

Elogio do Direito

Por Raffaele De Giorgi

1. O Direito dos Antigos

Elogio do Direito é o meu tema. Um tema que me parece particularmente apropriado para abrir este evento que inicia nossa *Winter School*. Nos próximos dias, discutiremos questões relacionadas ao presente. Mas, como toda observação, também a observação do presente exige que o observador posicione a si mesmo a uma distância considerável daquilo que pretende indicar.

Retomo o meu tema, *Elogio do Direito*, a partir do título de uma contribuição que o grande filólogo especialista em grego Werner Jaeger escreveu em 1947 em homenagem a Roscoe Pound¹. A Segunda Guerra Mundial havia acabado de terminar. O mundo tentava colocar ordem nas ruínas de um tempo que se desejava que fosse passado. Esse mundo ainda estava envolto pela poeira da guerra e tentava manifestar a si mesmo a confiança em uma vontade de paz. Uma vontade que os povos da Terra comunicavam a si mesmos, mas que logo se revelaria vazia e ilusória. A Europa estava devastada; os outros continentes não estavam em melhores condições: a África fora parcialmente poupada da guerra, mas sangrava pela brutalidade colonial e pela violência praticada por aqueles Estados que a haviam saqueado por séculos e continuavam a fazê-lo; a América Latina buscava abrir-se para um futuro que lhe permitisse escapar do imperialismo colonial, que lhe concedera limitados e controlados espaços de independência; a Ásia corria em direção a um futuro que, depois de quase um século, ainda não começara; e o Ocidente, além do Atlântico, preparava-se para uma guerra que duraria meio século. Uma guerra que, por pudor semântico, seria chamada de fria, para distingui-la da

¹ W. Jaeger, *Praise of Law. The Origin of Legal Philosophy and the Greeks*, in: *Interpretations of modern legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, edited with an Introduction by Paul Sayre, New York, Oxford University press 1947 (ed. it. In: M. Cacciari – N. Irti, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La Nave di Teseo editore, Milano 2019).

outra guerra, cujas ruínas ainda fumegavam. A guerra fria desencadearia e cobriria continuamente guerras quentes localizadas, manteria ativos focos de conflito prontos para serem acesos em todo o mundo e duraria até os dias atuais.²

Aquele mundo havia experimentado o *ilícito dos Estados*, como o chamavam Kelsen³ e, muitos anos depois, também Luhmann.⁴ Eram os Estados, como organizações jurídicas, que haviam cometido os ilícitos que destruíram o mundo e o expuseram a futuras e lentas autodestruições disseminadas por todo o planeta. Como nunca antes, o ilícito dos Estados tornava evidente o fato de que a política é guerra.⁵

Mais uma vez, aquele mundo experimentava o uso do direito pela política como arma de sua guerra. Os regimes haviam dobrado a racionalidade do direito à violência, pisoteado a semântica jurídica e a haviam forçado a uma tecnologia de legitimação da repressão. Mas a única possibilidade que aquele mundo tinha para sair da guerra, para se libertar da política enquanto guerra, era a reativação do direito, a reconstituição do direito como sistema imunológico capaz de proteger contra a política e suas guerras. A única forma de resistência à guerra podia ser exercida pela reconstituição da diferenciação do direito e pela racionalidade da seletividade do sistema jurídico. Quase dois séculos antes, Savigny havia dito isso e demonstrado com a construção de seu sistema⁶. Somente o sistema de direito que é construído em si mesmo⁷, que se reproduz a partir de si e que se representa como autolimitação da força e como sistema de reciprocidade das liberdades poderia resistir, construir uma barreira contra a agressão política.

Por outro lado, no final dos anos 1940, aquele mundo efetivamente buscou abrigo na reativação da confiança no direito. Os regimes da primeira metade do século e suas filosofias haviam-se legitimado através da perversão semântica dos conceitos jurídicos, por meio de processos linguísticos de corrupção do conteúdo de

² E. Hobsbawm, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914–1991*, Abacus, London 1995.

³ H. Kelsen, *Über Staatsunrecht: zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt*, Hölder, Wien 1913.

⁴ N. Luhmann, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Dunker&Humblot, Berlin 1965.

⁵ M. Foucault, *Il faut défendre la société*, Seuil-Gallimard, Paris 1997.

⁶ F. C. v. Savigny, *Juristische Methodenlehre*, ed. G. Wesenberg, de acuerdo con la elaboración de J. Grimm, Koehler, Stuttgart 1951; *System des heutigen römischen Rechts*, Scientia Verlag, Aalen 1973, Bd. 1 (reimpressione della edizione Veit, Berlin 1840)

⁷ Cfr. R. De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, UIA, México DF 1998

sentido desses conceitos, da sublimação messiânica de alguns desses conceitos e da repressão calculada de outros. Esse caminho havia levado à degeneração irracional do direito, cujo curto-circuito seria chamado, precisamente, de guerra. Mas foi um curto-circuito permanente, estável, sistemático.

Agora tratava-se de reconquistar espaços de juridicidade autônomos, livres da violência política. Tratava-se de devolver ao direito a força de resistir juridicamente, ou seja, por meio da seletividade de sua estrutura, às ameaças do ambiente e à repressão que esse ambiente exercia sobre a legitimidade da autorreferência contínua de seus conceitos. O direito precisava readquirir para si seu poder imunológico e ativá-lo para se defender das agressões do ambiente. Somente assim poderia agir como sistema imunológico da sociedade em sua universalidade. Mas o exercício dessa função do direito só seria possível por meio de uma política desarmada em relação à forma da seletividade jurídica. Em outras palavras, o direito poderia funcionar como tecnologia de civilização da sociedade se fosse possível reativar e tornar operacionais aqueles dispositivos de negação, de negação das negações, que os regimes haviam bloqueado com suas políticas de guerra, suas políticas de destruição de um inimigo continuamente reinventado e suas políticas de sacralização de ontologias inexistentes, como povo, raça, nação, identidade.

Gostaria de ler *o elogio ao direito* de Werner Jaeger, do qual falei, e que foi escrito justamente nesses anos, como uma epígrafe de um passado, como uma memória de civilização que se manifesta diante da autodestruição da civilização moderna. Uma epígrafe diante da qual o mundo parecia querer parar e lê-la enquanto inventava horizontes futuros onde o direito pudesse exercer sua função de civilização.

Na realidade, naquele momento, a expectativa do futuro era uma expectativa pelo direito. Em dezembro de 1948, chegaria a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. No *Preâmbulo* dessa *Declaração*, quase como se quisesse chamar a atenção universal de todos os Estados, quase como se quisesse alertar esses Estados contra si mesmos, dizia-se: *é indispensável que os direitos humanos sejam protegidos por normas jurídicas, se se quiser evitar que o homem seja forçado a recorrer, como última instância, à rebelião contra a tirania e a opressão.*

Essa formulação deixa claro que a questão do presente e a possibilidade de construir futuros diferentes dependiam do direito, da estrutura da conceitualidade jurídica, da forma de seu exercício e da construção jurídica de espaços reais para a ação da política e para a ação dos indivíduos ou de suas organizações. Não se pode esquecer, de fato, que os direitos humanos, que já haviam sido declarados diversas vezes, puderam coexistir com séculos de escravidão e com o terror dos regimes modernos. Apenas o direito positivo podia determinar os espaços para seu reconhecimento, os âmbitos de seu exercício, os limites de sua violação. Assim como apenas o direito positivo podia sufocar esses espaços se a intervenção política legítima impusesse sua redução. A história era o lugar da materialização do direito como limite, como obstáculo: ou seja, como um universo capaz de civilizar a política, a força, a violência. Se olhasse para o futuro, essa história se condensaria no direito.

Os direitos humanos, apesar de sua forma universal, adquirem sentido apenas por meio do direito que é limite, é determinação, é a modalidade histórica contingente de sua concretização. A Declaração de 1948, na realidade, expressava exatamente essa consciência. Ela expressava o terror da obsolescência dos catálogos e das declarações, o terror de sua destruição, de seu apagamento jurídico, e formulava a expectativa na função civilizatória do direito, ou seja, a expectativa na função histórica do direito. O direito é o limite que determina, que separa, que faz a diferença e, portanto, é o limite que permite construir a realidade. Essa realidade é a materialização do sentido, o conteúdo material que preenche o vazio semântico da universalidade e dá o rosto real a uma realidade que em si seria sem rosto.

O *Preâmbulo* da *Declaração* afirma que a tirania e a opressão, que são características da política, podem ser domesticadas, interrompidas e controladas apenas pelo direito. E se o direito se torna o direito da tirania e da opressão, então a rebelião se torna legítima. Nesse *Preâmbulo*, há um grande elogio ao direito. Trata-se do direito da sociedade, o direito de uma sociedade que, por meio do direito, se imuniza não apenas de si mesma, mas também da memória de um passado que continua presente e opera como uma latência estrutural do seu presente. Não se pode esquecer que o presente é sempre também a história de si mesmo e que essa história atua como memória, como autoidentificação⁸. E é precisamente em relação

⁸ R. De Giorgi, *O direito na modernidade*. Futuro, risco e democracia, Vol. I, curadoria de L. Gontijo, A. E. Perez, É. Zanardi, Dialética editora, São Paulo 2024

a essa autoidentificação que o *elogio do direito* deveria fornecer o motivo da diferença.

Nas páginas de Werner Jaeger, que nos serviram de inspiração, o *elogio do direito* é o elogio a uma grande civilização, a maior civilização do passado, a civilização grega, que se reconhece em sua ideia de direito e de justiça. Essa ideia se manifesta ao longo dos séculos de maneiras diferentes, mas com uma certeza que permanece inalterada. A posição do indivíduo no universo é determinada pela regularidade e pela ordem jurídica. O direito é costume, é apropriação, é dom divino, é nome de divindade, é virtude, é limite, é o nome da ordem do tempo, da natureza, das expectativas. No escudo de *Aquiles*, a cidade em paz é representada por um processo jurídico. *Ulisses*, ao chegar náufrago à praia dos *Feácios*, questiona: "Ai de mim! À terra de que homens cheguei? Homens violentos, selvagens, sem justiça (*oudè dikaioi*), ou hospitaleiros e temerosos dos deuses?"

A diferença entre barbárie e civilização é constituída pelo direito: a diferença está na forma como se trata o *outro*, o desconhecido. Isso significa reconhecer-lhe o direito de ser um cidadão e acolhê-lo segundo as normas da civilidade sedimentadas no direito ao reconhecimento. O *outro* tem o rosto do direito e se reconhece no seu direito. Para *Hesíodo*, os deuses possuem nomes ligados à justiça. A transformação que leva do primitivo ordenamento feudal às grandes conquistas do século V ocorre sob o signo das representações da justiça, do direito, da igualdade: *dike*, *nomos*, *isonomia*. Este último termo, *isonomia*, igualdade, era usado no lugar do termo mais tardio, *demokratia*. Nos conceitos em que os gregos formulam a ideia de direito, vê-se reproduzida a natureza da realidade: para *Anaximandro*, *dike*, a justiça, é a ordem da natureza que organiza o universo e o redime do caos. *Heráclito* afirma que, para defender e manter suas leis, um povo deve lutar como para defender os muros da cidade. A tragédia de *Antígona* é, em todos os sentidos e em qualquer interpretação, uma tragédia do direito. Mesmo com os sofistas rompendo a antiga unidade da ordem e concebendo o direito como artificialidade, isso não exclui que a racionalidade da ordem seja o fundamento da ação social. Assim, *Platão* situará no interior do homem a ideia de justiça como harmonia dos elementos e tratará a justiça social como uma forma secundária da qualidade interior do homem.

Werner Jaeger conclui seu *elogio do direito* com certa amargura. Ele percebe que, com o helenismo, desintegra-se o que ele chama de base ontológica do direito, ou seja, a referência do direito ao *ser*. Ele escreve que se perde para sempre o vínculo com a unidade objetiva do mundo como *kosmos*, como ordem permanente das coisas. O pensamento jurídico moderno, conclui ele, *em parte seguiu o caminho dos clássicos, mas em parte enfrentou a progressiva dissolução dos fundamentos dessa tradição. Uma compreensão do conceito grego de lei e de sua conexão com a ordem cósmica, tal como os gregos a concebiam, deve marcar o ponto de partida de qualquer reflexão sobre a natureza do direito e sua posição em nosso mundo filosófico.*

2. O Direito dos Modernos

O direito da sociedade moderna possui características distintas: sua ordem não é a ordem permanente das coisas, não é a ordem das *Erínias*, as ministras da justiça descritas por *Heráclito*, que, se o sol abandonasse seu curso, saberiam como trazê-lo de volta. Da mesma forma, não é a ordem concreta imposta pela brutal repressão dos regimes. A ordem do direito na sociedade moderna é a ordem das ações de indivíduos tratados como livres, pressupostos como iguais e diferenciados como particulares, aos quais pode ser imputado, isto é, atribuído o seu agir. É uma ordem de diferenças que encontram convergência no limite que o direito impõe ao espaço do agir e que controla por meio de seu código. É uma ordem que emerge da possibilidade de qualificar tudo o que ocorre como conforme ou não conforme ao direito. O *elogio do direito* é o elogio dessa ordem, que deixa abertos à complexidade os espaços imprevisíveis do agir. É o *elogio* da forma da seletividade do direito, de seu fechamento e de sua resistência ao ambiente. Esse direito da sociedade moderna não é mais um elemento da cadeia do ser, não é um dom dos deuses: seu elogio não está relacionado à conexão ontológica de seus conceitos com a ordem do mundo ou da natureza, mas sim à artificialidade da ordem que emerge da racionalidade do sistema jurídico, da organização conceitual de sua semântica, ou seja, dos conceitos por meio dos quais o direito constrói o mundo. Esse sistema torna possível a comunicação social ao qualificar o mundo, atribuir-lhe sentidos, dar-lhe uma ordem contingente e adaptar essa ordem à complexidade do ambiente por meio do ajuste recursivo do sistema a si mesmo.

Libertar o direito de seus vínculos ontológicos tornou possível libertar a sociedade da estratificação, das diferenças naturais que a haviam aprisionado por séculos. Isso significou liberar a sociedade de vínculos naturais e torná-la aberta ao futuro, às expectativas e à ordem artificial de uma construção exposta à racionalidade de razões que não são mais naturais, mas contingentes e, portanto, abertas. Tudo isso foi possível graças à interpretação racional de conceitos jurídicos aplicados a outros conceitos jurídicos, por meio da sistematização de soluções para problemas sociais que, de tempos em tempos, se mostravam aceitáveis pela sua abertura à inclusão de condições antes imprevisíveis. Libertar o direito dos vínculos da natureza permitiu à evolução da sociedade transformar o direito em um sistema social universal de imunização contra si mesma.

Libertar o direito da natureza também permitiu a emancipação da conceitualidade jurídica das sublimações substanciais que o poder inventava para legitimar a materialidade de inimigos criados por ontologias inexistentes e construções artificiais. Os regimes fundamentavam sua legitimidade nesses processos de reificação de sentidos sem referência. Esses processos transformavam construções jurídicas ou fantasmas políticos em materialidades legitimadas por ontologias perversas, cujo ser carecia de qualquer referência. O direito da raça é um exemplo, que, em sua trágica realidade, ocultava a mais absoluta exclusão de qualquer referência à natureza biológica. Ainda assim, sobre esse conceito, transformado em ontologia, foram construídas políticas do direito que geraram devastação e destruição. De maneira semelhante, a ontologia da natureza servia para materializar uma ficção ao reificar um conceito sem referência e, portanto, sem sentido.

Essas considerações nos permitem reiterar que, ao contrário do que muitos juristas escreveram, a ideologia jurídica dos juízes do nazismo era marcada por um repúdio a qualquer teoria positivista do direito. Essa ideologia estava impregnada de um pensamento miserável de cunho jusnaturalista: a cegueira desses juízes era condicionada por ideias relativas à natureza, à diferença natural e à degeneração da natureza. O que resta do pensamento grego no elogio do direito é sua função civilizadora: a unificação do agir e a inclusão da ordem do agir na forma de sua atribuição de sentido à natureza. Para nós, isso significa que a ordem do direito

constrói uma ordem artificial que inclui a natureza como uma construção social. No sentido de que o direito constrói a ordem internamente e, assim, pode ajustar sua complexidade à do ambiente, resistindo às ameaças que o ambiente impõe à sociedade. A justiça do direito é a capacidade do sistema de adaptar-se à complexidade ameaçadora do ambiente, ao qual o direito atribui sentido, porque o direito é o esquema universal de atribuição de sentido jurídico a tudo o que ocorre, incluindo o que se continua a tratar como natureza ou realidade.

A sociedade moderna não pode mais pressupor uma ordem externa distinta da ordem que ela mesma constrói internamente. Seja a ordem da ciência, da religião, da economia, da moral ou dos afetos e paixões: a ordem desses âmbitos não possui nada de natural e, exatamente por isso, se expõe ao direito, a partir do qual obtém consistência na construção do sentido que a ele pode ser atribuído. O mundo do direito, então, é o mundo que emerge da seletividade de sua estrutura.

Esta seletividade encontra o lugar de sua contínua ativação e reprodução na jurisdição. O trabalho jurisdicional ocupa o centro do sistema⁹. A jurisdição não é uma atividade de mera aplicação do direito, como frequentemente se afirma. Tampouco se limita apenas à interpretação do direito. Embora também envolva essas funções, a jurisdição é, na verdade, construção do direito; é a ativação do sistema na forma de sua seletividade, como mencionado, sendo o que o direito realmente é: qualificação de sentido, atribuição de sentido, imputação de eventos como ações. Nesta qualificação de sentido, torna-se evidente a diferença entre o direito *da política*, o direito *da economia* e o direito *do direito*. De fato, a política produz direito como resultado de decisões que derivam de programas políticos, adquirindo a forma de premissas decisórias, como condensação de expectativas políticas e como consequência previsível dessas expectativas. A jurisdição, por sua vez, produz direito como resultado da imprevisibilidade, como um resultado não programável da atividade decisória. As decisões políticas já estão decididas na construção política da realidade da qual emergem os próprios temas da política. Por outro lado, a atividade jurisdicional surge da imprevisibilidade do caso concreto e está vinculada apenas à fundamentação jurídica da decisão. É claro que também se

⁹ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993: Cap. 7: *Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem*, p. 297-337 (trad. sp. *El derecho de la sociedad*, Herder editorial-Universidad Iberoamericana, Barcelona – Ciudad de México 2005)

pode afirmar que a decisão judicial já está de certo modo decidida, pois suas premissas podem ser buscadas nas convicções, nos comportamentos, nos pressupostos morais, políticos ou ideológicos de quem decide. No entanto, todo esse mundo interior deve ser ocultado, não pode emergir na decisão. Ele deve ser filtrado pela cultura jurídica, ou seja, por aquele patrimônio de sentido no qual se produz a atividade jurisdicional e que tem sua história individual e compartilhada na formação do jurista. O vínculo com a motivação e a possibilidade de revisão da decisão abrem espaço para uma imprevisibilidade congruente, estável e aberta do direito como resultado de si mesmo, ou seja, de sua capacidade de ser decidido simultaneamente em diferentes pontos do sistema.

Dessa forma, podemos afirmar, utilizando uma antiga fórmula de Luhmann, que se coloca em operação a capacidade do sistema jurídico de compreender e reduzir a complexidade, devolvendo à sociedade a justiça na forma de congruência entre a complexidade do ambiente e a do sistema. Além disso, manifesta-se especialmente a capacidade de imunização do sistema, ou seja, o poder do direito de conter o ambiente, suas ameaças e pressões. Na jurisdição, revela-se a força conceitual que constitui o sistema imunológico do direito, sua capacidade de resistência: o direito imuniza a sociedade contra si mesma, mas, para realizar essa função, precisa ser capaz de imunizar-se contra o ambiente, mantendo um nível elevado de indiferença e fechamento. Por isso, a estrutura do sistema consiste na contínua redefinição de seus limites, e essa capacidade de redefinição, por sua vez, depende da congruência semântica de seus conceitos.

No ambiente do direito, a ameaça imediata provém da contínua intervenção do sistema político. Este, de fato, busca colonizar o direito como uma arma em sua disputa. A política tende a se reapropriar continuamente do direito para controlá-lo e, assim, prevenir a imprevisibilidade da atuação jurisdicional, ou seja, neutralizar as consequências da diferenciação entre direito e política. Essa diferenciação é tipicamente moderna e representa uma grande conquista evolutiva da modernidade, permitindo a afirmação daquela circularidade paradoxal que chamamos de democracia. Democracia consiste no fato de que o poder encontra sua legitimação no direito que ele próprio produz e ao qual se submete.

A partir da segunda metade do século XVIII, a unidade originária da diferença entre política e direito sedimentou-se como um programa nas constituições. As

constituições delimitam os espaços de compatibilidade da política com seu ambiente, especialmente a economia, determinando os limites da diferença entre política e direito e a forma de sua conexão. Por essa razão, a política redefine continuamente sua compatibilidade com o ambiente ao estabelecer novas constituições.

3. As Constituições

O sistema político necessita auto identificar-se, determinar-se, atribuir a si mesmo uma posição por meio de uma vontade constituinte que reformula a compatibilidade do sistema político da sociedade com seu ambiente. Essa compatibilidade se estrutura através de um complexo normativo reconhecível, que delimita os espaços de inclusão de todos os indivíduos nos diferentes sistemas. Essa delimitação se realiza com as constituições, ou seja, por meio da definição de limites. Nesse sentido, as constituições são complexos de negações, de negações de negações, de proibições por meio das quais se controla a contingência das pressões político-patrimoniais-financeiras, a complexidade das expectativas de inclusão e se torna acessível às decisões políticas e jurídicas a complexidade social de uma sociedade na qual o sistema econômico continua ocupando o centro.

As constituições não são conjuntos de normas superiores que regulam o comportamento; elas são dispositivos de regulação das relações entre o sistema político e seu ambiente interno na sociedade. Tanto nas antigas sociedades mediterrâneas, como dizia Luhmann, quanto na moderna sociedade burguesa, o sistema político responde às transformações evolutivas, especialmente da economia, com constituições, por meio da produção de contextos de sentido jurídico-político que transformam a complexidade social em possibilidades de decisões políticas e jurídicas.

A forma das constituições modernas evolui em direção à aquisição de conexões de sentido universais que evocam o teor das formulações iluministas e as expectativas de universalidade a elas associadas. Esse percurso evolutivo, na verdade, está relacionado à transformação da diferenciação social que, em consequência da especificação funcional, exige a inclusão universal de todos nos

sistemas sociais individuais. A inclusão, naturalmente, não garante nada além da substituição das antigas formas de seletividade social por novas formas específicas de cada sistema social. A conexão entre diferenciação e a forma constitucional da compatibilidade do sistema político com o direito e com a economia torna necessária a aquisição de um nível cada vez mais alto de abstração da semântica constitucional, porque a indiferença da política em relação às ações individuais e às consequências da seletividade dos sistemas sociais individuais também deve ser cada vez maior.

Isso significa que, quanto mais elevado é o grau de configuração iluminista da semântica conceitual das constituições, mais seu vínculo com a diferenciação abre espaço para a legitimação de práticas político-jurídicas de natureza contra-iluminista. E, como o conteúdo das constituições reside no que elas pretendem excluir, e não no que incluem, o espaço de compatibilidade do sistema político pode ser expandido em função das contingências e da percepção política dessas contingências. Porém, esse espaço pode ser também progressivamente mais restringido.

Por isso, o Estado constitucional moderno alcançou um alto nível de abstração e, conseqüentemente, de compatibilidade jurídico-política com o que Marx, há quase dois séculos, chamou de condições materiais da existência ou relações econômico-sociais. Em outras palavras, com a forma da seletividade do sistema econômico e com sua capacidade de resistir aos limites internos de seu ambiente, que é o ponto no qual esse sistema mantém tanto o direito quanto a política à distância. É justamente ao longo desses limites que se realiza a convergência das operações de negação que constituem o conteúdo de sentido das constituições.

A evolução das constituições para níveis cada vez mais elevados de inclusão, ou seja, de abstração universalizante, torna mais flexível a compatibilidade entre os sistemas em suas fronteiras, reduz as resistências e oculta a latência funcional que caracteriza, de maneira específica, sociedades como as latino-americanas.

É precisamente essa flexibilidade que devemos examinar, pois ela nos permite observar como o sistema político expande sua compatibilidade por meio da erosão das constituições que ele próprio estabelece.

4. *Erosão das Constituições e o Contra Iluminismo Neopopulista*¹⁰

As últimas constituições promulgadas nos países latino-americanos, desde o início do século passado até as mais recentes dos anos próximos a nós, estão impregnadas de grandes ressonâncias iluministas. Isso, naturalmente, não é por acaso: assim como para Kant o Iluminismo significava saída¹¹, êxodo, também para esses países suas constituições representavam uma saída, um acesso à maturidade da razão democrática, uma abertura para um futuro que, de alguma forma, precisava começar.

Com o último decênio do século passado, fecha-se o ambiente político da civilização ocidental que, após as trágicas experiências da primeira metade do século, recorreu a projetos jusnaturalistas condensados nas novas constituições, nas *Declarações Universais de Direitos* e na reconstrução de grandes organismos universais de paz e solidariedade. Todas as grandes constituições europeias do final dos anos 1940 têm uma inspiração marcadamente jusnaturalista e uma abertura significativa aos direitos sociais e, de forma mais seletiva, aos direitos civis.

Na segunda metade do século passado, o mundo ainda era facilmente compreensível. Havia o Ocidente e havia o Oriente. Até as ditaduras daquele período eram facilmente identificáveis: havia as impostas pelo Ocidente e as impostas pelo Oriente. Com o final dos anos 1980, essa distinção tornou-se inoperante. Um novo mundo precisava acomodar outros mundos que haviam sido excluídos. Continentes inteiros foram relegados à margem. Agora, o mundo estava simultaneamente presente e opaco. Assim como o Iluminismo havia inventado a humanidade, a tolerância, a liberdade de pensamento, o futuro e a universalidade da razão¹², os regimes destruíram militarmente essas conquistas. No entanto, ao final do século, a política passou a focar nas diferenças: o que separa Estados, territórios e indivíduos. Trata-se de uma política de identidades, ou seja, de diferenças — e, portanto, do medo das diferenças. É uma política que percebe as diferenças como ameaça porque teme o presente, já que não consegue representá-lo como realmente é. Assim,

¹⁰ Apresentei esses argumentos em uma conferência realizada recentemente na Universidade Federal do Rio de Janeiro, durante o Congresso de celebração dos duzentos anos da Constituição do Brasil de 1824.

¹¹ I. Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, <Berlinische Monatsschrift>, vol. IV, dic. 1784, p. 481 e ss.

¹² Basta conferir: E. Cassirer, *Die Philosophie der Aufklärung*, J. C. B. Mohr, Tübingen 1932

desloca para o mundo o medo do presente e o mantém à distância como medo do próprio mundo. Inicia-se um período de governo pelo medo, como escreveu Simon¹³ há alguns anos. Desprovida de representações plausíveis do presente, a política universaliza o medo, encerrando-se nessa disseminação. Para isso, recorre a antigas estabilidades que ofereciam garantias devido ao seu caráter de substância, imutabilidade e certeza. Seria interessante compreender por que essa postura infectou a política de maneira quase planetária.

A política volta a ser política de identidades. Identidades individuais, étnicas, territoriais, culturais e religiosas dominam a semântica onde a política busca temas capazes de produzir consenso em um mundo ameaçado por sua complexidade inatingível. Uma dessas identidades é o conceito de "povo". Uma construção jurídica que é materializada, transformada em entidade metafísica e convertida em sujeito de uma autorreferência absoluta.

No conceito de povo, a política encontra um referencial que lhe permite construir consenso, controlar a complexidade e bloqueá-la, redefinindo a semântica das expectativas que antes a tornavam acessível, mas que agora ameaçam a identidade imutável do povo.

Povo: um conceito que possibilita a reutilização dos escombros do arsenal do contra iluminismo em sua guerra eterna contra qualquer "saída" — para usar o termo de Kant —, contra qualquer experiência de emancipação, contra qualquer tentativa de acessar a complexidade da sociedade moderna e de manter o futuro aberto a todas as possibilidades.

Povo: uma identidade sem rosto, uma substância sem referência, um conceito semanticamente vazio reutilizado por sistemas políticos como uma sublimação de sua incapacidade de representar a complexidade da sociedade contemporânea. Em torno desse conceito, sedimentam-se sacralizações populistas de direita e sacralizações populistas de esquerda, que, na realidade, convergem, pois ambas são estratégias para limitar as imprevisibilidades de um presente cuja complexidade é inalcançável.

¹³ J. Simon, *Governing through Crime*, Routledge, London 1997 (ed. it. con intr. note di A. De Giorgi, // *governo della paura*, Raffaello Cortina editore, Milano 2008)

No discurso político, dissemina-se uma semântica composta por fragmentos rudimentares do passado, utilizada para criar ameaças, inimigos e perigos a serem combatidos. A política volta a se apresentar como guerra, e essa é uma guerra que utiliza o direito como sua principal arma. O espaço do direito precisa ser reocupado para prevenir a imprevisibilidade de sua atividade jurisdicional. Seus conceitos devem ser impregnados novamente com conteúdos semânticos recuperados da pré-história da modernidade, que se pensava estivessem relegados aos museus de horrores do século passado. A mística do povo evoca ordem, segurança, proteção, fronteira, nação. Reaparece a ideia de ordem concreta do nazismo, a ideia de unidade do povo na representação política de sua identidade, personificada na figura do líder.

Nessas condições de reformulação da semântica política, delineia-se um processo contínuo de erosão dos elementos iluministas sedimentados nas constituições mais recentes. Revela-se quão opaca é, na verdade, a aparente transparência do texto constitucional. Na sua vulgaridade, o neopopulismo corrói a camada iluminista do texto constitucional e expõe ao desprezo e à zombaria o núcleo místico da conceitualidade de origem iluminista.

Os últimos dez anos de experiência constitucional permitem tirar algumas conclusões interessantes. Por exemplo, pode-se perceber quão fictícia é a distinção feita por constitucionalistas entre constituição formal e constituição material, quão distante da plausibilidade é a ideia de diferença entre Estado e sociedade, e quão metafísica é a noção de uma constituição entendida como forma de estabilidade da ordem estatal.

Nesses anos, ficou evidente a quão frágil, incerta e instável é a compatibilidade do sistema político com o sistema jurídico, de um lado, e com o sistema econômico, de outro. Em particular, evidenciou-se o alto grau de abstração reflexiva da constituição. A política se dota de uma constituição não apenas ao construir sua autoidentificação em um ato constituinte, mas também ao permitir que, por meio da contínua erosão do ato constituinte originário, emergja a dualidade implícita da conceitualidade constitucional e que justamente a parte que o espírito democrático da constituição buscava controlar seja sublimada. As garantias constitucionais podem ser interpretadas como proteção universal ou como proteção de apenas uma parte. Inventando-se o inimigo, elas passam a proteger um fantasma

inexistente — o povo — contra outro fantasma inexistente — o inimigo inventado. A reflexão da constituição sobre si mesma revela a unidade da diferença entre as duas partes da duplicidade que constitui os conceitos constitucionais: partes que se opõem, negam-se mutuamente e condensam a convergência das operações de negação que caracterizam a constituição. Dessa forma, expõem o direito ao jugo da política, que, por sua vez, se submete ao jugo da economia. E assim, sob o peso desse jugo, a constituição sucumbe, submersa pelos escombros de suas interpretações.

5. Jurisdição

O processo de contínua erosão da constituição opera apesar do pleno funcionamento de todas as formas de controle de constitucionalidade. Trata-se de um processo normal de desgaste da semântica dos conceitos constitucionais, realizado por meio do contínuo deslocamento da intervenção político-legislativa para o campo da redefinição dos limites implícitos nas negações que constituem as constituições. A duplicidade e a estrutura ambivalente dos princípios e garantias facilmente escapam à possibilidade de declaração de violação constitucional. Por outro lado, a outra face da duplicidade é sempre respeitada pela extensão populista da afirmação das garantias. A defesa populista da família e da procriação na Itália destruiu qualquer possibilidade de reconhecimento de formas de procriação fora do modelo tradicional de família. A defesa das fronteiras legitimou a deportação de imigrantes. O sistema de nomeações nos órgãos televisivos restringiu o acesso do público às informações de governo. Práticas de discriminação e violência policial contra menores são tratadas como meros fatos de crônica. Embora em outros países isso já fosse prática constante, na Itália, até algumas décadas atrás, essas ações não encontravam espaço para exercício.

E então: se a um navio de uma organização humanitária que resgatou migrantes é impedido atracar em um porto sob o pretexto de aplicar uma política de defesa das fronteiras nacionais, a constituição não pode impedir a ativação dessa política. Apenas se produz um deslocamento do problema, que se transforma em uma discussão sobre a natureza da defesa das fronteiras, ou seja, um tema político que escapa ao filtro jurisdicional, a menos que se neguem os limites impostos pelas

proibições constitucionais. Mas esse deslocamento do problema já tem uma função corrosiva. Permanecem os organismos supranacionais e as jurisdições internacionais, mas a eficácia de suas decisões é amplamente reduzida a um nível de compartilhada falta de consideração.

A erosão da constituição atua diretamente sobre a jurisdição. Não me refiro apenas à situação explosiva que, em alguns países da América Latina, é conhecida como *estado de coisas inconstitucional*.¹⁴

Refiro-me à sutil intervenção na linguagem do direito, produzida por uma legislação que os populismos colocam no limite da tolerância semântica da tradição do pensamento jurídico. Nos últimos trinta anos, a política transferiu para a atividade jurisdicional o peso de resolver conflitos que a linguagem legislativa política deixava indeterminados, impondo à jurisdição a função exclusivamente política de construir caminhos de solução. Questões de trabalho, meio ambiente e saúde foram enfrentadas por um ativismo judicial que desempenhou um papel suplementar à inércia calculada da política ou à sua efetiva incapacidade de intervir nos conflitos que ela mesma havia gerado. Agora, no entanto, a jurisdição opera em um ambiente conceitual que não pode mais se referir às práticas interpretativas constitucionais. Essas práticas eram sustentadas pelas proibições constitucionais, que, por sua vez, contavam com o apoio de opiniões públicas, movimentos políticos e representações de uma semântica social aberta, disposta a superar experiências passadas consideradas trágicas. Esse apoio emergia de uma representação da função do Estado como garantidor da acessibilidade universal aos bens sociais. Agora, a jurisdição é confiada a si mesma. Nos Estados Unidos, a tentativa real de um golpe de Estado foi plenamente absorvida no espaço constitucional. A deportação tornou-se uma prática amplamente difundida. A destruição da saúde como função pública é uma realidade quase universal. O analfabetismo coexiste com a promoção constitucional dos mais altos níveis de desenvolvimento cultural. As armas da política são as mesmas usadas pela política das armas.

A colonização política do agir jurisdicional é praticada pela erosão populista da conceitualidade do direito, pela contínua refundação populista das constituições,

¹⁴ R. De Giorgi – D. de Paiva Vasconcellos, *Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa*, Revista <Direito & Práxis>, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 01, 2018, p. 480-503.

pelo descrédito da decisão judicial que impõe obstáculos de conformidade constitucional às políticas do governo do medo, pela construção de figuras jurídicas que, com o objetivo declarado de prevenir riscos, reduzem os espaços de ação anteriormente considerados lícitos. Mas essa colonização atinge seu nível mais preocupante no estigma do controle popular sobre aqueles que compõem o poder judiciário.

O juiz não deve mais ser a *boca que pronuncia as palavras da lei*, como pretendia o velho Montesquieu. A imprevisibilidade dessa pronúncia deve ser interrompida. Em 1933, Carl Schmitt escreveu um panfleto para legitimar a *Ermächtigungsgesetz*, a *lei dos plenos poderes*.¹⁵ Ele afirmava que nunca a questão “*quis judicabit?*” teve um significado tão decisivo quanto agora. Sempre foram formuladas exigências quanto à “personalidade criativa” do juiz. Mas a palavra “personalidade”, ele escrevia, *era usada no sentido do individualismo liberal, não no sentido do povo concreto alemão*. Agora, o que deve ser assegurado, o que deve ser determinado, é a verdadeira substância da personalidade, que consiste *no vínculo com o povo e na igualdade de natureza, na identidade de espécie que liga ao povo todo homem a quem é confiada a representação, a interpretação e a aplicação do direito*. Para Carl Schmitt, o vínculo da jurisdição ao conceito messiânico de povo não era uma questão política, mas uma questão de teoria do conhecimento. Peço que escutem sua argumentação. Ele escreve: *Todo direito é direito de um povo. É uma verdade da teoria do conhecimento que somente quem é parte da comunidade que produz o direito e pertence a ela em sua existência pode ver corretamente os fatos, ouvir corretamente as expressões, compreender corretamente as palavras e avaliar corretamente as impressões dos homens e das coisas*.

Kelsen dedicaria sua vida a demonstrar o absurdo dessas afirmações. A história levaria apenas algumas décadas para abrir o abismo ao qual esses absurdos conduziriam o povo e seu direito.

¹⁵ *Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1933

Continuamos a escrever nosso elogio do direito, que é o elogio da certeza de um direito que se expõe à interpretação, de uma interpretação que se expõe à sua revisão, e, ainda, de uma revisão que se expõe a outra revisão. O elogio do direito de uma jurisprudência capaz de se imunizar contra a política e suas mitologias condensadas em normas. O elogio do direito de uma jurisdição capaz de observar a circularidade da estrutura de sua racionalidade e de reabrir continuamente os espaços das proibições que constituem as constituições. O elogio do direito de uma jurisdição que sabe ser resultado de si mesma e de construir realidades através da construção jurídica de sentido; de uma jurisdição responsável pelo mundo que constrói, porque ela mesma faz parte desse mundo e dos espaços de ação que contribui para abrir com cada uma de suas decisões.

Nosso elogio do direito é o elogio de uma construção de sentido do mundo que pode imunizar contra a contingência mitológica de uma política do destino e do medo; de uma construção de sentido que, através das proibições fixadas nos programas das constituições, permite manter o direito à distância da política e assegura a única segurança que nos é dada: a certeza da liberdade conforme à lei, conforme a uma lei que deve ser interpretada por intérpretes que sabem estar expostos a outros intérpretes.

Vos agradeço pela gentileza da atenção.