

Artigo retirado de:

ARANHA, M. I. *As dimensões objetivas dos direitos e sua posição de relevo na interpretação constitucional como conquista contemporânea da democracia substancial*. In: **Revista de Informação Legislativa** 35: 217-230, 1998.

AS DIMENSÕES OBJETIVAS DOS DIREITOS E SUA POSIÇÃO DE RELEVO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO CONQUISTA CONTEMPORÂNEA DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

Márcio Iorio Aranha

Sumário

Introdução	2
Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos	2
A relativização dos clássicos direitos de liberdade como momento culminante da objetivação dos direitos	4
Democracia procedimental e substancial	5
A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento antirrepresentativo de Schmitt	6
Papel dos tribunais constitucionais e o chamado <i>direito material de exame judicial</i>	15
Conclusão	16
Bibliografia	17

Introdução

O tema do advento do Estado Social e sua influência na conformação objetiva dos direitos constitucionalmente protegidos surge na doutrina em geral como algo incontestável. A riqueza de sua análise histórica e sua ampla aceitação no mundo jurídico compadem-se, no entanto, de evidente deficiência na precisão das circunstâncias de surgimento dos conceitos de objetividade jurídica e Estado Social, em que se visualizam assertivas dogmáticas sobre os fundamentos de percepção de dita objetividade sem permitir-se estabelecer a genealogia da evolução de seu conceito.

Procura-se, pois, com este estudo, contribuir para o melhor esclarecimento do tema hoje tão presente nas discussões constitucionais sobre a efetividade dos direitos fundamentais, e que gira em torno do conceito de objetivação jurídica e de temas seus correlatos, como a delimitação dos núcleos essenciais dos direitos e suas garantias de efetivação. Utiliza-se, para tanto, do conceito de *relativização dos direitos*, e da dicotomia de meados deste século XX entre *democracia procedimental* e *democracia substancial*.

Não se olvida a participação eminente das características do Estado Social para a conformação objetiva dos direitos fundamentais nas constituições modernas, conquanto esteja presente neste estudo o intento de apontar para um segundo momento agora de participação *decisiva* e *iminente* na configuração hoje existente do conceito da dimensão objetiva dos direitos.

Estado Social e sua contribuição à configuração objetiva dos direitos

O ideal liberal burguês teve sua limitação na supervalorização do aspecto econômico. No período histórico anterior, o econômico via-se dirigido pelo político. O liberalismo cai no outro extremo deixando o político súdito do econômico¹. A acomodação dos direitos do indivíduo deveria dar-se naturalmente por uma liberdade abstrata e formal. Isso causou entretanto distorções concretas alheias às preocupações daqueles que não se viam afetados por elas.

Os direitos tutelados no Estado liberal tinham sua eficácia limitada por aspectos subjetivos próprios da nova estrutura econômico-social. Não se propunham modificar o mundo, mas deixá-lo modificar-se. Assim, careciam daquele qualificativo que viria a ser introduzido com o Estado Social, ou seja, o caráter *prospectivo* dos direitos.

O conteúdo prospectivo viria a transparecer no direito a força das projeções do pensamento, que impactuam o tecido da existência precipitando o movimento da realidade pelos preceitos carregados de natureza diretiva influente. Significa voltar os olhos para o que Recasens Siches chama de *hacer vital*:

¹A este respeito salienta Bonavides: “Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ªed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p.55).

“El hacer vital consiste en un determinar qué voy a ser, qué voy a hacer en el próximo instante; por tanto empieza por ser lo que aún no soy, empieza por ser futuro, en ocuparme de lo que he de hacer, o lo que es lo mismo, en pre-ocuparme.”²

“Nuestra existencia está formada por una serie de valoraciones, es decir, por una sucesión de estimaciones (...) expressado con otras palabras: la estructura de la vida es estimativa.”³

A prospecção impressiona o mundo com vibrações aceleradoras do ritmo dos acontecimentos, que traduzem uma das principais razões do dever-ser do direito. O dever-ser existe não só para incorporar o comportamento humano, mas também para direcioná-lo rumo aos princípios albergados pelo sistema. Com o Estado Social, os chamados direitos fundamentais deixam de ser *catálogos excluidores de ingerência estatal* para servirem de *catálogos prospectivos*⁴, limitadores da própria criação legislativa.

Os direitos liberais foram feitos para preservar a estrutura de relações passadas deixando de manifestar a essência do direito, que é a conformação do presente mediante preceitos para o futuro. Eram direitos distantes e tocados por poucos. Somente atingiriam aqueles que a eles já estivessem próximos por sua condição social privilegiada. Eram direitos cujo conteúdo encontrava-se fora dos mesmos, nas peculiaridades subjetivas de cada um. Tais peculiaridades determinavam a extensão daqueles e, por consequência, lhes limitavam o poder. Abstratos, aproximaram-se tanto do subjetivo, que careceram de qualquer objetividade⁵.

O Estado Social se propôs fazer valer *objetivamente* as liberdades concretas⁶. Tenta afastar de considerações particulares do indivíduo a eficácia dos direitos, sem contudo soterrar a personalidade humana, o que de fato não conseguiu satisfatoriamente em um primeiro momento. Lança os olhos sobre o mal causado pela visão fria e endurecida da *soturna* liberdade de que fala Bonavides e reage a esta densificando o conteúdo dos direitos mediante sua objetivação. A objetividade permite que o direito seja algo mensurável ou quantificável, e é um pressuposto para a definição dos núcleos essenciais daquele⁷. O Estado social *institucionalizou*, por meio de regimes jurídicos específicos, temas jurídicos básicos, humanizando-os. O Estado Social significou a constatação de que um direito, embora abstratamente uno, via-se pulverizado em diversas gradações de acordo com o ser que o reclamava. Degladiou contra um direito, que em concreto, atomizava-se em particularizações subjetivas, cujo grau máximo de identidade com o correspondente abstrato somente era alcançado em função de sinais exteriores de poder econômico. Sob outro enfoque, opôs-se a um direito sufocado em cada momento pontual de sua aparição concreta por forças

²RECASENS SICHES, Luis. *Lecciones de sociología*. Mexico, Editorial Porrúa, 1948, p.274.

³RECASENS SICHES, Luis. op.cit., p.278.

⁴Ou, em outros termos: pretensões de não-intervenção *versus* pretensões de realização. Cf.BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p.75.

⁵A profunda observação atribuída a Bismarck e retirada de Vierkandt por Bonavides não pode ser dispensada: “a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato — econômicas, sociais, políticas e pessoais. Termina «a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome».” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p.61).

⁶Cf.BONAVIDES, Paulo. op.cit., p.44.

⁷Cf.GALLEGO, Elio A.. *Tradicón jurídica y derecho subjetivo*. Madrid, Editorial Dykinson, 1996, pp.51/52.

conjunturais alargadoras ou compressoras de seu conteúdo. Os direitos efetivos eram, enfim, restritos àqueles que deles podiam usufruir, e o Estado Social propunha amenizar a desigualdade de forças, tolhedora da liberdade abstrata. Neste sentido que Elio Gallego salienta que a objetividade do direito quer dizer que o mesmo não radica no sujeito, mas em algo externo a ele⁸. Contudo, aqui se acrescenta que isso apenas significa dizer que o direito obtém seu contorno de aplicação numa dinâmica objetiva, o que não implica menosprezar o ser como origem e razão de tudo, mesmo porque, é a objetividade que destaca o fenômeno da relatividade cultural do observador por concretizar o seu antagônico e permitir a criação subjetiva em torno deste.

Enquanto no Estado Liberal, a sociedade reduzia-se a uma *poeira atômica de indivíduos*⁹ expressa como ordem positiva oponível ao Estado, visto este como um *negativum* da mesma liberdade, o Estado Social reconcilia a sociedade com o Estado pela aproximação dos interesses dos mesmos, trazendo eficácia aos direitos abstratos pela institucionalização da sociedade no Estado. Faltava uma estrutura diretiva de valores, que canalizasse a voz da sociedade. Aquela ordem positiva *oponível ao Estado* cede lugar a ordem positiva *através do Estado*. O caráter positivo do Estado social pode assim ser encarado também como a continuidade do caráter positivo do direito, agora a se utilizar de um elemento catalisador de natureza institucional: o ente estatal.

A relativização dos clássicos direitos de liberdade como momento culminante da objetivação dos direitos

Entretanto, tal leitura da relação entre o advento do Estado social e a objetivação dos direitos no texto constitucional não revela o momento fundamental desta última. Não resta dúvidas de que o Estado social desempenhou papel de inquestionável relevância para a percepção objetiva dos direitos, porém seu nascimento clama ainda pelo conceito da *relativização* dos direitos. A força dos direitos fundamentais clássicos deveria, segundo a concepção liberal clássica, ser tirada diretamente da natureza do indivíduo isolado, mas a complexidade alcançada pelo fenômeno social precipitou a transformação desta concepção individualista dos direitos fundamentais em direção à objetivação própria do estado social. Os chamados direitos de prestação positiva estatais foram essenciais a tal transformação, muito embora a mudança de concepção operada nos direitos fundamentais pudesse ser justificada ainda, quando da delimitação essencial do *status positivus*, na assertiva de que *todo direito a prestação alheia é limitado*¹⁰. Tais direitos a prestação positiva, próprios do Estado social, antes, revelaram os sintomas da razão de objetivação dos direitos, mas não a razão em si. Esta pode ser identificada no fato do estado social evidenciar uma “*creciente intensidad de la vinculación social del individuo*”¹¹ o que permitiu a conformação objetiva dos direitos, porquanto promoveu a *relativização* dos mesmos condicionando-os positivamente¹². Foi a perda deste caráter absoluto dos direitos de

⁸Cf. GALLEGO, Elio A.. op.cit., p.51.

⁹Cf. BONAVIDES, Paulo. op.cit., p.40.

¹⁰Cf. SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. (1ªed. de 1923), Berlin-Münche, Verlag Duncker & Humblot, 1979. (trad. it. de Thies Nelsson e Rosa Grueso. *Sobre el parlamentarismo*. 2ªed., Madrid, Editorial TECNOS, 1996, p.174).

¹¹SCHMITT, Carl. op.cit., p.173.

¹²Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., p.174.

liberdade¹³, com o advento do estado social¹⁴, a razão primeira do processo de objetivação dos mesmos.

Democracia procedimental e substancial

Incorporado o Estado Liberal pelo Estado Social, este o qualificou pelo intervencionismo e tutela sociais¹⁵, porém, em uma primeira fase não pôde eliminar a contradição herdada de seu predecessor entre democracia e liberalismo¹⁶, embora exprimissem em sua própria denominação essa tentativa¹⁷. A infância política da humanidade cessara; era chegado o momento de aprender a limitar-se com conhecimento do mal causado pelo uso indevido de uma liberdade não amadurecida. Assim, sua concepção democrática de pura e simples *positivação social da liberdade*¹⁸, sem contenções outras operadas por valores essencialmente de origem individual, dilata sua essência para além de seu conteúdo e a transforma em mera forma, na qual radicalismos de esquerda e de direita cultivaram suas ideologias de uniformização das individualidades.

Surgia o conceito de *democracia procedimental*¹⁹, em que os mecanismos do sufrágio universal e da representatividade não conseguiram lograr a sintonia que se esperava tivessem promovido entre Estado e Sociedade. A herança liberal ainda corria forte nos corações do século XX, e embotava, por meio de uma doutrina individualista de enfraquecimento e desestruturação estatal, a consolidação do

¹³Para a diferença de Schmitt entre direitos fundamentais absolutos e relativos: cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p.171.

¹⁴É interessante notar, que a análise de Schmitt da passagem do estado liberal para o social faz-se sob um duplo enfoque: jurídico (ao falar das transformações dos preceitos constitucionais) e sociológico (ao falar das forças sociais efetivamente emergentes daquela época): “*Cuando un grupo social logra que se dejen, sea por prescripciones expresas de la ley constitucional, sea por tolerancia tácita de la práctica, tales posibilidades de lucha [entre associações], ha desaparecido el supuesto fundamental del Estado liberal de Derecho, y entonces «Libertad» ya no significa la posibilidad de actuación, ilimitada en principio, del individuo, sino el libre aprovechamiento de la fuerza social mediante organizaciones sociales.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p.171).

¹⁵Eis algumas das características principais do Estado Social: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, netes instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.”(p.186), e acrescenta o autor ter sido a revolução do Estado Social a “grande Revolução em que não se derramou sangue, mas que é a revolução das revoluções”(p.205) in BONAVIDES, Paulo. op.cit.

¹⁶Apoiando esta tese, vide: BONAVIDES, Paulo. op.cit., pp.68, 86, 133 e 141.

¹⁷Esclarecedora a denominação assumida na Lei Fundamental alemã de 1949, após o aprendizado da 2ª Grande Guerra, revelando a preocupação sobrevivente da questão mal resolvida da compatibilização democrático-social: “*Art.20. (1) Die bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.*” (A República Federal da Alemanha é uma Federação democrática e social).

¹⁸Cf.BONAVIDES, Paulo. op.cit., p.180.

¹⁹Manuel Aragón, catedrático de direito constitucional da Universidade de Madrid, tem magistral passagem sobre a *democracia procedimental* e *democracia substancial*, no estudo preliminar ao livro de Schmitt. Vide: SCHMITT, Carl. op.cit., pp.XXIX e XXX).

Estado Social no seu nascedouro²⁰. A mudança de eixo, operada por Hegel na visão de mundo, deu ares novos à combustão da problemática mal resolvida da relação estado-sociedade. Hegel, “o ardoroso Copérnico da ciência política”²¹ forneceu a mudança de perspectiva filosófica: “ao invés de a sociedade girar em torno do indivíduo, é o indivíduo que gira em torno da sociedade”²². Novamente tomba a história para o outro extremo. Fugia-se da subjetivação desprezante das conformações objetivas para precipitar-se na objetivação plena, absorvente da personalidade. Abriram-se, então, os portões para a marcha dos totalitarismos do século XX²³. A democracia procedimental revelava sua fragilidade no vazio valorativo que encarnava permitindo ser preenchido pelas doutrinas de hegemonia propugnadas no entre-guerras de tendência antiliberal. Tais doutrinas encontravam sua filiação teórica no organicismo da Antiguidade²⁴, e mais recentemente, no veio do conhecimento aberto por Rousseau e Hegel sintetizado na *volonté générale*²⁵, clamando por um conteúdo volitivo geral *uniforme*, que o século XX amargou em tentar alcançar.

A contradição entre Liberalismo e Democracia e o pensamento antirrepresentativo de Schmitt

Algumas palavras sobre o pensamento de Carl Schmitt(1888-1985), particularmente em seu livro intitulado *die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* — a situação histórico-intelectual ou histórico-espiritual do parlamentarismo²⁶ —, são imprescindíveis para o entendimento da maré histórica, que

²⁰Revelando os rumos tomados pela política da primeira metade do século XX, em decorrência do desequilíbrio instaurado pelo extremismo individualista-liberal, tem-se o seguinte trecho: “Mas ela [a doutrina individualista] foi indiscutivelmente perigosa para a defesa da mesma personalidade do homem, quando caiu na contradição e na antítese de determinar, de um lado, o enfraquecimento do Estado, no velho esquema da liberal-democracia, e, de outro, na hipertrofia do Estado, no moderno esquema totalitário, ou seja, na ideologia dos que buscavam resposta para o desnível e o desencontro entre a realidade social, mais poderosa e dominadora, e a realidade jurídica, mais fraca e sem conteúdo, de feição normativista, logicista e abstrata, que rodeava e ocultava, na sociedade burguesa, um mundo interno de contradições, em plena fermentação.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p.74).

²¹BONAVIDES, Paulo. op.cit., p.133.

²²id.ibid.

²³Transcreve-se trecho de grande esclarecimento, em que se atribui à preponderância absoluta do social sobre o individual a origem do descompasso entre Estado e sociedade: “Acha-se plantada na gênese da mutação [de preponderância agora do social sobre o individual] a semente do totalitarismo do século XX, das grandes reações antidemocráticas, que, rompendo o equilíbrio entre o indivíduo e a sociedade, provocaram a crise do Estado moderno. (§) Essa crise há sido assinalada com a postergação dos direitos do Homem, a invasão das esferas sagradas de natureza subjetiva, a ameaça quase permanente, que paira, de eliminação da personalidade humana. (§) E como a maré social que vem de Hegel seria, na gigantesca onda do totalitarismo, a rebarbarização do mundo que dois milênios de civilização mediterrânea nos herdaram, há no coração de quase todos os povos um movimento refletido de autodefesa, que é a retomada da consciência jusnaturalista, no campo político, ou seja, um retorno espiritual, bem que moderado, ao século XVIII, para temperar a ordem política e sobrestar os excessos que o primado absoluto da coletividade acarretou. (§) A mais recente literatura política dos países ocidentais exprime essa linguagem, traduz essa tendência, aponta esse anseio, denota, em suma, na reconsideração crítica do passado, a efetiva reconciliação do binômio clássico: indivíduo-sociedade.” (BONAVIDES, Paulo. op.cit., p.134).

²⁴Cf.BONAVIDES, Paulo. op.cit., p.164.

²⁵Cf.BONAVIDES, Paulo. op.cit., p.141.

²⁶O termo *parlamentarismo* é empregado no sentido que este detinha na filosofia liberal do século XIX e início do XX, ou seja, como forma de estado e não de governo, “*consistente en la emancipación de la ciudadanía frente a los privilegios hereditarios de las clases*” (p.48). Significa, para Kelsen, a “*formación*

inundou o pensamento predominante do entre-guerras como reação ao desvirtuamento operado na eficácia da representação democrática.

Schmitt representou a dissociação teórica entre liberdade e democracia, entre eleição e representação, repugnando a genealogia liberal exigente de eleições parlamentares. Representou o excepticismo relativamente aos ideais liberais de participação parlamentar, excepticismo este que marcou o período histórico do entre-guerras, tanto mais arraigado quanto mais extremada a ideologia do grupo que o professava²⁷. Ataca, assim, impiedosamente²⁸, em uma época da chamada *crise do parlamentarismo*, a eficácia e utilidade do sistema representativo como uma ponte para a crítica substancial do próprio regime democrático, pois para Schmitt, o que qualifica a democracia não é a pluralidade de forças obtendo, na diversidade, o consenso, mas sim, a homogeneidade de interesses²⁹. Destrói meticulosamente, e com a destreza retórica que o precede, a ligação essencial entre liberdade-igualdade e democracia, tão duramente alcançada pela transformação operada no pensamento liberal. Para ele, poderia haver democracia sem liberdade e representação sem eleição. O parlamento (*Volksvertretung*³⁰) seria, se não pernicioso³¹, inútil, pois o espírito do povo (*Volksgeist*) estaria melhor expresso na hegemonia de um ditador, que deveria ser escolhido não pela eleição mas pela *aclamação* ou assentimento popular³². Contamina, pois, o conceito democrático, de ideal autoritário, e o faz clamando por uma *substância* inexistente na *democracia procedimental* de então³³. O ponto central de sua crítica recaía sobre a constituição orgânica e procedimental da época, carecedora de valores para os direitos nela encerrados. Recaía sobre um Estado constitucional do ponto de vista formal, mas meramente legal do ponto de vista material. A *democracia procedimental* não incorporava, em sua lei maior, *cláusulas materiais* restritivas da vontade do legislador³⁴. Schmitt representa, portanto, o outro lado da balança, clamando por substância onde só se via estrutura e procedimento³⁵. Insiste nisso várias vezes, salientando ser a democracia muito mais que um *sistema* de registro de votações secretas, mas um conceito reunidor de *conteúdo*³⁶. O *conteúdo* democrático de Schmitt, entretanto, foi o oposto dos dias atuais, conforme ver-se-á mais adiante, expresso na repulsa que ele

de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría” (p.50) in KELSEN, Hans. *Demokratie*. 1926. (trad. it. de Rafael Luengo Tapia e Luis Legay y Lacambra. *Essencia y valor de la democracia*. Barcelona, Editorial Labor S.A., 1934).

²⁷Cf.KELSEN, Hans. op.cit., p.49.

²⁸“Con este libro [Sobre el parlamentarismo] el lector tiene en sus manos una ocasión de sustraerse a la frivolidad. Schmitt nunca fue un «intelectual piadoso», y por ello mismo con igualdad falta de «piedad» hay que acercarse a sus escritos, sin ninguna ingenuidad, pero sin caer tampoco en el prejuicio.” (ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., pp.X/XI).

²⁹Vide nota 58.

³⁰A tradução literal do termo em alemão é “representação do povo”.

³¹O parlamento como uma “*maquinaria artificial*”. Vide: SCHMITT, Carl. op.cit., p.22.

³²Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p.34. Um trecho de seu pensamento a este respeito: “*Cabe expresar la voluntad del pueblo mediante la aclamación — mediante acclamatio —, mediante su existencia obvia e incontestada, igual de bien y de forma aun más democrática que mediante un aparato estadístico, elaborado desde hace sólo medio siglo con esmerada minuciosidad.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p.22).

³³O conceito de *democracia substancial* veio significar a negação da separação feita em Kelsen entre a democracia como *método para criação da ordem social* e seu *conteúdo*, para ele *completamente independentes*. Cf.KELSEN, Hans. op.cit., p.127.

³⁴Cf. ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., p.XXIX.

³⁵Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., pp.5, 11/12, 25, 27, 31-33, 36 e 64.

³⁶“*Cuanto más poderosa es la fuerza del sentimiento democrático, tanto más segura es la comprensión de que la democracia es otra cosa que un sistema para registrar votaciones secretas.*” (SCHMITT, Carl. ibid.).

detinha pelo *heterogêneo*. Ao estudar a natureza da noção de espaço e de sua importância para o especial desenrolar de acontecimentos da segunda metade deste milênio³⁷, Schmitt identifica no homem, a fonte daquele conteúdo. Porém, aqui, entra em contradição com sua fascinação pelo homogêneo, no momento que justifica tal conteúdo pela riqueza de diversidade do ser humano. É a *complexidade*, que fazendo de cada homem uma individualidade, permite a Schmitt asseverar a superioridade do homem ao seu *contorno*, e, conseqüentemente, a participação decisiva deste na atribuição de conteúdo à história³⁸. Logo, a ideologia de Schmitt em primar pelo homogêneo em detrimento do heterogêneo não decorre da atribuição de valor vivente ao ser humano; pelo contrário, contrasta com ele. Afasta-se, assim, de antemão, qualquer ilação irresponsável de aproximação daquele ideal de absorção de valores pela democracia substancial e a ideologia fascista de então. Quando a humanidade sofre do mal dos extremos, não é a teoria que a precipita no terror, mas é este que deforma a teoria para justificar o injustificável. O que enriquece o mundo jurídico, e a ele traz conteúdo, é a pluralidade de contribuições: é a diversidade. Neste sentido, não é na homogeneidade, ou na unidade, na apreciação única, que se encontram os direitos fundamentais — nossas cláusulas materiais. É da essência dos mesmos, e condição de sua existência, a pluralidade de revelações oriundas destes. O *conteúdo simbólico* (*Symbolgehalt*) dos direitos fundamentais é norte indicador de pluralidade de decisões. Sua conformação abstrata revela-se na realidade, direcionando o rumo da interpretação constitucional a partir dos plúrimos casos concretos e singularizados na revelação das inúmeras facetas de tais direitos. Tentar atribuir aos direitos fundamentais a representação da unidade da pátria³⁹ foi o engodo, que culminou no terror fascista de meados deste século. A unidade absoluta, a conformação abstrata tida por única em um determinado direito, a consideração do direito fundamental pela sua conformação indicativa de tudo ou nada, de um todo intangível, ou de um recipiente assimilador de qualquer conteúdo, são tendências que somente podem ser afastadas pelo pluralismo, por um lado, mantenedor daquilo que de central for assim identificado, ou por outro lado, enriquecedor, e direcionador, nas transformações que socialmente forem demandadas.

Schmitt não acreditava na *utilidade da discussão pública*⁴⁰, um dos fundamentos primeiros do parlamento. As típicas garantias liberais de separação dos poderes⁴¹, liberdade de expressão⁴², publicidade⁴³, independência dos parlamentares⁴⁴,

³⁷Cf. SCHMITT, Carl. *Tierra y mar: consideraciones sobre la historia universal*. trad. Rafael Fernandez-Quintanilla. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

³⁸“Si el hombre no fuera más que un ser viviente absolutamente determinado por su contorno, sería o una bestia o un pez, o un pájaro o una fantástica mezcla de estas determinaciones elementales. (...) La existencia y el destino de los hombres estarían determinados de modo absoluto por la Naturaleza, como los de un animal o una planta. (...) No existiría una historia del hombre como obra y decisión humanas. (§) Pero el hombre es un ser que no se deja absorber por su contorno (§) Tiene poder para conquistar históricamente su existencia y su conciencia.” (SCHMITT, Carl. op.cit., pp.14/15).

³⁹Cf. HENSEL, Albert. *Institution, Idee, Symbol*. Königsberg, Gräfe und Unzer Verlag, 1929, p.15.

⁴⁰Cf. SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. (1ªed. de 1923), Berlin-Münche, Verlag Duncker & Humblot, 1979. (trad. it. de Thies Nelsson e Rosa Grueso. *Sobre el parlamentarismo*. 2ªed., Madrid, Editorial TECNOS, 1996, p.6).

⁴¹Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp.51-53.

⁴²Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp.49/50.

⁴³Cf. SCHMITT, Carl. op.cit., pp.47-50; 63-65.

⁴⁴O chamado *mandato imperativo* é tido por Schmitt como despiendo num parlamento, em que não vige uma discussão verdadeira. Para a posição do autor, vide: SCHMITT, Carl. op.cit., p.8. Na constituição de Weimar, era negado o mandato imperativo sob a alegação de que os parlamentares fossem representantes do povo todo, e não apenas de seus eleitores. O art.21 daquela constituição expressava-se nos seguintes termos: “Art.21. Die Abgeordneten sind Vertreter des ganzen Volkes. Sie sind nur ihrem Gewissen

não tinham para Schmitt cabimento na *discussão* da época, pois esta estava contaminada pela falibilidade da defesa do *consenso*, cuja expressão máxima tem sede nas chamadas *controvérsias contraditórias*, que têm o condão de *neutralizar* o parlamentarismo⁴⁵. A decisão obtida no parlamento de então, para Schmitt, não decorria da *discussão pura*, também chamada por ele *discussão pública*⁴⁶, mas da “*sugestión persuasiva en forma de carteles*”⁴⁷, pelas negociações internas de interesse e poder dos partidos, que são convidados a dominar um ambiente, em que, cada vez mais, as verdadeiras decisões concentram-se em “*comisiones cada vez más cerradas*”⁴⁸. Neste ponto Schmitt apenas exacerbou o problema fundamental de teoria da legislação, que, mais tarde, Luhmann friamente aprofundaria⁴⁹. E continua Schmitt, dizendo que o convencimento das massas, por sua vez, era obtido, não através de um convencimento por *argumentos* de *discussão autêntica*, mas por técnicas de *manipulação* publicitária⁵⁰, que priorizam a *persuasão* ao *convencimento*, dirigindo o rumo dos acontecimentos pela *sedução* e não pela *inteligência*, produzindo uma *opinião pública*⁵¹, que inverte os termos da equação segundo a qual “*es menos importante la opinión pública que lo público de la opinión*”⁵².

A vontade do povo deve ser perseguida, mas para Schmitt, às vezes a *minoría* pode ter a posse da *verdadeira vontade popular*⁵³. Schmitt faz aflorar todos estes defeitos funcionais da democracia de entre-guerras na Alemanha culpando o parlamentarismo por criar um simulacro de democracia, amesquinhando sua importância nas mentes sequiosas por unidade nacional. A pura e simples eliminação da minoria pelas deficiências do modelo de representação da época levantou contra este todo arsenal teórico de Schmitt⁵⁴. A experiência, segundo ele, teria mostrado a inutilidade do órgão representativo⁵⁵, e um ataque teórico bem direcionado ultimou a separação entre a democracia e os postulados herdados do liberalismo⁵⁶ para um

unterworfen und an Aufträge nicht gebunden.” (GÜNTHER, Franz. *Staatsverfassungen*. 2ªed., München, R.Oldenbourg, 1964, p.196). Tradução livre: os deputados são representantes do povo inteiro. Eles sujeitam-se somente às suas consciências e não estão amarrados a mandato algum.

⁴⁵Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p.60.

⁴⁶Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., pp.43-47.

⁴⁷SCHMITT, Carl. op.cit., p.9.

⁴⁸SCHMITT, Carl. op.cit., p.64.

⁴⁹Para uma síntese dos argumentos de Luhmann a este respeito, vide, de nossa autoria: ARANHA, Márcio Nunes. **Segurança jurídica stricto sensu e legalidade dos atos administrativos**. In: Revista de Informação Legislativa, ano 34, n.134, abril/junho, 1997, pp.61/62. Para a completa formulação da questão, conferir: LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**. Darmstadt, Hermann Luchterhand Verlag, 1969. (trad. it. de Maria da Conceição Côrte-Real. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980, pp.146-159).

⁵⁰Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p.35. Ainda, expõe Schmitt: “*ya no se trata de convencer al adversario de lo correcto y verdadero, sino de conseguir la mayoría para gobernar con ella*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p.10).

⁵¹Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., pp.47-50.

⁵²SCHMITT, Carl. op.cit., p.47.

⁵³Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., pp.34/35.

⁵⁴Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p.50, onde menciona o pensamento de Stuart Mill, segundo o qual, a contradição de fundo entre democracia e liberdade estaria na eliminação da minoria.

⁵⁵Ressalta Schmitt, que “*la fe en el parlamento (...) realmente existió una vez, pero (...) hoy ya no es posible encontrar*” (p.11). Em outra passagem é mais direto: “*La crisis del parlamentarismo, que es la que aquí nos ocupa, se base en que democracia y liberalismo, si bien pueden ir unidos durante algún tiempo, al igual que se han unido socialismo y democracia, forman una unidad precaria*” (p.21) in SCHMITT, Carl. op.cit.

⁵⁶Eis a síntese da postura de Schmitt, por ele próprio: “*La fe en el parlamentarismo, en un government by discussion, es propia de las ideas del liberalismo. No es propia de la democracia. Es preciso separar ambos, democracia y liberalismo, a fin de comprender la heterogénea construcción que constituye la moderna democracia de masas.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., p.12). Como se verá, Schmitt abraça a homogeneidade em detrimento do pluralismo e diversidade de interesses.

público, que clamava por ideais de *homogeneização*⁵⁷, tidos por Schmitt como próprios à essência da democracia⁵⁸, bem vistos pelos regimes *ditatoriais*⁵⁹, que à época afluíam por toda parte. Liberalismo e democracia encontraram-se na história por fato meramente contingente, porém não necessário⁶⁰. O autor é contra a participação do *heterogêneo*; contra o tumulto que isso causaria na beleza da uniformidade. Desonera-se a democracia do peso representado pelo esforço igualitário⁶¹. Este passa a figurar como um visitante indesejável a contaminar os ideais democráticos⁶². Sua teoria fustiga o mundo pela detecção de um problema fundamental da democracia: a insuficiência da igualdade formal de então. Defende o atingimento de uma igualdade substancial, todavia, irmanando-a, e aqui está o toque fascista de sua teoria, com uma *homogeneidade* necessária à democracia⁶³. O comportamento de Schmitt indica muito mais sua vinculação às “*fuerzas irracionales del mito nacional*”⁶⁴ em virtude da aversão

⁵⁷O clássico livro de Canetti explica a *psicologia da uniformização nacional*(p.168), por meio dos *símbolos nacionais de massa*: cf.CANETTI, Elias. *Masse und Macht*. Hamburg, Claassen Verlag, 1960. (trad. it. de Sérgio Tellaroli. *Massa e poder*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, pp.165-198). Entendendo o símbolo como a unidade básica de todo comportamento humano, como o *universo da humanidade*:cf.WHITE, Leslie.*Os símbolos e o comportamento humano*. In: Fernando Henrique Cardozo & Octávio Ianni. **Homem e sociedade**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965, pp.180-192.

⁵⁸Transcreve-se o itinerário do pensamento de Schmitt: “*Toda democracia real se base en el hecho de que no sólo se trata lo igual de igual forma, sino, como consecuencia inevitable, a lo desigual de forma desigual. Es decir, es propia de la democracia, en primer lugar, la homogeneidad, y en segundo lugar — y en caso de ser necesaria — la eliminación o destrucción de lo heterogéneo.*” (SCHMITT, Carl. *ibid.*). Utiliza, para tanto, do exemplo de limitação dos direitos políticos da Grã-Bretanha e da França, e vai além, fundando a justificativa do fascismo na discriminação política entre nacionais e estrangeiros, denotando a plena aceitação da tese separatista e desigualizadora, que funda os nacionalismo de extrema direita. Triste ver o comportamento natural do direito das gentes a seu favor. Transcrevem-se os trechos de relevo: “*Colonias, protectorados, mandatos, acuerdos de intervención y parecidas formas de dependencia posibilitan hoy que una democracia gobierne sobre una población heterogénea sin concederle la nacionalidad, haciéndola depender del Estado democrático y, al mismo tiempo, separándola de ese Estado. Este es el sentido político y constitucional de la bella fórmula: las colonias son, según el derecho político, países extranjeros, y según el derecho internacional, territorio nacional. (...) ¿Es que acaso el Imperio inglés está basado en el derecho de voto universal e igual de todos sus habitantes? Sobre este fundamento no podría seguir existiendo ni una semana; las personas de color conseguirían los votos en aplastante mayoría por encima de los blancos. No obstante, el Imperio inglés es una democracia; en Francia y otras potencias ocurre lo mismo.*” (SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p.14).

⁵⁹Reza Schmitt: “*La consecuencia de esta doctrina de la educación [ideológica centralizada e nacional] es la dictadura, la suspensión de la democracia en nombre de la democracia verdadera que hay que crear.(...) la dictadura no es lo contrario de la democracia.*”(p.36). “*Puede existir una democracia sin eso que se ha venido a llamar parlamentarismo moderno, al igual que puede existir un parlamentarismo sin democracia; por otra parte, la dictadura no es el decisivo opuesto de la democracia, del mismo modo en que tampoco la democracia lo es de la dictadura.*”(p.40) in SCHMITT, Carl. *op.cit.*

⁶⁰Cf.LACAMBRA, Luis Legaz y Lacambra. **Derecho y libertad**. Buenos Aires, Valerio Abeledo - Editor, 1952, p.88.

⁶¹Esclarecedora é a seguinte passagem: “*En la democracia sólo existe la igualdad de los iguales y la voluntad de los que forman parte de los iguales. Todas las demás instituciones se convierten en insustanciales recursos sociotécnicos, incapaces de oponer un valor propio o un principio propio a la voluntad del pueblo expresada de cualquier modo. La crisis del Estado moderno se funda en que una democracia de masas o una democracia de todos los seres humanos no puede llevar a cabo ninguna forma de Estado, y tampoco un Estado democrático.*” (SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p.21).

⁶²“*La igualdad de todas las personas en su calidad de tales no es una democracia, sino un determinado tipo de liberalismo; no es una forma de Estado, sino una moral y una concepción del mundo individualista-humanitaria. En la oscura unión de ambos está fundada la moderna democracia de masas.*” (SCHMITT, Carl. *op.cit.*, pp.17/18).

⁶³Para Schmitt, a democracia procedimental “*conduce en principio a una crisis de la democracia misma, porque no es posible solucionar a partir de la universal igualdad humana el problema de la igualdad substancial y de la homogeneidad, necesarias en una democracia.*” (SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p.20).

⁶⁴SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p.96. Vide, ainda, nota 57.

que nutria pela democracia representativa, do que a utilização retórica do declínio da mesma para propagar uma ideologia de extrema direita. Entretanto, a discussão sobre a adesão de Schmitt ao nazismo é deixada a ele mesmo:

“Hasta el momento sólo ha existido un único ejemplo de abolición consciente del mito de la democracia y el parlamentarismo, y es, precisamente, un ejemplo a favor de las fuerzas irracionales del mito nacional.”

La teoría del mito es la más poderosa prueba de que el racionalismo relativo de las ideas parlamentarias ha perdido su vigencia. Cuando los autores anarquistas descubrieron, gracias a su animadversión hacia la autoridad y la unidad, la importancia de lo mítico, estaban contribuyendo, sin querer, a sentar una nueva base para una nueva autoridad, un nuevo sentimiento por el orden, la disciplina y la jerarquía. El peligro cultural de tales irracionalidades es grande. Los últimos sentimientos de solidaridad aún existentes podrán ser anulados por el pluralismo de un inmenso número de mitos. De cara a la teología política esto supone un politeísmo, igual que todos los mitos es politeísta. No obstante, esta fuerte tendencia del presente no puede ser ignorada. Tal vez el optimismo parlamentario confie en poder relativizar este movimiento y, como en Italia, a la espera de tiempos mejores, aguarde el reinicio de la discusión. Quizá, incluso pretenda exponer la discusión misma a la discusión mientras sólo se discute. Pero, en la discusión reiniciada, no debería conformarse con repetir su pregunta: «¿Parlamentarismo? Y, si no, ¿qué?», haciendo valer que, por el momento, no existe sustituto. Sería ésta una argumentación estéril, incapaz de hacer renacer el tiempo de las discusiones.”⁶⁵

A posição radical de Schmitt, contudo, embora não se possa arriscar justificá-la, entrava em sintonia com o ambiente social conturbado de sua época⁶⁶, que afastava as conquistas liberais de que a verdade somente poderia ser alcançada em meio à liberdade, e que tal verdade provisória⁶⁷ sempre sobreviveria melhor no relativismo da tolerância e no pluralismo das contribuições racionais⁶⁸. Aquele ambiente trancou tais máximas em aposento escuro e esquecido da história, e o desprezo por elas manifestado

⁶⁵SCHMITT, Carl. op.cit., pp.96/97 — grifos nossos.

⁶⁶Manuel Aragón encarrega-se de amenizar a responsabilidade atribuída a Schmitt pela história: “Las ideas de Schmitt no desentonaban mucho en el «clima espiritual» de aquel tiempo, azotado por el vendaval de tantos absolutismos (marxismo, anarquismo, fascismo) que parecían eclipsar la vieja doctrina ilustrada de que sólo en libertad puede vivir la razón. Una sociedad fuertemente escindida y una vida intelectual sumida en radicales antagonismos dejaban muy poco espacio al relativismo, es decir, a la tolerancia. Schmitt se incluiría, desde luego, en ese amplio bando de los radicalismos: la política se reduciría, para él, a la distinción, neta, entre amigo y enemigo; la actividad política, en consecuencia, no habría de sustentarse en la discusión, sino en la decisión.” (ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., p.XXXII).

⁶⁷Escreve Jean Le Ronde d’Alembert (1717-1783), uma das personalidades mais expressivas do pensamento iluminista francês: “a História de nossos erros mais notáveis, seja pelo número ou importância dos homens que seduziram, ensina a desconfiarmos de nós mesmos e dos outros. Além do mais, apontando os caminhos que se afastaram do verdadeiro, ela nos facilita a busca da verdadeira senda que leva a ele.” (ALEMBERT, Jean Le Rond d’. *Essai sur les éléments de philosophie* (trad. it. de Beatriz Sidou e Denise Bottmann. *Ensaio sobre os elementos de filosofia*. Campinas, Editora UNICAMP, 1994, p.9)). Com a palavra, um representante neoliberal: “A segunda consequência importante da revolução liberal é o reconhecimento de que toda verdade é provisória e de que todo conhecimento e todas as valorações são relativas. O conceito de verdade é progressivo, dinâmico.” (KNIGHT, Frank Hyneman. *Intelligence and democratic action*. University of Virginia, 1960 (trad. it. de Francisco J. Beralli. *Inteligência e ação democrática*. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1989, p.130)).

⁶⁸Sobre a democracia e o relativismo, vide: ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., pp.XXV/XXVI.

lançou o espírito da época no idealismo dos regimes autoritários⁶⁹. O que qualifica Schmitt como “*el último de los pensadores contrarrevolucionarios*”⁷⁰ o aproxima do conservadorismo, que em uma época de extremos somente pôde precipitá-lo no fascismo⁷¹ da hegemonia totalizadora, em que se assiste o tétrico espetáculo do todo absorvendo por completo a individualidade. Lá, venceu a *homogeneidade democrática* de Schmitt por sobre a *consciência liberal do indivíduo*⁷². Bondenheimer revela a filosofia jurídica por detrás do fenômeno: “*En la escuela jusnaturalista clásica el individuo era el centro de la filosofía jurídica. Se preguntaba: ¿cuánto poder es posible dar al individuo sin poner en peligro el bien común? En el Derecho natural del siglo XX, el centro de la filosofía jurídica se desplaza en mayor o menor grado hacia el todo colectivo. Se pregunta: ¿cuánto poder es posible dar al Estado, o a otra institución colectiva sin aniquilar completamente al individuo?*”⁷³.

A despeito de tudo isso, há uma característica em Schmitt extremamente útil à interpretação constitucional, ou, dizendo de outro modo, uma sua postura salientou um ponto fundamental da questão. Ele parte do princípio de que o conceito de democracia é incompatível com a *limitação do poder de mudança*⁷⁴. O absoluto autocrático venceu o relativo democrático porque este, acreditando na liberdade política, extremou seu relativismo permitindo a justificação de sua própria destruição. Kelsen atentou para o problema do “*paradójico privilegio de la democracia: poder darse a sí misma su sentencia de muerte con sus propios métodos de elaboración de voluntad política*”⁷⁵. Foi esse pensamento de pretensa neutralidade absoluta e nua procedimentalização democrática o exagero de abertura, que amargou a humanidade pelo sofrimento da segunda grande guerra.

Interessante como as posturas radicais, por levarem tudo às últimas conseqüências, às vezes trazem à luz o que se via encoberto pela história, e, na maior parte delas, antecipa o que vem a ser evidente no porvir. Fala-se das críticas à democracia como a *ditadura da maioria*. Já Aristóteles chamava a atenção para uma espécie de democracia, em que a *soberania das massas* sobrepuja-se à *soberania das leis* afastando tal democracia de sua concepção de *governo constitucional* ao aproximá-la de uma *tiranía*⁷⁶. Uma objetividade, que não restringe, serve apenas para legitimação de uma tirania da coletividade. Quando o Estado se confunde com a Sociedade, quem irá proteger o Indivíduo? Por isso insistir-se sempre e desde o início: o Direito carece de uma teoria que incorpore o que de objetivo há na história humana, e limite esta objetividade ao que de subjetivo faz do homem humano. As esferas de proteção individual, conquanto não possam ser inertes aos influxos da evolução social, devem caminhar *com* ela, permitindo sínteses infinitas, mas dirigidas pelas próprias tensões

⁶⁹Cf. ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., p.XXXII.

⁷⁰ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., p.XXXIII.

⁷¹“¿ se podía ser conservador reaccionario sin desembocar en el fascismo? Ése es el dilema en que, al final, se vio envuelto Schmitt. Su doctrina no podría desligarse, objetivamente, del nacional-socialismo, como tampoco su misma persona.” (ARAGÓN, Manuel. *Estudio Preliminar*. In: SCHMITT, Carl. *ibid.*).

⁷²Cf.SCHMITT, Carl. op.cit., p.22.

⁷³BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p.216.

⁷⁴Schmitt, apoiado em Pufendorf, assim se expressa: “*en la democracia, donde el que ordena y el que obedece es el mismo, el soberano, es decir, la asamblea constituida por todos los ciudadanos, puede cambiar leyes o Constitución a voluntad; en una monarquía o en una aristocracia — ubi alli sunt qui imperant alli quibus imperatur — es posible un contrato mutuo y, por tanto, la limitación del poder estatal.*” (SCHMITT, Carl. op.cit., pp.19/20).

⁷⁵KELSEN, Hans. op.cit., p.148.

⁷⁶Cf.ARISTÓTELES. *Política*. trad. Mário da Gama Kury, 3ªed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp.121-160: especialmente p.132.

particulares de cada síntese; pelo seu par de evolução histórica, traduzido na idéia do progresso institucional, que tanto é sensível às transformações sociais, quanto não permite incorporá-las ao arripio, puro e simples, dos núcleos valorativos de proteção do indivíduo. “*Il regresso, o l’involuzione, non sarà mai l’ultima parola, fino a che esisterà uno spirito umano, capace per sua natura dell’infinito*”⁷⁷.

A história demonstrou que o poder democrático desenfreado pode causar grandes males. O *espírito do povo* não se identifica inexoravelmente com o de um equilíbrio canonizado pela bondade das decisões. O poder absoluto em si, corrompe por que despreza a natureza peculiar, especial, e, portanto, diferenciada de cada indivíduo. Decisões totalizantes produzem, no mínimo, o mal de menosprezar situações concretas e diferenciadas. Sócrates foi condenado pela vontade popular por não querer sacrificar seus princípios à bajulação de seus julgadores⁷⁸. Onde a decisão não encontra obstáculos de princípios, a democracia legitima a mais cruel violência pelo procedimento⁷⁹. A razão cede à opinião⁸⁰, e paixões de momento reinam absolutas pela voz da maioria⁸¹. Por isso ter Montesquieu atentado para a *separação harmônica dos poderes*, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ter asseverado, no conhecido art.16, a inexistência de constituição, onde não houvesse assegurada a garantia dos direitos e da separação dos poderes⁸²: dividir significa valorizar o combate de idéias e argumentos já não em nível de formação difusa do consenso popular, mas em nível de ponderação institucional. Para tanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem elevou os direitos fundamentais acima das decisões políticas⁸³. Foi essa transposição da arena de discussão que permite, hoje, pensar-se no controle por **valores institucionalmente objetivados**. O poder concentrado atrai o arbítrio pelo simples fato de não encontrar resistência. Tudo podendo, o direito vira uma questão de conveniência. Para que o direito assumira uma posição de guardião de preceitos, ele deve incorporar valor e conteúdo e não somente procedimentos.

Dar-se conteúdo e finalidade ao direito é uma demanda do *homo politicus*, de que fala Radbruch⁸⁴. É o resultado dos que vêm nas forças históricas o

⁷⁷DEL VECCHIO, Giorgio. *Evoluzione ed involuzione nel diritto*. 3ªed., Roma, Tumminelli Editrice *Studium Urbis*, 1945, p.63: tradução: “o retrocesso ou a involução jamais serão a última palavra, enquanto existir um espírito humano, capaz, por sua natureza, do infinito”.

⁷⁸Cf.PLATÃO [et alii]. *Sócrates*. trad. Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. São Paulo, Editora Nova Cultural, 1996, pp.6-8; 27-52.

⁷⁹“Estou certo (...) que em uma democracia, a maioria dos cidadãos é capaz de exercer, sobre a minoria, a mais cruel das opressões” (BURKE, Edmund. op.cit., p.135).

⁸⁰Glauco, há mais de dois mil anos atrás, já respondia prontamente a Sócrates, que opinião “é a faculdade que nos permite julgar pela aparência” e não pela essência. Cf.PLATÃO. *A república*. trad. de Enrico Corvisieri. São Paulo, Editora Nova Cultural Ltda., 1997, p.186.

⁸¹Ensina Kelsen, já em 1926: “*La democracia (...) se opone a todo poder absoluto, incluso el de la mayoría*” (KELSEN, Hans. op.cit., p.141).

⁸²“Art.16. *Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*”. Tradução: “Art.16. Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.” (PORTO, Walter Costa (coord.). **Declarações de direitos: apontamentos de Benedetto Croce, E.H.Carr e Raymond Aron**. Brasília, Fundação Projeto Rondon, 1988).

⁸³“Art.XXX. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de qualquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.” (PORTO, Walter Costa (coord.) op.cit.).

⁸⁴Transcreve-se o trecho esclarecedor: “A conhecida forma degenerativa do «jurista estranho às realidades» mostra-nos precisamente que há também um tipo de jurista que, no seu sistema habitual de abstrair das realidades, acaba quase sempre por perder completamente de vista a vida real na sua fluente riqueza de formas, representando até essa tendência, por sinal, um pendor muito natural da própria profissão. Esta forma degenerativa surge quando o «homem jurídico», para só atender à justiça e à

aflorar da face mais odienda da segregação dos povos na ausência de valores saciadores e limitadores do poder. O arruinamento da democracia puramente procedimental norteou o movimento objetivante do Estado Social canalizando-o para a fixação de *guias*, de *bitolas*, de *valores*, enfim, de fins otimizadores democráticos. Somente eles podem conter um perdido procedimento parlamentar de descontrolo⁸⁵.

Aflorou-se, assim, de forma natural⁸⁶, a importância da *democracia substancial* mediante a ponderação entre as diretivas de momento do todo social e certos valores inalienáveis do indivíduo, como dotados de conformação objetiva na própria ordem daquele todo. A democracia substancial veio a ser o intento, consolidado após 1945, de compatibilizar o pluralismo político com a tutela constitucional de valores, única forma de se afastar o germe do autoritarismo⁸⁷, acusado de ser, em Schmitt, o *absolutismo* da maioria⁸⁸. Quando o plexo de decisões possíveis num ambiente democrático é aprioristicamente delimitado por valores de grandeza indiscutível, a *maioria* deixa de qualificar-se pelo estigma da uniformização opressora. A liberdade respira ares de universalidade. Permite-se à igualdade lançar-se de bases sólidas. Saram-se os últimos sintomas da *democratite* sofrida na primeira metade deste século. A humanidade sai da adolescência dos extremos e inicia o império das decisões responsáveis, porquanto posturas historicamente isoladas vêm-se ponderadas, ou ao menos numa primeira fase, amenizadas por essências vivificantes da dignidade do homem⁸⁹. A democracia deixa de ser um livro aberto à criatividade infinita de quem detém a pena do poder e passa a permitir a escrita apenas dentro de margens e pautas pré-fixadas.

segurança da ordem jurídica, esquece o terceiro aspecto da idéia de direito, que é justamente, como se sabe, o do fim ou finalidade a que este deve subordinar-se. Ora, assim como o *homo juridicus* se aproxima, pelo lado da justiça e da segurança do direito, do tipo do homem *teorético*, assim, pelo que toca à idéia de fim, ele se aproxima do tipo do homem *social*, para não dizer já do *homo politicus*.” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. Cabral de Moncada, vol.I, 4ªed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1961, pp.250/251).

⁸⁵Vide nota 49.

⁸⁶A democracia de hoje vem imbuída de carga valorativa, que transborda seu conceito original nuclear.

⁸⁷A falta de sensibilidade, no nascimento moderno da democracia representativa, da importância em compatibilizar valores e procedimentos foi um fator de fortalecimento da autocracia valorizadora do ideal de justiça (como ponderação das peculiaridades do caso concreto), mediante a sua não vinculação às diretrizes passadas. A falta de plasticidade da democracia nascente fortaleceu os regimes autoritários da primeira metade deste século, pois impunha a mudança arbitrária aproximando-se, no que há de criticável, da autocracia. Forçou, assim, a opção entre uma autocracia marcada pelo *símbolo de massa* da união nacional, e uma democracia representativa das fraquezas de uma nação. O desprezo que a autocracia nutre pela limitação apriorística de poder inclina-a a evitar a *racionalização da ordem coletiva*, e, em contradição com uma democracia que não recompensava sua debilidade para solução de questões iminentes com o afastamento de decisões arbitrárias, tudo pendeu para a escolha do aparentemente menor dos males. Sobre a comparação entre democracia e autocracia; e positivismo jurídico e direito natural, vide: KELSEN, Hans. op.cit., p.144.

⁸⁸A abordagem de Manel Aragón é de claridade solar. Busca-se “*un equilibrio entre la garantía constitucional del pluralismo político o, si se quiere, del relativismo ideológico (de la democracia procedimental) sin lo cual, como decía Kelsen, no hay democracia, y la imposición constitucional de determinados valores (democracia sustantiva o material) sin los cuales no hay libertad-igualdad*” (ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., pp.XXIX/XXX).

⁸⁹“*La mayoría decide, pero no libremente; la mayoría control, pero también es controlada; los ciudadanos (y las minorías) poseen unos derechos que la mayoría no puede vulnerar; ya no es justo («juridicamente») lo que la mayoría quiera, sino lo que la mayoría acuerde «de conformidad» con lo dispuesto en la Constitución.*” (ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. op.cit., p.XXX).

Papel dos tribunais constitucionais e o chamado *direito material de exame judicial*

Os tribunais constitucionais passam a ocupar posição de fundamental importância no equilíbrio almejado⁹⁰. O constitucionalismo, em seu nascimento, veio tentar estabelecer, em nível jurídico, valores e princípios democrático-liberais. A disfunção verificada posteriormente entre a *realidade jurídica* e a *realidade política* precipitou o sistema político liberal e a organização constitucional a ele correspondente na crise institucional da primeira metade do século XX⁹¹. É, pois, devido a esse distanciamento entre o jurídico e o político, ou ainda, ao abismo, que isolou o jurídico da ingerência de valores e princípios, o que possibilitou os regimes extremos deste século. Tal fosso divisor deve ser eliminado, e no seu lugar, uma teoria conciliadora clama cristalização. Os valores pré-figuradores do jurídico iniciaram, em Kelsen, pela aceitação da *legitimidade do sistema democrático* e dos *valores do constitucionalismo moderno* como prévios e indiscutíveis⁹², e a possibilidade de ponderação destes por um Tribunal Constitucional. A inovação fundamental de Kelsen, no constitucionalismo da visão de Marshall dada no caso *Marbury versus Madison*, foi o de aprimorar um controle antes jurídico-político de uma *legalidade constitucional liberal*, para a defesa de *valores políticos evidentes por meios e mecanismos jurídicos*⁹³. A crítica *transcendente*⁹⁴ de Schmitt, e, portanto, ideológica e justificadora da autocracia, está, em parte, na célebre polémica Kelsen-Schmitt⁹⁵ sobre o papel daquele tribunal. Schmitt

⁹⁰«La clave de tal equilibrio [entre o relativismo ideológico e a imposição constitucional de valores], con el que se pretende superar el enfrentamiento entre democracia procedimental y democracia sustantiva, entre la Constitución como «norma abierta» y la Constitución como «sistema material de valores», reside en la creación y funcionamiento de los Tribunales Constitucionales, instituciones sin las cuales es muy difícil (salvo en el caso todavía peculiar del Reino Unido) comprender teóricamente y organizar prácticamente el parlamentarismo democrático, forma política en la que el Parlamento sigue siendo el eje del sistema (aunque el Gobierno sea el poder «más fuerte») porque es el «centro» de su legitimidad y de su actividad normativa, pero cuyas decisiones pueden ser controladas, ya que la ley, aunque continúe ostentando el papel de norma «primaria» del ordenamiento, que lo es la Constitución, cuyas prescripciones «materiales» (y no sólo «estructurales») se imponen a todos los poderes del Estado.» (ARAGÓN, Manuel. *Estudio preliminar*. In: SCHMITT, Carl. *ibid.*).

⁹¹Apoiando tal perspectiva, o catedrático em Direito Político e introdutor da última edição espanhola do livro de Schmitt sobre o guardião da constituição: “La confrontación y el distanciamiento entre realidad constitucional y realidad política representa una constante de la pasada centuria. Y será, justamente, en los momentos convulsivos que suceden a la primera Guerra Mundial, cuando, al llevarse al extremo esa confrontación y ese distanciamiento entre realidad jurídica y realidad política, el sistema política liberal, y su correspondiente organización constitucional, sufrirán la crisis más grave de toda su historia.” (GARCÍA, Pedro de Vega. *Prólogo*. In: SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin-München, Verlag Duncker Humblot. (trad. it. de Manuel Sanchez Sarto. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid, Editorial TECNOS, 1983, p.17)).

⁹²Cf. GARCÍA, Pedro de Vega. *Prólogo*. In: SCHMITT, Carl. *op.cit.*, p.18.

⁹³«De lo que se trata, por lo tanto, no es de procurar la defensa ideológica de la idea liberal de Constitución, sino de lograr su realización efectiva y concreta. Esto significa que, si en el primer momento del constitucionalismo moderno, lo que se propicia es una defensa de la legalidad constitucional liberal con medios políticos, lo que se va a suscitar ahora es una defensa de los valores políticos, que se admiten como evidentes, por medios y mecanismos jurídicos.” (id. *ibid.*).

⁹⁴A crítica transcendente do Schmitt-teórico-político diz respeito à condenação do modelo teórico liberal e das suas bases legitimadoras (parlamentarismo); já a crítica imanente refere-se ao Schmitt-jurista, que contrapõe o modelo teórico à realidade empírica, realçando suas contradições.

⁹⁵As obras nas quais se situa dita polémica são: SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin-München, Verlag Duncker Humblot. (trad. it. de Manuel Sanchez Sarto. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid,

afasta da função judicial qualquer discussão sobre *conteúdo*. Portanto, quando se disse linhas atrás que Schmitt aproximava-se do *essencial* em detrimento do *formal*, entenda-se que ele o faz afastando tal função da judicial, e, dessa forma, relegando-a ao puramente político. A teoria da destruição dos heterogêneos teve por base de crítica *transcendente*, o afastamento por completo entre o jurídico e o político, o que Kelsen não aceita⁹⁶. A negação de Schmitt do chamado *direito material de exame judicial* nutre o extremo da separação, e permite o abuso do poder. Por outro lado, a crítica *imane*nte do autor é de grande contribuição para a percepção do mal causador deste descompasso detectado entre os valores jurídicos *desprotegidos* e a disfunção interna do sistema representativo *incontido*.

Conclusão

No Brasil, a conformação peculiar do *Estado burguês*, que sucedeu ao *Estado Liberal-oligárquico da Velha República*, na forma de um intervencionismo econômico e social autoritário, o predispôs naturalmente ao equilíbrio dos pólos em questão, pois não exacerbou a oposição entre a limitação de valores individuais frente às determinações de caráter objetivo pela supervalorização dos primeiros⁹⁷. A conformação inicial de conjugação entre o estado autoritário e o estado burguês inclina o Brasil de hoje, tendo superado esse estágio provisório, para uma posição de melhor receptividade de uma teoria de ponderação entre valores individuais e limitações sociais objetivas.

O que se discute, em um segundo momento, não é a existência das limitações, já incorporadas no constitucionalismo ocidental, mas a sua conformação à evolução dos tempos, que exigem um novo *layout* a cada virada de página da vida institucional. Promover ao desembaraço desta questão deveria ser o norte dos que se debruçam sobre o angustiante dilema de tentar transportar a uma teoria o caráter de equilíbrio contenedístico-procedimental, com que a evolução histórica nos presenteou.

Editorial TECNOS, 1983); e KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. In: **Die Justiz**. Cadernos 11-12, Tomo VI, pp.576-628 (trad. it. de Carmelo Geraci. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*. In: KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Milano, Giuffrè Editore, 1981, pp.229-291). A controvérsia gira, basicamente, em torno de 3 pontos fundamentais: a natureza política da jurisdicional constitucional, negada por Schmitt, e aceita por Kelsen apenas com uma diferença quantitativa em relação a atividade legislativa; a conseqüente criação judicial; e a aceitação de determinação do conteúdo jurídico de uma disposição constitucional por um tribunal constitucional.

⁹⁶Para Kelsen, a diferença política entre a atividade legislativa e a jurisdicional é meramente *quantitativa*: “Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L’opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza, di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell’uno o dell’altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere «politico» che — sia pure in misura maggiore — ha la legislazione. (§) Il caratter politico dell’una e dell’altra presenta una differenza puramente quantitativa e no già qualitativa.” (KELSEN, Hans. op.cit., p.242).

⁹⁷Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo, Editora Acadêmica, 1989, p.8.

Bibliografia

1. ALEMBERT, Jean Le Rond d'. *Essai sur les éléments de philosophie* (trad. it. de Beatriz Sidou e Denise Bottmann. *Ensaio sobre os elementos de filosofia*. Campinas, Editora UNICAMP, 1994).
2. ARISTÓTELES. **Política**. trad. Mário da Gama Kury, 3ªed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp.121-160
3. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
4. BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del derecho*. trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Economica, 1963.
5. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ªed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.
6. CANETTI, Elias. *Masse und Macht*. Hamburg, Claassen Verlag, 1960. (trad. it. de Sérgio Tellaroli. *Massa e poder*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995).
7. DEL VECCHIO, Giorgio. *Evoluzione ed involuzione nel diritto*. 3ªed., Roma, Tumminelli Editrice Studium Urbis, 1945.
8. GALLEGO, Elio A.. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid, Editorial Dykinson, 1996.
9. GÜNTHER, Franz. *Staatsverfassungen*. 2ªed., München, R.Oldenbourg, 1964.
10. HENSEL, Albert. *Institution, Idee, Symbol*. Königsberg, Gräfe und Unzer Verlag, 1929.
11. KELSEN, Hans. *Demokratie*. 1926. (trad. it. de Rafael Luengo Tapia e Luis Legay y Lacambra. *Essencia y valor de la democracia*. Barcelona, Editorial Labor S.A., 1934).
12. KELSEN, Hans. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. In: **Die Justiz**. Cadernos 11-12, Tomo VI, pp.576-628 (trad. it. de Carmelo Geraci. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*. In: KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano, Giuffrè Editore, 1981, pp.229-291).
13. KNIGHT, Frank Hyneman. *Intelligence and democratic action*. University of Virginia, 1960 (trad. it. de Francisco J. Beralli. *Inteligência e ação democrática*. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1989).
14. LACAMBRA, Luis Legay y Lacambra. *Derecho y libertad*. Buenos Aires, Valerio Abeledo - Editor, 1952.
15. LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Darmstadt, Hermann Luchterhand Verlag, 1969. (trad. it. de Maria da Conceição Côrte-Real. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980, pp.146-159).
16. PLATÃO [et alii]. **Sócrates**. trad. Jaime Bruna, Líbero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. São Paulo, Editora Nova Cultural, 1996.
17. PLATÃO. **A república**. trad. de Enrico Corvisieri. São Paulo, Editora Nova Cultural Ltda., 1997.
18. PORTO, Walter Costa (coord.). **Declarações de direitos: apontamentos de Benedetto Croce, E.H.Carr e Raymond Aron**. Brasília, Fundação Projeto Rondon, 1988.
19. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. Cabral de Moncada, vol.I, 4ªed., Coimbra, Arménio Amado Editor, 1961.
20. RECASENS SICHES, Luis. *Lecciones de sociologia*. Mexico, Editorial Porrúa, 1948.

21. SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin-München, Verlag Duncker Humblot. (trad. it. de Manuel Sanchez Sarto. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid, Editorial TECNOS, 1983).
22. SCHMITT, Carl. *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. (1ªed. de 1923), Berlin-Münche, Verlag Duncker & Humblot, 1979. (trad. it. de Thies Nelsson e Rosa Grueso. *Sobre el parlamentarismo*. 2ªed., Madrid, Editorial TECNOS, 1996).
23. SCHMITT, Carl. *Tierra y mar: consideraciones sobre la historia universal*. trad. Rafael Fernandez-Quintanilla. Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1952.
24. WHITE, Leslie. *Os símbolos e o comportamento humano*. In: Fernando Henrique Cardozo & Octávio Ianni (organizadores). **Homem e sociedade**. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965, pp.180-192.
25. WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo, Editora Acadêmica, 1989.