

Constituição Como Gramática de Conflitos Sociais*

Günter Frankenberg

*Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito da
Universidade de Frankfurt, Alemanha.*

DOI: 10.11117/22361766.14.01.05

SUMÁRIO: I – O si mesmo, a vontade & o fardo; II – Sobre a gramática constitucional; III – Constituição como âmbito para a integração social através de conflito; IV – Sobre uma teoria de conflitos integrativos e desintegrativos; V – O terrorismo e a gramática da liberdade e da segurança.

I – O SI MESMO, A VONTADE & O FARDO

Jamais houve tanto “si mesmo” quanto na modernidade. Sob o signo da autonomia, foi dada, aos homens modernos, a tarefa de afirmar a *si mesmos* no mundo, isto é, de determinar seus destinos e sua história. Sob o signo da democracia, sociedades modernas necessitam organizar e governar a *si mesmas*. O Direito moderno pode se fundamentar a partir de *si mesmo*. Ou seja: sem recorrer a um Direito mais elevado em virtude de religião, natureza ou tradição.

Como se dá? Um feixe de idéias e eventos concatenados, sobretudo o iluminismo filosófico, as grandes revoluções democráticas e as guerras de independência, bem como a secularização, prepararam, para o homem moderno, para a sociedade moderna – ou simplesmente: para a modernidade –, o caminho para assentar a si, suas vidas e seu futuro em um plano de salvação, para assegurar a si mesmos recorrendo a certezas religiosas ou tradicionais. Todos estamos, queiramos ou não queiramos, ancorados no *aquém*.

É óbvio que se libertar de poderes do além, metafísicos, transcendentais, provoca efeitos e reações altamente ambivalentes: por um lado, a *vontade* de autodeterminação; por outro, o fardo da auto-afirmação. A *vontade* se mostra de forma especialmente clara e desenfreada no momento da libertação, emancipação revolta e revolução. Ela também tem a palavra nos atos constituintes da Carta Magna: “*We the people*” são os termos deno-

* Tradução do original alemão de Tito Lívio Cruz Romão (cruzromão@terra.com.br).

tadores de consciência de si, encontrados na Constituição dos Estados Unidos. Ou ainda: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte [...] promulgamos [...] a seguinte Constituição”; ou: “[...] o povo alemão [...] em virtude do seu poder constituinte [...] adotou esta Lei Fundamental”: são palavras proclamadas *euforicamente* nos preâmbulos das duas Constituições.

Tal qual uma sombra, a *euforia inicial* vem acompanhada daquele *fardo*, a emancipação e a perda (também ali presente) do antigo mundo, da tradição e religião – em poucas palavras: as *perdas das certezas* – revelam-se uma *impertinência*. Mais precisamente: como *impertinência ativista*: *Do it yourself!* – eis o lema moderno. Exige-se de nós que organizemos, nós mesmos, nosso mundo das diferenças e dissonâncias e regulemos, nós mesmos, as contínuas *controvérsias*. Um primeiro passo na tentativa de corresponder a essa impertinência, por sua vez, faz com que as sociedades se dêem uma Constituição. E aí, nos preâmbulos, a incerteza – ao lado da euforia – também tem a palavra: as elites constitucionais evocam – por um lado, visando a corroborar sua coragem para uma *creatio ex nihilo*, por outro lado, assustadas com o abismo de *sociedades de conflito* – o auxílio de poderes mais elevados, geralmente divinos: a Santíssima Trindade (na Constituição irlandesa), a Divina Providência (na Declaração de Independência dos Estados Unidos), a “proteção de Deus” na Constituição brasileira de 1988.

Com um tom mais atenuado, os autores da declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão declaram-se “*na presença e sob os auspícios do Ser Supremo*”. Às vezes, os autores de preâmbulos constitucionais procedem de forma ainda mais indireta e recorrem à *linguagem* religiosa – “*We [...] do ordain [...] this Constitution*” – para sacralizar o ato secular mais supremo da promulgação da Constituição.

Uma forma transcendente semelhante também pode ser averiguada nas constituições socialistas, que são – do ponto de vista teórico – especialmente seculares, embora aqui a força legitimadora da *tradição* ou da *história* seja invocada de modo um tanto mais discreto.

Por que tanto *medo e insegurança* perante o *si mesmo*? Porque doravante a emancipação, a revolta, a independência perante poderes estrangeiros libera o olhar para a sociedade irremediavelmente *dividida* em contendendas. Nesta, os *conflitos* estão programados para *durarem*. Com celeridade, os constituintes invocam a unidade e a *harmonia* social da sociedade fragmentada (p.ex., a Constituição brasileira de 1988), a *domestic tranquility* após a Guerra Civil (na Constituição estadunidense) ou, de forma relativamente vaga, o *bem-estar* (na *Déclaration* francesa).

Com essas palavras, cheguei à pergunta central de um livro por cuja versão para a língua portuguesa gostaria de apresentar aqui meus agradecimentos: *como se podem constituir juridicamente sociedades conflituosas?*

Essa pergunta já contém a resposta ao *por que* de Constituições e igualmente a condição de sua necessidade: conflitos sociais. Temos, aí, o seguinte resultado: *em primeiro lugar*, uma sociedade que viva em paz consigo mesma não necessita de Constituição. *Em segundo lugar*, quanto mais não resolvidos forem os conflitos e quanto mais agudas as transformações prenes de conflitos em uma sociedade, com maior frequência as frentes de conflitos deverão ser redesenhadas constitucionalmente e as ofertas de solução corrigidas. Um exemplo ilustrativo disso é a instável história constitucional brasileira com sua série de promulgação de novas Cartas Magnas.

II – SOBRE A GRAMÁTICA CONSTITUCIONAL

Em um segundo momento, esta tese deseja explicar que Constituições são textos que não são reunidos de forma qualquer, ou seja, não se trata de acúmulos de textos desordenados; em vez disso, seguem as regras de uma *gramática*, as quais, por seu turno, são devidas a um *arranjo dos conflitos* no seio da sociedade.

O que desempenha, o que “faz”, pois, uma gramática da Constituição?

Os estudantes de Direito normalmente passam por uma introdução que os confunde: a partir do primeiro semestre, são obrigados a aprender uma nova linguagem, um *novo vocabulário*. Uma *língua estrangeira*, como parece. No dicionário do direito não está – ou não parece estar – nada daquilo que ele é no dia-a-dia: já se começa com as normas jurídicas. Elas não são simplesmente normas apenas sociais ou técnicas, mas algo especial: leis, decretos, portarias etc. que surgem em processos especiais e são legitimados de forma especial.

No Direito, acordos tornam-se “contratos”. Injustiças gritantes tornam-se violações dos *direitos humanos*. Atrocidades tornam-se *corpos de delito*.

A primeira tarefa da gramática consiste, portanto, em ela *designar*, *por meio de conceitos jurídicos*, determinados fenômenos e, com isso, *destacar* o vocabulário profissional. Justamente a isso chamamos *juridificação* da linguagem cotidiana.

E o que isso tem a ver com *conflitos*? Seus elementos são traduzidos para o instrumento do Direito. Não basta apenas estabelecer uma pretensão ou apresentar uma violação de interesses. Não é mister exprimi-los na língua, fazendo-os *valer* como *pretensão jurídica* ou *violação de Direito*. Não basta designar como catástrofe o teste de arma atômica ocorrido em um país paupérrimo ou classificar Guantánamo como escândalo. Não, nas declarações oficiais, isso se tornará “violação do Direito Internacional”. Essas traduções fazem a ligação entre o cotidiano e o jurídico. A gramática do Direito tem como alvo a *argumentação jurídica*.

Em segundo lugar, a gramática *ordena* o vocabulário jurídico. Ela *categoriza*. Acontece um *processo de organização* conforme as áreas jurídicas. No primeiro campo, encontramos os direitos (fundamentais) e princípios; no segundo, valores e deveres; no terceiro, regulamentações de cunho organizacional; e, por fim, no quarto campo, as normas que fazem referência à própria Constituição, à sua interpretação, à sua aplicação, à sua modificação e à sua validade. O *sistema organizacional* constitucional tem validade *universal*.

E o que isso tem a ver com conflitos? A Constituição faz reconhecer que controvérsias ela considera *essenciais* e que configurações de conflitos ela regulamenta – Estado/cidadãos, depois também contendas no âmbito do aparelho do Estado ou entre a Federação e cada um dos estados que a compõem. A seguir, concentrar-me-ei nos conflitos entre os cidadãos e o Estado, bem como nos conflitos entre cidadãos.

Mas, antes disso, passemos à terceira tarefa. Ela conduz ao *uso* do Direito ou da Constituição. O Direito constitucional não é, pois, um mero acúmulo de normas; não é uma massa textual desestruturada. Não, a Constituição surge como *unidade sistemática*. Quem estuda Direito constitucional precisa, por esse motivo, *aprender as regras que controlam a aplicação*, a fim de manter a unidade da Constituição.

É verdade que sabemos, pelas observações do dia-a-dia, que aquilo que a Constituição “diz” de modo exato é *sempre indeterminado*, que uma Constituição – como a totalidade do Direito – está sempre marcada por lacunas e contradições. Não obstante, *regras de interpretação* são apresentadas incansavelmente, para determinar o verdadeiro significado de uma norma constitucional em um litígio. É aí – nos *métodos* – que se revela a aplicação da Constituição como *ciência*.

Na realidade, sabemos que *nunca é determinadamente previsível* como um conflito jurídico-constitucional será resolvido, no final, pelas instituições declaradas competentes – Tribunais, Tribunal constitucional, Senado, Câmara Federal ou quaisquer que sejam os órgãos responsáveis. No entanto, as *regras* nos dizem que temos de respeitar o *decorso do processo*. Isso é chamado de esgotamento das vias legais. Outrossim, sempre se precisa fundamentar, *argumentos jurídicos* precisam ser apresentados.

E o que isso tem a ver com *conflitos*? Eles são deslocados: os conflitos étnicos, econômicos, culturais, sociais são *transferidos*, enquanto *conflitos* políticos, para o palco parlamentar e – eis o nosso interesse primeiro aqui – para os *fóruns judiciais* enquanto conflitos *legais*. Ali eles são solucionados *segundo regras*: não se trata de ação popular, mas de ações ou queixas de sujeitos do Direito com capacidade para demandar, que se têm de ater às formas e aos prazos. Dessa forma, conflitos são filtrados, *disciplinados e, de certa maneira, reencenados* juridicamente.

No final, não são as pessoas indignadas, sofredoras, humilhadas, as vítimas e os autores, que falam, mas os *advogados, que dominam a gramática do Direito*.

No final, o Direito não produz nenhum resultado, mas *justifica* um resultado: porque as pessoas afetadas participaram do processo, porque obtiveram assistência jurídica, porque propuseram a ação demasiadamente tarde ou de modo contrário à forma vigente, porque não esgotaram as vias legais, porque a liberdade de expressão não permite ofensas a outrem nem ao Estado, porque liberdade encontra seus limites nos direitos dos outros e nos imperativos da segurança nacional etc. *Justificação* por meio do Direito exprime de forma precisa o paradoxo do Direito moderno e da Constituição moderna: *Direito como Direito por meio do Direito*.

III – CONSTITUIÇÃO COMO ÂMBITO PARA A INTEGRAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DE CONFLITO

Constituições sonham o sonho de um mundo indene. Têm como meta – contra a própria convicção de seus autores – a “harmonia social” (como no Brasil), *tranquility* (Constituição Federal dos Estados Unidos), solidariedade internacional (China), paz, compreensão entre os povos e segurança coletiva (Alemanha). Pode-se chamar a isso idéias reguladoras, utopias, valores centrais, lírica ou ideologia – mas, por trás, sempre se esconde uma teoria de conflitos sociais.

Pode-se discutir se a linguagem das Constituições – pelo menos o seu vocabulário sobre direitos humanos o é – é *universal* ou mais, como uma língua nacional ou um dialeto, *particular e vinculada a contextos*. No tocante às regras e aos princípios da gramática constitucional que estrutura a *imagem de conflitos sociais*, em função de seu caráter abstrato, não se deveria contestar que elas possuem validade *transnacional* ou, mais exatamente: podem mudar contextos sem perdas de significado.

1. Isso pode ser ilustrado pela *dupla função* de constituições, ou melhor: pela dupla tarefa que se lhes coloca e que se encontra registrada no *título* do livro como “autoridade e integração”:

Em *primeiro* lugar, Constituições são consideradas uma autoridade secular que às outras – tais como tradição, religião, igreja, monarquia etc. – reprime e substitui. Constituições respondem à pergunta: *quem deverá decidir por todos de forma vinculatória?* Com sua resposta, as Constituições *autorizam*: elas permitem, emitem licenças, sancionam, regulamentam, proíbem, impõem limites etc. No vocabulário liberal da justificativa, isso quer dizer: Constituições legitimam – tanto o uso de liberdades como também intervenções do Poder Público, a promulgação de leis como também seu exame constitucional, a arrecadação de impostos como também as transfe-

rências constitucionais para estados e municípios. Constantemente, *conflitos de distribuição* são solucionados de maneira autoritativa.

Em *segundo* lugar, Constituições têm a tarefa de *integrar* as “sociedades dos indivíduos”. Por meio da coordenação de ações e conseqüências de ações, do estabelecimento de um marco simbólico de pertença, de ofertas de identidade, as Constituições devem transpor o atomismo social para uma coletividade jurídico-política: “*We the people*”, o povo alemão, o povo brasileiro, a nação francesa etc. Concomitantemente, deve ser construída uma comunidade *pós-tradicional* – afinal de contas, somos modernos. Constituições empreendem essa tarefa por meio:

- da inserção da coletividade em uma *forma estatal* – *democracia, república e Estado de Direito*;
- regulamentação do *status* da *afiliação*: chamado de *nacionalidade* ou *cidadania*;
- do estabelecimento de *valores* supostamente compartilhados pela coletividade, que dão contornos ao *bem-estar*: *justiça social, paz, solidariedade* (cf. art. 3º da Constituição brasileira) ou *proteção de minorias* etc.

2. O fato de Constituições *contarem com conflitos*, ou seja, de terem uma idéia ou teoria de conflitos sociais, também resulta da distinção elementar entre *estado de normal* e *estado de exceção*. Essa diferenciação baseia-se na *pergunta* de Hobbes sobre *segurança e autoridade: quem decide e garante a segurança?*

Primeiramente, sobre o *estado de normalidade*:

Nas relações entre cidadãos e Estado, os cidadãos têm o direito a recurso. Este se manifesta no uso das liberdades, notadamente as liberdades de comunicação, bem como na prevenção de excessos por parte do Estado. *Nas relações dos cidadãos entre si*, colisões entre esferas de direitos fundamentais ocorrem no estado de normalidade. As controvérsias daí resultantes geram intervenções estatais de acordo com as primazias constitucionais da lei, tomando por base as leis no âmbito da *proporcionalidade*. No final, encontra-se, em diversos sistemas jurídicos, a ida a um *tribunal constitucional*. No estado de normalidade, as *controvérsias nas relações Estado-Estado* têm o caráter de *conflitos de competências* – conflitos federais, interorgânicos ou intraorgânicos. Também estes deságuam, eventualmente, em uma conciliação constitucional do conflito (conflito entre órgãos, conflito entre a Federação e os estados, controle normativo etc.).

O *estado de exceção*:

Comumente, designamos os conflitos nas relações entre os cidadãos e o Estado como *resistência, levante, guerra civil ou terrorismo*. Tais conflitos

se encontram fora da ordem jurídica. Ou, mais precisamente: eles excedem os limites do legalmente permitido. Aqui se deve distinguir – de acordo com a intensidade da crise – entre dois modelos de reação totalmente diferentes. Por um lado, valem as *competências normais/autorizações de intervenções* por parte do poder estatal, principalmente o *Direito Penal*. Por outro lado, o poder estatal faz valer *competências de emergência*. Diversas Constituições incorporam um *Direito de emergência do poder estatal* estreitamente delimitado e destinado a situações de catástrofes e crises de efetivos (p.ex., no caso de ataques militares). De certa forma, o *estado de exceção passa por uma juridificação*.

No Direito e no debate jurídico, *especialmente no tocante ao terrorismo e à criminalidade organizada*, viu-se surgir, nos últimos anos, um “Direito de emergência normalizado” como uma espécie de *Constituição secundária*. É assim que, em primeiro lugar, na República Federal da Alemanha se exige ou já se constata empiricamente a necessidade de um *Direito Penal do inimigo* voltado contra terroristas. Em segundo lugar, o Direito Policial evoluiu e uma parte considerável sua acabou dando origem a um Direito Policial Especial que dissolve as estruturas do Estado de Direito e dá prêmios de intervenção ao Executivo. Em terceiro lugar, existe, por fim, um número considerável de vozes que *advogam* pela reinstituição da tortura como *tortura salvadora*, visando à prevenção de perigos. Como cenário, recorre-se, em todos esses casos, à imagem da “bomba fazendo tique-taque”, para se garantirem, ao Executivo, poderes especiais que não disponibilizam Direito e Constituição em si: apenas o autor sabe onde esta bomba se encontra instalada e apenas ele pode desativá-la e salvar um sem-número de vidas humanas. Sem entrar em detalhes sobre a problemática desse cenário, gostaria apenas de destacar que a tendência é se limar a distinção entre estado de normalidade e estado de exceção. A emergência e os poderes de emergência são interpretados no Direito (normal) e, desse modo, normalizados e consolidados. A pergunta clássica sobre *onde se deve situar o estado de exceção* é respondida, *contrariando* Carl Schmitt e Giorgio Agamben, da seguinte forma: nem fora do Direito nem em um estado de suspensão entre Direito e não-Direito, *mas dentro do Direito, só que abaixo do nível da Constituição*.

IV – SOBRE UMA TEORIA DE CONFLITOS INTEGRATIVOS E DESINTEGRATIVOS

Existem, pois, bons motivos para não se fatigar em demasia a distinção entre estado de normalidade e estado de exceção. Ao invés disso, escolho uma outra perspectiva e distinção, para precisar a teoria do conflito embutida nas Constituições. Parto do princípio de que *Constituições estão propensas a cercar conflitos juridicamente*. Isso soa como a *concepção de Carl Schmitt sobre a inimidade cultivada*, mas tem um outro *significado* e uma

outra *direção de ataque*. Trata-se de integração, e não de autoridade e decisão.

O seguinte ponto de vista é fundamentalmente diferente: baseia-se na hipótese de que se deve estabelecer a diferença entre conflitos integrativos e desintegrativos. Assim sendo, da mesma forma como procedo em meu livro, consagro-me à questão formulada por Tocqueville: “Como uma sociedade fragmentada e radicalmente pluralizada consegue manter-se coesa apesar de seus conflitos?”.

Gostaria de defender a seguinte *tese*: no *suportar* e *padeecer conflitos*, que são *conduzidos conforme regras*, forma-se o capital social = capital de integração de “sociedades dos indivíduos” e minorias em si dilaceradas, o qual é imprescindível para a coexistência pacífica em uma sociedade. De forma semelhante, a questão também é colocada por Albert Hirschman (“De quanto senso comum necessita a sociedade?”), que a responde com a distinção entre conflitos divisíveis e indivisíveis. O sociólogo Helmut Dubiel faz uma diferença entre conflitos cultivados e não-cultivados. Outros falam de conflitos civilizados e não-civilizados. A pergunta é sempre a mesma: como os conflitos inevitáveis podem ser reconhecidos em uma sociedade e, ao mesmo tempo, ser limitados em sua dinâmica destrutiva?

Faço referência a essas reflexões e a essa pergunta. Penso que as regras de conflitos ou o caráter divisível/cultivado/civilizado de conflitos podem ser vistas em três dimensões. Mais um desdobramento dessa avaliação: para cada uma dessas dimensões, as Constituições estabelecem diretrizes como ofertas de integração, que passaremos a mostrar abaixo.

(1) *Objeto do conflito*:

O objeto do conflito é aquilo em torno do que existe uma disputa. Deve-se fazer a seguinte distinção: conflitos em que se “jogam *todas as cartas*” e conflitos que permitem acordos, ajustes e soluções de negociações. De maneira típica, os primeiros são vinculados a pretensões *absolutas* de verdade, ortodoxia, identidade e integridade. Toda sociedade conhece essas situações de tudo ou nada. Em geral, elas levam a configurações de conflitos e antagonismos com um potencial de dinâmica desintegrativa. Exemplos típicos:

- *Aborto provocado*: “Minha barriga me pertence” ou *proteção absoluta à vida versus* proteção relativa à vida do nascituro por meio de um regime de indicações ou referente ao primeiro trimestre de gestação;
- *Escola*: evolucionismo (Darwin) ou *criacionismo versus* uma concepção pluralista, na qual todas as concepções têm seu lugar;
- *Religião*: pretensão de uma única *religião libertadora* como representante exclusiva *versus* coexistência pacífica com outras religiões. O termo-chave atual é *fundamentalismo*;

- Política: *exigências* regionais de *autonomia* política ou étnico-cultural com tendência à secessão.

Constituições democráticas admitem *pretensões de absoluteza*, embora não defendam nenhuma verdade como pública ou universalmente vinculatória, optando por dela fazer um assunto privado. Resultado: Os direitos e as liberdades são sempre restritos por meio dos *direitos dos outros* (segundo o modelo liberal de direitos fundamentais!) ou por meio de *pretensões da comunidade* (segundo o modelo social de direitos fundamentais!).

Até direitos fundamentais com excessiva “tendência interna absolutista” – tais como a liberdade de consciência ou a garantia de propriedade – encontram seus limites na Constituição:

- A *garantia de propriedade* é sobreposta pela obrigatoriedade social da propriedade privada.
- A *liberdade de consciência* não significa que decisões de consciência seja um assunto puramente subjetivo. Quem se apóia em sua consciência tem de – visando ao controle judicial – plausibilizar a decisão como “algo sério” e como situação de dilema. Um benefício geral da consciência não é reconhecido.
- O próprio *direito dos pais* não vale como o direito absoluto de se dispor sobre os filhos; na educação, sobrepõe-se a esse direito a função pública de custódia e, na escola, uma pretensão pública de organização.

(2) *Métodos de conflito:*

Os métodos de conflito dizem respeito à maneira como se devem impor as exigências. Deve-se distinguir entre métodos que “jogam *todas as cartas*” e os métodos limitados a exigências civis reconhecedoras dos *direitos iguais dos contraentes*. Ali, onde todos os meios estiverem corretos, não poderão surgir efeitos integrativos. Motivo: quem não estiver pronto para a moderação abandona o nível horizontal da sociedade civil e arvora-se uma *prerrogativa* de dispor, a seu bel-prazer, da integridade física e psíquica do seu oponente. Em relação a isso, Hobbes falava do *ius ad omnia*. Constituições não permitem um “direito a tudo” dessa natureza.

A *violência* contra pessoas e coisas = *criminalidade* não goza de proteção constitucional.

A *obediência civil* é um casal instrutivo especial. Quem pratica a obediência civil não está exercendo um direito nem usufruindo um privilégio, mas protestando, de forma especialmente dramática, por meio da ruptura consciente de normas, e terá de levar *sanções* em consideração, em virtude dessa forma de protesto.

Por conseguinte, a Constituição garante a todos um *igual direito ao conflito*. Consiste na combinação de liberdade e igualdade, que é sobreposta por poderes de intervenção e deveres de proteção:

- No caso de passeatas, não existe uma simetria entre *passeata* a favor e *passeata* contrária. Deve-se cuidar, antes de tudo, de proteger os manifestantes. Aquele que tencionar impedir uma passeata alheia que não vê com bons olhos será considerado, conforme as normas da ordem pública, um perturbador da ordem. Desse modo, pode acontecer que se ofereça proteção a neonazistas, diante de seus críticos, em função do direito de reunião.
- A proibição de violência é imposta de forma relativamente estrita, sobretudo pelo Direito Penal. Não existe violência boa e violência má.
- Ao se fazer uso da liberdade de opinião, deve-se atentar para o fato de que precisa ser mantida, por exemplo, a salvaguarda da honra e da proteção à infância e à adolescência, ou seja, não existe direito de ofensa ou difamação. A liberdade de opinião não pode ter prioridade perante a integridade pessoal. No Direito Constitucional alemão, isso é chamado de *Schmähkritik* (crítica degradante).

(3) *Proporção do conflito*:

A proporção do conflito diz respeito ao conceito que os contraentes fazem entre si. Esse conceito se manifesta implicitamente nos métodos de conflito: a questão que aqui nos interessa é saber se o outro se tornará “inimigo” ou se permanecerá “sob o signo da semelhança” – de acordo com o modelo da *concorrência*, mas não com o modelo da *guerra civil*. Declarações de hostilidade têm um efeito desintegrativo por deixarem o nível horizontal da sociedade civil e conduzirem para a *heterogenização substancial* do outro. Esta gera, quase forçosamente, uma *inferiorização normativa* do outro enquanto subpessoa. O inimigo torna-se “subpessoa” *que não tem participação nenhuma na minha existência*.

O historiador francês Marcel Gauchet desenvolveu a seguinte tese: quanto mais antagônico o conflito, com maior nitidez posso me reconhecer no outro – uma inversão radical da análise marxista de classes e revolução. Se mantivermos distanciamento dessa ontologização do conflito, o cerne da tese de Gauchet pode ser salvo e atrelado às ofertas de conflito das Constituições. Ademais, do ponto de vista empírico, pode-se afirmar o seguinte contra Gauchet: nem os conflitos de classe radicalizados ao extremo, nem os antagonismos fundamentalistas levam a um melhor reconhecimento do eu no outro. Apenas o conflito contido e regulado permite reconhecer a si mesmo no outro. Uma Constituição não pode garantir isso, mas pode oferecê-

lo. Fá-lo-á, caso mantenha distanciamento de configurações de guerra civil e declarações de hostilidade e se consagre ao modelo de *concorrência* e *competitividade*. Na Alemanha, falar de *inimigos da Constituição* constitui, desde os anos setenta, um pecado original. Um conceito que a *Lei Fundamental* (N. do trad.: *Grundgesetz*, como é chamada a Constituição da República Federal da Alemanha), prudentemente, não conhece. Na esteira da revolta estudantil e, mais tarde, do “Outono Alemão” (N. do trad.: v. grupo RAF, Fração do Exército Vermelho) nos anos setenta, como reação à primeira onda de terrorismo promovida na República Federal da Alemanha, a campanha política acarretou declarações de descrédito e proibições de exercício profissional contra inimigos constitucionais. Hoje em dia, isso já pode ser visto – não apenas na esquerda – de forma mais crítica.

As dimensões aqui apresentadas podem ser banalizadas como visão liberal de um mercado de opiniões ou mais ainda como concepção lírica do conflito em sociedades modernas. É claro que isso também pode ser visto com menos quietismo. Naturalmente, conflitos não podem transcorrer de acordo com regras. Nem a teoria, nem a Constituição podem excluir tais controvérsias. Com a concepção aqui defendida, apenas se quer afirmar que os conflitos com forma violenta ou os conflitos fundamentalistas “levados a cabo” com todas as conseqüências não têm, costumeiramente, um efeito *integrativo*, pois rompem o tecido de uma sociedade.

Também se pode dizer algo mais: nem todas as dimensões são igualmente importantes para a integração. A *retórica do inimigo* pode até levar a um embrutecimento semântico da língua, mas também pode vir a não ter nenhuma conseqüência, caso o oponente não seja combatido como inimigo com todos os meios. Pretensões absolutas também podem ser manifestadas, sem precisar ter, forçosamente, um efeito desintegrativo, caso os requerentes da pretensão, no intuito de imporem suas reivindicações, chegarem a algum acordo. Com isso, os métodos de conflito estão, portanto, no centro. E aqui se encontra, em especial, a violência. Uma Constituição que queira ser entendida como oferta de como se podem solucionar conflitos de forma integrativa não pode, portanto, fazer quaisquer cortes na renúncia à violência no seio da sociedade.

V – O TERRORISMO E A GRAMÁTICA DA LIBERDADE E DA SEGURANÇA

Sob um pretexto atual, em minhas considerações finais, gostaria de discutir algumas emendas à gramática da Constituição sob a pressão do terrorismo internacional. O ponto de partida é a combinação do questionamento feito por Hannah Arendt sobre a *viabilização de liberdade* com o questionamento de Hobbes sobre a *garantia da segurança*. Constituições modernas respondem aos dois questionamentos. Seguem, porém, regras contrárias: liberdade enquanto direito, segurança enquanto valor.

A partir da perspectiva de Arendt, a liberdade está em perigo quando os cidadãos abandonam a coletividade ou quando os responsáveis pela soberania excedem os limites do Estado de Direito asseguradores de liberdade. Há áreas de salvaguarda dos direitos fundamentais claramente delimitadas e princípios calcados no Estado de Direito que se encontram a serviço da liberdade pública. Eles deverão coibir o “medo no Estado de Direito” – o medo de reivindicar publicamente a liberdade.

Hodiernamente, estamos vendo que a liberdade também é ameaçada por meio de eventos catastróficos que se abatem – como atentados terroristas – sobre o nosso cotidiano. Não obstante, também vemos isso ocorrer por meio de reações pânicas por parte das autoridades soberanas sob as vestes militantes da guerra contra o terrorismo. Ambas as coisas, tanto a erosão do Estado de Direito quanto a reação excessiva à catástrofe, abalam a segurança cognitiva. *Segurança cognitiva* significa mais que uma vaga sensação de segurança. Significa que atores individuais entendem suas opções e suas margens de ação como razoavelmente protegidas ou asseguradas e, por esse motivo, podem partir do princípio – com justeza ou não – de que o recurso às liberdades, costumeiramente, não gera nenhum risco imprevisível. A segurança cognitiva conta com uma ajuda prévia principalmente daqueles dois princípios do Estado de Direito que deverão desenhar os contornos do horizonte de expectativas dos cidadãos: determinação, clareza normativa e tutela dos direitos (fundamentais) eficaz. Nesse sentido, a segurança cognitiva funciona como uma condição necessária da liberdade. Inversamente, a insegurança cognitiva produz um *chilling effect* junto aos cidadãos e às cidadãs, que pode ser identificado, dentre outras coisas, por meio de sua pouca disposição para fazer uso de seus direitos de liberdade.

Como se pode fazer emendas à gramática constitucional da segurança?

Primeiro passo: os responsáveis pelas decisões políticas, em especial os administradores da “segurança interna”, reagem a atentados e a ataques, procedendo a uma *mudança de pista* no tocante aos princípios centrais de liberdade/segurança e à oposição entre estado de normalidade legal e estado de exceção extralegal na retórica política e com os instrumentos do Direito. Principalmente no caso de violências que representam uma grande ameaça e muito perigo, paulatinamente eles se deixam levar de volta à normalidade e à rotina, mediante uma apreciação objetiva dos perigos iminentes e uma estimativa cuidadosa das medidas preventivas existentes, para passarem então a um *acionismo* simbólico motivado por táticas eleitorais e estratégias político-partidárias. Este acionismo é textualizado pela legislação simbólica que persegue a meta de gerar na percepção pública “a impressão tranqüilizadora de um legislador atento e decidido”.

Segundo passo: acompanham o acionismo simbólico um *discurso de oferta excessiva de segurança*, normalmente tingido com as cores político-

partidárias, e uma *retórica* legislatória da *militância* incitada por ele. Isso significa: os produtos do legislador – primeiramente as leis que têm como meta a segurança, em seguida, todas as leis possíveis – não devem apenas servir para regulamentar por meio de proibições ou ordens; elas também devem mostrar claramente o que se pensa e devem *combater*. As leis devem assumir a luta contra tudo aquilo que possa ser uma ameaça: “crime organizado”, lavagem de dinheiro e narcotráfico, sonegação fiscal, abuso de asilo político e trabalho clandestino, bem como, pois não podemos esquecer, o terrorismo internacional.

O *direito ao combate* segue, como foi descrito acima, a lógica de um estado de exceção consolidado. Quanto mais segurança se prometer e quanto mais leis forem adaptadas para o combate, com mais amplitude a prevenção de perigos será *antecipada* e com maior alcance será distribuída. Mediante poderes de intervenção hiperpreventivos, o poder do Estado e, de forma típica, a polícia controlam a *prevenção de perigos* para registrar todos os riscos imagináveis contra a segurança. Paralelamente, o direito ao combate ganha destaque em ovas normas jurídico-penais e em disposições penais agravadas ou ampliadas que também promovem um deslocamento da punibilidade para a frente. Em nome da “nova prevenção”, os *direitos fundamentais* são colocados diante de uma *primazia do Executivo* “quase incondicional”.

Terceiro passo: sob o signo do “direito fundamental à segurança” assim construído, é *desacreditada a função delimitadora* dos direitos de liberdade. A situação-limite ou de exceção da legítima defesa ou do estado de emergência policial é colocada de forma permanente. No caminho que leva à nova prevenção, inspirada principalmente pelo “crime organizado” e pelo terrorismo, são destruídas as fronteiras entre polícia e força militar, entre segurança interna (prevenção de perigos) e segurança externa (defesa), entre Direito Penal e Direito de Guerra, e vão-se vislumbrando os contornos do Estado da *prevenção* e da *segurança*.

Quarto passo: os destinatários da política de prevenção de perigos ou riscos, com suas intenções de cidadãos ativos, estão vivenciando a mudança da antiga para a nova forma de prevenção como uma *perda de segurança cognitiva* por meio da vigilância e do controle soberanos. É claro que o discurso político da segurança contém a mensagem de que a segurança cognitiva seria substituída por uma segurança *existencial*, uma segurança generalizada para a existência. A partir do simbolismo não-transparente do direito ao combate, os seus destinatários depreendem, de maneira cândida, uma “pretensão de proteção diante dos riscos de vida gerais”. Na sombra do acontecimento catastrófico, o “estado de exceção normalizado” faz surgir, junto ao público de cidadãos, uma *mentalidade* que lhe é muito favorável e lhe cai muito bem: sensações difusas de ameaça e eventuais temores de criminalidade ganham forma e geram uma carência de “certeza existencial”, favorecendo um quietismo que não é molestado por pretensões de liberdade e que prontamente faz uso da promessa de segurança existencial.

Quinto passo: as mudanças de pista retórica e política da liberdade para a segurança alteram o *status* normativo da segurança e, conseqüentemente, a gramática das Constituições. Ela se manifesta em uma nova *simetria* de liberdade e segurança. Tal simetria se exprime por meio da hipótese de que *liberdade e segurança* estariam uma ao lado da outra como princípios centrais e que seriam *conjecturáveis* entre si. Conjectura sugere que a liberdade e a segurança, enquanto princípios de normalidade baseada no Estado de Direito e ocupando um mesmo patamar, seriam compatíveis entre si, sem nenhum problema, e seguiriam uma lógica funcional. Não se poderia falar, portanto, de uma revalorização da segurança.

Como se dá a simetria entre liberdade e segurança?

Contra a banalização dogmática da ascensão incessante da segurança cognitiva para a existencial e contra seu duplo mascaramento enquanto princípio ainda cognitivo e de igual patamar, pode-se chamar a atenção, primeiramente, para algumas diferenças na situação inicial em que se encontravam liberdade e segurança, bem como para a relação específica existente entre elas:

- A *igual liberdade* (igualdade de direitos) pressupõe, originalmente, um *alto nível de exigências*. Está relacionada à disposição para ações públicas e para a participação em negócios comuns dentro de uma sociedade, ou seja: política. Em sua ligação normativa com a igualdade, a liberdade, que encontra nos direitos dos outros um limite – admitamos: nem sempre claro e quase sempre controverso – a ser concretizado em cada caso individual, traz em si, de certo modo, sua moderação. O fato de as experiências com o princípio da proporcionalidade e com o método da concordância prática no caso de colisões entre direitos fundamentais mostrarem que se fala não de espaços de liberdade claramente delimitados, mas sim abertos a interpretações, não muda em nada o fato de a liberdade ser *voltada à atividade social e construída com limitações internas*.
- Em ambos os aspectos, a situação é outra no tocante à segurança. Enquanto a gramática constitucional traduz a liberdade em direitos público-subjetivos, classificando-a a responsáveis individuais que deverão ser autorizados a agir, a *segurança* surge como um *bem público*. A ordem jurídica a atribui ao âmbito de atuação de instituições e autoridades públicas, conferidas a estas, por meio das normas policiais e penais correspondentes, a autorização para intervir em áreas de ações sociais, bem como na esfera social e privada dos cidadãos e das cidadãs. Diferentemente do sistema da liberdade, a segurança desconhece, ademais, uma *restrição imanente*. Pelo contrário: voltada para a satisfação de estados e de necessidades, a segurança é, *em comparação, internamente desmedida*. Primeiramente, a segurança depende da possibilidade

fáctica de ser produzida. A isso se vêm acrescer cálculos discricionários sobre o grau de imprescindibilidade e efetividade.

- Mais uma diferença prenhe de conseqüências negativas revela-se ao se fazer uma relação entre liberdade e segurança. A liberdade necessita, como mostramos acima, de uma quantidade mínima de segurança cognitiva – normalmente garantida pelo Estado – como condição fáctica de sua possibilidade. A segurança cognitiva ganha seu sentido por meio da liberdade. Nessa medida, a segurança, originalmente, está a serviço da liberdade. Pois, sem segurança cognitiva, a liberdade seria pouco mais que uma promessa vazia e dificilmente concitaria os direitos de liberdade ao uso. Com relação à segurança, a situação já é outra. Ela consegue se safar sem a liberdade e não precisa, em todo caso, de espaços de liberdade para sua legitimação.
- Liberdade e segurança somente surgem em um patamar normativamente igual, quando ambas são valoradas, são traduzidas em valores. Para uma operação desse calibre, existem diferentes caminhos. Primeiramente, direitos de liberdade podem ser traduzidos em deveres de proteção e “coletivizados”. Por outro lado, segurança pode ser operacionalizada em deveres de segurança individualmente imputáveis e, com isso, individualizados. Em terceiro lugar, enquanto bem coletivo público e tarefa estatal, a segurança pode ser reconstruída e transformada em um dever de proteção estatal correspondente. Não obstante, um dever de proteção desse tipo, ao contrário dos direitos individuais de liberdade, precisa temer toda e qualquer ponderação, enquanto um estado de segurança não estiver construído. E quando seria o caso?

Conclui-se, daí, que não poderá ocorrer, sem maiores problemas, uma confrontação e uma ponderação entre liberdade e segurança. Normalmente, sua ponderação pressupõe uma dupla mudança de perspectiva em relação ao cidadão enquanto perturbador e ao Estado enquanto “realizador de direitos fundamentais”, bem como uma operação calcada na teoria e nos métodos dos direitos fundamentais, que tem muitas conseqüências: o sistema das liberdades é transformado por meio de uma tarefa de segurança do Estado. Ao mesmo tempo, confere-se aos detentores dos direitos fundamentais um fardo de segurança universal a ser carregado individualmente.

No final, a Constituição da liberdade torna-se uma *Constituição* da segurança. Ou seja: em caso de dúvida, os direitos de liberdade recuam para trás da tarefa de segurança do Estado. Eles estão sob a primazia da segurança. Ademais: todos nos tornaremos mercenários na guerra contra o terrorismo. Nossa contribuição é a renúncia à liberdade, uma renúncia que não é adquirida com nenhum ganho de segurança real. Parece-me ser, permitam-me, um preço demasiadamente alto.