

2

A dinâmica do “Político”

2.1

O período entre guerras e o Conceito do Político por Carl Schmitt

"A sociedade não é um grupo de que uma parte devora a outra? Eterno antagonismo das condições humanas."

– Machado de Assis

A constituição vista como ordenamento jurídico-normativo fundamental entrou em crise no conjunto de Estados ocidentais e da teoria constitucional ao final dos anos 30⁹. O momento era do ápice de um processo pelo qual a visão jusnormativa de constituição foi desvanecendo-se e, portanto, sendo constantemente questionada.

No cenário do pensamento constitucional da época alinhavam-se, de um lado, a proposta de Kelsen, despindo o pensamento constitucional de seu conteúdo axiológico, cingindo a constituição a mero parâmetro hierárquico de norma de controle, buscando uma pureza teórica científicista e, do outro, Carl Schmitt e sua proposta de que o debate constitucional rompesse por completo as fronteiras do político, tornando-se com este um só.

⁹ Cfr. KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid. Dykinson. 2005.

Schmitt apregoava a legitimidade do poder, que no seu entender, deveria tornar-se tema público, aberto ao debate. Defendia, claramente a precedência do âmbito político ao jurídico, afirmando que o direito, ressalvada sua autonomia, descansava à sombra de uma grande decisão política.

Neste particular, convergia com Kelsen, para quem também o direito continha decisão política, embora este fosse aspecto de menor importância para o estudo científico do direito. O Direito – ordem coercitiva de conduta humana – era o objeto dos estudos de Kelsen, independente de sua vinculação política, embora reconhecesse sua ocorrência.

Schmitt e Kelsen, igualmente, renunciavam à tentativa de fundamentar o direito de forma transcendente. Para o primeiro, as sociedades determinavam, elas próprias, sua ordem e seu destino coletivo; para o segundo, essa era uma questão irrelevante para a teoria pura do direito.

A centralidade da questão política atingiu seu ápice em Schmitt, que ao redor dela desenvolve sua teoria. “A decisão especificamente política, que norteia as ações e motivos políticos é a distinção entre amigo e inimigo”.¹⁰

Do ponto de vista político testemunhou-se o surgimento do dogma da supremacia do existencial. Carl Schmitt foi o principal defensor de um debate constitucional em que o normativo não mais interpretava o papel principal, mas sim secundário, ante a autoridade pessoal do soberano, aquele responsável pela decisão a respeito do Estado de Exceção.

O Estado, que passa a se definir a partir da força, rechaça o papel do normativo, carente de verdadeiro potencial decisório. A forte presença do político no pensamento constitucional e a negação do seu conteúdo normativo-axiológico garantiram maior margem de liberdade aos poderes constituídos, cuja atuação fugiu aos mecanismos de controle estabelecidos.

¹⁰ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político/Teoria do Partisan*. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2009. p.26.

Em sua obra de 1932, “O Conceito do Político” (*Der Begriff des Politischen*), Carl Schmitt traz fundamental contribuição para o debate. Nela, traça as bases da compreensão do político e sua relação com o Estado.

“..., todas as representações, palavras e conceitos políticos possuem um sentido polêmico; eles têm em vista uma divergência concreta, estão vinculados a uma situação concreta, cuja última conseqüência constitui um agrupamento do tipo amigo-inimigo (que se expressa em guerra ou revolução) e se convertem em abstrações vazias e fantásticas quando desaparece essa situação.”¹¹

“O político pode extrair sua força dos mais diversos âmbitos da vida humana, das contraposições religiosas, econômicas e morais, morais e de outros tipos; ele não caracteriza nenhum domínio próprio, e sim tão-somente o grau de intensidade de uma associação ou dissociação de pessoas, cujos motivos podem ser de índole religiosa, nacional (no sentido étnico ou cultural), econômica ou de outra espécie, provocando, em momentos distintos, diversas ligações e separações.”¹²

A obra de Carl Schmitt, em que pese o brilhantismo de revelar a natureza associativa/dissociativa do político, está embevecida no ressentimento alemão pelo fim da primeira guerra mundial, o que fica claro em sua dura crítica à constituição da liga das Nações, que não teria o condão de eliminar o *jus belli*.¹³ A eclosão da segunda guerra, contudo, contribuiu para a solução de continuidade no estudo do político e do conflito na linha traçada por Schmitt.

2.2

A degeneração do papel normativo da constituição

Ao fim da primeira metade do século XX, puseram-se os teóricos a refletir sobre miríade de causas que levaram à conjuntura daquele momento. A forte presença do político no debate constitucional do *entre guerras* foi uma das razões

¹¹ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político/Teoria do Partisan. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2009. p. 32.

¹² SCHMITT, Carl. O Conceito do Político/Teoria do Partisan. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2009. p. 40.

¹³ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político/Teoria do Partisan. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2009. p. 60 *et seq.*

apontadas: o problema da constituição era inexoravelmente tratado dentro das categorias da Teoria do Estado.

“La expansión del Estado constitucional tampoco pudo disimular que lo normativo, es decir, la fuerza determinante del Derecho, se encontraba ya en una franca decadencia. De ello sobrevino que en la época de postguerra – o debiera calificarse más acertadamente a ese período convulsivo como: “época de entreguerras” (1919-1939) – el “estado de excepción” se convirtió em muchos países em algo normal.”¹⁴

Em decorrência desta banalização do estado de exceção, ocorre uma concentração cada vez maior de poderes no entorno do Executivo, corrompendo o pilar constitucional da divisão de poderes. O desabrochar da crise indica uma consolidação da força do Executivo, a partir da quebra da espinha dorsal da separação idealizada pelas constituições burguesas do século XVIII.

Com efeito, Kägi verifica no fenômeno da “*desmontagem constitucional*” a principal consequência da crise experimentada pelo Estado constitucional em fins da década de 30, afetando a essência normativa das constituições. A desmontagem a que se refere Kägi se expressa claramente na desvalorização da potência normativa da constituição.

Os direitos e garantias individuais perdem seu sentido normativo diante das tendências autoritárias que assume o Estado. Forma-se um ciclo pelo qual o enfraquecimento das garantias dos indivíduos ante o estado reforça uma tendência à reabsolutização do Estado.

Na outra ponta, o fortalecimento do Poder Executivo como um poder central leva à diminuição da eficácia das leis, que cedem lugar às formas autoritárias de atos de governos.¹⁵ A competência própria do Poder Legislativo é

¹⁴ KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional. Madrid. Dykinson. 2005. p. 52

¹⁵ Na Alemanha proliferaram os *Regierungsaktes* e as *Massnahme*; no Brasil os Decretos-lei que tiveram sua expressão máxima nos Atos Institucionais à época da ditadura e, ainda hoje persistem, mas com as feições mais leves das Medidas Provisórias.

assumida em caráter excepcional pelo Executivo, porém em situação de exceção que tende à perpetuidade.

Assim, a crise do Estado Constitucional da segunda metade do século XX é ocasionada pela decadência do normativo.¹⁶ A crise de normatividade em seu viés jurídico propriamente dito, deve-se ao esvaziamento do papel normativo da Constituição, pelo desaparecimento das condições que favoreciam a expressão desta potência normativa.

O movimento de centralização de forças no entorno do Poder Executivo e a conseqüente solubilização das demarcações da tripartição dos Poderes subtrai do Poder Legislativo sua função típica, que lhe concede o *nomos*. Da mesma forma, a limitação da independência dos juízes impacta negativamente a norma, que cede espaço à autoridade uma vez que a jurisdição torna-se circunstancial.

O cenário constitucional reduz-se a um palco onde diferentes atores lutam pelo poder, retirando da normatividade sua importância central e conduzindo a uma crise da própria lei.

“El concepto político de ley (“decisionista”) desplaza al concepto normativo de Estado de Derecho. Esa degeneración de la ley se manifiesta en que la ley meramente formal no es ya vista como la excepción prevista constitucionalmente sino que la ley, como expresión de la voluntad soberana, en principio, puede tener cualquier contenido.”¹⁷

¹⁶ Kági diseca a crise do normativo em quatro níveis ou fatores: o filosófico-ideológico, o ideológico-normativo, o sociológico e o jurídico. Op. Cit. P. 56.

¹⁷ KÁGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional. Madrid. Dykinson. 2005. p. 67

2.3

A Constituição como Ordem Normativa

O moderno Estado Constitucional surge como reação frente ao poder absolutista do monarca, através de progressiva limitação do poder político. Pode-se dizer, assim, que o episódio inicial do constitucionalismo foi um movimento de fortalecimento do normativo frente ao político.

Até aqui, o suíço Werner Käge verifica que, na primeira metade do século XX, ocorre uma expansão do político, ao ponto de se converter o estudo do Direito Constitucional no estudo de um Direito Político. A referência ao político paulatinamente dissolve o poder normativo.

“(…), la oposición entre ser y deber ser, entre realidad e norma, es totalmente ‘superada’ a través de la equiparación de política y Derecho, em otras palabras: el Derecho del Estado há abdicado.”¹⁸

Käge critica, um a um, os teóricos do Direito Constitucional Político e a progressiva politização do Direito Constitucional, vista essencialmente nas obras de Georg Jellinek, Heinrich Triepel e Carl Schmitt. Recusa a ideia de Constituição como simples expressão de uma ideia política, a partir de um raciocínio finalista.

De fato, toda constituição expressa certos valores e conceitos políticos básicos. Contudo, após sua promulgação, aquilo que era antes programa se converte em um sistema de normas jurídicas, que lhe confere normatividade.

“También la tan mentada fórmula de Carl Schmitt – quién define la Constitución como ‘decisión sobre el modo y forma de la unidad política de un pueblo’ – es aceptable cuando lo que Schmitt considera ‘decisionista’ se interpreta como normativo. Entonces, Constitución, en el sentido de Derecho Del Estado, no es decisión (‘Dezision’) sino, en tanto sistema de normas, un resultado de esa

¹⁸ KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamente del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid. Dykinson. 2005. p. 174.

decisión. No es voluntad política sino la expresión jurídico-normativa y, con ello, la objetivación de una determinada voluntad política.”¹⁹

Kägi identifica na literatura dos teóricos do Direito Constitucional Político uma linha-mestra comum: as normas de estatura constitucional, em maior ou menor medida, restam esvaziadas de conteúdo jusnormativo, conforme o grau de condicionamento à ordem política que lhe deu origem. Esta estampa dinâmica, condicionada e fluída lhes retiraria a possibilidade de um exame judicial objetivo.

A constituição de Weimar, em especial na segunda parte, que se referiu aos direitos e deveres fundamentais, experimentou uma dissipação de seu conteúdo normativo. Por muito tempo negou-se efeito jurídico imediato àquele grupo de normas que se consideravam princípios gerais de direito, concretizáveis apenas na medida em que positivadas pelo legislador infraconstitucional.

A outorga de eficácia direta às normas jusfundamentais foi ponto essencial para a virada normativa de meados do século XX. Werner Kägi fez notável defesa da reconstrução do traço de lei negado às constituições embebidas no político, não só pela defesa da força imperativa dos direitos fundamentais, mas especialmente pela dura crítica ao dinamismo.

“La inclinación de nuestro espíritu contemporáneo pertenece indudablemente al dinamismo que, en principio, aparece como lo superior y mejor. Esa tendencia también ha tenido entrada en los fundamentos sistemáticos de la Teoría del Derecho del Estado, de manera abierta o solapada, a través de teorías ocasionales. ‘Dinámico’ menciona una palabra mágica que en la Sociología tiene su sentido preciso pero que en la Teoría del Derecho habrá de llevar a toda clase de confusiones.”²⁰

¹⁹ KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamente del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid. Dykinson. 2005. p. 175.

²⁰ KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamente del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid. Dykinson. 2005. p.195/196.

Por dinamismo entende-se o fenômeno pelo qual ingressam no debate constitucional elementos de direito político antes reservados à razão do Estado. Significa ainda o descarte dos elementos constitutivos da Constituição normativa a partir do enfraquecimento da eficácia normativa dos direitos fundamentais e da superposição do executivo ao legislativo.

A intensificação deste dinamismo corrói a força normativa da constituição; amplia-se o espaço para as decisões do momento e para a vontade do poder político. A constituição como ordenamento jurídico fundamental desvanece-se gradualmente, à medida que o poder político se fortalece.

A evolução da teoria constitucional alemã ao fim da primeira metade da primeira metade do século XX apregou, pouco a pouco, a cristalização dos efeitos normativos atribuídos às normas relativas ao sistema de direitos fundamentais. A visão da Constituição enquanto ordenamento jurídico fundamental passa pela compreensão de que os direitos fundamentais não são mero programa ou proposta de conduta, mas normas jurídicas verdadeiramente eficazes.

Contudo, a mera inclusão de um catálogo de garantias fundamentais sem reunir condições para a sua efetividade acaba por tornar o texto uma promessa vazia. Como adverte Frankenberg, “catálogos generosos de direitos fundamentais sociais, a princípio, não realizáveis e financiáveis sinalizam uma persistência nostálgica na simbologia constitucional ideológica (...)”.²¹

2.4

A reabertura da constituição

A rejeição total ao dinamismo proposta por Kāgi assume contornos menos rígidos com a teoria da Constituição como ordem jurídica fundamental da

²¹ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 135.

Comunidade (Gemeinwesen) de Konrad Hesse. Para o alemão, fechar as portas do texto constitucional pra as questões políticas retira sua capacidade de adaptar-se às mudanças na comunidade, desvanecendo sua força vinculante.²²

“Toda Constituição é Constituição no tempo, a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição.”²³

Em Hesse, o Direito Constitucional pressupõe um ordenamento de caráter aberto e vinculante. Contudo, tal abertura será sempre limitada, permitindo adaptar-se à evolução histórica sem prescindir de sua força normativa.

A postura reacionária, de total oposição ao político, perde força; a constituição jurídica está definitivamente condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo, mas também não configura apenas a expressão de uma dada realidade.

Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Constituição deverá imprimir ordem e conformação à realidade política e social, determinando e ao mesmo tempo sendo determinada; condicionada, mas independente.

Antonio Negri, jusfilósofo italiano, leva a questão do dinamismo e da abertura constitucional ao patamar máximo em sua teoria do poder constituinte²⁴.

²² HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

²³ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

²⁴ Não se trata aqui de um poder constituinte que se restringe ao terreno jurídico. O seu movimento é ininterrupto, construção pela base que atravessa as emergências singulares e coordena a ação destas. Neste processo, não se aplicam normas gerais e abstratas, mas se constituem constelações de interesses, acordos e relações que são sempre reavaliadas. O quadro é de expansão contínua de atividades “empreendedoras” que atravessam o social, o político, o jurídico e o institucional.

Afirma taxativamente que o debate constitucional não pode, jamais, olvidar do político.

A Teoria Constitucional de Antonio Negri parte da democracia como premissa. Defende uma Constituição Democrática aberta, em movimento, criadora e dinâmica; um projeto pós-liberal e pós-socialista.

Para Negri, a política é uma constituição dinâmica, criadora e processual da potência. Esta definição não é vazia nem neutra: está sujeita às determinações da subjetividade e da tendência, ou seja, às figuras nas quais multidão e potência se reencontram como figuras de cooperação produtiva.

A expressão da multidão e a criação contínua de um novo mundo de vida emergem como elementos fundamentais. Negri afirma que privar a política de tais elementos é privar-lhe de tudo, é reduzi-la a pura mediação administrativa e diplomática, atividade burocrática e de polícia, ou seja, reduzi-la exatamente àquilo contra o que o poder constituinte, como origem da política, luta sem cessar, para emergir como potência.

A economia e a sociedade estão se organizando cada vez mais na forma de “redes”, que produzem elementos essenciais da vida social. A organização em “redes” possibilita a cooperação, que é a pulsação viva e produtiva de um número infinito de singularidades, que entram em composição como essência produtiva do novo.

Não se coloca, portanto, mais um projeto político revolucionário de tomada do poder por um grupo organizado que impõe seu modelo centralizado para toda a coletividade. A multidão, no seu agir cotidiano, produz a capacidade de tomar decisões próprias independentes.

Esta capacidade de tomada de decisões autônomas permite pensar num projeto político democrático e aberto. A aposta na formação de “redes”, que permite a capacidade de tomada de decisões pela multidão de agentes

diferenciados, retoma e atualiza uma forma de organização por agrupamento, está na base do conceito do político de Schmitt.

“Os processos e consequências da globalização, a pressão mundial de migração – mesmo que seletiva – a produção econômica transnacional, o regime político e as comunicações, os problemas que transcendem fronteiras (controle de fluxos de finanças, poluição do meio ambiente, criminalidade, segurança militar, etc.) colocam em questão filiações e agregações. O discurso de identidades escalonadas ou coletivas múltiplas nos sistemas políticos regionais ou supranacionais, como a União Europeia de Estados indica para além dos pontos clássicos de relação (nacional/internacional) e aponta os contornos de uma nova gramática do simbólico. No cenário global, tanto o sujeito como o cidadão cosmopolita perde, cada vez mais, sua força como sinal luminoso inequívoco para demarcação de filiação, em voga está o virtuoso da identidade que se desenvolve a partir de múltiplas filiações, coalizões e uniões para diversas identidades coletivas que se completam e se entrelaçam mas, também, se conflitam.”²⁵

Contudo, não se cogita mais do político de Heinrich Triepel (autor da fórmula pela qual tudo que é estatal é político), mas um político que parte dos estudos de Carl Schmitt, modifica-se com a abertura em Konrad Hesse e define-se como *simbólico*.

“Evidentemente, normas jurídicas e constitucionais não têm somente esse significado instrumental – ou querendo-se, técnico-prático – e, sim, sempre, também, um simbólico. Normas constitucionais representam uma certa ordem e indicam valores considerados relevantes em uma sociedade que, por isso, são defendidos.”

“Além disso, normas constitucionais transformam conflitos sociais em litígios jurídicos e ‘re-movem’ conflitos para o nível parlamentar, onde eles são domesticados e resolvidos por representantes. Enfim, uma Constituição institui a população como comunidade jurídica e política que, como que aliud, coloca-se defronte como algo diferente da soma de indivíduos. Disso resulta que Constituições são construídas, culturalmente, em duplo sentido, como símbolo e instrumento que lhes confere tal duplo sentido, de forma diferenciada tanto por seus construtores como, também, pelos destinatários. Um sentido remete à completude das práticas e execuções instrumentais, o outro, ao mundo das representações.”²⁶

²⁵ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 27/28.

²⁶ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 126/127

Trata-se de pregar a retomada de categorias políticas, mas não uma política fundada no dever-ser, mas no reconhecimento de que toda formação e permanência de comunidade é o produto contínuo da potência produtiva das singularidades cooperantes. Do ponto de vista comparativo, reabilita-se o político atualizando as categorias *schmittianas*.