mais frágeis do cenário dos direitos, afastaram o Estado, radicalizando suas ações, inclusive para, neste radicalismo, poderem ser compreendidas *a política e a decisão excepcionais*. Para tradição historiográfica alemã, o que pode emprestar às fontes jurídicas vetores de investigação que as desloque para a observação das suas várias implicações sociais? Werner Conze, importante historiador alemão do século XX, após a superação da influência nacional socialista, viu na história como saber na Alemanha a carência de substancializar tanto a ruptura com o século XIX, bem como a história como movimento generalizante, de forte influência filosófica. Professores liderados por Conze partiram do objetivo de historificar nosso tempo, tomando as relações sociais como ponto de partida:

*(...) the purpose of the group was to subject Hans Freyer’s ‘theory of the present age’ to critical and historical scrutiny, either revisiting it or giving it a solid underpinning. Conze argued that the term ‘social history’ was too narrow to describe this historiographical approach, preferring instead ‘structural history’ (Strukturgeschichte) of the modern world”. Since, traditional historiography could no longer master the problems of the modern world, asserted Conze, it was necessary ‘to adapt the historical method to these problems’ ”.*¹⁵

¹⁴SOUTO, Cláudio. *Introdução ao direito como ciência social*, Brasília: Edunb/Tempo brasileiro, 1971, p. 11.

¹⁵SCHULZE, Winfried. **German Historiography from the 1930’s to the 1950’s**. Disponível em https://www.historicum.net/fileadmin/sxw/Lehren_Lernen/Schulze/German_Historiography.pdf.

Noutras palavras, o horizonte social da históriana vertente alemã é apreensível por meio da multiplicação dos objetos historiográficos, o que não se confunde com as formas da história, isto é, com os materiais do historiador. Diante desta orientação, estes materiais serão pluralizados, somando-se a problemas, recapitulando-se, assim, algumas fronteiras aproximadas neste artigo. Poderia se cogitar de uma história social do direito diante das grandes abstrações destacadas, vale lembrar, diante da Constituição e da Democracia? É necessário a apreensão do tempo de ambas, da atualidade de ambas, de lançá-las nos paradoxos da modernidade e não de limitá-las ao frio sentido da leitura solitária e imaginosa. O que poderá ensejar melhores perspectivas para explorá-las, conhecê-las, debatê-las, senão a acoplamento dos seus aspectos abstratos aos nada brandos aspectos materiais da história, ou para parafrasear uma das possibilidades da dialética, aos nada brandos homens de carne e osso, à divisão do trabalho e à formação dos antagonismos da sociedade civil? Christopher Thornhill orienta essa possibilidade destacando a oposição existente entre as limitações da análise legal face à sociologia das constituições, esforço que deve considerar, também, a história das constituições e a sua ambientação política:

The strictly constrained account of the constitution is thus here as a projection of normative analysis, which revolves around a highly controlled construction of its object and its legitimating functions. A sociological approach to the constitutions, in contrast needs to resist the suggestion that there occurred a radical caesura between early modern and modern constitutions. Indeed, it is fundamental to sociological examination of constitutions that, in perceiving the constitutions as documents reacting to conditions within a broad inner-societal environment, it opposes purely textual definitions of constitutionality, and it is prepared to recognize societies as possessing a multiple and diffuse constitutional apparatus.¹⁶

É por isso que ajustes de contexto são importantes e justificáveis diante da finalidade de situar o leitor tanto do ponto de vista das indagações propostas, ainda que elas possam ser preferíveis às respostas provisórias. Estas mais se assemelham a caminhos possíveis para reflexões. Se abreviar em breve proposição o problema teórico tal como escolhido poder ser de algum auxílio, ei-lo: trata-se da tentativa de vincular e desenvolver alguns aspectos sobre o constitucionalismo e a democracia, lançando-os às variantes do

¹⁶THORNHILL, Christopher. *A Sociology of Constitutions – Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Oxford: Cambridge University Press, 2013, p.10.

tempo, porém não confinando-os ao exame do sistema de direitos. Os problemas e as questões que estreitam as relações entre as possibilidades da teoria constitucional e a relevância da política, compreendidas como experiências sociais, logo não restritas às formulações que a deslocam para a estreiteza das normas, ou melhor, tais como constituídas, estão entre os mais desafiadores do ponto de vista das perguntas simples. Para exploração destes universos teóricos mais marcantes da reconstrução da teoria constitucional, sejam eles a jurisdição constitucional, os modelos de democracia e o princípio democrático como função e garantia de direitos¹⁷, se exigem distintas cautelas metodológicas. É a desconfiança dos conceitos que se destaca, resguardando-se nela a intenção, afirme-se, do propósito do historiador de lançar-se à gramática social da linguagem, às estruturas do pensamento e aos *sentimentos do passado*. O esforço é romper com etiquetas atemporais.¹⁸ Essa questão pode ser explorada como a possibilidade de estudar as ideias jurídicas, mas desde que este estudo as tome e as compreendaem um universo contextual determinável. Para a teoria da história, o determinado e o objetivo compreendidos como e no cotidiano relacionam-se com as instituições, mas este ‘relacionar-se’ é mediatizável pelos discursos, tornando-se, desse modo, realidades vividas na experiência. O que pode ser identificado com maior densidade e significado histórico nas fontes do direito? Essas fontes extravasam o instituído normativamente? E as formas instituintes de direitos? Elas são desencadeadas pela sua reprodução, pela internalização na subjetividade, isto de sorte a ser possível afirmar a existência do direito no dia a dia dos sujeitos? A reconstrução das particularidades de algum momento histórico pode resultar na viabilização de caminhos compreensivos do direito em dado momento e, de certo modo, a partir dele, serem considerados e admitidos os limites para sua abordagem. Formas muito diferentes para apreensão dos laços que unem experiências coletivas envolvem o direito com as planícies distantes da antropologia e da cultura, além das instituições, exigindo a captura de vestígios preponderantes no processo social. É nisso que há algo de histórico. Os resultados de comparações de longos períodos históricos trazem todo um risco. Generalização, simplificações, comparações, analogias, assimilações são apenas algumas das distorções. Elas são potencializadas pelo fato de todo saber histórico ser reconstrutivo. Assim sendo, não pode interessar ao historiador do direito a política e o direito ‘modernos’, isso para os objetivos aqui almejados, senão como experiência acelerada na qual são

¹⁷ AYALA, Francisco. **Presentación**. In: SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, p.13.

¹⁸ Cf. STOLLEIS, Michael. *L'occhio Della Legge – Storiadi una Metáfora*. Roma: Carocci, 2007, p.12.

marcantes expectativas e experiências construídas pelas gerações recentes. De nada vale propor retrospecto considerável de sorte a admitir um túnel do tempo muito longínquo, um retorno com objetivo de realizar paralelos entre etapas históricas apenas artificialmente semelhantes. Para Michael Stolleis:

*Il diritto pubblico dal XVI fino al XVIII secolo nella duplice funzione di corpus normativo e disciplina scientifica è un prodotto della prima età moderna ed ha accompagnato la nascita dello Stato moderno e contribuito alla sua formazione. Originatosi dalla politica aristotelica, dal diritto romano e dal potere giurisdizionale dell'impero e dei territori sue radici si estendono fino alla profonda antichità e al mondo medievale. Tuttavia ciò che appare sulla scena a partire dal 1600 è particolarmente 'nuovo'. Lo ius publicum cambia la forma e l'esercizio del potere. I rapporti tra i governanti e i governati si modificano profondamente. I ceti dirigenti furono rimpiazzati, chi era comandante divenne suddito, i diritti particolari e la libertà particolari furono abolite. Un mondo più comprensibile, calcolabile, controllabile che doveva possibilmente essere guidato a partire da un punto centrale prese il posto dei molteplici spazi di diritto e privilegi non più compatibili con la razionalità dello Stato moderno. La metafora della macchina prese il posto di quella dell'organismo.*¹⁹

Esta particularidade nova, apontada por Stolleis como a forma e substância política modernas foi capaz de alterar o exercício do poder, relacionando-o com o direito nos termos de uma simbiose, de um aprofundamento, de uma inter-relação acentuada. A recorrente indagação corriqueiramente desencadeada para o jurista é: Como o poder mediado juridicamente age ou interage no constitucionalismo? Todo ele é um poder estatal? Todo ele é transformador, reativo? Ele se expressa apenas de modo institucional e interventivo, nos limites de competências? São perguntas nucleares para explorar experiência constitucional.²⁰ Estas podem ser suficientes para o jurista, mas não para o historiador do direito. Este considera a leitura dos limites do direito situado entre forças que se caracterizaram historicamente. Nesse sentido, o poder da lei reside entre outros tantos poderes. Em nosso tempo se destacam os poderes da economia e da tecnologia. Poder, ação e estrutura são conceitos elementares em ciência social, desafiando 'olhar' de baixo, ou melhor, se o poder instituído atinge as mais distintas e definíveis áreas nas quais relações humanas se dinamizam. Para tanto é a ruptura com as teorias evolucionistas, de fortes influências também no saber jurídico um caminho promissor, algo que destaca a

¹⁹STOLLEIS, Michael. *Storia del Diritto Pubblico In Germania – Publicistica dell'impero e Scienza di Polizia*. Milano: Giuffrè, 2008, p.543.

²⁰Entre outros importantes juristas envolvidos com a questão, podem ser destacados: Georg Jellinek, Hugo Preuss, Carl Schmitt e Hans Kelsen. Nesse sentido, para maiores desenvolvimentos: JACOBSON, Arthur e SCHLINK, Bernard. *Weimar – A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley: University Of California Press, 2010.

finalidade de compreender diferenças exploratórias do poder. Se para o direito a figura da efetividade é a resposta oferecida para demonstrar sua ‘existência’ social, ela pode ser aceita singelamente se esta ‘existência’ ensejar dúvidas? O poder do direito, diante da hipótese formulada, em boa medida está orientado em duplo sentido. Este poder está orientado para o Estado e para as suas variadas formas administrativas no sentido de preservar-lhe a existência e para a sociedade no sentido de assegurar as relações sociais. Estas por sua vez não abalam a ‘permanência’ do Estado, sendo estéril verificar o poder nos limites das fontes normativas. Não são estes os ‘termos’ deste poder, porquanto poder

(...) em um sentido bastante generalizado, significando a capacidade transformadora, a capacidade de intervir em um determinado cenário de eventos de forma a alterá-los. A conexão lógica entre a ação e o poder é de suma importância para a teoria social, mas o significado universal de poder, assim subentendido, necessita de um refinamento conceitual considerável se for utilizado no interesse de uma pesquisa social substantiva.²¹

As criativas e artificiosas relações do direito com fatores tradicionais, sagrados, morais ou mesmo históricos não ultrapassam as perguntas que possam interessar senão ao estudioso da formação do direito, pois têm o seu conteúdo reinterpretado na modernidade dada a secularização das formas de legitimidade.

3 - Do direito à lei

Em 1814 Karl Friedrich Von Savigny especulou os sentidos e as projeções da palavra alemã *Beruf* (vocação). Para distinguir a cultura jurídica formada pela legislação e pela jurisprudência das anteriores e plurais formas do direito, assim como das tradições, o romanista alemão buscou narrar um ‘tempo’ jurídico que deixou de existir diante de outro, vigoroso, diverso, expressivo da ciência e da certeza.²² O direito passou a se expressar por esquematizações, por sistemas e pelo encadeamento de fontes que fazem ceder expressões menos evidentes de conteúdos e mensagens. As relações da sociedade civil e do cotidiano das relações privadas foram atraídas pelo público. Este palco surpreende o jurista, face a face com as constantes relações com o poder político. A ambivalência de sociedades

²¹GIDDENS, Anthony. *O Estado Nação e a Violência* – segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico, tradução de Beatriz Guimarães, São Paulo: Edusp, 2001, p. 3.

²²Nesse sentido: Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência, escrito em 1814, texto escrito por Savigny em resposta a um panfleto escrito Thibault, um jurista proeminente na Prússia naquele tempo. Um contato com as preocupações de Friedrich Carl Von Savigny pode ser obtido na organização do professor da Universidade da Pensilvânia Clarence Morris, intitulada *Os Grandes Filósofos do Direito*. No Brasil, esta coletânea foi publicada pela editora Martins Fontes em 2002.

ordenadas no contexto de profundas transformações econômicas emprestaram razões às constatações do romanista Savigny. O tempo do direito é medida de tempo que não passa sem reflexos nos costumes e nas fontes jurídicas. Exige-se atenção à força da lei e às novas formações do Estado. A edificação do terreno do direito privado empreendida por Savigny pode ser comparada aos singulares esforços de Carl Friedrich Von Gerber. No entendimento de Paolo Grossi, o deambular de Gerber é inintimidável.²³ Orientado para a construção de estrutura jurídica estatal unitária e garantidora de coesão espaço-temporal do Estado Prussiano, o privado não se funde ao público na construção jurídica dos oitocentos, mas o público se estende ao privado. Vive-se momento no qual mudanças são exigidas, porém, sem improvisações. As fontes jurídicas não banirão os costumes, mas ocorrerá toda uma reinterpretação dos seus papéis. Os juristas irão reconhecer premissas reguladoras da vida social. Os saberes expressivos do direito irão observar novo tratamento, que corresponde ao conceitual e ao formal, tal como outrora confinado ao direito privado. Gerber atinge seu objetivo ao delinear um sistema de direito público em 1865. Isso se deu seis anos antes da unificação alemã. A aceitação das características unificadoras de um Estado, o amadurecimento científico de saberes e do manejo de fontes, bem como as exigências de nova ‘experimentação jurídica’ convergem em novo tempo para o direito e para a política. Nesse tempo, o povo é compreendido como consciência política, como um *Volkgeist*. Ainda que dependente de formulações mais claras sobre a presença do ‘povo’ no Estado e no universo constituinte dos seus ‘direitos’, o povo é compreendido como elemento capaz de fazer-se e realizar-se no Estado e no direito. Mas os tempos mudam e também a morfologia do direito. A vocação do tempo para a lei e para a jurisprudência não mais parece ser neutra como ordenadora do tecido social. Explora-se, menos de cem anos após Gerber sistematizar o direito público prussiano, a incapacidade do direito corresponder, em natureza e função, à dimensão social e econômica compreendida na materialidade das relações sociais, ou melhor, à substância humana das formações políticas. Encontram espaço as críticas que percebem, tais como as do comercialista Georges Ripert, ser a lei materialização do poder político. O direito ordena as relações sociais em medida cada vez mais acentuada. O faz em desconexão crescente, cingindo-se às imobilizadoras e rígidas tramas das construções normativas. A leitura dos sistemas de direitos considerará, assim como a que foi empreendida por Carl Schmitt, o paradoxo da premissa, igualmente reguladora, contida nos direitos fundamentais. O Estado estará lançado permanentemente

²³GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, Bari: Laterza, 3ª edição, 2008, p.171.

ao instante aquém da repetição, embora isso jamais tenha sido positivado normativamente. O constante de fraseado do presente, segundo o qual o Estado preserva as relações sociais foi invertida. Repete-se que o Estado e o direito são transformados pelas relações sociais, mas tanto um como outro valem-se por si mesmos para, como já há algum tempo. Deixar inacabadas e inquestionadas suas penetrantes implicações políticas e sociais será tão negativo quanto desconhecer os níveis destas implicações. Por meio das suas formações normativas e dogmáticas o Estado de direito vale-se da lei como ferramenta, ainda que na sua idéia essencial se considere a generalidade desta. A política e a sociedade são contingências relegadas a outra dimensão compreensiva.

4. Política e Sociedade: Além dos Direitos?

A premissa de que continuidades dominantes sobre a história simplificam demasiadamente a exploração do constitucionalismo, desconsiderando diferenças entre os tipos de sociedades. Esta desconsideração pode emprestar alicerces e analogias para quadros generalizados e avessos a retratos detidos, complexos e minuciosos sobre as sociedades modernas. A perspectiva de Karl Marx tem algo comum com as teses evolucionistas, uma vez que a mudança social implica o crescimento progressivo das forças de produção. Mas a descontinuidade, para o materialismo dialético, se observa na afirmação segundo a qual o desenvolvimento social se dá por meio de sucessivos episódios de transformações revolucionárias. Estas transformações estão restritas aos tempos recentes do capitalismo moderno, constituindo o ponto culminante em um plano progressivo do desenvolvimento social.

Ainda que possam ser exploradas com auxílio do materialismo histórico, não há, nas formações sociais pré-capitalistas, os mesmos traços os quais marcam a modernidade econômica e jurídica. Isso não implica a crítica de que a compreensão materialista da história seja por demais parcial. A descontinuidade histórica, para ser explorada, exige histórias diversas sobre as relações de produção e sobre as forças produtivas. Do contrário, todas as fases de desenvolvimento poderiam ser tidas como revolucionárias de um tipo para outro, acomodando-se em processos subjacentes de mudanças menos turbulentas. Para Anthony Giddens²⁴, a história quando orientada para o esclarecimento da modernidade por

²⁴Cf. GIDDENS, Anthony. *Op.Loc.Cit.*

meio de descontinuidades busca, nas disjunções entre estágios diferentes de desenvolvimento, formas para equacionar as mudanças sociais. Assim sendo, das sociedades de classes para as sociedades industrializadas modernas são admitidas passagens de etapas de alterações lentas para etapas de alterações aceleradas. É apenas na fase do capitalismo, mais precisamente do capitalismo industrial, que o ritmo de mudanças sociais se torna realmente dramático. Na narrativa de Giddens,

(...) em um período de trezentos anos, um deslize insignificante da história humana como um todo, a face da terra foi completamente transformada. Isso quer dizer que as sociedades tradicionais de todos os tipos mais ou menos se dissolveram por completo. A rapidez, o drama e o alcance da mudança têm sido admiravelmente maiores do que qualquer transição histórica prévia. As relações sociais e as relações globais que se formaram não são intrinsecamente pacíficas na modernidade por esta não ser detentora de instrumentos previamente existentes para materialização do desenvolvimento. As diferenças e o seu aprofundamento são coisas novas, em certos aspectos específicos e bastante fundamentais: O que separa aqueles que vivem num mundo moderno de todos aqueles tipos anteriores de sociedade e todas as épocas da história, é mais profundo que as continuidades que os conectam aos longos espaços de tempo do passado. Isso não significa que nós não possamos destacar o estudo de tipos preexistentes de sociedade para entender melhor a natureza do mundo em que vivemos. Mas significa que as comparações que possam ser feitas, frequentemente passam a ser mais instrutivas do que as continuidades que possam ser percebidas. É a missão da ‘sociologia’ como eu formularia de certo modo, o papel dessa disciplina, procurar analisar a natureza desse mundo novo em que nos encontramos.”²⁵

Neste novo mundo, a comparação e o exame atento das diferenças irão constituir as mais nobrestarefas da ciência, pois estas tarefasso descrever a realidade como ela é, tanto quanto refletir sobre as possibilidades de assim fazê-lo, controlando os níveis de incertezado que se buscou compreender. Para o direito político dos últimos duzentos anos, um pouco diferentemente, os fundamentos ideais e as instituições cujos problemas são previamente desenhados constituem a ‘matéria’ do pensamento. Esta ‘matéria’ pode ser organizada como um sistema, como uma ordem, pois é posta em discussão sobre o conceito de constituição, ainda que as grandes formações políticas e ainda mais as econômicas, venham a ensejar ferramentas diversas para sua exploração. Francisco Ayala²⁶ afirma que o Estado Constitucional, o Estado liberal burguês e Estado de Direito ‘formam’ ‘instituições’. São estas que correspondem aos meios de aproximação para análise do Estado, ainda que ‘fruto moral’ provável desta análise apenas possa ser colhido na cueza

²⁵GIDDENS, Anthony. *O Estado Nação e a Violência* – Segundo Volume de uma Crítica Contemporânea ao Materialismo Histórico, tradução de Beatriz Guimarães, São Paulo: Edusp, 2001, p.58.

²⁶AYALA, Francisco. **Presentación**. In: SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, p.14.

dos mecanismos internos da política. Para Carl Schmitt, um dos maiores críticos do constitucionalismo, o Estado liberal é a resultante de construção histórica e não virtualidade do presente. Suas raízes ideais e fundamentos racionais tratam da forma política que deixou de lado as relações com o passado.²⁷ Ao observar o Estado ‘por dentro’, o que é premissa para sua crítica, seja ela conservadora ou dialética, Schmitt compreendeu os mecanismos governamentais para além das descrições e bases conceituais que são construídos pelas constituições. É o esforço que objetiva compreender a ‘forma política’ do Estado constitucional,²⁸ isto por que:

(...) em um horizonte analítico de toda construção teórica, ainda que ela se oriente para a objetividade, nela podemos observar, de forma latente, uma atitude política à qual corresponde um repertório de atitudes primárias frente ao universo do homem individual que as sustenta.²⁹

Por meio das orientações de Schmitt pode-se afirmar a existência de uma ‘dogmática política’. Sua crítica não envolve todo seu esforço teórico. Há peculiaridades e aspectos místicos em expressões tais como existência, unidade, totalidade, decisão, homogeneidade. Se a base de toda interpretação da modernidade jurídica é, para Schmitt, o que foi constituído em *Politische Theologie* e em *Begriff des Politischen*, por sua vez, a convergência destes textos, ou ainda, entre as convicções sobre a política e as suas dimensões no interior do Estado constitucional de tipo nacional que se destacam os substratos do Estado liberal-burguês.

Nesta convergência a leitura de Schmitt atinge um ponto alto, de relevância, ou seja, pode ser tomado como chave para entendimento e investigação da modernidade. Para este teórico da política do século XX, o Estado liberal burguês aparece na história assumindo os papéis de herdeiro e adversário das monarquias absolutas. Mas é esta especificidade que o singulariza. Este Estado é diverso das monarquias. Seu princípio político é oposto às monarquias, e nesta oposição reside a democracia. Mesmo que tenha sido reduzida, entre outros, a um princípio, a democracia se encontra política e formalmente no Estado nacional que outrora detinha características monárquicas e estivera às voltas com as implicações do poder hereditário. Mas o novo princípio político que deve ser explorado e compreendido exige não apenas dinamizar, mas também ‘administrar’ as consequências do Estado preexistente: “(...) neste sentido pode-se afirmar com plena razão que o Estado constitucional desenvolve as direções marcadas no período

²⁷ Cf. AYALA, Francisco. *Op. Cit.* P.14.

²⁸ *Idem. Ibidem.*

²⁹ AYALA, Francisco. *Op. Cit.* P.14.

absolutista.³⁰ Estado constitucional e democracia burguesa estão fortemente relacionados. Estas relações interagem de sorte a articular princípios políticos essenciais, entre eles as liberdades individuais. Estas liberdades co-implicam o aspecto fundamental e o postulado cultural da democracia. Ambos se materializam na dignidade da pessoa humana e, também, instrumentalizam os mecanismos de introdução e manutenção do princípio democrático. Um modo distinto de compreender a introdução do princípio democrático na era dos Estados constitucionais é admitir os desafios que estes enfrentam: desenvolvimento das direções do poder, tanto econômicas quanto tecnológicas, pois os estados não mais podem exteriorizar ordens fundadas em decisões absolutas. Se a “(...) obra da monarquia consistiu em solidificar os laços entre súditos”, (...) dada esta solidificação, compreendida como homogeneidade,

(...) resulta um complexo social novo. A nação é a substância do estado nacional. Ocorre que tão expressivo quanto o povo, limitado aos estratos burgueses e aos setores da população constituídos em classe social nova inclinada a autocompreender-se como classe. Dos seus posicionamentos e da busca por objetivos diferentes, resulta a obtenção do poder que houvera se consolidado face aos estamentos medievais. O estado democrático é, em sua origem, um estado cuja expressão substancial é limitado a apenas uma classe.³¹

A contraposição entre a democracia – que é o estado constitucional – e a monarquia não é absoluta. Os fatores reais do poder destacados no clássico de Ferdinand Lassalle em *O que é uma Constituição* convidam à transposição, de todo fecunda, de uma compreensão real face aos entendimentos estritos sobre o direito político, admitindo ser ele a resultante possível de consequências históricas e não a resolução dessas consequências. O princípio democrático e as tradições absolutistas não estão limitados “(...) aos princípios das instituições políticas. Por sua vez ambos em nada afetam ao Estado em si mesmo compreendido como produto de uma realidade histórico-social.”³² O Estado nacional, ao acolher os traços históricos da monarquia, orientou-se no sentido de se expandir em novos horizontes. Entre eles está a base da nação:

A necessidade de reconhecer e de adaptar às exigências peculiares do Estado burguês as características da Nação, às quais estão em uma formação social complexa, diverge do tratamento que a monarquia haverá dado à ela. O fato do Estado constitucional não ter firmado a unidade e a soberania, ambas abstrações problemáticas para a teoria do Estado se explica parcialmente na atribuição desta tarefa à democracia. A democracia se ‘materializou’ em uma fórmula constitucional insatisfatória, porém legalmente existente, além de intensa e sutilmente explorada como suficiente. Esta fórmula da representação popular, unitária e expressiva da soberania é detentora dos atributos os quais expressam

³⁰ AYALA, Francisco. *Op. Cit.* P.14.

³¹ *Idem. Ibidem.*

³² AYALA, Francisco. *Op. Cit.* P.14.

os objetivos centrais da democracia. O aspecto inovador e ‘desafiador’ é a classe social que corresponde à sustentação do Estado constitucional democrático. Inserida no processo das interações sociais, por meio dela se realizam transições e assim o Estado constitucional não pode renunciar aos seus vínculos sociais anteriormente desenvolvidos pelo Estado monárquico. Naquele desenvolvimento está o ideal de nação e é este ideal que se vê às voltas com direitos e liberdades. Sem esta articulação não há regime constitucional, pois a renúncia aos meios de coação dos quais se valiam as monarquias propicia o crescimento de formas que fragilizam a homogeneidade”.³³

Os príncipes submeteram os poderes feudais reduzindo os complexos mecanismos das relações medievais ao deslocá-las para a unilinearidade súdito-soberano e soberano-súdito. O Estado constitucional surgiu da consciência resultante da observação de estratos sociais para os quais a homogeneidade nacional é fato e alicerce para uma complexa dinâmica institucional. Se não há Estado de direito sem homogeneidade nacional, haverá democracia? Poderá haver democracia nos limites do Estado unitário e soberano?

Se no Estado constitucional há apenas um centro de poder, e este corresponde à organização democrática, o problema inegável é que nos processos da sua formação as minorias são reconhecidas acidentalmente. Para estas existe a perspectiva de se tornarem maioria noutros momentos, mas enquanto minorias, não há democracia por definição. Não há ‘condição’ democrática diante de processos de assimilação e de segregação, pois estes inviabilizam as diversas formas de construção da homogeneidade. Entre os desafios do Estado constitucional podem ser observados o ‘como’ da presença das minorias religiosas, étnicas ou culturais na obtenção de situações estatutárias de proteção segundo fontes específicas, sejam elas normativas ou institucionais. O liberalismo não dialogou com a ruptura da homogeneidade, mas diante de momentos críticos, pode-se afirmar, diante do risco de abalos na construção do Estado de direito, o que se observa é a traição do Estado constitucional e dos seus fundamentos. Os instantes de crise fazem com que o Estado constitucional se utilize das soluções por sua vez determinadas pelas características do poder primordiais aos Estados nacionais sob a forma do poder político monárquico. O Estado de direito é em certa medida a continuidade de recursos das monarquias e estes oferecem aos momentos de crise soluções políticas que o Estado constitucional banuiu apenas formalmente. Não se trata de afirmar, por meio de simples comparação, parafraseando Michel Foucault, que o Estado constitucional é o Estado monárquico por outros meios. O processo político do Estado constitucional não é suficiente para autorizar e justificar a velha fórmula monárquica, mas não é suficiente, por outro lado, para renunciar

³³ AYALA, Francisco. *Op. Cit.* P.15.

plenamente à ela, por mais que exista inércia social para tanto. O fato de Carl Schmitt visualizar na importância do princípio democrático e nos fragmentos do Estado absoluto um panorama de postulados sem os quais não é possível afirmar a existência do Estado moderno, propicia a construção histórica dos mecanismos para a interpretação fecunda das instituições e dos problemas no interior dos Estados constitucionais. As dimensões ocultas nesse interior são desbravadas pela convicção política. Os pressupostos da convicção estão na realidade do poder, uma vez que estes estão apoiados histórica e sociologicamente na forma política do Estado. Tendo sido este constituído em um projeto que se esclarece e se torna real somente por meio de uma interpretação radical, isto é, das origens do Estado constitucional, ainda que assim seja, é precária a justificativa de se projetar a compreensão do poder de um Estado limitado normativamente. Estalimitação não corresponderia às suas dinâmicas internas. Do ponto de vista que a interpretação radical induz, o que seria argumento para outro trabalho, a democracia radical, para além das instituições, poderia ocupar a opacidade das abstrações constitucionais e democráticas nos períodos em que política de exceção atinge o cotidiano, porquanto o princípio democrático, nos seus limites institucionais, é débil. Entre os elementos de análise utilizados por Schmitt o povo constitui, assim como a nação, totalidade homogênea compreendida de forma mística. Nesse sentido a teoria da constituição, ao se ocupar com o ‘todo’ histórico e social do Estado constitucional se orienta tão só pela análise. O Estado moderno dá de ombros ao povo e à nação e passa a tratar dos seus limites e possibilidades no interior do Estado burguês. O Estado de direito no qual a história reconheceu etapa posterior à monarquia, de elevada importância civilizacional, ainda que conte com a dimensão ideal-normativa, não pode prescindir da decisão política soberana. É na razão política soberana, de forma clara, porém insatisfatória para os leitores do Estado de direito, que subsistem as raízes absolutas capazes de ‘suspender’ as garantias do Estado constitucional se este necessitar recorrer às judiciosas formas de manutenção do poder. Mesmo diante de uma arquitetura jurídica sem reservas às conquistas do constitucionalismo, não há ideais em situações de risco. Os fatores reais e motivadores da renúncia aos pilares do constitucionalismo é a existência política do povo. Esta existência corresponde à totalidade homogênea e à realidade política e social, capazes de cindir em partes a ilusão constitucional. Mas o povo também é uma abstração?

Gisele Silva Araújo e Rogério Dultra dos Santos,³⁴ em trabalho no qual exploram o constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt destacam ter sido a República de Weimar o momento histórico no qual o jurista alemão produziu suas mais notáveis investigações. Se, como já se fez alusão, não há espaço neste texto para explorar a vasta produção schmittiana, o objetivo até aqui tem sido, por meio do esforço exploratório da formação do Estado constitucional, compreender o direito como fonte, isso para extrair dessa formação o contraponto do poder na ambientação dos seus limites jurídicos, o que se substancializa se o princípio da democracia, o qual pressupõe direitos sociais, se fortalecer. A variante dos Estados constitucionais sociais nos aproxima da premissa das consequências das escolhas estatais realizadas na atmosfera das experiências constitucionais, ainda que seja necessário ter em mente que estas não se esgotam na continuidade de políticas sociais e nem que estas absorvem todos os sentidos das constituições. O que se sugere é, do ponto de vista da história social, a probabilidade de se compreender que uma história social do direito, ao explorar a experiência jurídica das constituições, não se esgota na ‘realização de direitos’. Esta realização é tão apenas um vetor indicativo da existência ou não da experiência constitucional. Isto estaria próximo ao ‘lugar’ do intérprete das normas, para quem o extravasamento, para outras faces da experiência jurídica, podem ou não se identificar com ela porquanto a

(...) noção de cultura percebida como inerente à natureza humana e que engloba e informa toda ação social. Da perspectiva de Geertz, toda ação humana que possa fazer sentido num determinado contexto social. É a cultura compartilhada que determina a possibilidade de sociabilidade nos agrupamentos humanos e dá inteligibilidade aos comportamentos sociais. Deste ponto de vista, não apenas as representações, mas também as ações sociais são ‘textos’ passíveis de serem culturalmente interpretados, o que determina um especial interesse do ponto de vista da análise social. (...) O esforço interpretativo de contextualizar culturalmente acontecimentos sociais, a princípio ininteligíveis ao pesquisador, mostrou-se uma chave extremamente fértil na luta contra o anacronismo, perigo sempre presente para o historiador.³⁵ Esta busca por um caminho que leve ao objetivos desenvolvidos pelas indagações que assaltavam o jurista alemão Carl Schmitt valoriza a compreensão social do Estado Liberal Burguês, pois este, em sua face jurídica, ou melhor, por meio da tradução do Estado de Direito, é pleno no tocante ao seu respectivo vigor transformador, muito embora o “(...)Rechtsstaat Alemão, não necessariamente limitado às formas de contenção do poder estatal, mas também nas vertentes e nas formas de intervenção e particularização da substância estatal, ou melhor, da sua política social, o que não é outro modo de dizer e atingir o conteúdo de relações jurídicas em determinados setores das

³⁴ARAÚJO, Gisele Silva e SANTOS, Rogério Dultra. **O Constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano.** In: FERREIRA, Lier Pires. *Curso de Ciência Política – grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*, Rio de Janeiro: Campus, pp. 149 e ss.

³⁵CASTRO, Hebe. **História Social.** In: CARDOSO, Ciro Flamarion e VAINFAS, Ronaldo. *Domínios da História – ensaios de teoria e metodologia*, Rio de Janeiro: Campus, 7ª tiragem, 1997, p. 52.

relações sociais,³⁶ imprescindíveis para que se possa afirmar um Estado no qual as leis não sejam apenas forma para situações sociais já preexistentes.

Para esse desenvolvimento, a percepção de Carl Schmitt sobre o tempo envolveu como experiência social os processos de neutralização e despolitização, acirrando os conteúdos paradoxais dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos de liberdade face aos direitos sociais. Estes conteúdos paradoxais estão mediados pela experiência constitucional e esta, por sua vez, coexiste com a política de um tempo no qual as forças históricas da economia em nada se identificam com etapas anteriores comumente relacionadas com história do presente. As complexas relações dos direitos sociais como e enquanto direitos institucionalizados em fórmulas de proteção e prestação, vez se relacionarem com a dimensão maior da autonomia e liberdade, isso em um contexto produtivo capitalista, destacam os direitos sociais para nada além de crenças. Estas são possibilidades antes que realidade. Para Schmitt os direitos sociais são compreendidos “(...) como crenças extraíveis da sociedade: eles criam, no poder público, deveres dirigidos a indivíduos e grupos sociais, cuja realização supõe a promulgação de ‘leis sociais’”.³⁷ Como compreender, nessa afirmação, o que são as múltiplas possibilidades de exploração e uso da expressão ‘direito’ isto é, como ela é compreendida como ‘crença’, logo, como simples probabilidade, o que é bem menos que um direito, pois se trata de algo lançado à imprevisibilidade da economia e da política. Estas crenças são esperanças, são a finitude do hoje lançado ao infortúnio e à necessidade, o que faz delas algo dependente do Estado ou, por outro lado, estas crenças não estão para além de estágio formado em várias experiências constitucionais, experiências que desafiaram diferenças sem respostas mínimas para elas. As experiências constitucionais aproximaram o futuro na reconstrução precária das consequências mais frágeis da política.

5. A singularidade institucional

No constitucionalismo brasileiro após 1988, a existência e a manutenção de direitos sociais, ainda que detentores de positividade plena e de estrutura normativa infraconstitucional, se consolidaram na ordem social abrangente das relações de trabalho,

³⁶ ARAÚJO, Gisele Silva e SANTOS, Rogério Dutra. **O Constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano.** *Op.Loc Cit.*

³⁷ Cf. KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel-Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade*, tradução de Carolina Huang, Barueri: Manole, 2006, pp.26 e ss.

de representação de classe e em inúmeras e não pouco intrincadas conformações do capitalismo periférico. Mas nos saberes dos manuais, a explicação do nosso desenho constitucional limita-se à explanação das implicações de pacto social ladeado pela ordem econômica reconstruída na Constituição tributária, fruto da EC 43 e da Constituição Financeira e Administrativa, frutos das EC 32 e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Na história do nosso constitucionalismo, ambas as ordens são tematizadas de um ponto de vista institucional, isto é, visto *por cima*.³⁸

Compreendida essa perspectiva por meio dos ensinamentos de Peter Burke,³⁹ faz-se notar o confronto de elementos sócios ideológicos os quais traduzem vertentes liberais e intervencionistas. Para o conhecido professor José Afonso da Silva, essa etapa do constitucionalismo brasileiro pode ser compreendida pelo que nela se “firmou a restrição dos fins estatais, consagrando uma declaração individualista de direitos do homem, como estatuto negativo, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder, enquanto o Estado intervencionista – o Welfare State ou Estado-Providência – busca suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do Liberalismo”.⁴⁰ Para o professor de direito constitucional da Universidade de São Paulo, a questão social está também envolvida no constitucionalismo pela teorização sobre a eficácia das normas constitucionais, limitando-se, estas, à sua programaticidade.⁴¹

Ainda que a dimensão político-econômica dos direitos sociais observe desafios mais acentuados, sob o horizonte da dimensão normativa, esses direitos são relacionados com o retrato positivo constitucional que indica os fins estatais. As possibilidades de correção dos traços negativos das implicações econômicas do liberalismo não constituem horizonte a ser considerado na literatura jurídica que explora a constituição do ponto de vista normativo. No discurso acadêmico são cultivados e reproduzidos entendimentos, e por que não afirmar, mentalidades as quais intensificam o distanciamento entre direito e as condicionantes histórico-sociais. O que se observa é menos que fragilidade metodológica, é a acomodação para o estudo da formação da democracia social instrumentalizada nas

³⁸ Trata-se de alusão à perspectiva do historiador Edward Palmer Thompson, desenvolvida em *História da Classe Operária Inglesa*.

³⁹ Cf. BURKE, Peter. *História e Teoria Social*, tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer, São Paulo: Unesp, 2002, pp. 12 e ss.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *O Constitucionalismo Brasileiro – evolução institucional*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 457.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª edição revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1998.

formas interventivas que se autoproclamam minimizadoras das distorções e das consequências das relações econômicas. Esta dimensão é compreendida como possível ou resultante da existência do Estado, mas confunde Estado e direitos, ambos elevados a espécie de realidade “a-histórica”. O lugar dos direitos sociais no Estado, no qual se observa a arena para sua materialização e redimensionamento, em países como o Brasil, é bem complexa. Esta complexidade se enriquece em razão da memória do trabalhismo e dos seguros sociais, sendo nelas e a partir delas que podem ser aprofundadas as razões para compreender o constitucionalismo brasileiro, tão bem planejado quando a questão é ‘reformular’ o Estado, o sistema tributário e as finanças públicas, embora frágil e distante diante dos objetivos de proteção jurídica necessários às consequências da exclusão. Os processos históricos específicos das inter-relações entre o Estado e o capital tornaram frágeis e ocasionais as intervenções do poder transformador das relações sociais do trabalho. O Estado brasileiro pode atuar face a estas situações determinadas, mas o faz sob a influência da personificação do poder, compreendida e vulgarizada na idéia de vontade política. Se é possível tomar aqui a orientação quase irônica contida na afirmação de Roberto Mangabeira Unger, o estudo do direito, num sentido especulativo das sociedades modernas, pode resultar em algo profícuo apenas se o esforço para compreendê-lo verificar os vestígios jurídicos que de fato enfrentam problemas sociais.⁴²

A interdependência existente entre atuação estatal e a lei, considerada sua impessoalidade para contribuir e revisitar o ‘como’ do Estado social é algo que pode ser articulado às experiências estatais resultantes ou não de planejamento de ações de governo, inclusive do ponto de vista das constituições liberais. Nas formações político-jurídicas, a experiência do cotidiano da lei é periférica, o que não deixa de ser, de certo modo, retrato do marginalismo social dele resultante. Na cultura jurídica e também nas estruturas do Estado do século XX estiveram envolvidas duas racionalidades jurídicas. A possibilidade de ler a questão dos direitos sociais partindo do campo jurídico é desenvolvida por Celso Fernandes Campilongo. Segundo seu entendimento, paralelamente à herança liberal do século XIX, de cunho individualista e formal das relações entre sujeitos de direito, emergiram situações materiais de conteúdo social, orientadas para ações administrativo-estatais, aliadas à institucionalização de justiça especializadas. A natureza da conflituosidade social foi desativada ou amenizada pelo Estado em várias etapas. O

⁴² UNGER, Roberto M. *O Direito e o Futuro da Democracia*, tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandschamp, São Paulo: Boitempo, 1ª edição, 2004, p.11.

Estado social caracterizou-se por dois aspectos: “O primeiro gira em torno das estruturas (organização estável do sistema normativo); a segunda busca as funções desempenhadas pela norma. A natureza do direito positivo liberal é instrumental, isto é, de meios. Já o direito positivo do Estado social tem natureza teleológica, é dizer, de fins”.⁴³ Se a leitura de Campilongo é descritivo do universo teórico-racional das fontes do direito, do ponto de vista sócio político outrora apropriado por meio de Carl Schmitt, todo aquele que se lançar à questão dos *Grundrecht* terá de formular indagações de tempo e delugar, assim como dos limites de um mundo profundamente alterado no espaço de sessenta anos, isto é, entre 1871 e 1930. A importância de construções teórico-constitucionais está também na viabilização dos direitos fundamentais sociais, não sendo possível ignorar que a compreensão destes reside tão só nas concessões do poder político e econômico. Nas formações jurídicas não são postas de lado os avanços possíveis a partir de novas etapas do processo sócio político. Diante da reconstrução de contextos dos paradoxos do modo de produção capitalista, da formação da riqueza material social, e da linearidade explanativa comum à compreensão do direito, deve-se considerar o espaço para a crítica quando esta é capturada na leitura de jurista tão só interessado em compreender o Estado partindo do direito. Esta não é a leitura do jurista que teve seu nome relacionado ao nacional-socialismo. Sua crítica tomou como relevantes os dilemas do Estado burguês no horizonte de temporalidade que exigiu a renúncia às fontes do direito natural, assim como das relações sociais mais estáveis. Para os estudiosos de Schmitt, o direito se expressa na vagueza niilista do momento, *na occasio*, na situação que verga a estrutura jurídica do Estado à decisão política. O debate não pode ser enfrentado, contudo, sem que sejam consideradas as formações jurídicas existentes, uma vez que, desde o século XIX, essas formações passam a se intensificar nas relações entre o Estado e a sociedade.

6. Do tempo à lei

Em A Época das Neutralizações e das Despolitizações⁴⁴ Carl Schmitt explora a política para além do palco de arranjos institucionais e de técnicas de estabilização econômica. De ambos resultaram precários avanços sociais na Alemanha, bem como na Europa entre as décadas de 1920-30. Giacomo Marramao afirma ser este texto-conferência

⁴³CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 56 e ss.

⁴⁴No Brasil publicado no volume *O conceito do Político*, pela editora Vozes, em 1992.

de Schmitt afresco da situação espiritual do tempo, dada sua desconcertante modernidade.⁴⁵Sua perspectiva partiu da retroação de quatro séculos para explorar a limitação da política, das fontes da normatividade, tanto quanto das racionalizações teleológicas resultantes de ações estatais, isso por meio das relações destas com a indecisão característica do poder econômico. Não se tratou, como destaca Marramao, de patética tentativa de lançar experiências históricas profundamente distintas, tanto quanto as sociedades do leste europeu, em comparações indevidas. As potências do início do século XX e a parcela agrária da Europa não se prestaram à construção de linha temporal simplificadora e monointerpretativa. Para uma das maiores tentativas de compreensão do Estado constitucional, Schmitt orientou-se com olhar atento e exploratório da teoria dos ‘eixos centrais’, (a qual corresponde à substância apta para mudança social e espiritual, a qual é decisiva, ainda que precária na modernidade). Os eixos centrais se compreendem nos campos de neutralização, permitindo a tematização da política não como refém do tempo, mas como elemento que coexiste com a extorsão e com a remessa, para campos privilegiados de forças. Estes campos determinaram, sem precedentes na história, o conteúdo das relações político-sociais e jurídicas.

O confronto da categoria do político com todas as visões orgânicas da sociedade exigiu a recomposição destas últimas na tradição reacionária do Estado. Toda reflexão que seriamente for orientada para estudar os limites do direito deverá estudar os limites da organização estatal. Esta reflexão é que propiciará a observação, na técnica do direito, as técnicas do Estado-máquina. São as realidades que se aproximaram e se acomodaram no Estado constitucional que formam a ‘experiência constitucional’. O cenário do *Kulturpessimismus* alemão, ao denunciar a técnica e a totalidade administrativas enriqueceu a percepção de impotência social relacionada aos limites resultantes de pôr o Estado ao seu próprio serviço. O grande instrumental da ciência, por sua vez, não é emancipatório pelo fato de exigir valores substanciais para seu financiamento. Esse diagnóstico não oscila, segundo a exploração de Schmitt, na hierarquia e na disciplina de funcionários do Estado.⁴⁶ Tais como dispostos em estruturas burocráticas, resta, tão só, ao poder político carismático a possibilidade de escape, isso para desencadear inovações nas dinâmicas e atuações estatais. A necessidade de envolver-se com os horizontes da crítica

⁴⁵MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e Secularização – As categorias do Tempo*, tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade, São Paulo: Unesp, 1995, pp. 224 e ss.

⁴⁶MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e Secularização – As categorias do Tempo*, tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade, São Paulo: Unesp, 1995, pp. 224 e ss.

alemã do Estado no início do século XX, elegeu os acontecimentos de Weimar como palco de análise. Neste palco foram destacadas inúmeras possibilidades de reestruturação jurídico institucional. Esforços de teóricos como Karl Löwith e Siegfried Marck desenvolveram singulares entendimentos sobre a política desse período. Para estes autores, podem ser compreendidas as dimensões do existencial e da normatividade como co-dependentes. Embora não exista no ambiente desta crítica relações de contenção entre política e normatividade, ela irá assumir forma propositiva para a qual a política é o destino humano, provocando indagações em termos de esperança, porquanto aos eixos centrais incumbe orientar as decisões estatais de consequências coletivas. Assim, para o leitor da crítica cultura que foi Carl Schmitt, a exploração da constituição política não se daria especificamente em termos normativos, isso por envolver questão paradoxal, que se por um lado é atributo da vida pública, por outro, seu sentido se lê nos imperativos da decisão, o que acaba por aproximar o vazio e a vagueza como expressões ilimitadas da ação política.⁴⁷ Schmitt estivera atento às implicações da revolução científica e tecnológica que implodiu a *Belle Époque*. A este cenário pode ser aproximada a compreensão do Estado como dimensão na qual se materializaram ordens e determinações em crescente desconexão das expectativas dos cidadãos. Ordens e determinações passam a ser, para Schmitt, o horizonte no qual a política reside como algo inapreensível e autônomo, fortemente arraigada na sociedade por um lado, mas unificada ao Estado de modo sólido. Em *O Guardião da Constituição* Schmitt afirma:

O Estado fundamentalmente neutro no sentido liberal e não intervencionista perante a sociedade e a economia permanece também como pré-requisito das constituições, mesmo quando para a política social e cultural sejam admitidas exceções. Mas ele se modificou por completo, na medida em que aquela construção dual entre Estado/sociedade e governo/povo perdeu sua tensão e o Estado legiferante chegou ao fim, uma vez que agora se torna a 'auto-organização da sociedade'. Cai, com isso, como já mencionado, a diferenciação até agora pressuposta entre Estado e sociedade, governo e povo, pelo que todos os conceitos e instituições construídos sobre esta pressuposição (lei, orçamento, autonomia administrativa) tornam-se novos problemas. Mas surge, concomitantemente, algo ainda mais amplo e profundo. Se a sociedade se auto-organiza como Estado, se o Estado e sociedade devem ser fundamentalmente idênticos, todos os problemas sociais e econômicos tornam-se, então, problemas diretamente estatais e não se pode mais diferenciar matérias político-estatais, daquelas de cunho social e apolítico.⁴⁸

⁴⁷ MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e Secularização – As categorias do Tempo*, tradução de Guilherme Alberto Gomes de Andrade, São Paulo: Unesp, 1995, pp. 224 e ss.

⁴⁸ SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*, tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 115.

A questão do fundamento para Schmitt, outrora às voltas com especulações do direito natural racional não só relacionadas ao direito, mas aos poderes do Estado, nos limites da compreensão de GiacomoMarramao, remete às reflexões de Donoso Cortez e a um amálgama do pensamento barroco do século XVII. Estas variadas fontes do poder monárquico se deixaram permear pelos ares do mundo secular. Fundiram-seno maquiavelismo, na *arcana imperii* e na razão de Estado. Os enigmas da modernidade em política e direito são, assim, históricos, logo, em nada vinculados às vertentes do jusnaturalismo. Resulta desse esforço intelectual a crítica de todos os alicerces observados nos valores difusos da cultura européia do início dos anos XX, assim como de todas as suas instituições estatais. Dos problemas emergentes da República de Weimar, restoumaterializada nova substância do tempo. Nestes não se encontram reflexosde nenhuma proposição metafísicaou mesmo de qualquer experiência política anterior.⁴⁹

Pensadores conservadores como Leo Strauss observam ser o liberalismo, em sua materialidade estatal, essencialmente anti-político. Do liberalismo derivam a inércia e a ironia que atingem as energias corretivas compreendidas nas atuações sociais do Estado. A compreensão de Schmitt não é diversa diante desta particularidade. A anatomia dos direitos sociais exige o controle da atividade econômica. Esta anatomia também encontrou tratamento jurídico no Estado de Direito. Observa-se que a atuação estatalé um*paradoxo*que se singulariza pelo fato do Estado ter de intervir naquilo que fora o âmago da compreensão do Estado liberal de compreensão lockeana, ou seja, a qual cindiu os direitos agrupados, os quais versavam sobre liberdade e propriedade,na medida em que estes obstavam diversas formas de materialização da dimensão social dos direitos. Ainda que sem dispor analiticamente as etapas ou contextos formativos dos direitos fundamentais, ao estabelecer em sua tematizaçãonos universos jurídicos alemão, anglo saxônico e francês, os quais, respectivamente, envolvem-se com os *Grundrechte*, e estes por sua vez com osdireitos humanos, Jean-François Kervégan destaca a especificidade do entendimento de Carl Schmitt.⁵⁰Essa especificidade reside no modo do ‘como’compreender aapadoxalidade doEstado expressa por meio das formas legais. Na estrutura dos *Grundrechte* coexistem bases conceituais antitéticas, sejam elas, direito (de), bem como, e direito (a). Essas estruturas normativas distintas são relações opostas ao

⁴⁹Cf. KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel-Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade*, tradução de Carolina Huang, Barueri: Manole, 2006, pp.26 e ss.

⁵⁰KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel-Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade*, pp. 26 e ss.

direito e a lei. Elas não tratam de simplificação, são positivadas simploriamente. A proposta de analisar a paradoxalidade em termos de teoria normativa no universo de relações político-jurídicas e liberais, ou melhor, por meio da sua estrutura conceitual, o direito implica dinâmicas normativas de caráter limitador, restritivo e negativo da lei. As liberdades ‘públicas’ apenas existem de fato se forem afastadas as interações de poder, invasoras dos direitos fundamentais de liberdade, propriedade, de associação, opinião, entre outros. Já os direitos sociais não encontram terreno fértil em formações políticas polarizadas. Não se trata de acomodar as bases filosóficas ou mesmo enunciando o constitucionalismo social nos consoantes da vida política, mas de compreender e ‘desenhar’ “(...) um debate político relativo ao papel e aos objetivos do Estado, debate que, na verdade, não se encerrou ao longo dos séculos XIX e XX”.⁵¹ A abrangência dos direitos fundamentais é acompanhada, então, tal a exposição de Kervèrgan sobre as especulações de Schmitt, pela dispersão e pela dissolução em princípios contraditórios do conceito fundamental do Estado de direito liberal.⁵² Se as polarizações negam ou mesmo esvaziam afirmações sobre a existência de direitos sociais, seja pelo fato de tê-los apenas nominalmente nas condições de regime liberal, ou ainda de não se poder usufruí-los plenamente no universo do Estado burocrático intervencionista, no qual as relações jurídicas se notabilizam em variados mecanismos de controle, trata-se de indagar, tal como o fez Schmitt, sobre as ‘falhas’ da *construção* jurídica dos direitos fundamentais sociais, ou indagar sobre a matéria histórica formadora do Estado.⁵³ Estas falhas radicalizaram-se no isolamento ou deslocamento dos direitos fundamentais sociais compreendidos em apartado da teorização do Estado. Esse isolamento acaba por revelar simples caricatura do Estado contemporâneo, bem distante, aliás, de como o Estado realmente é, lançado à totalidade histórica capitalista, tecnológica e científica.⁵⁴

7 - Fundamentalidade dos Direitos – para além do tempo e da lei – os sujeitos

Na literatura jurídica francesa os direitos fundamentais e os direitos humanos se não se equivalem, se aproximam. A prevalência do sujeito é absoluta. O sujeito se integra à propriedade e sua realização se opera em dimensões diferenciadas de liberdade. No final

⁵¹ AYALA, Francisco. *Op. Cit.* P.16.

⁵² Cf. KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel-Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade*, tradução de Carolina Huang, Barueri: Manole, 2006, pp.26 e ss.

⁵³ KERVÉGAN, Jean-François. *Op. Cit.* P.31.

⁵⁴ FREYER, Hans. *Teoria da Época Atual*, tradução de F. Guimarães, Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p.56.

do século XVIII, os direitos fundamentais e sua abrangência se redesenham consideravelmente,⁵⁵ o que se faz notar nos textos constitucionais de vários Estados ocidentais, mas principalmente a partir da re-compreensão do conteúdo jurídico do Estado de Direito. Integram-se, tal como na estrutura constitucional brasileira, direitos e garantias, dado o relevo político de seus respectivos conteúdos. O mesmo não se observa quanto aos direitos sociais, que em termos jurídicos, segundo a lição já destacada de José Afonso da Silva, assumem a forma de intenções, de objetivos constitucionais. A exploração de Carl Schmitt pôde auxiliar a leitura da desconfiança não das bases antropológicas dos direitos fundamentais, mas da sua coexistência com fatores condicionantes das dinâmicas econômicas e políticas vivenciadas na experiência constitucional. Esses aspectos destacam fatores de mudança e movimentação sociais contraditórios na sua formação. Essa contraditoriedade é veiculada pelo Estado. Se o sujeito, assim como seus direitos, correspondem à profunda alteração operada na compreensão do direito público, o aspecto político dos direitos fundamentais relaciona-se com a ordem política de maneira diversa, expressando formas do constitucionalismo que exigem a solidez de alguns alicerces para se realizar. O horizonte liberal, no qual se afirmaram as possibilidades do sujeito de direito se auto-constituir por meio da proteção de alguns direitos, não considerou como fatores históricos e próximos ao status do homem livre a dimensão especificamente social da economia política. A dimensão na qual foi compreendidos os direitos sociais, isso de modo tão simples quanto claro, destaca as relações materiais que se estabelecem independentes da vontade do sujeito, a exigir a proteção a algo que nos envolve e nos lança à realidade política. O componente histórico da política, quando retratada na superestrutura jurídico política, é mais que um modo de compreender a história e o direito. O cidadão é posterior ao Estado liberal segundo o entendimento de Jean-Jacques Rousseau e assim vale a premissa: os conteúdos variados da cidadania foram subsequentes às relações consolidadas socialmente por sujeitos proprietários. O que passa a ser observado é que as mudanças operadas na ordem constitucional e política, capazes, por sua vez, de redefinirem constantemente algumas posições, do ângulo dos conteúdos dos direitos fundamentais, nada altera. O Estado terá de alterar-se a partir do seu interior e isso tem seu início em instituições jurídicas reconhecidas, ainda que limitadas, capazes de expressar as consequências, isto é, nós mesmos, os sujeitos cidadãos.

⁵⁵SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6ª edição revista, atualizada e ampliada, pp.69 e ss.

Conclusão

No panorama institucional do constitucionalismo moderno, os direitos fundamentais assimilaram as relações privadas e propuseram a recompreensão do direito natural racional. Relações privadas passaram a ser subsidiárias na ciência do direito público, que se construiu historicamente a partir do século XVI. Se há o reconhecimento de direitos fundamentais, tal se dá nos limites do reconhecimento político. Não há, considerados aproximadamente dois séculos de experiências constitucionais e democráticas, similitudes entre direitos fundamentais proclamados e prescrições jurídicas que os delimitam. Onormativismo redesenhou os direitos fundamentais e a influência positivista enfraqueceu os propósitos de identificá-los com fundamentos metajurídicos. Os alicerces do liberalismo encontraram solidez nas formulações do Estado de direito e, conquanto os direitos fundamentais tenham obtido universalidade, dadas as características dos Estados contemporâneos, pode-se falar de contradições profundas. Estas se constituíram nas variantes das experiências sócio políticas modernas, ainda pré-existentes aos Estados republicanos.

A singular e leitura de Carl Schmitt, quer pelo fato de tematizar a decisão política, quer ainda em razão da sua captura pelos limites da normatividade, corresponde a crítica conservadora tão virulenta quanto a crítica histórico-dialética. Os direitos fundamentais de determinado Estado enfrentam contradições permanentes pelo fato de existirem politicamente. Sua proteção direta sobre e a partir das tensões constitucionais envolvem os sujeitos de direito para os quais foram formulados. As tensões opostas se co-implicam na diluição dos sentidos dos direitos fundamentais. Se os direitos se expressam em grandezas econômicas dependentes de orientação e ampliação política do Estado, estes são construções, portanto, pouco precisas em termos de direitos substanciais, embora sejam específicos, em termos de direitos subjetivos.

Os direitos sociais, para esta crítica, tal como insistente destaque dado por Jean-François Kervègan, não vão além de crenças que levam à possibilidade, *ou não*, de extrair da sociedade a sua realização, o que pressupõe, antes de leis que constituam sua expressão jurídico-econômica, para além de seus limites de reconhecimento institucional, uma dimensão histórico-econômica inclusiva, isto é, historicamente caracterizada por uma produção material abrangente das necessidades dos sujeitos de direito. Para o autor francês,

Schmitt considera que este segundo grupo de direitos fundamentais, ainda mais importante diante da unidade social visualizada no Estado, subverte a economia do *Rechtsstaat*, pois para existir, deve transgredir o princípio da delimitação dos direitos de liberdade. Esta transgressão tensiona as relações econômicas. O Estado deverá intervir como resposta na esfera intangível das tensões, estabilizando seus choques sob a denominação de direitos, que não vão além de impasses das consequências econômicas do nosso tempo. Entre direitos fundamentais e os direitos sociais, entre liberdades e crenças, observa-se a provocação e a redefinição constante do conceito originário de direitos humanos.⁵⁶ Ainda que expressivos em conceitos antitéticos no interior do Estado, nesse mesmo interior passam a ser redimensionadas as formas de reconhecimento do sujeito, de sorte que as relações de forças em oposição exigem a lei como ferramenta para a sua delimitação e materialização. Os direitos sociais pressupõem contexto que não pode ser liberal-individualista. Ainda que não renunciem à lei como mecanismo de instrumentalização e de intervenção, os direitos sociais estão em risco se diminuídos à normatividade. Paolo Grossi observa na experiência da modernidade jurídica a dramática absorção de toda a experiência do direito pela lei.⁵⁷ Esta identidade entre política e lei instrumentaliza o direito e banaliza a política, pois diminui expressivamente a experiência constitucional e torna aguda a desconexão entre sociedade e Estado. Este quadro ainda é composto pelo esquecimento e pelo abandono nas tramas intelectuais e nas formulações superficiais de juristas as quais abonam formulações tão só formais e superficiais sobre o direito. Se, na sua abrangência, mas sobretudo significado, os direitos fundamentais sociais coexistem na dispersão e em situação de confronto, ainda que ambos estejam nos alicerces do Estado de direito, não se trata de creditar ao jurista alemão a exclusividade de tal leitura. A tradição da reflexão liberal igualmente o fez. Mas, ao sugerir redefinições no Estado, optou pela realização dos conteúdos específicos de um Estado constitucional que deveria limitar-se a papéis políticos bem discretos. Para relativizar os papéis totalizadores da técnica e da economia enquanto expressas no direito, neste rico período da história europeia insinuou-se outro guardião da constituição e dos direitos. Ele terá a tarefa de assumir importância precária, inclusive para seu formulador, o jurista tcheco-austriaco Hans Kelsen. O guardião dos direitos será também parte do Estado, embora próximo, sob outras nuances, dos direitos. Estará distante da política para fazê-los valer? Serão as cortes constitucionais.

⁵⁶KERVÉGAN, Jean-François. *Op. Cit.* P.28.

⁵⁷GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*, tradução de Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Boiteaux, 2004, pp.37 e ss.

REFERÊNCIAS

- COMPARATO, Fábio K. **Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático.** In: *Brasil, Sociedade Democrática*, Coleção Documentos Brasileiros dirigida por Afonso Arinos de Melo Franco, Rio de Janeiro; José Olympio Editora, 1986, pp. 400 e ss.
- CHUEIRI, Vera Karan de. **Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia (Radical).** IN: FONSECA, Ricardo M. (org.) *Repensando a Teoria do Estado*, Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- CASTRO, Hebe. **História Social.** In: CARDOSO, Ciro Flamarion&Vainfas, Ronaldo. *Domínios da História – Ensaios de Teoria e Metodologia*, Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos y Continentales – Guía de La Filosofía de Los Últimos Treinta Años*, traducion de Mario Pérez Gutiérrez, Madrid:Teorema, 2010.
- FEBVRE, Lucien. *Combates pela História*, tradução de Leonor Martinho Simões e Gisela Moniz, Lisboa:Presença, 3ª edição, 1989.
- FAUSTO, Ruy. *Marx: Lógica e Política – Investigações para uma reconstituição do sentido da dialética*, São Paulo: Editora 34, 2002;
- GIDDENS, Anthony. *O Estado-Nação e a Violência*, tradução de Beatriz Guimarães, São Paulo: Edusp, 2001.
- GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, Bari: Laterza, 3ª edição, 2008
- HERMMAN, Arthur. *A Idéia de Decadência na História Ocidental*, tradução de Cynthia Azevedo e Paulo Soares, Rio de Janeiro: Record, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e Interesse*, tradução de José N.Heck, Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- KOSELLECK, Reinhart. *Critique and Crisis – Enlightenment and the Pathogenesis of Modern World*, Cambridge, MIT, 1988.
- _____ *The Practice of Conceptual History – Timing History, Spacing Concepts*, Stanford: California, 2004.
- _____ *O Conceito de História – tradução de Renè E. Gertz*, Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade*, tradução de Carolina Huang, Barueri: Manole, 2003.
- MOMMSEN, Wolfgang J. *The Age of Bureaucracy – Perspectives on the political sociology of Max Weber*, Oxford: Blackwell, 1974.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*, versão espanhola de Francisco Ayala, Madrid: Alianza, 2003.

SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*, tradução de Pedro Jorgensen Jr.3, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

THORNHILL, Christopher. *A Sociology of Constitutions – Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Oxford: Cambridge University Press, 2013.

TERRA, Ricardo. *A Política Tensa – Idéia e Realidade na Filosofia da História de Kant*, São Paulo: Iluminuras, 1995.

WEIL, Eric. *Filosofia Política*, tradução de Marcelo Perine, São Paulo: Loyola, 1990;